

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

MARIA DA GLÓRIA CHAGAS RAMOS

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO IDOSO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Aracaju

2014

MARIA DA GLÓRIA CHAGAS RAMOS

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO IDOSO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe -
FANESE como um dos pré-requisitos
para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos

Aracaju

2014

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO IDOSO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para obtenção o grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: _____ de dezembro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me.Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus netos e bisneto, pérolas
preciosas do meu coração, projetos
presente e do futuro.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sua presença em todos os instantes da minha existência, me fortalecendo, nunca me deixando cair, me dando saúde e coragem para vencer essa etapa tão importante para a minha vida.

Aos meus pais, Francisco e Noemia (*in memorian*), pela formação que me deram e pelos exemplos de honestidade, coragem, fé e humildade, sei que estou fazendo-lhes muito felizes, por esse triunfo na minha caminhada. Devo tudo a vocês. As suas bênçãos.

Aos meus irmãos Godofredo e Gutemberg (*in memorian*), saudades; sei que vocês estão muito contentes e vibrando por mim.

Aos meus tios Maninho, Esbela e Homeriza (*in memorian*), sei que vocês também estão muito felizes.

Ao meu neto Athus e meu bisneto Marcel por entenderem a minha ausência nessa fase de tanta necessidade da minha atenção. Obrigada pela meiguice, carinho e amor com que sempre me trataram. Vocês são o elixir da minha vida, responsáveis pela minha força para vencer. Para lhes servir de exemplo para estudarem, cheguei até aqui.

À minha neta Érika, minha companheira, minha amiga, sempre me apoiando e compreendendo e me ajudando nos momentos mais difíceis com muito carinho e afeto e ao meu neto Danillo pelo apoio mesmo nos momentos de stress. Obrigada por vocês existirem. Amo vocês.

À minha filha Katianamara, fibra do meu coração, pelo incentivo e pela torcida e, principalmente, pelos netos que me deu como presente. Deus lhe abençoe.

Ao meu marido Bergson, pelo companheirismo de 39 anos de união e por suportar a minha ausência e impaciência, meu porto seguro onde sei que poderei sempre ancorar o meu barco em meio à tempestade, o meu amor.

Ao meu irmão Geraldo pelo apoio e pela torcida, pela união que sempre foi o nosso laço mais forte, principalmente nos momentos mais difíceis;

À minha sobrinha Eliana pelas suas orações.

Ao meu orientador, querido mestre, coordenador Vitor Condorelli pelo apoio, paciência, amizade e todos os seus ensinamentos, levarei sempre a nossa amizade no meu coração.

Aos meus professores da banca examinadora pelo incentivo a uma maior busca deste tema pelo qual verdadeiramente me interesso.

Aos meus queridos mestres e amigos, em particular, Clara, Fernando, Matheus Brito, Matheus Dantas, Marcelo, Alessandro, Vander, Vitor Costa, Agripino, Vladimir, Manoelzinho, Antonina, Evânio Moura, Eduardo, Afonso, Santiago, Hortência e Marlene, pelo aprendizado e por terem me ajudado a realizar o meu sonho.

Aos coordenadores Pedro Durão e Albérico pela atenção com que sempre me trataram.

Aos demais funcionários da FANESE, principalmente aos da Secretaria, pela solicitude com que sempre me atenderam e aqueles que trabalham na limpeza, sem eles seria impossível frequentar as salas de aula.

Aos meus colegas de jornada, que sempre me trataram igualmente, porém com muito respeito, por terem confirmado o que sempre achei: a velhice está na cabeça de cada um, tenho certeza que assimilei a juventude que eles me transmitiram.

Às minhas “netas tortas” Alana, Vanessa e Thaís, juntas formamos um bom quarteto. Obrigada pelo companheirismo e afeto, guardarei sempre lembranças dos nossos “papos” e das boas gargalhadas que sempre nos animaram.

À doutrina espírita por ter me ensinado que é preciso trabalhar sempre pela evolução do espírito e me ter confirmado que a vida não termina quando morre o

corpo físico. A morte nada mais é do que uma viagem na qual levaremos como bagagem somente as nossas ações.

Por fim, não poderia deixar de agradecer também àqueles que não acreditavam que eu chegaria até aqui e até tentaram me desestimular, por desconhecerem que sempre gostei de desafios, porque tenho certeza de que Deus me quer muito bem e está sempre ao meu lado.

De tanto ver triunfar as nulidades, de
tanto ver prosperar a desonra, de tanto
ver crescer a injustiça, de tanto ver
agigantarem-se os poderes nas mãos dos
maus, o homem chega a desanimar da
virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha
de ser honesto

RUI BARBOSA

RESUMO

O aumento da expectativa de vida e da diminuição das taxas de mortalidade tem como consequência o envelhecimento de uma população. No Brasil, a situação é muito preocupante, uma vez que esse fenômeno vem ocorrendo de forma acelerada, trazendo a necessidade de garantia dos direitos fundamentais dos idosos, tema central deste trabalho que busca analisar esses direitos e essas garantias com base na legislação, doutrina e jurisprudência existentes. O Estatuto do Idoso, criado pela Lei 10.741/2003, foi o foco principal dessa análise, sendo constatada a diferenciação entre a teoria das normas vigentes e a prática observada no tratamento dado ao idoso. A ausência das regulamentações exigidas pelo Estatuto do Idoso não o deixa produzir a sua eficácia necessária e a falta de fiscalização da aplicação dessas leis, bem como a visível falta de empenho e o descaso dos órgãos competentes aos quais competem a garantia dos direitos fundamentais do idoso, atestam o total desrespeito à Declaração Universal dos Direitos do Homem, aos princípios constitucionais e às diversas normas infraconstitucionais existentes, fazendo-as, de certa forma, inócuas e tornando o idoso, apesar de todo esse aparato legislativo, ainda sem a proteção devida.

Palavras-chave: Direitos e Garantias. Estado. Idoso. Legislação.

ABSTRACT

The increase in life expectancy and the decline in mortality rates has the effect of an aging population. In Brazil, the situation is very worrying, since this phenomenon has been occurring at an accelerated rate, bringing the need to guarantee the fundamental rights of the elderly, the central theme of this work is to analyze these rights and these guarantees based on legislation, doctrine and existing jurisprudence. The Elderly Statute, created by Law 10.741 / 2003, was the primary focus of this analysis and it was found to differentiate between the theory of rules and the practice observed in the treatment of the elderly. The absence of regulations required by the Elderly will not let him produce their required effectiveness and the lack of monitoring of the implementation of these laws, as well as the apparent lack of commitment and the neglect of the competent bodies to which compete to guarantee the fundamental rights of the elderly attest to the utter disregard of the Universal Declaration of Human rights, the constitutional principles and the various existing infra-constitutional norms, making them somewhat, making innocuous and the elderly, despite all this legal apparatus, even without the proper protection.

KEYWORDS: Rights and Guarantees. State. Elderly. Legislation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DO IDOSO.....	15
3 PERFIL CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DO IDOSO.....	20
4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DO IDOSO.....	24
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
4.2 Princípio da Solidariedade Social.....	29
5 AGENTES RESPONSÁVEIS PELA APLICAÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO	31
5.1 Juiz de Direito da Vara do Idoso.....	33
5.2 Ministério Público.....	34
5.2.1 Ministério Público e o Estatuto do Idoso.....	35
5.2.2 Propositura de ação executiva em favor do idoso.....	44
5.3 CONSELHO NACIONAL DO IDOSO.....	46
5.3.1 Composição e funcionamento do Conselho Nacional do Idoso.....	47
5.4 Serviços Auxiliares da Justiça.....	48
5.5 Polícia.....	49
6 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO	50
6.1 Direito à Vida.....	50
6.2 Direito à Liberdade.....	52
6.3 Direito ao Respeito.....	54
6.4 Direito à Saúde.....	56
6.4.1 Acesso integral ao serviço público de saúde.....	59
6.4.2 Acesso integral ao serviço privado de saúde.....	63
6.5 Alimentos.....	65
6.5.1 Obrigação alimentar.....	65
6.5.2 Acesso à justiça.....	66
6.5.3 Legitimação passiva na ação de alimentos.....	67
6.5.4 Solidariedade da obrigação alimentar.....	68
6.5.5 Vínculo afetivo entre alimentante e alimentado.....	70
6.5.6 Intervenção do Ministério Público.....	70
6.5.7 Idoso alimentante.....	71

6.6 Direito à Educação, Cultura e Lazer.....	72
6.7 Direito ao Trabalho.....	72
6.8 Previdência e Assistência Social.....	74
6.8.1 Previdência social.....	75
6.8.2 Assistência social.....	77
6.9 Habitação.....	79
6.10 Gratuidade nos Transportes Públicos Coletivos.....	81
6.10.1 Vagas privativas em estacionamento.....	83
6.11 Direito ao Convívio Familiar.....	83
6.12 Direito de Escolha, na Posição de Consumidor.....	83
6.13 Prioridade de Atendimento.....	84
6.13.1 Prioridade na tramitação processual.....	88
6.13.2 Princípio da igualdade.....	89
7 MEDIDAS LEGAIS DE PROTEÇÃO AO IDOSO.....	91
7.1 Medidas de Proteção.....	91
7.2 Competência para Aplicação das Medidas de Proteção.....	98
8 CONCLUSÃO.....	101
9 REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, que até a década de 60 era considerado um país jovem pelas altas taxas de natalidade, hoje, pela queda dessas taxas e também pelo aumento da perspectiva de vida, além da queda da mortalidade em contraste com os níveis de natalidade que decrescem em volume muito maior, encontra-se num processo de envelhecimento irreversível.

Estima-se que, hodiernamente, o Brasil possui em torno de 25 milhões de idosos, com uma estimativa da Organização Mundial de Saúde (OMS) para o ano de 2025 de 34 milhões de anciãos (GUIA..., 1999 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 1), passando a ser o sexto país mais velho do mundo, denotando, assim, um amento acelerado da sua população idosa.

O processo de envelhecimento atinge a todo o ser vivo. No homem, envelhecer não significa se tornar inútil. A sociedade brasileira, infelizmente, em sua grande parcela, considera o idoso como um entulho, como um incômodo, porém, usufruindo, na maioria das vezes, do que o ancião possui em termos materiais, deixando-o passar privações, necessidades, sem os devidos cuidados para a sua sobrevivência. Assim, o interesse pelo tema se deu pela autora desse trabalho enquadrar-se nesta faixa, porém, rodeada de amor e atenção de toda a sua prole e, por isso mesmo, não aceitando o abandono e o desprezo com que vê tratada a pessoa idosa.

O presente trabalho aborda os Direitos e Garantias Fundamentais dos Idosos no Ordenamento Jurídico Brasileiro objetivando responder às seguintes indagações: quais esses direitos? Quais as medidas de proteção? A quem cabe aplicá-las? A quem cabe competência para sua fiscalização? Sendo esse o seu foco principal. Propõe-se, ainda, chamar a atenção dos acadêmicos do curso de Direito, bem como daqueles que já são operadores do Direito bem e de todos os que produzem as leis e aqueles que as aplicam, para que, integrados, façam justiça aqueles se encontram no ocaso da vida.

A importância maior desse tema, para os acadêmicos da área de Direito, encontra-se na necessidade de uma pesquisa mais aprofundada, a fim que possa

ser oferecida uma base mais consistente aos encarregados pela elaboração das leis e do Judiciário, como o propósito de promover um respeito maior por aqueles que dedicaram uma vida em favor de uma família, contribuindo para uma sociedade melhor.

O sistema de envelhecimento, além de alterar a vida dos indivíduos, modifica também a estrutura familiar, com reflexos na própria sociedade, reivindicando a implementação de políticas públicas que venham suprir essas necessidades. Um conjunto de princípios, chamado de ética social, norteia o comportamento de uma sociedade, devendo dentro desses princípios serem respeitados os direitos dos idosos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, aplicada na doutrina, na legislação e na jurisprudência, bem como pesquisa virtual, que serviram de base para a realização deste trabalho, o qual trará como resultado para os que lidam com as ciências humanas, principalmente para os operadores do Direito, informações que poderão embasá-los, para uma maior fiscalização da aplicação das leis que impõem a proteção e o amparo ao idoso como direitos e garantias determinadas principalmente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição Federal do Brasil de 1988, atualmente em vigência, promovendo uma real efetivação das mesmas, contribuindo, assim, para tal dentro de suas limitações.

Os resultados desta pesquisa estão expressos em sete diferentes capítulos que discorrem desde a evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais dos idosos até, encerrando a pesquisa, as competências para aplicação das medidas de proteção, tendo como referencial teórico autores como: Roberto Mendes de Freitas Júnior, Pérola Melissa Vianna Braga, Robson Renault Godinho e outros e decisões jurisprudenciais que servirão para fundamentar e ilustrar a discussão sobre o tema, reservando para a conclusão a opinião sobre o que foi constatado na pesquisa em foco.

Ressalte-se ainda que, quanto à sua organização, esta monografia contempla a seguinte sequência: Introdução onde ficam claros o interesse pela pesquisa, as questões norteadoras e os objetivos; segundo capítulo, com o título Breve Evolução Histórica dos direitos do Idoso, um apanhado resumido das leis que

se referem a esses direitos desde o Império Bizantino no V até os dias de hoje; o capítulo terceiro, Perfil constitucional dos Direitos do Idoso, traça um perfil desses direitos no texto constitucional e na Lei 10.741/2003; O quarto capítulo, princípios norteadores dos direitos do idoso discorre sobre o princípio primordial à uma vida decente que é a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio que a este complementa que é o da solidariedade social; o capítulo cinco, os agentes responsáveis pela aplicação dos direitos do idoso trata das atribuições e competências do Juiz de Direito da vara do idoso, Ministério Público, dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais do Idoso, dos serviços auxiliares da justiça e da Polícia; No sexto capítulo encontram-se conceituados e comentados os treze direitos fundamentais do idoso, iniciando com o direito à vida que é inerente a todo ser humano; direito à liberdade, ao respeito, à saúde, aos alimentos, à educação cultura e lazer, ao trabalho, à previdência e assistência social, à habitação, gratuidade nos transportes públicos coletivos, direito ao convívio familiar, direito de escolha quando estiver na condição de consumidor e prioridade de atendimento. A conclusão encontra-se no capítulo oito com o entendimento da acadêmica sobre o assunto que foi pesquisado.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DO IDOSO

Desde o período do Cristianismo já era praticado o assistencialismo com vistas ao amparo da velhice. De acordo com Debert (1999 apud ALCÂNTARA, 2004, p. 31), “as primeiras instituições filantrópicas destinadas a abrigar idosos carentes, surgiram no Império Bizantino, no século V da Era Cristã. Há registro de que o primeiro asilo foi fundado pelo Papa Pelágio II, que transformou sua casa em um hospital para velhos”.

A assistência destinada à velhice foi durante muito tempo dispensada em regime de abrigamento e era vinculada a um caráter religioso. No Brasil, desde o Quinhentismo, que o Estado patrimonial português incorporou ao seu projeto de colonização práticas assistencialistas, de acordo com a época, através das Santas Casas de Misericórdia transportadas de Portugal para o Brasil (HADDAD, 1998, apud ESCOBAR, [s.d.], 2).

No período colonial, “existia a Casa dos Inválidos que dispensava alguma atenção à velhice, inaugurada em 1794, mantida pelo V Vice-rei. A ideia era de que os soldados velhos mereciam uma velhice digna e descansada” (ESCOBAR, [s.], p.3). Observa-se que, àquela época, era notória a preocupação com a velhice, porém era praticado o assistencialismo sem nenhuma norma que o regulasse.

A primeira lei que se refere ao idoso, promulgada em 28 de setembro de 1885, no Brasil Império, assinada por D. Pedro II, foi a de nº 3.270, sendo chamada pelos historiadores de “Lei dos Sexagenários”, era direcionada ao escravo velho. No seu artigo 3º, assim dispunha:

§ 10º São libertos os escravos de 60 anos de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta Lei; ficando, porém, obrigados, a título de indenização pela sua alforria, a prestar serviços a seus ex-senhores pelo espaço de três anos.

§11º Os que forem maiores de 60 e menores de 65 anos, logo que completarem esta idade, não serão sujeitos aos aludidos serviços, qualquer que seja o tempo que os tenha prestado com relação ao prazo acima declarado.

§12º É permitida a remissão dos mesmos serviços, mediante o valor não excedente à metade do valor arbitrado para os escravos da classe de 55 a 60 anos.

§ 13º Todos os libertos maiores de 60 anos, preenchido o tempo de serviço de que trata o §10º, continuarão em companhia de seus ex-senhores, que serão obrigados a alimentá-los, vesti-los e trata-los em suas moléstias, usufruindo os serviços compatíveis com as forças deles, salvo se preferirem

obter em parte os meios de subsistência e os Juízes de Órfãos os julgarem capazes de o fazer.

Essa norma favoreceu poucos escravos, tendo efeito prático mínimo porque eram pouquíssimos os que chegavam a essa idade, motivado pelas suas vidas sofridas. Os que alcançavam a idade a que se referia a lei não estavam mais em situação de laborar. Consequentemente, essa norma, no seu texto, terminava por favorecer os senhores desses escravos porque assim podiam alforriar aqueles que pouco produziam. A norma referida ainda obrigava que aqueles que atingissem 60 anos, para serem alforriados, teriam que trabalhar, de maneira graciosa, para o seu senhor durante mais de 3 anos.

Gorender (1985 apud MOTTA, 2008, p. 3) faz referência aos incontáveis testemunhos,

como os de Vilhena, Koster, Saint-Hilaire, Cunha Mattos, Maria Graham, Debret e Correa Junior, que revelam o quanto constituía prática generalizada, desde o Nordeste a Minas Gerais e Goiás, na Corte do Império e no Vale do Paraíba da época do café, a de libertar os escravos velhos e inválidos, deixando-os ao desamparo e eliminando os custos do engenho, da fazenda ou da casa residencial, os gastos com servidores inutilizados.

A primeira Constituição do Brasil, a chamada Imperial, em 1824, bem como a Constituição de 1891 foram totalmente omissas no que tange aos direitos dos idosos. Como aborda Alcântara,

a questão da pobreza passa a ser redimensionada no final do século XIX, quando surge uma instituição no Rio de Janeiro destinada a acolher exclusivamente a velhice, o asilo São Luís, para a velhice desamparada. Somente no início do século XX as categorias sociais tiveram seus espaços ordenados: as crianças em orfanatos, loucos em hospícios e os velhos em asilos. (ALCÂNTARA, 2004 apud ESCOBAR, 2010, p. 3)

Nesse período, após o fim da Primeira Guerra Mundial, os idosos conquistaram o direito à aposentadoria, referindo-se o mesmo somente aos trabalhadores formais. No que se refere ao velho em geral, a intervenção do Estado ocorria através de auxílios e convênios com organismos particulares. A Constituição Brasileira pioneira em referência à pessoa idosa foi a de 1934, assim dispondo no seu artigo 121, § 1º, alínea “h”:

assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou morte.

A Constituição de 1937, também de maneira simplória, mencionou a pessoa idosa apenas na alínea “m”, artigo 137, dispondo “a instituição de seguros de velhice, invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho.”

Novamente, os legisladores demonstraram uma preocupação tão somente com a previdência social da pessoa idosa na Constituição de 1946 quando assim dispôs no inciso XVI, artigo 157, “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.

A Constituição de 1967, promulgada no período militar, basicamente repetiu no inciso XVI, artigo 158, o que dispunha o texto constitucional anterior. Na década de 70,

[...] foi assinada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social a primeira medida normatizadora da assistência aos idosos, restrita aos beneficiários do sistema previdenciário (Portaria 82, de 04 de julho de 1974). A velhice despossuída, dependente historicamente da ação criativa dos indivíduos, das santas casas de misericórdia, foi contemplada, alguns meses após, com a renda mensal vitalícia (Lei 6.179/74). Nesse mesmo ano, o Estado, separando a Previdência do trabalho, criou o Ministério da Previdência e Assistência Social (Lei 6062/74) (HADDAD, 1998, apud ESCOBAR, [s.d.], p. 5).

Em 25 de novembro de 1979, a portaria 25 revogou a portaria 82/74, passando os idosos não previdenciários a contarem também com a assistência social, sendo complementada pela portaria MPAS 2.684, vindo ampliar os objetivos da assistência aos idosos, nunca sendo os mesmos atingidos. Na década de 80, os idosos politicamente organizados, aliados às associações, professores universitários e parlamentares, promoveram um movimento da sociedade civil enfatizando as questões sociais e reivindicando, entre outros pontos, o respeito e a valorização ao idoso. Em 1985, tem início um movimento social com os idosos buscando organização mediante a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas.

Segundo Lobato, (2007 apud ESCOBAR, [s.d.] p.7), ainda na década de 80 a Associação Nacional de Gerontologia (ANG) realizou vários seminários para discutir a questão do idoso no Brasil, culminando num grande seminário em Brasília que gerou um documento intitulado “Políticas Públicas para a Terceira Idade nos anos 90.

Esse documento serviu de subsídio para que o dia 4 de janeiro de 1994 fosse instituída a Política Nacional do Idoso, com a promulgação, nessa data, da Lei 8.842/1994, regulamentada pelo Decreto 1948, de 3 de julho de 1996, dispondo no seu Capítulo I, art. 1º: “A Política Nacional do Idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.” Estavam garantidos, assim, os direitos do idoso, cabendo a organização e gestão desse órgão, conforme reza o art. 5º dessa mesma lei: “ao órgão ministerial responsável pela assistência e promoção social a coordenação geral da política nacional do idoso, com a participação dos conselhos nacionais, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso”.

A Constituição Federal de 1988, quando os legisladores demonstram preocupação maior com a melhor idade do que as anteriores, determina nos seus artigos 229, *caput*, e 230, *caput* e parágrafos 1º e 2º :

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

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

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

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Vale observar que o texto constitucional atual refere-se ao idoso como os maiores de sessenta e cinco anos, idade que seria modificada por lei infraconstitucional que será citada posteriormente.

Em 1991, foi instituído pela Organização Mundial da Saúde (OMS) o Ano Internacional do Idoso estabelecendo para essa classe princípios como dignidade, assistência, independência, participação e auto-realização. E, ainda nesse ano, a expressão “aposentadoria por idade” substituiu oficialmente a expressão aposentadoria por velhice.

A Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social, que dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências, considerava, em seu artigo 20, como idosa a pessoa com 70 anos ou mais, então, foi alterada pela Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, que definiu

como idosa aquela pessoa com 65 anos ou mais, ficando assim disposto: “Art. 20 – O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o Código Civil Brasileiro, mas não conceitua o que venha a ser a pessoa da terceira idade apontando, porém, para o que possa ser considerado civilmente idoso deixando essa definição a cargo das leis especiais e demais textos legais.

No dia 13 de maio de 2002, através do decreto 4.227, foi instituído o Conselho Nacional do Idoso, ligado ao Ministério da Justiça, tendo, dentre outras competências vinculadas à matéria, as que dispõem o inciso I, artigo 3º dessa lei: “I - supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso”.

Em 1º de outubro de 2003, foi assinada a Lei 10.741, instituindo o Estatuto do Idoso e dispondo sobre o mesmo, prescrevendo regras de direito civil, público, privado e processual, inserindo o amparo penal do ancião. Esse estatuto veio para atribuir proteção integral e dar primazia aos direitos dos idosos. Ficou, assim, consagrada legalmente a Política Nacional do Idoso, microssistema jurídico que regulamenta as matérias que abrangem a pessoa idosa não só no que diz respeito ao direito material, mas também no que tange ao direito processual, consolidando, assim, a temática jurídica concernente aos direitos e garantias dos idosos.

O Brasil, até meados do século XX, era considerado um país eminentemente de jovens. Com o aumento da expectativa de vida e a adoção cada vez mais crescente do controle da natalidade, atualmente, o Brasil possui cerca de 23 milhões de idosos com previsão para, no ano de 2025, chegar a um contingente de 34 milhões, ocupando o sexto lugar no *ranking* mundial dos países mais envelhecidos, segundo projeção da OMS.

3 PERFIL CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DO IDOSO

A Constituição de 1988, em vigor, continuou sem priorizar o idoso, atribuindo-lhe poucos artigos disseminados em seu conteúdo.

No seu artigo 14, menciona a pessoa idosa pela primeira vez no capítulo concernente aos direitos políticos, estipulando a faculdade do alistamento eleitoral e do voto para as pessoas com mais de 70 anos de idade.

Referindo-se à Administração Pública, determina a incapacidade do idoso quando dispõe em seu artigo 40, parágrafo primeiro, inciso II, *in verbis*:

Art. 40 aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17.

[...]

II compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Na seção pertinente à assistência social, o texto constitucional se limita a assegurar ao idoso a concessão de um salário-mínimo por mês, desde que ele comprove não ter recursos para manter sua subsistência, ou a tenha provida através da sua família, conforme determina a lei específica. Registra, finalmente, que “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” compõe também os objetivos da assistência social.

O capítulo VII, do título VIII, da norma constitucional intitulado “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”, no tocante à pessoa idosa, se restringe apenas a inferi-la nos seus artigos 229 e 230, assim dispondo:

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

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

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

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Encerrando, assim, no atual texto constitucional o que se relaciona à pessoa idosa. Destarte, diz-se que a Constituição Federal de 1988 foi omissa no que se refere ao idoso. Para alguns analistas da matéria, entretanto, trata-se apenas de aparência de omissão, uma vez que o artigo 1º, inciso III, da norma constitucional vigente determina “a dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos entre os cinco que devem ser observados no Estado Democrático de Direito constituído pela República Federativa do Brasil. E, assim o fazendo, os legisladores constituintes representantes do povo brasileiro expressaram o desejo da interpretação desse termo ser realizada da forma mais ampla possível.

A esse respeito, Freitas Júnior assim se expressou:

cabível então uma indagação: o que deve ser entendido por observância da dignidade da pessoa humana? A expressão, sem dúvida alguma, é bastante vaga e necessita de interpretação extensiva para sua real compreensão. É possível, apenas, exemplificar os fatos e circunstâncias que integram a dignidade da pessoa humana, mas é tarefa quase impossível tentar estipular um rol taxativo de todas as medidas que a assegurem. (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 4).

Ainda conforme Freitas Junior, pode-se incluir a garantia do Poder Público em conceder ao cidadão todos os seus direitos preconizados na própria Constituição Federal, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à educação, à segurança, às condições mínimas de higiene, a uma moradia saudável, à alimentação, ao trabalho, ao transporte público adequado, etc. De acordo com os ensinamentos do Professor Alexandre de Moraes,

a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos,” (MORAES, 2001, apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p.4)

Dessa forma, consideram que a pessoa idosa tem todos os seus direitos constitucionais garantidos, baseados no que dispõe o artigo 1º, inciso III, do texto constitucional e qualquer dos seus direitos fundamentais que for violado estará afrontando a sua dignidade.

Com referência ao assunto Freitas Júnior (2011, p. 5) afirma:

defender o contrário significa afirmar, por exemplo, que é necessária uma lei impondo o acesso do idoso à saúde, para que a pessoa idosa possa se valer dos serviços públicos de saúde. Indaga-se: se não houver texto legal específico sobre a matéria, o idoso não poderá utilizar os serviços públicos de saúde? Claro que poderá. Pois o respeito à dignidade da pessoa humana compreende o acesso do cidadão, independentemente de sua idade, à saúde pública. Vale lembrar que a partir do Estado Democrático de Direito nasce o princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, III) como reitor de todo o Direito, ou seja, como o princípio genérico, do qual surgirão os demais, reguladores do direito.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 3º dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Opina ainda Freitas Júnior (2011, p. 5) que, com base nesse artigo da Constituição Federal, todos os direitos e garantias concedidos ao cidadão devem ser estendidos à pessoa idosa sem a necessidade de qualquer outro texto legislativo que os enumerem. E complementa:

Pode-se concluir dessa forma, que a utilização da interpretação extensiva do disposto no artigo 1º, inciso III e artigo 3º, ambos da constituição federal, seria suficiente para garantir aos idosos todos os direitos concedidos aos demais cidadãos, sendo prescindível a promulgação de qualquer outro texto legislativo.

O desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, analisando a prioridade que a lei concede ao idoso consumidor assim se expressou:

Veja-se, a título de exemplo, o que está acontecendo exatamente nesse momento no País: milhares de aposentados fazem filas diariamente diante dos postos do INSS no Brasil inteiro; eles ficam várias horas por dia debaixo de sol e chuva, muitos passam mal, desmaiam, adoecem; centenas têm mais de setenta e até mesmo oitenta anos; outros milhares fazem filas diante dos prédios da Justiça Federal para ajuizarem ação em face do INSS. O que eles fazem lá? Pleiteiam o direito que lhes é assegurado por lei ao reajuste correto de suas pensões pelo índice do salário-mínimo de 1994. O irônico é que não há necessidade de dar prioridade a nenhum deles, pois todos já têm mais de sessenta anos. Como é que se plicará a lei que dá proteção ao idoso se o Poder Público e suas autarquias (caso mais do que conhecido do INSS) pé o primeiro a não cumpri-la? Fazemos questão de

colocar aqui esse comentário, pois, para dar prioridade ao idoso o Poder Público jamais precisou de lei ordinária: bastava cumprir o comando constitucional. (FREITAS JUNIOR, 2011, p. 6).

Essas afirmações são discutíveis, pois, mesmo havendo a abrangência desses artigos supramencionados, o desrespeito ao idoso sempre foi visível e essa faixa etária de pessoas é tratada ainda hoje em grande número, como um problema social, quando não tem recursos financeiros. Quando economicamente independentes, muitos desses idosos são explorados e até violentados no próprio seio familiar, numa completa desconsideração não somente ao contido na norma constitucional, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, mas também aos ensinamentos cristãos.

Após a lei que criou a Política Nacional do Idoso, em 1994, e, posteriormente, a Lei 10.741 de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, vem se modificando a situação da pessoa idosa com a ajuda da mídia através de programas esclarecedores, com formação de grupos de pessoas idosas, com o trabalho ainda incipiente dos conselhos de idosos, começando, assim, a conscientização do próprio idoso quanto as seus direitos e garantias e procurando fazer uso deles.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DO IDOSO

É necessário entender-se o que são princípios. Sunfeld (1995, p.18) os conceitua como as "ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar". Trazem no seu bojo regras fundamentais que alicerçam o ordenamento jurídico, podendo estar ou não incorporados em textos legais. Matéria relevante impõe cumprimento aos seus preceitos. Sobre o assunto assim se expressa Rodrigo César Rebello Pinho, colacionando Celso Antônio Bandeira de Mello (2000 apud FREITAS JUNIOR, 2011, p. 6):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir a uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade [...] representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais".

Com fundamento na legislação vigente, infere-se que os direitos dos idosos encontram-se calcados e protegidos por diversos princípios, destacando-se os que seguem:

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Sarlet no seu livro A Eficácia dos Direitos Fundamentais afirma que:

Não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, apud INDALÊNCIO, 2007, p. 21)

A história da dignidade da pessoa humana no Brasil está contida nas suas Constituições as quais deram relevante importância a esse tema. Já a Constituição Imperial, a primeira do Brasil, em 1824, enfatizava que os direitos civis e políticos, assim disposto no seu art. 179, "[...] [a] inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte".

E demonstra o imperativo desse direito em vários dos seus incisos, entre os quais o I que determina: "Nenhum cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de

fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.” Ainda abole, no seu inciso XIX, a tortura e todas as demais penas cruéis, assegurando também no seu inciso XXI “As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.” Garante, ainda, no seu inciso XXXI, os socorros públicos.

Já a Constituição de 1891, em seu art. 72, com a redação dada pela emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, assim determina: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes” e no seu parágrafo segundo iguala todos perante a lei. Entre outros direitos nesse dispositivo, destaca-se a instituição do *habeas corpus*, assim disposto: “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”.

Encontram-se garantidos também, na Constituição de 1934, diversos direitos associados à dignidade da pessoa humana com um capítulo específico denominado “Dos Direitos e das Garantias Individuais”. O seu artigo 115 assegura: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”, garantindo, ainda, a fiscalização periódica dos poderes públicos do padrão de vida nas várias regiões do país.

Esses mesmos direitos e garantias individuais encontram-se lembrados no art. 122 e seguintes na Constituição de 1937, bem como no Título IV, Capítulo II, da Constituição de 1946, estabelecendo no seu art. 145, parágrafo único: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”. A expressão no Título II, Capítulo IV, com os direitos e garantias previstos nas constituições também encontra-se presente na Constituição de 1967. Assim, está comprovado o elo ligação da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar dos direitos fundamentais, e as constituições brasileiras, confirmado na norma constitucional vigente conforme demonstra a citação a seguir:

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, dispõe explicitamente como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, tendo como um dos seus princípios a norma legislativa repele qualquer enfraquecimento ou desconsideração dessa noção fundamental. Para Immanuel Kant no seu trabalho *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* faz afirmações como: no meio social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. A autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional. O ser humano jamais deverá ser visto ou usado como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre será considerado como um fim em si mesmo (KANT, 1960, apud SANTIN, [s.d.], p.3).

Mas, não só foi Immanuel Kant que teve essa ideia sobre dignidade. Outros pensadores e doutrinadores, ao longo do tempo, tem esse mesmo conceito. Vale ressaltar entre eles Wolfgang Sarlet que assim apreciou:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e considerado por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida em dele comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, apud SANTIN, [s.d.], p.4).

É um princípio básico dele decorrendo os demais princípios fundamentais referentes ao ser humano. Damásio de Jesus assim se exprime:

conquanto não se possa estabelecer conceito absoluto para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seja porque vazio em conceitos indeterminados, plurissignificativos ou dotados de ampla ambiguidade ou porque a ele pode ser associada toda e qualquer qualidade intrínseca do homem como tal, ou seja, do homem segundo sua própria natureza, é certo ser da condição humana que decorre a necessidade de o Estado afirmar a ordem jurídica respeitante dos valores agregados à ideia de dignidade da pessoa humana, impondo a todos o dever de abstenção ou de ação capaz de concretizar a absoluta intangibilidade do homem como tal (JESUS, 2005, apud FREITAS JUNIOR, 2011, p. 7).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, representando, segundo Comparato (2005 apud INDALENCIO, 2007, p. 28) “ a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignada em seu art. I.”

E já no seu preâmbulo e em seus dois artigos iniciais observa-se o objetivo dessa Declaração Universal dos Direitos do Homem que assim expressa:

Considerando que o reconhecimento dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Artigo I Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo II 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Norberto Bobbio assim se expõe:

o reconhecimento da dignidade da pessoa humana tende a reconhecer ao indivíduo não apenas o direito à vida, o qual configura-se um direito elementar, primordial do homem, mas também o direito de ter o mínimo indispensável para viver. O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do Estado, um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política inspiradas em algum princípio de justiça distributiva (BOBBIO, 2000, apud SANTIN, [s.d.] , p.6).

Observando-se todas essas considerações, pode-se apreender que esse princípio é extensivo a todo ser humano. Como tal, a pessoa idosa está aí também abrangida e todo e qualquer tipo de violação aos seus direitos deverá ser punida

dentro do que dispõe a lei, atendendo inclusive ao que internacionalmente está convencionado.

A dignidade envolve direitos, principalmente à vida, e essa não pode ser limitada pelo homem. A Constituição de 1988 não só atendeu aos ditames do direito internacional como também demonstra a preocupação dos constituintes com o ser humano, fazendo da dignidade desse ser o núcleo do ordenamento jurídico, ensejando a concretização de uma gama de direitos fundamentais, por conseguinte estendidos a toda pessoa idosa. Infelizmente, apesar dos esforços do que está positivado nas normas vigentes, o que se vê a nível não só do Brasil, mas do mundo, ainda é o desrespeito reinante ao princípio da dignidade humana.

A globalização da informação permite que se tenha conhecimento do que acontece em todos os quadrantes do universo. E assim é que a fome e a situação de miserabilidade campeiam e aumentam progressivamente, apesar dos discursos milagrosos. E Bobbio (1992, apud INDALENCIO, 2007, p. 32) adverte: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. No que se refere especificamente ao idoso, o direito à dignidade encontra-se explícito Lei 10.741/2003 no seu artigo 10, caput “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.” Nesse sentido,

[...] [a] Organização das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1991, elaborou os Princípios das Nações Unidas para o Idoso (aprovada na Resolução 46/91). Este documento ressalta a importância dos idosos na sociedade, participando ativamente na formulação e implementação de políticas que afetam seu bem-estar, prestando serviços voluntários à comunidade, de acordo com seus interesses e capacidades e atuando em movimentos e associações da sociedade civil. (CDH, 2005, p. 7).

Essa maneira de ajudar ao idoso continuar ativo, exercendo atividades que lhe sejam prazerosas, valoriza a sua dignidade humana, porque é uma maneira de se sentirem partícipes de uma sociedade constituída também de jovens que necessitam da sua experiência, para não cometerem erros que esses anciãos cometeram muitas vezes por falta, na sua juventude, de orientação motivada essa ausência por uma sociedade com conceitos diferentes dos atuais, bem mais preconceituosa. Além disso, por falta de programas e políticas sociais que

propiciassem ao idoso uma melhor qualidade de vida, as suas funções vitais se tornavam debilitadas mais precocemente.

4.2 Princípio da Solidariedade Social

Todo cidadão tem o dever de utilizar como diretriz a observância aos direitos da pessoa idosa e amparar o idoso que tiver constatada a sua situação de risco social, sem parentes ou mínimas condições de subsistência. No artigo 36, da Lei 10.741/2003, encontra-se explicitado o princípio da solidariedade quando determina: “o acolhimento do idoso em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais.”

O cidadão solidário, ou seja, aquele que acolhe o idoso em estado de risco, arcando, conseqüentemente em virtude dessa atitude, com gastos que surgirão para dispensar-lhe os cuidados necessários e condizentes com a sua situação, fará jus à inclusão do referido idoso como seu dependente, refletindo diretamente nas esferas tributárias e previdenciárias. Nesse sentido, assim se posiciona Marco Antônio Vilas Boas:

Se os idosos, em situação de risco social, não podem ser abrigados em instituições asilares, tampouco podem ser abandonados á sorte, sem ninguém para acolhê-los. Qualquer núcleo familiar que venha oferecer acolhida a idosos passará a tê-los sob dependência econômica. Esse amparo produzirá efeitos em órbita previdenciária e tributária (VILAS BOAS, 2005 apud FREITAS JUNIOR, 2011, p. 7).

No que se refere ao garantidor dos direitos dos idosos, a Lei 10.741/2003 que institui o direito dos idosos assim dispõe no seu art. 4º :

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.

Analisando o que dispõe os artigos citados, deduz-se que a sustentação de alguns autores no sentido de que o Estatuto do Idoso é uma imposição, de forma indistinta, a toda a sociedade da existência do dever legal de proteção ao idoso contra quaisquer violações ou ameaças aos direitos da pessoa idosa em condição

de risco social. O dever jurídico de agir na defesa do idoso passou a ser imposto a todos os cidadãos.

Apesar de não estar explícito constitucionalmente, esse princípio determina que todos devem contribuir para manter a seguridade social de forma indireta através do consumo de produtos ou de serviços, destinando parte do pagamento pelo seu uso ao fundo da seguridade social, bem como das contribuições das empresas. A solidariedade social que nomeia esse princípio é base para manter a máquina previdenciária, garantindo o atendimento, oferecendo saúde e assistência social aos mais carentes da sociedade, onde se encontra grande parcela dos idosos.

5 AGENTES RESPONSÁVEIS PELA APLICAÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO

O artigo 3º do Estatuto do Idoso assim dispõe:

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

Há duas correntes interpretativas do citado dispositivo. A primeira defende que cabe à família proporcionar ao idoso os cuidados necessários e que a comunidade, a sociedade e o poder público também compartilham da obrigação de assegurar ao idoso prioritariamente a efetivação dos seus direitos fundamentais, cabendo a interferência do poder público de forma subsidiária tendo o seu direito de regresso garantido quando comprada a responsabilização penal por desídia dos seus familiares.

A segunda corrente defende a posição de que o mencionado dispositivo não define a ordem dessa responsabilidade e que a mesma é uma obrigação solidária de todos os cidadãos e do poder público. Entretanto, o inciso V, do mesmo artigo determina: “priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.” Confirma assim a norma legal que no que tange ao cuidado do idoso, o poder público vem posteriormente à família, atuando o Estado subsidiariamente.

A esse respeito assim se expressa Braga Pérola Melissa Vianna (2011, p. 14):

Não se deve confundir cuidado com proteção. Cuidado pressupõe elementos subjetivos como carinho e afeto estes só podem ser oferecidos pela família, sendo a de sangue, a escolhida ou até os amigos. Proteção tem significância objetiva e diz respeito aos direitos fundamentais cuja garantia de manutenção é obrigação primária e exclusiva do Estado.

Fica explícita a diferenciação entre cuidado e proteção para que se possa interpretar o contido na Lei nº 10.741/2003. Nesse sentido, o artigo 9º do Estatuto do Idoso ressalta a obrigatoriedade de cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana quando assim dispõe: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa

idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.” Assevera ainda o mesmo Estatuto, no seu art. 10, “ É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”

Destarte, os parentes do idoso têm o dever de alimentá-lo, sendo crime o abandono material, conforme o art. 224 do Código Penal Brasileiro que assim dispõe:

deixar, sem justa causa, de prover a subsistência [...] ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena- detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Nesse contexto, cabe ao Estado o dever de amparar a pessoa idosa podendo interpelar judicialmente, se for o caso, a família da mesma, tratando-se assim da proteção à mesma.

Considerando a família, no que diz respeito a cuidar do idoso, o seu papel é relevante porque seu alicerce é constituído muitas vezes pelo próprio idoso e, sendo a base para uma sociedade onde o ser humano é o principal foco com direcionamento para o crescimento moral e social das pessoas, conhece-se mais profundamente as dificuldades, as carências, as ansiedades dos seus integrantes, prioritariamente, então, tem o dever de protegê-los. Assim, a dignidade do idoso deve ser respeitada considerando que o tempo e a perda da saúde psíquica ou física, incorporando-o, verdadeiramente, na coletividade, utilizando o aporte dos seus conhecimentos e experiência, bem como da sua sabedoria.

Ressalte-se a necessidade de políticas e programas visando a preparar as pessoas para a ancianidade tornando-as aptas às mudanças na maneira de viver, apreciando a sua existência em todas as suas etapas, respeitando e acatando os seus limites, preparando também a família para essas mudanças e necessidades do

seu idoso, recebendo o suporte do Poder público, evitando truculência ou desrespeito com esse idoso muitas vezes doente e indefeso.

A obrigação à proteção do idoso pelo Poder Público está também claramente no artigo 14 do Estatuto do Idoso. “Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.” Estabelece também a Lei nº 10.741/2003, os órgãos, bem como os agentes públicos com prerrogativas de atuação no amparo aos direitos e garantias dos idosos, como são mencionados apenas de maneira exemplificativa, essa proteção poderá ser exercida por outros órgãos não citados, mas que operem verdadeiramente na defesa da pessoa idosa.

5.1 Juiz de Direito da Vara do Idoso

Objetivando a especialização no que se refere ao julgamento de matérias que abranjam direitos e garantias dos idosos, o Estatuto do Idoso no seu artigo 70 dispõe: “O Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso.” Apesar de constar na lei, o dispositivo em apreço não vem sendo respeitado devidamente, haja vista o Estado de Sergipe, onde não existe vara especializada para atendimento aos idosos, tarefa que, consoante o art. 125 da Constituição Federal de 1988, compete a cada Estado da Federação, facilitando aos tribunais o seu funcionamento de forma descentralizada, possibilitando a aceleração nas análises dos processos. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Portanto, analisando os parágrafos citados, infere-se que a falta maior se encontra na desídia do Estado que, mesmo estando explícito na Constituição, a não existência dessas câmaras regionais, e em especial, das varas específicas destinadas ao atendimento ao idoso.

Sobre o assunto Roberto Mendes Freitas Júnior (2011, p.12) assim discorre:

Ao julgar qualquer demanda em favor da pessoa idosa, com consequente condenação do Poder Público, o Juiz de direito deve enviar cópia dos autos à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil, administrativa e penal, do agente a quem se atribua a ação ou omissão causadora de ameaça ou dano aos interesses do idoso vencedor.

O artigo 90 da Lei nº 10.741/2003 assim expressa:

Os agentes públicos em geral, os juízes e tribunais, no exercício de suas funções, quando tiverem conhecimento de fatos que possam configurar crime de ação pública contra idoso ou ensejar a propositura de ação para sua defesa, devem encaminhar as peças pertinentes ao Ministério Público, para as providências cabíveis.

5.2 Ministério Público

A Lei Complementar nº 40/1981, chamada de Lei Orgânica Nacional Ministério Público, foi a primeira lei específica sobre esse órgão do Poder Judiciário e a Lei 6.938/81, denominada Lei da Ação Civil Pública, foram dispositivos que iniciaram um esboço do perfil para o Ministério Público. A Constituição Federal de 1988 consolidou esse perfil de vocação de realizador de direitos e, além de dar independência a essa instituição, retirou a possibilidade de futuros textos legislativos suprimirem o Ministério Público, com cláusula pétrea explícita no seu artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” No seu artigo 129 relaciona as competências do Ministério Público, destacando-se entre elas:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

As atribuições contidas nesses incisos implicam em que os direitos dos idosos, sendo assegurados pela própria Constituição Federal, devem merecer a proteção do Ministério Público que, pode propor ações civis públicas para garantir esses direitos e tendo uma estrutura constitucionalizada, tem o papel de intérprete de direitos dos hipossuficientes e das conquistas desses direitos e dos avanços sociais, atuando na salvaguarda dos interesses sociais, difusos, coletivos ou

individuais indisponíveis. O inciso IX do artigo supra referido assim dispõe: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” Demonstrando que o rol das atribuições dessa instituição é exemplificativo, sendo permitida a sua ampliação sendo exigido que essa nova atribuição esteja em harmonia com a sua finalidade.

5.2.1 Ministério Público e o Estatuto do Idoso

A atuação do Ministério Público, no Estatuto do Idoso, está assim disposta no artigo 74: “I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;”.

Costuma-se definir interesse difuso aquele que tem titulares indeterminados, de natureza indivisível, não decorre de vínculo jurídico e sim de uma situação de fato. São direitos transindividuais e amplos, a exemplo de respirar ar puro. Já os direitos coletivos apesar de também serem indivisíveis e transindividuais e indeterminados podem ser determináveis e necessita de uma relação jurídica entre os interessados, a exemplo de categorias sindicais. Tem também natureza indivisível porque estando esses interessados unidos coletivamente numa mesma relação jurídica, é impossível um tratamento diferenciado entre eles. Os interesses individuais homogêneos, ainda que também digam respeito a pessoas indeterminadas, são unidos por um fato de origem comum, e poderão, no futuro, serem determinadas. Esses direitos são individuais, porém podem ser tutelados coletivamente, sendo os sujeitos ligados pela similitude dos direitos em caso determinado. Sobre interesses individuais homogêneos Hamilton Alonso Junior (2006 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p.18) leciona:

são interesses essencialmente individuais, cujo titular é perfeitamente identificável e o objeto divisível. São ocasionalmente coletivos. Poderiam ter sido buscados por intermédio de demandas individuais, e o resultado da demanda beneficiaria apenas o postulante, o que é impossível na ação para a obtenção do direito coletivo propriamente dito. A distinção principal destes em relação aos interesses coletivos propriamente ditos encontra-se na divisibilidade do direito titularizado entre os vários sujeitos.

Direitos indisponíveis são aqueles cujo beneficiário não pode renunciá-los, nem deles dispor. Decorrem dos princípios de ordem pública os quais continuamente prevalecerão sobre os interesses de seu possuidor, ou das partes de dado processo. Nos termos desse inciso do Estatuto do Idoso, o membro do Ministério Público tem o dever de, no momento em que tenha ciência de ofensa aos direitos difusos ou coletivos, individuais homogêneos ou individuais indisponíveis da pessoa idosa, instaurar inquérito civil como preparação à propositura da ação civil pública. Após a instauração do inquérito civil o Ministério Público, num prazo mínimo de dez dias, poderá requisitar certidões, exames ou perícias, ou quaisquer informações necessárias, de órgãos públicos ou particulares, assim como de pessoas físicas ou jurídicas. Assim descreve Freitas Junior (2011, p.18), a partir daí o desenrolar desse processo:

Ao final das investigações, caso o Promotor de Justiça se convença da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, determinará o seu arquivamento, fundamentadamente. Os autos do inquérito civil deverão ser remetidos, no prazo de três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público, para reexame necessário da matéria. (A violação à regra configura falta funcional grave por parte do membro do Ministério Público, sujeitando-o a procedimento administrativo perante a respectiva Corregedoria-Geral.) Até que o arquivamento seja homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, as associações legitimadas poderão apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados ou anexados às peças de informação. Caso o Conselho Superior discorde do arquivamento, deixará de homologá-lo, e o Procurador-Geral designará outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da respectiva ação civil pública. Havendo fundamentos suficientes, o membro do Ministério Público terá legitimidade para propor a respectiva ação pública.

Tanto o inquérito civil como a ação civil pública, deve obedecer às regras dispostas no Estatuto do Idoso e subsidiariamente contidas na Lei 7.437/1985 – Lei de Ação Civil Pública. No que se refere à interposição da ação civil pública em benefício de apenas um idoso comprovadamente em condição de risco, por parte do Promotor de Justiça, se tratando de direito individual indisponível, a doutrina se divide em duas correntes: para alguns, não é cabível por ser uma ação somente admissível quando o objetivo for proteger todos os idosos de uma mesma comunidade, não podendo ser interposta em favor de um idoso isoladamente. Para outros, essa ação é cabível, mesmo sendo um direito individual, por ser ele indisponível. Há uma corrente jurisprudencial majoritária que legitima o Ministério

Público para propor a ação civil pública em favor de pessoa idosa mesmo que venha a beneficiar um único idoso, a exemplo de decisões como:

STJ - Agravo Regimental no Recurso Especial AgRg no REsp 1443783 MG 2014/0063649-9 (STJ) data de publicação: 06/08/2014

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. é pacífico o entendimento desta corte superior no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis, razão pela qual é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos, a fim de tutelar o direito à saúde e à vida. 2. agravo regimental não provido TJ-MG-Apelação Cível AC 10313110175152001 MG (TJ-MG) data de publicação: 19/08/2013

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET RECONHECIDA PELO STJ - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO MUNICÍPIO - NECESSIDADE DEMONSTRADA - RECURSO DESPROVIDO. 1. consoante posicionamento do superior tribunal de justiça, o Ministério Público estadual tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, objetivando o fornecimento de medicamento para pessoa determinada, tutelando o direito individual indisponível à saúde e à vida. 2. o direito à saúde deve ser garantido pelo estado, incluídos os três níveis da federação, com a disponibilização dos recursos que se fizerem necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos/insumos prescritos, constituindo violação da ordem constitucional a negativa do tratamento, na hipótese. 3. preliminar de ilegitimidade passiva afastada, em consonância com o posicionamento da corte superior, e recurso desprovido.

Corrente jurisprudencial minoritária mais conservadora sustenta a ilegitimidade do Ministério público. Outros organismos também são colegitimados conforme o disposto no artigo 81, do Estatuto do Idoso que assim determina:

Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III – a Ordem dos Advogados do Brasil;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

O Estatuto do Idoso ainda determina no seu artigo 88: “Nas ações de que trata este Capítulo, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. Parágrafo único. Não se imporá sucumbência ao Ministério Público.”

Dispõe o inciso II “promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;”. A luz do que determina esse inciso a intervenção do Ministério Público só deverá acontecer nos casos em que idosos estejam em situação de risco, leve-se em consideração que somente a idade avançada não qualifica a pessoa como incapaz e nem em situação de risco. Cada caso deverá ser analisado concretamente, tendo as disposições do Estatuto do Idoso, como de todos os outros dispositivos legais, ser interpretado em harmonia com o estatuído na Constituição Federal de 1988, a qual no seu artigo 127, conferiu ao “Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Destarte, a intervenção do Ministério Público só é justificável quando os envolvidos forem pessoas idosas, porém, em condição de risco ou se estiver evidente o interesse público. Exemplifica esse inciso algumas intervenções como nas ações de interdição, de alimentos, de designação de curador especial, atuando nessas demandas com característica protetiva, objetivando principalmente, fiscalizar se os direitos e prerrogativas da pessoa idosa estão sendo obedecidas.

Estabelece o inciso III “atuar como substituto processual do idoso em situação de risco;”. Segundo Freitas Júnior (2011, p. 25) “substituição processual pode ser definida como o instituto jurídico que dá legitimidade a alguém para poder pleitear, em nome próprio, direito alheio.” E essa substituição só é admissível, quando a lei autoriza, conforme artigo 6º do Código de Processo Civil. Consoante Humberto Theodoro Júnior (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 25). “Há casos em que a parte processual é pessoa distinta daquela que é parte material do negócio litigioso, Quando isso ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição

processual, que consiste em demandar a parte, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem”.

Ante a previsão expressa do Estatuto do Idoso, sempre que houver ameaça ou violação aos direitos do idoso em situação de risco, o Promotor de Justiça poderá interpor qualquer ação, de natureza civil ou penal, em nome em proteção do ancião lesado ou ameaçado.

A situação de risco não está definida pela lei e a possibilidade de substituição processual só poderá ser definida após a apreciação do caso. A Lei 10.741/2003 não faz nenhuma reserva quanto a ação do Ministério Público na condição de substituto processual do idoso. Somente quando houver omissão da sociedade, bem como do Estado, ou quando o ancião não tiver família ou essa se omitir ou cometer abuso, ou quando ocorrerem essas práticas por parte da entidade de atendimento ou do curador, ou seja, quando os idosos tiverem os seus direitos e interesses violados, ou pela sua condição pessoal, o Ministério Público deverá entrar em ação para garantir-lhes as medidas protetivas.

O artigo IV dispõe “promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, quando necessário, ou se o interesse público justificar;”. O instrumento procuratório concedido pelo idoso poderá ter a sua revogação requerida judicialmente através de ação anulatória para a qual o Ministério Público tem legitimidade de propor, na qualidade de substituto processual do idoso, conforme disposto no artigo 74, inciso II da Lei 10.741/2003, dependendo essa revogação de ordem judicial, pronunciada em procedimento próprio, observando o princípio do devido processo legal, devendo o procurador, ou procuradores, nomeados pelo idoso atuarem passivamente na demanda. Vale ressaltar o que observa Freitas Júnior (2011, p. 28):

Possível, por outro lado, que referido pedido seja feito incidentalmente, em demanda que apure a ocorrência de situação de risco ao idoso. O Promotor de Justiça, portanto, pode optar entre propor ação específica para revogação da procuração concedida pelo idoso, ou realizar pedido incidentalmente, em outra demanda envolvendo ancião em situação de risco, sendo necessária, apenas, a concessão do direito de defesa da parte contrária. Vez que a lei não restringe a legitimidade do Ministério Público engloba todas as espécies de procuração outorgadas pelo idoso (pública, particular, ad judícia etc.) , não havendo qualquer limitação à atuação do Promotor de Justiça.

Determina o inciso V “instaurar procedimento administrativo para apurar qualquer notícia de ameaça ou lesão aos direitos e garantias da pessoa idosa;”. Ao prevê que o Ministério Público instaure procedimento administrativo, lhe conferindo a autorização para expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos, exames, perícias, promover inspeções e diligências investigativas, nesse inciso e suas alíneas, assemelha o procedimento ao inquérito policial. Sobre o assunto assim se expressa Marcos Ramayana:

Na verdade, o inquérito civil não se confunde com o inquérito administrativo, embora possamos correlacioná-los, pois a norma em comento ampliou o poder investigatório e requisitório do parquet, tal procedimento administrativo assemelha-se, não ao inquérito civil já previsto no âmbito do Estatuto, mas sim, ao inquérito policial, na medida em que defere ao órgão ministerial diversas iniciativas, bem como constitui verdadeira interpretação autêntica acerca da polêmica possibilidade de investigação direta dos crimes praticados contra o idoso. (RAMAYANA, 2004, apud FREITAS JUNIOR, 2011, p. 28).

Há alguns, porém, que discordam dessa assertiva, com a alegação de que o inciso VI, do artigo 74 da norma, atribui ao órgão ministerial a capacidade de requerer a instauração do inquérito policial objetivando apurar crimes e infrações aos dispositivos de proteção aos idosos. Assim, a apuração dos delitos não estaria a cargo do Ministério Público e sim à autoridade policial.

Ressalte-se que a norma não define qual o tipo de ameaça ou lesão aos direitos e garantias dos idosos, exprime claramente que “qualquer notícia de ameaça ou lesão aos direitos e garantias da pessoa idosa” é passível de instauração de processo administrativo, por parte do Ministério Público, usando essa terminologia em sentido vasto, englobando todo procedimento que seja instaurado pelo *parquet* com o propósito de impor a observância ou restabelecimento dos direitos dos idosos, ou que venha apurar ameaça ou lesão aos direitos e garantias dos idosos. Apenas o inquérito civil, por já ter sido especificado no inciso I do artigo em foco, foi excetuado da amplitude do procedimento administrativo, não importando qual seja o nome dado ao procedimento que sejam de mero acompanhamento, de análise de situação de risco ou de mero acompanhamento, necessita somente que o procedimento objetivo apurar a lesão ou ameaça aos direitos e garantias da pessoa idosa.

Freitas Júnior assim discorre (2011, p.):

Independentemente da finalidade do procedimento administrativo instaurado, o Promotor de Justiça, para instruí-lo, pode valer-se das seguintes diligências: (1) expedição de notificações, colheita de depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisição de condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; (2) requisição de informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promoção de inspeções e diligências investigatórias; (3) requisição de informações e documentos particulares de instituições privadas; (4) quaisquer outras diligências não defesas em lei, que puderem ser utilizadas como embasamento à propositura de medidas que visem assegurar ou restabelecer os direitos dos anciãos.

De acordo com o inciso VI, desse artigo, também compete ao Ministério Público “instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações normas de proteção ao idoso;”. Inquérito policial é um procedimento administrativo atinente à Polícia Judiciária, seja à Polícia Federal, junto à União ou às Polícias Cíveis, quando for junto aos Estados. O membro do *parquet* poderá requerer à Polícia Judiciária a constituição de inquérito policial para averiguar infrações penais perpetradas contra os idosos, não eliminando a instauração desse inquérito o poder de investigação do Ministério Público. É um ato de discricionariedade do membro ministerial uma vez que não há nada que impeça o próprio Promotor de Justiça de instaurar o procedimento investigatório sob o seu comando promovendo as investigações necessárias que venham alicerçar a ação penal competente.

A questão sobre a capacidade investigatória do Ministério Público é polêmica havendo duas correntes doutrinárias divergentes: aqueles que são contrários argumentam que como no processo penal o Ministério Público atua como parte, tendo que agir com imparcialidade, ficaria numa posição contraditória no comando das investigações criminais. Além disso, fundamentam a sua opinião no § 1º, inciso IV, artigo 144 da Constituição Federal que estabelece: “[...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.” Entendem os que assim se posicionam que o legislador ao usar o termo exclusividade, determina o monopólio da investigação na esfera criminal, para a Polícia Judiciária, interpretando o texto constitucional de forma literal, isoladamente e não dando uma interpretação sistemática em harmonia com as demais regras normativas.

Os que são favoráveis ao exercício das investigações criminais diretamente pelo *parquet* fundamentam seus argumentos no art. 129 da Constituição Federal, que define as funções institucionais do Ministério Público, que dispõe no seu inciso I “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” estando aí implícito a sua competência para promover os meios necessários ao embasamento da propositura da ação. Avocam também o Princípio da Universalização das Investigações, o qual permite a outros órgãos públicos que não a Polícia Judiciária realizar, na esfera criminal, diligências investigatórias. Assim, o Ministério Público também está incluso entre esses órgãos públicos. Excluindo essas discussões e observando-se o texto legal, o inciso VI, do artigo 74, do Estatuto do Idoso, ora analisado, possibilita ao Promotor de Justiça requerer às autoridades policiais a realização de procedimentos e diligências que apurem delitos penais praticados contra idosos, ou por si mesmo e sob sua presidência instaurar o procedimento e efetuar as investigações.

O entendimento do STJ é pacífico quanto ao poder de investigação do Ministério Público, conforme súmula 234 que assim define esse posicionamento: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. O STF entretanto, ainda não é pacífico o seu entendimento.

Ao *parquet*, conforme o inciso VII ainda compete “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;”. Freitas Junior (2011, p. 34) assim analisa esse inciso:

Trata-se de inciso genérico, amplo, que traduz a própria atuação ministerial no âmbito dos direitos dos idosos. Note-se que o § 2º do mesmo artigo assevera que as atribuições mencionadas pelo artigo 74 são meramente exemplificativas, e não excluem outras, desde que sejam compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público.

Dispõe o inciso VIII com competência do *parquet* “inspecionar as entidades de públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;”. O membro do Ministério Público tem acesso livre a qualquer entidade de atendimento ao idoso, o que lhe é garantido pelo

§ 3º do artigo em análise do Estatuto do Idoso. Assim sendo, deve fazer visitas periódicas a essas entidades fiscalizando-as e observando se possuem os requisitos legais para o seu funcionamento nos diversos aspectos, inclusive verificando as estruturas do imóvel se estão condizentes para a atividade, se possuem a documentação exigida pela lei, bem como o número de empregados em relação aos idosos abrigados, o tratamento que lhes é dispensado se está coerente com a situação de cada um, a alimentação e verificando se ocorrem eventuais abusos contra os anciãos ali abrigados que venham a ferir o que dispõe a legislação em vigor.

Havendo a constatação de tais infrações, o Promotor de Justiça tem como atribuição solucioná-las aplicando as medidas que a lei determina através de procedimento administrativo por ele presidido ou ação judicial proposta pelo mesmo, sendo as falhas e irregularidades constatadas documentadas na forma do disposto no artigo 74, inciso V, do Estatuto do Idoso.

Consoante o artigo IX é também competência do Ministério Público: “requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições”. O termo requisitar utilizado pelo legislador significa que mesmo não havendo subordinação hierárquica dos órgãos públicos citados nesse inciso, os mesmos são obrigados a atender à solicitação do Ministério Público no tempo devido sob pena do retardamento ou não cumprimento da ordem ministerial ser caracterizado crime como prevê o artigo 109 *in verbis*: “Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.”

Vale salientar que a negativa do parente, curador ou cuidador do idoso em prestar esclarecimentos a respeito de informações de maus-tratos ao idoso, autoriza o membro do Ministério Público, através do disposto no inciso V, alínea a, do artigo em foco, a requisitar à Polícia Militar a sua condução de forma coercitiva para as explicações devidas.

Cabe ainda ao Ministério Público conforme o inciso X: “referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.” Um

exemplo desse *referendum* é o que dispõe o Estatuto do Idoso no seu artigo 13 que determina: “As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.” Vale salientar que essas transações só poderão ser referendadas no que concerne ao recebimento dos alimentos e à sua forma e jamais à sua renúncia uma vez que se trata de um direito pessoal, intransferível, impenhorável, irrepetível e irrenunciável.

Ainda vale considerar o que dispõe o parágrafo primeiro desse artigo. “A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.”

5.2.2 Propositura de ação executiva em favor do idoso

A esse respeito assim dispõe o art. 87 do Estatuto do Idoso:

Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória favorável ao idoso sem que o autor lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada, igual iniciativa aos demais legitimados, como assistentes ou assumindo o pólo ativo, em caso de inércia desse órgão.

Inferre-se do disposto nesse artigo que a legitimidade do Ministério Público para a propositura ‘de ação executiva em favor do idoso é subsidiária, no âmbito da substituição processual, e que é necessário que o idoso esteja em situação de risco para que essa ação tenha cabimento e que a sentença condenatória em favor do idoso não tenha sido executada no prazo de 60 (sessenta) dias, podendo os colegitimados assumir o polo ativo, caso o *parquet* se torne inerte. Entretanto, não deixa claro, a letra do dispositivo, que são os colegitimados, necessitando a observância ao texto do art. 81 desse Estatuto assim determinando:

Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:
 I – o Ministério Público;
 II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
 III – a Ordem dos Advogados do Brasil;
 IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa.

Há uma corrente jurisprudencial que sustenta a opinião de que o Ministério Público só deve atuar como substituto processual nos locais onde não exista Defensoria Pública instituída, uma vez que havendo esse órgão essa atuação é da sua competência. Em Sergipe, entretanto, mesmo havendo a instituição de tal órgão, a atuação tem sido do Ministério Público.

5.2.3 Intervenção judicial obrigatória

Assim determinam os artigos 75 e 77 do Estatuto do Idoso:

Art. 75. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis.

Art. 77. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Explícito está nesses dois dispositivos, numa análise isolada e literal, que em todos os processos que envolvam interesse de idosos faz-se mister a atuação do Ministério Público. Entretanto, como todas as normas infraconstitucionais devem ser analisadas em obediência à Constituição Federal de 1988, vale analisar o disposto no artigo 127, caput, dessa norma maior que assim dispõe: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Ora, idoso não é sinônimo de incapaz e os seus direitos e interesses não se tornam indisponíveis apenas por haver completado 60 anos. E como já ficou claro no artigo 74 do Estatuto do Idoso a intervenção do Ministério Público dar-se somente quando esses direitos e interesses estiverem sofrendo lesão ou ameaça ou quando o idoso esteja em situação de risco efetivo ou que envolva o interesse público. O perfil institucional do parquet encontra-se traçado na Constituição Federal de 1988, podendo esse órgão contribuir sobremaneira para a realização dos direitos dos idosos.

5.3 Conselhos do Idoso

A Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994, dispõe sobre a Política Nacional do Idoso determinando no seu artigo 6º “Os Conselhos Nacional, do Distrito Federal, Estaduais e Municipais do Idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área”.

Determina no seu art. 7º a competência dos Conselhos de “supervisionar, acompanhar, fiscalizar e avaliar a política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.” Fiscalizando, dessa forma, como está atuando a Administração Pública, não devendo, por esse motivo, ter vínculos com o Poder Público, a fim de manter a sua independência de atuação. Sobre o assunto assim leciona Damásio de Jesus:

Embrechar o Conselho Municipal ou Estadual (como já ocorre) na estrutura material da Administração significa o estabelecimento de vinculação funcional ou hierárquica incompatível com a função fiscalizatória da política pública de atuação, privilegiando o próprio formulador da política de atendimento. Compreender presente vínculo administrativo entre o Executivo (Administração Direta) e os Conselhos Municipais ou Estaduais pode corresponder, ainda, ao manejo político da atuação do colegiado, que deixará de ser identificado com a comunidade atingida para ser transformado em mais um instrumento de atuação do Executivo. (JESUS, 2005, apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 39).

O Decreto 5.109, de 17 de junho de 2004, regulamentou o Conselho Nacional do Idoso ao qual compete entre outras atividades constantes nos incisos do artigo 2º, as que seguem constantes no seu parágrafo único:

- I - acompanhar e avaliar a expedição de orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei nº 10.741, de 2003, e dos demais atos normativos relacionados ao atendimento do idoso;
- II - promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil organizada na formulação e execução da política nacional de atendimento dos direitos do idoso;
- III - promover, em parceria com organismos governamentais e não-governamentais, nacionais e internacionais, a identificação de sistemas de indicadores, no sentido de estabelecer metas e procedimentos com base nesses índices, para monitorar a aplicação das atividades relacionadas com o atendimento ao idoso;
- IV - promover a realização de estudos, debates e pesquisas sobre a aplicação e os resultados estratégicos alcançados pelos programas e projetos de atendimento ao idoso, desenvolvidos pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; e

V - estimular a ampliação e o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação e controle social, por intermédio de rede nacional de órgãos colegiados estaduais, regionais, territoriais e municipais, visando fortalecer o atendimento dos direitos do idoso.

5.3.1 Composição e funcionamento do Conselho Nacional do Idoso

A composição do Conselho Nacional do Idoso: um representante da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, um representante de cada um dos seguintes Ministérios: Ciência e Tecnologia; Cidades; Cultura; Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Educação; Esporte; Justiça; Planejamento, Orçamento e Gestão; Previdência Social; Relações Exteriores; Saúde; Trabalho e Emprego; Turismo.

O inciso II do artigo 3º do Decreto 5.109/2004 para garantir a paridade dispõe: “quatorze representantes de entidades da sociedade civil organizada, sem fins lucrativos, com atuação no campo da promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa, que tenham filiadas organizadas em, pelo menos, cinco unidades da Federação, distribuídas em três regiões do País.” O artigo 12 do mesmo decreto determina que as suas reuniões sejam realizadas em caráter ordinário bimestralmente e por convocação do seu presidente ou por requerimento da maioria dos seus membros quando em caráter extraordinário. No que se refere aos Conselhos Estaduais, tomando por base o Conselho Estadual dos Direitos e Proteção do Idoso do Estado de Sergipe, criado pela Lei nº 3.116/91, o seu artigo 3º estabelece as seguintes competências:

- I - formular política de promoção, proteção e defesa dos direitos do idoso, bem como controlar e fiscalizar sua execução.
- II - acompanhar e avaliar a proposta orçamentária do Estado, no que se refere ao atendimento dos direitos do idoso, indicando modificações necessárias à consecução da respectiva política;
- III - estabelecer prioridade de atuação e critério para a utilização dos recursos, programas e ações de assistência ao idoso, bem como fiscalizar a sua aplicação;
- IV - acompanhar a concessão de auxílios e subvenção a entidades particulares, atuantes no atendimento do idoso;
- V - zelar pela efetivação da descentralização político-administrativa e da participação popular, por meio de organizações representativas, nos planos e programas de atendimento aos direitos do idoso;
- VI - incentivar a criação e estimular o funcionamento dos conselhos Municipais dos Direitos e Proteção do Idoso;
- VII - propiciar apoio técnico aos Conselhos Municipais dos Direitos e Proteção do Idoso, bem assim a órgãos municipais, no sentido de tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos que venham a ser promover

estabelecidos no Estatuto do Idoso;
 VIII - proteção jurídico-social do Idoso;
 IX - Oferecer subsídios ou fazer proposições ao Governo objetivando aperfeiçoar a legislação pertinente à política de atendimento aos direitos do idoso;
 X - promover campanhas de formação da opinião pública sobre os direitos assegurados ao idoso, bem como incentivar e apoiar a realização de eventos, estudos e pesquisas no campo da promoção, proteção dos direitos do idoso;
 XI - receber, apreciar e manifestar-se sobre as denúncias e queixas formuladas a respeito dos direitos do idoso;
 XII - elaborar e aprovar o seu Regimento Interno;
 XIII - aprovar, de acordo com os critérios estabelecidos em seu Regimento Interno, o cadastramento de entidades de defesa ou de atendimento aos direitos do idoso;
 XIV - exercer outras atividades regulares que objetivem a promoção, proteção e defesa dos direitos do idoso.

É composto por 16 (dezesseis) membros respeitando a paridade, da seguinte forma: 01 membro das Secretarias de Estado: da Ação Social; da Educação e Cultura; da Saúde; da Justiça; de Obras Públicas; da Segurança Pública; do Governo do Estado; 01 da Fundação de Desenvolvimento Comunitário e para respeitar a paridade, 08 representantes de entidades escolhidas por voto direto, pelo Fórum do Idoso, dentre aquelas reconhecidas no âmbito estadual pelo trabalho que vem desenvolvendo em defesa dos direitos do idoso, conforme inciso IX , do artigo 4º da mesma lei.

Compete aos Conselhos Municipais, além de outras funções, analisar e fiscalizar os programas assistenciais aos idosos. O Município é discricionário na elaboração da lei regulamentar da atuação do Conselho Municipal do Idoso, observando os preceitos e princípios dispostos na Lei 8.842/1994 e no Estatuto do Idoso. Nos municípios onde não houver os Conselhos Municipais, as suas delegações serão transferidas para o Conselho Estadual respectivo.

A lei que criar o Conselho deverá definir o mandato dos conselheiros, sendo de uma maneira geral de dois anos podendo ser prorrogado por mais dois.

5.4 Serviços Auxiliares da Justiça

Equipes multidisciplinares são de extrema necessidade para o embasamento técnico da decisão judicial quando a demanda envolve interesses de pessoas idosas. Essa equipe deverá ser constituída por psicólogos e psiquiatras, assistentes sociais e especialmente especializados em geriatria e gerontologia. De

crucial importância nos procedimentos judiciais e nas demandas é a participação do órgão local de Vigilância Sanitária, mesmo não sendo considerado auxiliar da Justiça, por ter a sua vinculação às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, entretanto somente esse órgão é responsável tecnicamente para atestar as situações sanitárias e higiênicas das unidades de atendimento e dos estabelecimentos que prestam serviços aos idosos. Imprescindível se torna essa estrutura técnica com pessoal qualificado para que possa a defesa judicial dos direitos e garantias da pessoa idosa seja embasada na forma preconizada pelo Estatuto que protege os que compõem essa classe, denominados de anciãos.

5.5 Polícia

Está comprovado que onde há delegacias especializadas o atendimento se torna mais especializado e os que necessitam desse atendimento, no caso em tela, as pessoas idosas, se sentem mais acolhidas e, conseqüentemente, com mais liberdade para explanar os desrespeitos e as lesões aos seus direitos, principalmente no que concerne às violências sofridas, na maioria das vezes no seio familiar. O primeiro contato, ocasião em que é feito o registro da ocorrência na delegacia especializada, se torna o ponto de partida para que essas ocorrências venham à tona, chegando ao conhecimento do judiciário. Nesse sentido, Anderson Ricardo Fernandes Freire enfatiza:

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

No que se refere a essa matéria, infelizmente, os Municípios em sua maior parte, incluindo não só o município de Aracaju, mas, o Estado de Sergipe, não possuem delegacias especializadas em registrar crimes praticados contra idosos, concentrando as investigações e registro dessas ocorrências junto às delegacias de grupos vulneráveis tornando difícil ou quase impossível um levantamento estatístico das violências contra os idosos, porque não há registro específico para as queixas dos anciãos, dificultando a aplicação das exigências contidas nas normas vigentes.

6 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO

A doutrina utiliza, entre outras, a expressão direito do homem como uma das definições de direitos fundamentais, considerando-os, numa perspectiva jusnaturalista, como sendo aqueles atinentes à condição do ser humano. Esses direitos não se restringem àqueles que estão dispostos na Constituição Federal de 1988, mas, também àqueles que se encontram insertos na consciência coletiva, existentes antes de qualquer instituição política e social. Há doutrinadores, entretanto, que divergem desse conceito e fazem a diferenciação, entre eles José Joaquim Gomes Canotilho que assim esclarece:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os *direitos do homem* jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003 apud NASCIMENTO, 2007, p. 7).

Entenda-se que a compreensão aqui pretendida é a de Direitos Fundamentais como o grupamento de direitos inerentes ao homem como imprescindíveis a sua realização plena. Esses direitos também são atinentes ao idoso, uma vez que ancianidade é apenas uma condição do homem pelo envelhecimento que é um acontecimento natural do ser. Esses direitos fundamentais dos idosos serão tratados a seguir.

6.1 Direito à vida

No que tange ao envelhecimento, é um direito de significado muito amplo e personalíssimo. A Constituição Federal de 1988 inclui já no seu preâmbulo esse dever do Estado de garantir os direitos sociais e individuais não somente aos idosos mas a todo o povo brasileiro, quando dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a

solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte.

No seu artigo 5º, especifica a Norma Maior que não deve haver “distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, à segurança [...]” e no seu artigo 230 estabelece: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

A vida é o bem mais precioso para o homem, uma vez que sem vida não há qualquer valor humano nem como ter dignidade, liberdade ou cidadania. Em consonância com a lei magna, o Estatuto do Idoso, norma protetiva do idoso, assim determina no seu artigo 2º:

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

O envelhecimento é apenas um processo biológico, devendo o Poder Público, bem como a sociedade, impedir a violação de qualquer dos seus direitos principalmente aquele que é a base para todos os outros, o direito à vida, o mais importante desde que o mundo é mundo, independente de raça, cor ou situação econômica. E, nesse sentido, o artigo 8º do Estatuto do Idoso assegura: “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.” e o artigo 9º da mesma norma legal confirma essa premissa: “É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.” Torna-se positivado, dessa forma, não só o direito à vida como o amparo e a proteção do idoso, à sua velhice, como um direito social, que não pode ser violado, firmando-se assim como elemento de segurança jurídica, entretanto, o que se observa é o desrespeito do Estado ao que estatui a legislação vigente, com a omissão das suas obrigações como é constatado no cotidiano brasileiro. Urge que o Ministério Público aja mais energicamente, como fiscalizador da lei, forçando a sua aplicação.

6.2 Direito à Liberdade

Somente a concessão de direitos de liberdades não terá nenhuma eficácia prática sem a efetiva garantia de mínimas condições materiais e sem a real atuação do Estado para a redução das desigualdades que tanto atingem os idosos.

O Direito à liberdade inclui a capacidade do idoso poder locomover, livre para ir e vir, de se expressar, emitir opiniões, liberdade de culto religioso e de crença, participar de diversões e praticar esportes, da vida familiar e comunitária, participar da política, de acordo com a lei, liberdade de procurar auxílio, refúgio e orientação. O artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, determina: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;” e o artigo 10 da Lei nº 10.741/2003, no seu § 1º especifica: O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

Conforme o inciso I “faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;”. Autonomia física inerente a todo cidadão de circular pelo território nacional sem restrição imposta, exceto nos casos previstos em lei. O direito de ir e vir do idoso é tolhido pela falta de acessibilidade urbana, contrariando o que estabelece o artigo 182, *caput* da Constituição Federal “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” Entre os quais se incluem os idosos com suas peculiaridades e limitações dignos de respeito e tratamento diferenciado em consonância com as suas necessidades.

De acordo com o inciso II, “opinião e expressão;” . Independência de pensamento também garantida a todos os cidadãos indistintamente, inclusive aos idosos garantida a expressão de suas opiniões sem censura por parte do poder público limitado ao contraste com o direito alheio, devendo responder por seus atos no momento em que a manifestação do seu pensamento ofenda à honra de terceiros, sendo vedado o anonimato com preconiza para todos os cidadãos o artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Consoante o inciso III, “crença e culto religioso;” . Essa liberdade é inviolável, sendo assegurado por esse inciso a autonomia de culto religioso e proteção para os locais de exercício desses cultos;

Ressalte-se o que impõe o inciso IV “prática de esportes e de diversões;”. O incentivo à prática de esportes é uma obrigação imposta ao Estado, pelo artigo 217 da Constituição Federal, e a criação de programas de atividades físicas e lazer que motivem o aperfeiçoamento da qualidade de vida do idoso, incentivando a sua convivência na comunidade, propiciando-lhe uma vida saudável.

Convém ressaltar o inciso V “participação na vida familiar e comunitária;”. O § 1º do artigo 230 da Constituição Federal estabelece: “§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.” A lei maior assegura a necessidade evidente de conservar o idoso no âmbito familiar, garantindo sua participação real na vida comunitária e determinando que os programas de proteção aos idosos sejam executados em seus lares, preferencialmente, onde o idoso possa se sentir melhor por ter passado parte da sua vida nesse ambiente.

Dispõe o inciso VI: “participação na vida política, na forma da lei;”. O idoso deve ter a liberdade de ter as suas opções políticas, exercendo a sua cidadania, participando das decisões que regem a sociedade em que vive, participando do processo político, principalmente através do voto, usufruindo dos direitos civis conforme a lei determina.

O inciso VII determina: “faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação”. Refúgio significa lugar para onde se foge em busca e amparo e proteção para escapar de um perigo, onde se encontra asilo, representando para o idoso o local onde ele possa encontrar paz e tranquilidade de forma real, podendo ser público ou privado, mas onde ele não seja importunado. Uma equipe multidisciplinar, criada e mantida pelo Poder Público, formada por psicólogos, assistente sociais e médicos que tenham especialidade em gerontologia e geriatria, trabalhando de forma integrada, deverá prestar o auxílio e a orientação ao idoso, sendo um direito dele, torna-se difícil avaliar a adequação e eficiência da medida quando o ancião prefere buscar essa orientação e esse auxílio ao lado de familiares ou conhecidos.

6.3 Direito ao Respeito

O § 2º do artigo 10, do Estatuto do Idoso, preceitua: “ O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.” O respeito de que trata essa lei não consistindo “na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral” não é determinante somente para os idosos, mas, independe da idade para ser por ela alcançado. O respeito ao idoso implica em uma formação humanitária da sociedade para lhe dar a capacidade de lidar e entender essa fase da vida que qualquer pessoa poderá chegar a menos que a sua vida se finde antes de alcançá-la. Na análise desse artigo, percebe-se que todos os itens por ele englobados estão embutidos no princípio da dignidade da pessoa humana e em consonância com o inciso III, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”. A preservação da imagem contida no artigo em foco é um direito de personalidade do cidadão, cabendo à sociedade e ao Estado assegurar ao idoso uma imagem positiva resplandecente, refletindo a experiência adquirida ao longo dos anos vividos, exemplificando aos jovens as lições absorvidas. Sobre o assunto assim se expressa a jurista Pérola Melissa Vianna Braga (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p.53) :

Lutamos, na área do envelhecimento contra aquela imagem do idoso decrepito, velho, alquebrado e cambaleante. Esta, certamente não é a imagem adequada para ilustrar ou referir aquele que envelhece [...]. Estamos construindo uma identidade para o idoso brasileiro, e muito do sucesso dessa construção depende de como a sociedade encara o idoso. De como ela o identifica. Assim, se nos baseamos de uma imagem de uma idosa sentada em uma cadeira de balanço fazendo tricô ou um idoso de suspensórios, cabelos branquinhos cochilando ou babando enquanto a vida passa, estamos forjando uma identidade cheia de preconceito. É claro que existem idosos exatamente como os que exemplifiquei e podem ser felizes assim. O problema está em fixar o idoso nestes moldes, ou seja, nesta imagem. Existe idoso de todo o tipo, com toda cara. Gilberio Gil é idoso, Caetano Veloso é idoso, Abílio Diniz é idoso. O idoso pode ser aposentado ou trabalhar. Pode ser pobre ou rico, cabeludo ou careca, simpático ou sisudo. Ativo ou sedentário, saudável ou doente. O erro está em estereotipar o idoso como doente, incapaz e dependente [...]. Assim, o direito a uma imagem digna é vital para que o idoso brasileiro seja realmente respeitado por toda a sociedade e principalmente para que sua identidade-cidadã seja construída sem caricaturas. Isso sim é respeito [...]

O Estatuto do Idoso, no seu art. 22, estabelece: “Nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal serão inseridos conteúdos voltados ao

processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria.” Visa esse dispositivo mudar a consciência do jovem em relação ao idoso, infundindo neles sensibilidade que lhes incitem à valorização e ao respeito àqueles que tanto têm para lhes ensinar, eliminando o preconceito com relação a esses anciãos que precisam ser reconhecidos como verdadeiros protagonistas da história de um país que ainda não devota o devido respeito. O artigo 24 do Estatuto do Idoso determina “Os meios de comunicação manterão espaços ou horários especiais voltados aos idosos, com finalidade informativa, educativa, artística e cultural, e ao público sobre o processo de envelhecimento.” Destarte, a lei preocupa-se com o respeito à pessoa idosa estabelecendo a divulgação do dever desse respeito aos idosos, incluindo nessa disposição todos os meios de comunicação. Dispositivo que é obedecido ainda de forma incipiente, necessitando uma melhor fiscalização do Ministério Público, órgão competente para exigir o cumprimento da legislação, como fiscal da lei.

6.4 Direito à Saúde

“Por direito à saúde entende-se o acesso universal e equânime a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, garantindo a integralidade da atenção, indo ao encontro das diferentes realidades e necessidades de saúde da população e dos indivíduos.” (BRAGA, 2011, p. 64).

A saúde é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, estando inserida nos direitos fundamentais, conforme expressa o art. 196 da Constituição Federal de 1988 “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.” O termo sem exceção pela norma significa a imposição ao Estado de fomentar, em todos os níveis, a saúde do cidadão, independente da sua condição, social, cultural ou econômica. Os mais pobres, entretanto, são os mais afetados com o descaso ao cumprimento ao texto constitucional, pelo mal funcionamento do Sistema Único de Saúde, criado pela própria Constituição Federal de 1988, com suas obrigações regulamentadas pelas Leis 8.090/90 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142/90, para atender a todo o cidadão brasileiro, mas que tem

atuação precária e o que se vê são filas intermináveis não só para atendimento ambulatorial, mas também para recepção em hospitais públicos onde pessoas entre a vida e a morte são obrigadas a esperar em macas sem higiene nos corredores, contaminando-se com outras doenças, sem médicos suficientes para atendimento, bem como outros profissionais da saúde, sem medicamentos, enfim, situações que degradam o ser humano, cujas situações chegam ao conhecimento de todos cotidianamente através da mídia. Na esteira dessa situação, o sofrimento maior é para os idosos pela debilidade natural causada pela idade ao organismo humano. Assim, visando a proteção da saúde desses idosos, o Estatuto do Idoso no seu capítulo 15 estabelece:

É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

Conforme Marcos Ramayana,

O estatuto do Idoso autorizado pela norma constitucional exige atenção especial às doenças das pessoas idosas diante das peculiaridades das condições físicas e psíquicas. Significa, a nosso pensar, que o direito à saúde do idoso é de dimensão diferenciada e prefere as demais faixas etárias, com exceção do direito à saúde da criança e do adolescente cujas ponderações de interesses são isonômicas. (RAMAYANA, 2004 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 55).

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

Determina o inciso I “cadastramento da população idosa em base territorial;”. Para que o atendimento ao idoso seja realizado pelo Poder Público, de forma a otimizar efetivamente as políticas públicas, é necessária a verificação da demanda real em determinada localidade e isso ocorre através do cadastramento da população que necessita desse atendimento.

O inciso II dispõe: “atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatorios;”. Para o auxílio disposto nesse dispositivo, além da adaptação física das instituições hospitalares públicas, é necessária a especialização dos profissionais de saúde que vão trabalhar nessa área, o que depende da liberação de verbas públicas suficientes.

Consoante o inciso III, as ‘unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;’. O disposto nesse inciso reforça o que determina o inciso anterior, enfatizando ainda mais a necessidade da capacitação dos profissionais envolvidos na área. O artigo 18 dessa mesma lei reforça essa obrigação quando determina: “As instituições de saúde devem atender aos critérios mínimos para o atendimento às necessidades do idoso, promovendo o treinamento e a capacitação dos profissionais, assim como orientação a cuidadores familiares e grupos de auto-ajuda.”

Mediante o estabelecido no inciso IV o “atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;”. O aqui determinado encontra respaldo no art. 230 § 1º, da Constituição Federal de 1988, o qual especifica que: “Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.” Nesse sentido, surgiu o sistema *home care*, utilizado preferencialmente pelos estabelecimentos hospitalares no atendimento ao idoso. Esse sistema é trabalhado com pacientes que tenham recebido alta hospitalar, mas tenham que continuar com o atendimento médico, sendo o idoso transferido para a sua residência ou de familiares. Ressalte-se que alta hospitalar difere de alta médica. Segundo Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011, p. 57):

Para entender o funcionamento do *home care*, necessário distinguir-se alta hospitalar de alta médica. Na primeira, o paciente tem autorização médica para deixar o estabelecimento hospitalar, mas seu estado de saúde ainda comporta tratamento. Já na alta médica, o profissional de saúde declara que o paciente se encontra clinicamente curado, não necessitando continuar com qualquer tratamento.

Considere-se que, além do idoso receber um melhor calor humano por se encontrar junto aqueles que ama e recebendo o afeto de que necessita, para o Poder Público, a internação em domicílio é mais econômica levando-se em conta a relação custo-benefício. Sobre o assunto, Robson Renault Godinho cita a seguinte passagem de André Nunes (2004 apud GODINHO, 2010, p. 37):

A redução do número de procedimentos de internação pode ser atendida com programas preventivos, como o programa ‘saúde em casa’ e com programas que substituam os procedimentos de internações convencionais,

como as internações domiciliares, que reduzem as frequências de internação e os custos em até 40%. Os benefícios diretos esperados seriam uma melhor prevenção das insuficiências cardíacas, do AVC, assim como a prevenção e o controle da hipertensão, do diabetes, da asma e da osteoporose. É bastante provável que esses programas, conjuntamente, produzissem uma queda das frequências de procedimentos e, dessa forma, reduzissem os custos globais do SUS. Mais do que uma redução de custos, pode-se supor que a qualidade de vida das pessoas idosas também se modifique positivamente, diminuindo o número de internações, melhorando os padrões de morbidade e produzindo uma redução da mortalidade nas faixas etárias mais avançadas.

Ainda segundo Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011, p. 57):

Para efetivação da medida, o estabelecimento hospitalar pode terceirizar a operação, mediante contrato celebrado com a empresa especializada nesse tipo de prestação de serviços de saúde. A empresa contratada, por sua vez, entrevista o paciente e seus familiares, realiza análise do quadro clínico do paciente e determina quais são os equipamentos e os profissionais necessários para a continuidade do atendimento médico, na casa do próprio paciente ou de seus familiares. O serviço inclui o fornecimento dos materiais (inalador, aspirador de secreções, etc.), remédios, equipamentos (cama hospitalar, suporte para soro, cilindro de oxigênio etc.) e da mão de obra profissional (enfermeiros, médicos, nutricionistas, fisioterapeuta, etc.) que ficam à disposição do idoso, em período integral, da mesma forma que ocorreria no hospital, pelo tempo necessário ao restabelecimento de sua saúde. Os familiares do paciente idoso também recebem treinamento quanto aos cuidados básicos domiciliares, bem como orientação quanto ao reconhecimento de sinais de alteração do quadro clínico do idoso, e, ainda, orientações gerais e específicas sobre saúde. No caso de emergência, um médico de plantão irá até a residência do paciente, para lhe prestar o atendimento necessário.

O sistema *home care* oferece vantagens como a quase inexistência da infecção hospitalar, o bem estar que o paciente passará sentir, gozando do aconchego e carinho dos seus familiares, entes queridos que lhe oferecerão o calor humano necessário à ação terapêutica positiva, agindo de maneira positiva no psicológico do idoso debilitado, diferente de um leito insensível de hospital e liberando para a população necessitada o uso dos leitos hospitalares. A Lei 10.424, de 15 de abril de 2002, estabeleceu no Sistema Único de Saúde a internação hospitalar e o atendimento médico domiciliar assim dispondo:

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar.

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio.

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora.

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família.

Vale salientar que o atendimento é o apoio que se resume à consulta médica no domicílio do paciente e, se necessário, a prescrição de medicamentos, enquanto que a internação domiciliar abrange a introdução de toda uma estrutura material na residência do idoso, os cuidados de profissionais de saúde capacitados, equivalendo ao atendimento em um leito hospitalar. Tanto o atendimento como a internação domiciliar deverão ser desenvolvidos por equipes multidisciplinares que atuarão na área da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora, dependendo essas formas de atendimento de indicação médica prévia e de aprovação expressa do idoso e de sua família. A integral e absoluta prioridade do idoso ao acesso à saúde a que se refere o legislador nessa lei deriva da situação do idoso em face do processo de envelhecimento, necessitando de atenção imediata.

O inciso V explicita: “reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde.”. O Poder público obrigatoriamente deverá promover a reabilitação do idoso, implementando o serviço de saúde pública, contratando profissionais especializados em gerontologia e geriatria, incorrendo a sua omissão na responsabilização civil e criminal, além de acarretar gastos maiores dos cofres públicos, uma vez que o idoso não assistido adequadamente está propenso a adoecer e o seu tratamento terá que se suportado pelo Poder Público.

6.4.1 Acesso integral ao serviço público de saúde

Ainda o seu artigo 15, § 2º da Lei 10.741/2003, assim estabelece: “Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.”. É dever do Poder Público assistir ao idoso fornecendo gratuitamente medicamentos, principalmente os de uso continuado, órteses e próteses, atendendo à necessidade do idoso, sem restrição à qualidade dos medicamentos bem como à espécie de órtese ou prótese, além de substituição destas quando antigas e recursos necessários ao tratamento, habilitação ou reabilitação não fazendo distinção de situação de situação econômico-financeiro. E o

§ 4º desse mesmo artigo corrobora a obrigatoriedade do atendimento especializado ao idoso assim dispondo: “Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.” O texto da lei não se refere a medicamentos padronizados e sim, “fornecendo gratuitamente medicamentos, principalmente os de uso continuado”. E, se o profissional competente para atender clinicamente o idoso e conclui pela necessidade de um determinado medicamento para melhoria da sua saúde, não há porque seja obrigatória a prescrição e, conseqüentemente o uso apenas do medicamento, padronizado pela União, Distrito Federal, Estado ou Município.

Nesse sentido, assim se posicionou enfaticamente o Rel. Ministro Luiz Fux da 1ª Turma do STJ, no RMS24.197/PR (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 66).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO, RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados **não “qualquer tratamento” mas o tratamento adequado e eficaz capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.** 2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais, E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana. [...] 4. Last but not least, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente. 5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: ‘[...] Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo supostamente necessário à dispensa do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão de medida liminar às fls. 79 [...]’ fls. 312 6. *In casu*, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3ª, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus de hepatite C, do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico

acostado às fl. 27. 7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado do SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles o exame 'pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)' realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado 'positivo para detecção do RNA do vírus do HCV' (fl. 26). 8. Recurso Ordinário provido para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento."

Saliente-se que o legislador usou o termo Poder Público no artigo em foco evidenciando a responsabilização solidária em todos os níveis desse Poder, ou seja, União, Estado, Distrito Federal e Municípios, o que, entretanto, não significa litisconsórcio obrigatório e o idoso interessado para atender à sua necessidade deverá fazer a sua opção em face de qual ou quais pretende propor a demanda. Nesse âmbito, os Tribunais Superiores já reconhecem reiteradamente essa tese, a exemplo da 1ª Turma do Superior de Justiça no Resp 828. 140/MT, sendo relatora a Ministra Denise Arruda em 23.04. 2007 (apud FREITAS JUUNIOR, 2011, p. 61), que assim sentenciou :

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. IDOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS (MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO). ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. [...] 2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde. 3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Estado configurada. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte desprovido.

Quanto à competência do Ministério Público para impetrar ação civil pública para salvaguardar direitos individuais indisponíveis, o assunto foi pacificado pelos Tribunais Superiores e mesmo que o favorecido direto seja um único idoso o membro do *parquet* poderá propor a referida ação. Ressalte-se a decisão da Ministra Denise Arruda no REsp. 860.840/MG – STJ – 1ª Turma (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 63) :

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO, IDOSO. DIREITO INDIVIDUAL. INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO.

PRECEDENTES DO STF E STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A Primeira Seção desta Corte superior pacificou o entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 16.10.2006, p. 279; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado. *DJ* de 11.09.2006, p. 220. 2. Ademais, o art. 74, I, da Lei 10.741/2003, dispõe que compete ao Ministério Público “instaurar o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso”. 3. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/1992 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente, 4. Desprovemento do recurso especial.

Quando necessária a internação de que trata essa lei, o idoso fará jus ao acompanhamento de um familiar, ou alguém por ele indicado, ou por um curador. Porém, esse direito poderá ser vedado pelo médico responsável pelo tratamento, devendo ser feito por escrito e devidamente fundamentado. O idoso necessitado de atendimento terá o direito de optar quanto ao seu melhor tratamento e, caso não possa fazê-lo, a decisão deverá ser tomada pelo seu curador ou por seus familiares. Não havendo tempo para a consulta ao seu curador ou aos familiares pelo risco de óbito elevado, a decisão será do próprio médico, que comunicará seu ato ao Ministério Público, o qual fará a interdição do ancião e nomeará um curador. Conforme Roberto Mendes de Freitas Júnior, observa que

havendo perigo de vida, o médico poderá efetuar a devida intervenção, sem prévia autorização de qualquer pessoa, ou até mesmo contrariando a orientação do idoso, de seu curador, ou dos respectivos familiares, vez que estará agindo em estado de necessidade, protegido, ainda, por disposição expressa dos artigos 45 e 56 do Código de Ética Médica (FREITAS JÚNIOR, 2011, p.68).

Ressalte-se que, afastando-se as exceções previstas em lei, se o idoso for submetido ao tratamento de saúde contra a sua vontade, o agente responsável por esse tratamento arbitrário será responsabilizado civil e penalmente pela ação e, caso seja observado pelos profissionais, que o idoso foi submetido a quaisquer tipos de maus-tratos, terão que dar ciência às autoridades competentes determinadas pela legislação para apuração dos fatos e providências cabíveis. O artigo 6º do Estatuto do Idoso assim determina: “Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.”.

6.4.2 Acesso integral ao serviço privado de saúde

O § 3º do artigo 15, do Estatuto do Idoso, dispõe: “§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”, ou seja, as administradoras e seguradoras dos planos de saúde, obedecendo às normas da Agência Nacional de Saúde, poderão reajustar suas mensalidades, mas, de forma linear alcançando todos os usuários, não podendo entretanto esse reajuste ocorrer de forma diferenciada e motivado pelo idoso passar para a faixa etária acima de 60 (sessenta) anos, só sendo permitido assim acontecer quando o usuário tiver idade inferior aos 60 (sessenta) anos. O alcance desse dispositivo em relação à Lei nº 9.656/1998, conhecida como Lei de Planos de Saúde, ainda é questionável de conformidade com Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011, p. 75) “parte da doutrina e da jurisprudência admite, ainda, a retroatividade do disposto no artigo 15, do Estatuto do Idoso, mesmo quando o idoso tenha completado 60 anos de idade antes da vigência da Lei 10.741/2003”. Sobre a matéria:

Direito civil e processual. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do Idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. – O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art.15 § 3º). – Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. – A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos, - enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual a seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. – Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o artigo 15 da Lei n.9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos, - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei 9.656/98). – Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do idoso, quer seja a partir de sua vigência 1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no

alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no artigo 230. – A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser. – Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso à condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvadas a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido (REsp 809329/RJ-STJ- 3ª Turma, Relª. Minª, Nancy Andrighi, 11.04.2008, (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p.76)

Os que assim se posicionam partem da premissa de que por ser a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) posterior e específica em relação à Lei nº 9.656/98, atendendo ao Princípio da Especialidade, sendo o Estatuto do Idoso a norma específica de direitos e garantias da pessoa idosa, deve prevalecer sobre a norma geral, admitindo assim a retroatividade do que estabelece o artigo 15 do referido Estatuto, ainda que a pessoa idosa tenha feito 60 anos de idade anteriormente à vigência da Lei que o criou. No entanto, há entendimento contrário que defende a irretroatividade, haja vista que o fato gerador aconteceu sob o resguardo da lei anterior à Lei 10.741/2003, verificando-se, assim, o direito adquirido da seguradora de saúde. Nesse sentido, observe-se a decisão na AC 4898464200-TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, 27.03.2009) (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 76) :

PLANO DE SAÚDE – Cláusulas que fixaram faixas etárias e estipularam reajustes diferenciados segundo essas – Pleito de reconhecimento de nulidade – Descabimento – Conduta que não pode ser considerada abusiva porque autorizada por lei e expressamente convencionada na avença – Posterior edição do Estatuto de Idoso limitando os reajustes aos 60 anos de idade – Irrelevância - Autores que, quando do advento da nova lei já contavam com Idade superior a esta – Impossibilidade, ademais, de Intromissão da nova legislação sobre os efeitos futuros de contrato em vigor – Garantia constitucional do ato jurídico perfeito e direito adquirido – Precedentes do STF – Apelo desprovido;

Saliente-se que tanto os contratos coletivos, onde um grupo determinado de usuários, ou pessoa jurídica os representando, ajusta com a seguradora de saúde, como também os planos de saúde individuais são regidos pelo que prevê o artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso. Ressalte-se que a pessoa idosa, nessa relação, também é considerada consumidora e, como tal, amparada pela Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor - com contrato de prestação de serviços de saúde

e, como contratos são vontades entre partes que se comprometem em cumprir cláusulas ajustadas, não pode ser rompido de forma unilateral e arbitrária. A parte que assim agir poderá ser responsabilizada pelos danos materiais sofridos pelo idoso, bem como por aqueles decorrentes do comportamento ilícito da parte que infringiu o contrato, respondendo também por danos morais. Quanto às obrigações para o tratamento médico desenvolvido pelo idoso coberto pelo plano de saúde ocorre da mesma forma que aqueles atendidos pela saúde pública.

6.5 Alimentos

6.5.1 Obrigação alimentar

O alimento é a base para a existência da vida. A obrigação de alimentar está imposta no art. 229 da Constituição Federal que assim estabelece: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” e o Código Civil no seu artigo 1.694 § 2º dispõe: “ Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.” Alimentos naturais são aqueles diferente dos alimentos civis, são aqueles minimamente necessários à subsistência do homem. Faz-se mister a diferença entre os alimentos civis e naturais e nesse enfoque assim distingue Yussef Said Cahali (2002 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 81):

Quando os alimentos compreenderem apenas o necessário à manutenção do alimentado, compreendendo apenas a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, no mínimo possível, trata-se de alimentos naturais. Caso englobem necessidades intelectuais e morais, inclusive em relação à recreação do beneficiário, e fixados de acordo com o padrão de vida do mesmo, diz-se que são os alimentos civis.

Assim, mesmo que o ancião tenha sido negligente e imprevidente quanto ao seu futuro, caindo na indigência, o juiz fixará a quem tiver o dever perante a legislação vigente, a obrigação do fornecimento de alimentos naturais para que o idoso possa ter garantida a sua subsistência. E o artigo 1.696, também do Código Civil, estabelece: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” Ou seja, entre ascendentes e descendentes, a obrigação de alimentar é recíproca. Assim, do mesmo modo que há a

obrigatoriedade dos ascendentes alimentarem os seus descendentes, estes têm o mesmo dever para aqueles. É um direito personalíssimo, ou seja, intrínseco a pessoa, no caso em tela ao idoso, alicerçado em princípios e garantias fundamentais cuja obrigação passou a ser solidária como o disposto no art. 12 da Lei nº 10.741/2003 “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.”

6.5.2 Acesso à justiça

O artigo 13 da Lei 10.741/2003 alterado pela Lei 11.737/2008 dispõe que a obrigação alimentar pactuada ante o membro do Ministério Público ou a Defensoria Pública tem efeito de título extrajudicial. Porém, há entendimentos de que a obrigação alimentar acordada diante do Conselho Municipal do Idoso também tem força executiva necessitando para tal somente a ratificação do Promotor de Justiça. Estabelecem os citados dispositivos:

Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

Art. 2º O art. 13 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.”

6.5.3 Legitimação passiva na ação de alimentos

O artigo 11 da Lei 10.741/2003 dispõe: “Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.”, conforme referido alhures, o artigo 1.696, do Código Civil, determina entre pais e filhos, estendendo essa obrigação a todos os ascendentes, envolvendo também, os parentes mais próximos em grau. O artigo 1.697, da mesma norma, vem corroborar essa obrigação explicitando: “na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”, incluindo, porém, cônjuges e companheiros conforme o artigo 1.694, da mesma Lei: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” Convém observar que existe uma

corrente doutrinária que admite a inclusão, na condição de alimentantes, de parentes colaterais do idoso carente, até o quarto grau.

O idoso não tendo aqueles indicados nos dispositivos citados, ou, no caso de tê-los, mas os mesmos não tiverem situação econômico-financeira para suportar o encargo financeiro, sendo impossibilitados de responderem pela prestação de alimentos, a obrigação é transferida para o Estado para aprovisionar o idoso das suas necessidades básicas, numa obrigação supletiva consoante o artigo 14, da Lei 10.741/2003, para tanto, o Estado utilizará o regime da assistência social, conforme o estabelecido no Estatuto do Idoso, artigo 34 e na Lei 8.742/93, a chamada Lei Orgânica Social, artigo 20, o benefício de prestação continuada.

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Vale salientar que ao Poder Público só cabe a obrigação da verba alimentar se o idoso estiver em condições de laborar para o seu sustento e não tiver com quem o faça, conforme a legislação vigente. Observe-se a decisão do Resp 1025181/RS – STJ – 6ª Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura. 29.09.2008 Destaque-se a decisão do STJ – 3ª Turma, Relª. Min. Nancy Andrighi, 16.06.2009 (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 88), sobre a matéria:

1.O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário-mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar. 2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família. 3. Infere-se dos autos que o Tribunal de origem reconheceu que os autores – comprovadamente portadores de distúrbios mentais – preenchem os requisitos legais para o deferimento do pleito, não só em virtude da deficiência física, da qual decorre a total incapacidade para o trabalho, como também por restar comprovado o seu estado de miserabilidade. 4. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, em sede de

recurso especial, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial a que nega provimento.

6.5.4 Solidariedade da obrigação alimentar

O Código Civil, no seu artigo 1.694, § estabelece a proporcionalidade, ou seja, necessidade/possibilidade entre alimentando/alimentante, para determinação do valor da obrigação alimentar, nos artigos 1.696 e 1.697 explicita a sucessividade da obrigação, complementando com o artigo 1.698 que dispõe:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Isso demonstra que a obrigação alimentícia é autônoma e não solidária uma vez que há vários alimentantes devendo cada um deles responder dentro da sua possibilidade, observando a ordem legal entre os devedores, sendo somente um credor, não havendo, portanto, entre eles solidariedade. Sobre a matéria, assim se posiciona Arnaldo Rizzardo (2005, apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 89):

Trata-se de obrigação não solidária e divisível, porquanto a solidariedade não se presume, mas deve resultar da lei ou convenção, e o objeto da obrigação alimentar, uma soma pecuniária, é sempre divisível. Sendo a dívida alimentícia de responsabilidade de várias pessoas, todas elas têm de cumprir a obrigação, mas na medida dos haveres de cada qual. A característica da não solidariedade faz com que cada quota seja fixada de conformidade com as possibilidades do prestador de alimentos. Assim, havendo pluralidade de obrigados, ou sendo estes conjuntos, nada impede que contribuam de modo desigual, de conformidade com as suas disponibilidades. Se devem alimentar a um só credor, inexistente uma só obrigação divisível, mas tantas obrigações quanto forem as pessoas em condições de serem demandadas.

A Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso, no artigo 12, determina explicitamente a solidariedade entre os alimentantes da pessoa idosa, impondo as mesmas responsabilidades a todos os obrigados, por toda a obrigação alimentícia, podendo o idoso escolher dentre os prestadores, destarte, optar entre um ou alguns deles, para impetrar a ação de alimentos, não sendo necessário justificar a sua escolha. Sendo assim discricionariedade do idoso, para realizar a sua opção, podendo o parente acionado pelo idoso judicialmente, propor ação de regresso contra os demais obrigados, que não participaram da causa. Como a lei em tela é norma especial,

afasta a regra geral contida no Código Civil de 2002, nos artigos que determinam sobre a matéria. Há, entretanto, controvérsia doutrinária, criando duas correntes opostas. Sobre o assunto, Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011. p. 90) no seu livro *Direitos e Garantias dos Idosos: doutrina, jurisprudência e legislação*, relata:

Em sua consagrada obra *Manual de direito das famílias*, Maria Berenice Dias não apenas reconhece ser inquestionável a solidariedade da dívida alimentar quando o credor for idoso, mas também entende que referida solidariedade deve-se estender aos outros necessitados que se encontrem em situação análoga ao idoso carente, como, por exemplo, crianças e adolescentes. Para a eminente doutrinadora, o princípio da isonomia – que impede tratamento desigual entre iguais – e o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio gestor do sistema jurídico – torna imperiosa a equiparação dos direitos e garantias assegurados àqueles que merecem tratamento diferenciado (*in casu*, os idosos carentes), a todos os demais que se encontrem na mesma situação de hipossuficiência).

Outra corrente sustenta a inaplicabilidade da solidariedade disposta na Lei 10.741/2003, defendem que o idoso possuindo vários filhos ou vários netos, estes devem ser acionados pelo mesmo em um único processo, não sendo imposta a obrigação a um só, mas, distribuindo-a consoante a situação econômica de cada um deles. Ou seja, a cada um deve ser cobrado de conformidade com o que a sua condição para contribuir. Para Damásio de Jesus (2005 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 91)

Conforme veremos a seguir, o artigo 11 ora em discussão, ao recepcionar o Código Civil, criou uma antinomia aparente, visto que o artigo 1.696 estabelece reciprocidade na obrigação alimentar, enquanto o artigo 12 do Estatuto do Idoso fixa solidariedade para os coobrigados e discricionariedade do idoso na opção pelo obrigado. Isto quer dizer que enquanto um filho é obrigado a processar primeiro o seu pai para depois pleitear alimentos de seu avô, ainda que esse último seja milionário, o idoso pode optar por processar seu neto em detrimento de seu filho. A antinomia em questão só pode ser resolvida pela adoção do artigo 1.696 do CC, sendo absolutamente inconstitucional...

No âmbito jurisprudencial, observe-se a decisão a seguir:

Não custa consignar que a ação ostenta singularidade que afastaria a aplicação das disposições do Código Civil acerca da natureza da obrigação de alimentar, porque a que se diz credora dos alimentos é juridicamente idosa e, por isso, protegida pela lei especial que sempre prevalece sobre a geral. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º/10/2003) disciplina, especificamente, no Capítulo III, a partir do artigo 11, os alimentos devidos aos idosos, atribuindo-lhes, expressamente, natureza solidária. Assim, por força dessa lei especial, é incontestável que o tema está regido de forma diversa da lei civil de 1916 e 2002 adotando-se como política pública (art. 3º) a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito a alimentos. Para tanto, mudou a natureza da obrigação alimentícia, de

conjunta, para solidária, com o objetivo de beneficiar sobremaneira a celeridade do processo, evitando delongas e incidentes sobre o ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor idoso para figurar no polo passivo. (Desembargador Relator José Roberto Bedran, da 2ª Câmara e Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na AC nº 569.885.4/2-00 de 25.03.2009). (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 91) :

6.5.5 Vínculo afetivo entre alimentante e alimentando

Para que haja a obrigação, com base na solidariedade familiar, não basta somente o vínculo de parentesco, mas é necessário o vínculo afetivo entre alimentante/alimentando, ou cuidador/paciente, tornando-se imperiosa a comprovação desse vínculo entre os envolvidos, para que fique evidenciado o dever de solidariedade advindo da relação familiar. Assim se expressa Calmon Nogueira da Gama (2003 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 93):

Um dos princípios mais antigos no âmbito das relações pessoais, independentemente da espécie de vínculo, é o da solidariedade entre as pessoas, e que é sumamente reforçado no âmbito das relações familiares. Os alimentos, no Direito de Família, tais como previstos nas legislações em vigor na maior parte dos países, representam a concretização do princípio da solidariedade familiar. Como se sabe, uma das técnicas originárias da proteção social que até hoje se mantém é a família. Na ordem jurídica, as pessoas que mantêm vínculos de natureza familiar – e, portanto, integrantes da família – são, em regra, reciprocamente credoras e devedoras de alimentos sob o prisma do Direito objetivo.

O dever da obrigação alimentícia apenas pela relação de parentesco é o entendimento que prevalece, o qual defende a irrelevância da relação de afeto que deveria envolver alimentante e alimentando.

6.5.6 Intervenção do Ministério Público

O Estatuto do Idoso, no inciso II, artigo 74, assim dispõe em relação à intervenção do Ministério Público: “promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;” esclarecendo que a atuação do Ministério Público só deverá acontecer nos casos em que o idoso esteja em situação de efetivo risco, não havendo imposição da participação do membro do *parquet* na propositura da ação, implicando, porém, em nulidade do processo, a sua ausência quando a situação do idoso, for confirmada de efetivo risco. Essa nulidade será declarada, de

ofício, pelo juiz em qualquer grau de jurisdição, ou através requerimento de qualquer interessado.

6.5.7 Idoso alimentante

O idoso tem os seus direitos garantidos, mas, também obrigações que deverão ser cumpridas, como todos os cidadãos, podendo sofrer ações como a de alimentos, dependendo da sua capacidade de trabalho e econômico-financeiras, como devedor, em benefício de um filho ou de um neto, que seja impossibilitado de prover o seu sustento, atuando no polo passivo da ação, que será analisada da mesma forma usando o princípio da razoabilidade, com o binômio possibilidade do alimentante x necessidade do alimentando e, inclusive, estará sujeito à prisão civil, se, injustificadamente, descumprir a obrigação alimentar, devendo essas regras, serem suplementadas pelas normas gerais dispostas na Lei de Alimentos e no Código Civil. Baseada no estado debilitado do idoso alimentante e no processo de envelhecimento com suas peculiaridades, contudo, há decisões contrárias à sua prisão civil. Sobre a matéria, observe-se as decisões a seguir:

Exoneração de alimentos – Improcedência – Adequação – Alimentos devidos à ex-mulher, pessoa idosa, com problemas de saúde – Necessidade – Demonstração – Alegação de existência de novo casamento – Hipótese em que não se extingue a obrigação – CC 1709 – Inteligência – Recurso improvido. Além da necessidade da apelada de continuar a receber a pensão, a situação do alimentante, cuja aposentadoria é bem superior à da alimentanda, não justifica a exoneração que ele pretende, enquanto o novo casamento do devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio. AC 562.881.4/3-00 – TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JesusLofrano, 01.12.2008). (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 96).

HABEAS CORPUS – [...] ALIMENTOS INADIMPLIDOS PELO GENITOR DO ALIMENTANDO – IMPOSIÇÃO DA OBRIGAÇÃO AOS AVÓS PTERNOS – PESSOAS IDOSAS – SAÚDE DEBILITADA – ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE FINANCEIRA – QUESTÃO FÁTICA ESTRANHA AO PALCO RESTRITO E ESPECÍFICO DO HC – ESTATUTO DO IDOSO – TRATAMENTO DIFERENCIADO – CONVOLAÇÃO DA PRISÃO DECRETADA EM DOMICILIAR – ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. 1. A natureza constitucional – pétrea, específica e especial – do *habeas corpus* delimita o seu objeto, que não se confunde, propriamente, com o de outro recurso, impondo sua concessão sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso (CF, art. 5º, LXVIII). 2. A alegada incapacidade financeira do alimentante revela questão fática estranha ao palco restrito e específico do *habeas corpus*. Porém, em se tratando de pessoas idosas – progenitores do alimentando – sendo a avó, inclusive, aposentada por invalidez (deficiência física), deve-se amenizar o nefasto efeito do cerceamento da liberdade, a fim de assegurar-lhes o mínimo de dignidade, direito fundamental a que fazem jus, com absoluta prioridade, razão por que se impõe a concessão da ordem, em parte, convolvendo a prisão civil

decretada em domiciliar. Inteligência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) (AC 1.0000.06.448011-4/000 – TJMG- Rel. Des. Nepomuceno Silva, 17.04.2007). (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 96).

6.6 Direito à Educação, Cultura e Lazer

Envelhecimento não significa senilidade, mas um processo natural de desgaste, sem que necessariamente venha intervir bruscamente na capacidade física da pessoa idosa, diferentemente da senilidade que provoca a diminuição da aptidão mental ou física da pessoa. O artigo 215, da Constituição Federal de 1988, sobre o direito à cultura assim estabelece: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”, o que impõe ao Poder Público a obrigação de adotar, entre outras, medidas como:

a) inserção dos idosos nas comemorações de caráter cívico ou cultural, para que possam transmitir às gerações mais jovens os conhecimentos e vivência que adquiriram durante a vida; b) garantia, ao idoso, de participação no procedimento de produção dos bens culturais; c) incentivo dos movimentos dos idosos; e d) valorização do registro da memória e a transmissão de informações e habilidades dos idosos aos mais jovens. (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 98).

No que tange à educação, o Estatuto do Idoso, no artigo 21, determina: O Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados. Objetivando integrar o idoso à vida moderna, deverão ser criados cursos especiais para idosos que incluam em seus conteúdos programáticos matérias que contenham os avanços tecnológicos para que os idosos consigam estar antenados com o desenvolvimento nessa era da globalização, num processo de inclusão da pessoa idosa na informática e nos diversos segmentos tecnológicos, cabendo ao Poder Público na seara da educação a implementação de medidas que proporcionem essa inclusão.

6.7 Direito ao Trabalho

Pessoa idosa não significa pessoa incapaz e as estatísticas confirmam essa assertiva. A previsão para a população economicamente ativa no Brasil para o ano de 2.020 é de 13%. Essa fatia da população, ponderando-se as condições físicas, intelectuais e psíquicas, tem o direito de no exercício da sua profissão transmitir a

sua experiência para os que vão iniciar a sua participação no mercado de trabalho e, que aprimorada, propiciará um melhor desenvolvimento ao país. Pérola Melissa Vianna Braga (2011, p. 80) assim comenta:

Na atualidade, muito se discute quanto à participação do idoso no mercado de trabalho, até porque se sustenta que muitos jovens não encontram espaço exatamente em função do elevado número de idosos ainda em atividade, o que de modo algum corresponde à realidade. De qualquer forma, o direito ao trabalho deve ser assegurado a todo cidadão, inclusive o idoso que esteja em condições físicas para o labor, até que possa prover o próprio sustento, sem depender do exercício de outros direitos.

Ressalte-se que o constante funcionamento dos elementos do cérebro, através do desempenho da atividade laboral, ajuda a manter o idoso saudável física e mentalmente. O artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988, que dispõe sobre os princípios fundamentais, determina no seu inciso IV: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” impondo assim, a inconstitucionalidade a qualquer obstáculo ou empecilho de acesso ao trabalho, complementando no seu art 7º, inciso XXX, “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;” e o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou através da Súmula 683: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, XXX, da CF, quando possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. O Estatuto do Idoso assim determina: “Art. 27 - Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir”.

O desrespeito ao idoso ferindo os artigos citados resulta em ilícitos penais, consoante determina o artigo 100, incisos I e II, o Estatuto Idoso: “Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: I – obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade II – negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho;”.

O parágrafo primeiro, do artigo 27, determina: “O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.” Observe-se para que seja aplicado o critério de que trata o parágrafo

único do artigo supracitado é necessário que o interessado empatado com os demais candidatos tenha idade mínima de 60 anos. Sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE DESEMPATE. ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/2003). INAPLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Não possuindo o impetrante idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, não se aplica, ao seu caso, o Estatuto do Idoso, cujo critério de desempate em concurso público, previsto no parágrafo único do artigo 27, refere-se, obviamente, à hipótese de que cuida o caput do artigo, qual seja, 'na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego'. 2. Sentença confirmada. 3. Apelação desprovida (mas 2004.34.00.041053-4/DF-TRF-1ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, 29.08.20050. (Apud, FREITAS JÚNIOR, 2011, p.104)

E o artigo 28, do mesmo Estatuto protetivo dispõe:

Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de:
I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas;
II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania;
III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Outrossim, vale salientar que o artigo 40, § 1º, inciso II, impõe: “Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: [...] II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;”. Vigorando esse artigo sobre o Estatuto do Idoso que por ser um norma inferior não pode se sobrepor à norma constitucional.

6.8 Previdência e Assistência Social

O Decreto Legislativo nº 4.682/1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, é considerado o marco principal da seguridade social. Porém, a Lei 8.212/91 dispõe: “Art. 1º A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.”.

A Lei Orgânica da Seguridade Social instituiu o plano de custeio das contribuições sociais, bem como a organização geral da seguridade social. Somente em 1988, a Constituição Federal Brasileira determinou a separação, estabelecendo

a previdência social formada por contribuição dos participantes, bem como a assistência social, voltada para os indigentes, e saúde voltada a todos os cidadãos. O artigo 194 da Norma Constitucional assim determina: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Depreende-se do artigo em tela que Seguridade Social é o gênero sendo dele as espécies que são a Assistência social, a Previdência Social e a Saúde Pública.

6.8.1 Previdência social

Os artigos 40, 201 e 202 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito à previdência social, conforme *in verbis*:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...]

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, [...]

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. [...]

Depreende-se desses artigos que três regimes de previdência constituem a previdência social brasileira: a) Público – Regime Geral da Previdência Social, tendo como órgão executivo o Instituto Nacional de Segurança Social – INSS, aplicado a servidores públicos que não dispuserem do resguardo do regime próprio da previdência social; b) Público – Regimes Próprios de Previdência Social com cada classe de servidor ou funcionário público, vinculado a entidade autárquica, que tem o principal objetivo de pagar aposentadorias e pensões a esses servidores ou funcionários públicos e familiares; é órgão sem fins lucrativos, criado para captar, gerir contribuições e promover a distribuição dos benefícios. c) Regime de Previdência Complementar - Privado, salvo a previdência especial complementar. É regime de natureza privada operado por instituições financeira, seguradora, é uma formação de capital através de contribuição por um período determinado, que lhe

garanta um retorno futuro, complementando a sua renda mensal. A previdência social, é de caráter contributivo e sua filiação é obrigatória; a sua organização tem como base o artigo 201 da Constituição Federal de 1988.

Pérola Melissa Vianna Braga (2011, p. 87) , no seu livro Curso de Direito do Idoso, assim discorre sobre o assunto:

Na forma do artigo 1º da Lei 8.213/91, a previdência social, mediante contribuição, tem por finalidade assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção. Ou seja, a previdência social, também chamada de seguro social, é um programa de pagamentos em dinheiro e/ou serviços prestados ao indivíduo e/ou a seus dependentes, *geralmente* condicionado à preexistência de um vínculo contributivo ao sistema, como compensação parcial ou total da perda de capacidade laborativa. E o *envelhecimento*, com a adoção apenas do critério etário, é uma das situações em que se presume a perda dessa capacidade laborativa.

O artigo 29 do Estatuto do Idoso determina:

Art. 29. Os benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral da Previdência Social observarão, na sua concessão, critérios de cálculo que preservem o valor real dos salários sobre os quais incidiram contribuição, nos termos da legislação vigente.

Parágrafo único. Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados na mesma data de reajuste do salário-mínimo, **pro rata**, de acordo com suas respectivas datas de início ou do seu último reajustamento, com base em percentual definido em regulamento, observados os critérios estabelecidos pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. '(Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.)'.

Observe-se que para ter acesso à previdência social não é bastante somente alcançar os 60 (sessenta) anos de idade, mas obedecer também o requisito contributivo. A grande preocupação de quem envelhece é o seu declínio socioeconômico, ou seja, a sua aposentadoria, e o Estatuto do Idoso no seu artigo 30: “A perda da condição de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade, desde que a pessoa conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data de requerimento do benefício.” Vale salientar a sentença proferida no REsp 1103122/PR – STJ – 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, 03.08.2009 (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 109):

PREVIDENCIÁRIO. ÍNDICE DE REAJUSTE DE BENEFÍCIO. ARTIGO 41-A DA LEI Nº 8.213/1991, ACRESCIDO PELA LEI Nº 11.430/2006. APLICAÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO. LEI Nº 9.711/1998. ULTRATIVIDADE AFASTADA. 1. Afasta-se a aplicação do IGP-DI, disposto no artigo 10 da Lei nº 9.711/1998, após a entrada em vigor da Lei 11.430/2006, que introduziu o artigo 41-A da Lei 8.213/1991. 2. Conforme artigo 2º da LICC, ocorre a revogação tácita da lei na hipótese em que a matéria for regulada inteiramente pela nova legislação. 3. Ao acrescentar o artigo 41-A à Lei nº 8.213/1991 – que determina o INPC como índice de reajuste dos benefícios previdenciários –, a Lei nº 11.430/2006 disciplinou totalmente a matéria, afastando o índice de reajuste vigente desde maio de 1996, a saber, IGP-DI e, por consequência, revogou a Lei 9.711/98 no ponto. 4. A partir de 1º/4/2006, aplica-se o INPC para reajuste de benefício previdenciário, segundo o disposto no art. 41-A da Lei 8.213/91. 5. Com relação ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), há expressa determinação, em seu artigo 31, que os pagamentos de parcelas relativas a benefícios em atraso deve incidir o índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. 6. Não há como atribuir ultratividade à Lei nº 9.711/1998, por ser mais benéfica ao segurado, dado que tal possibilidade somente é permitida no âmbito criminal ou se o legislador o fizer expressamente. 7. Recurso especial provido.

6.8.2 Assistência social

A assistência social é de natureza gratuita, não há a contrapartida da contribuição prévia do beneficiário, o objetivo é conceder àqueles que vivem em estado de indigência o mínimo necessário à sobrevivência. O artigo 25, § 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, estabelece que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Atendendo a essa orientação, o artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988, que, segundo o Supremo Tribunal Federal entende que necessita de uma regulamentação em lei infraconstitucional, por não ser autoaplicável assim dispõe: “assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.741/1993) regulamentou a concessão do benefício de que trata esse artigo e assim determina em seu artigo

20, § 3º: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).”

O Estatuto do Idoso no seu artigo 34 dispõe: “Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.”

Surgiram opiniões defendendo a inconstitucionalidade desses dispositivos, carecendo de um posicionamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a sua constitucionalidade. Sobre a matéria observe-se a sentença proferida pelo Ministro Eros Grau (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 109):

A alegação da agravante não procede. 2. Sustenta que o artigo 203, V, da Constituição do Brasil é autoaplicável. O supremo firmou entendimento segundo o qual este preceito não é dotado de eficácia plena, tendo sido regulamentado pela Lei nº 8.742/93: “PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – IDOSO O BENEFÍCIO MENSAL – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O disposto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal tornou-se de eficácia plena com a edição da Lei 8.742/93. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-DF, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, com acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 154, páginas 818/820”. [RE 213.736, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 28.4.00] “Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Previdenciário. Renda Mensal Vitalícia. Art. 203, V, da Constituição Federal. 3. Constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742, de 07.12.93. Precedentes. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento”. [RE 438.703, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 10.12.04] 3. A agravante alega, ainda, que a aplicação do artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93 viola o disposto no artigo 203, V, d CB/88. A respeito do tema este Tribunal decidiu no sentido da constitucionalidade da exigência do limite máximo de um quarto do salário mínimo da renda mensal *per capita* da família [...] (AgRg no Rext 378.414-5/S –SP – STF – 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 05.09.2006)

Convém salientar que apesar desse ser o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal, há entendimentos contrários, os quais defendem que o julgador pode utilizar, no caso, outros fatores que comprovem o estado de miserável do idoso e que o valor de um salário-mínimo obtido por outro integrante da família do ancião não componha a apuração da renda *per capita* familiar, não importando a origem. Essa posição pode ser confirmada observando-se a sentença proferida que vai a transcrita *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. RENDA FAMILIAR *PER CAPITA*. MARCO INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Para fins de composição da renda familiar, não pode ser computada a renda mensal percebida pelo marido idoso da autora, e nem o benefício assistencial recebido pela filha, ambos correspondentes a um salário-mínimo. (Aplicação por analogia do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003). 2. Comprovado que a autora é incapaz para o trabalho e a vida independente e o estado de miserabilidade, é de ser mantida a sentença que lhe concedeu o benefício assistencial. 3. Marco inicial fixado na data da vigência do Estatuto do Idoso (01.01.2004), pois somente a partir dessa lei é possível excluir-se da renda mensal per capita o benefício recebido por idoso. [...] (AC2003.04.01.034592-0/SC – TRF – 4ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, 12.09.2007). (FREITAS JÚNIOR, 2011. p. 110).

Ainda o art. 34, do Estado do Idoso, no seu parágrafo único, explicita: “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.” Ou seja, no cálculo da renda per capita, não pode ser inclusa pensão ou aposentadoria pelos componentes da família do idoso. Em suma, a legislação exige que o idoso possua 65 anos completos, que esteja em estado de miserabilidade, não tenha condições de prover suas necessidades e nem tem que o faça, bem como a renda mensal per capita de sua família seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, condições para que a pessoa idosa possa fazer jus à percepção do benefício mensal.

6.9 Habitação

Um dos fundamentos da Constituição Brasileira de 1988 é a dignidade da pessoa humana. Não há dignidade sem um local adequado onde se possa chamar minha casa e, principalmente meu lar, onde haja condições para segurança e manter o equilíbrio físico e mental. E assim é que o legislador dispôs no artigo 37 do Estatuto do Idoso: “O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.” ‘Faz-se mister, entretanto, que a habitação para idosos possua acessibilidade e adequação possibilitando livre trânsito entre os seus compartimentos facilitando a rotina dos mesmos, lhes propiciando segurança e conforto, necessitando menos ajuda para sua locomoção, mantendo, na medida do possível, a sua autonomia e essa deve ser uma preocupação dos programas habitacionais.

O convívio familiar é uma opção do idoso a qual deve ser respeitada, mesmo que seja a de viver só. Viver sozinho não é sinônimo de solidão, pois nem sempre a afetividade é encontrada junto aos parentes e o ancião se sente mais feliz e em paz morando sozinho, longe muitas vezes de problemas com filhos, noras ou netos, não tendo a família, nesse caso, autoridade para ir contra a sua decisão desde que ele seja capaz e tenha discernimento para viver de maneira a melhor a suprir as suas expectativas. Vale salientar que essa decisão de viver sozinho, não raro acontece por problemas econômico-financeiros, por exploração de familiares, que buscam vier às expensas do idoso. Excetue-se o idoso incapaz cuja decisão cabe aos seus familiares ou respectivo curador já que a legislação lhes impõe a obrigação de cuidar dos interesses do idoso, dando-lhes a discricionariedade para as decisões que protejam e amparem o idoso.

O artigo 38 do Estatuto do Idoso estabelece: “Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria [...]”, obrigando o Poder Público no inciso I, uma reserva destinada às pessoas idosas de 3% das unidades disponíveis nos programas habitacionais. Além dessa reserva, implantar equipamentos urbanos comunitários destinados ao uso pelos idosos, eliminar barreiras arquitetônicas e urbanísticas para que seja facilitada a acessibilidade do ancião, principalmente para aqueles idosos que têm dificuldade de locomoção, dispondo ainda que essas unidades residenciais reservadas devem se situar, no pavimento térreo, preferencialmente. Ressalte-se que proibir a participação da pessoa idosa em programas de financiamento da casa própria, incide em ato ilegal, podendo constituir, consoante o caso concreto crime previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso. Sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). LEGITIMIDADE DA CE. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO FEDERAL. 1. A Caixa Econômica Federal praticou ato ilegal, violador de direito líquido e certo dos apelados. Impedimento de participação no PAR por motivo de Idade. Lei 10.188/2001 (PAR). Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Dignidade da Pessoa Humana. Isonomia. Direito à moradia. Constituição Federal, artigo 1º, III. Artigo 3º, IV, artigo 5º e artigo 6º. 2. Improvimento da apelação e da remessa oficial (MAS 2004.71.08.014337-2/RS – TRF – 4ª Região, 3ª Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 04.10.2006) (apud FREITAS JUNIOR, 2011, p. 115).

6.10 Gratuidade nos transportes públicos coletivos

O artigo 230, § 2º da Constituição Federal de 1988, dispõe: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” Verifica-se assim que assegurado a todos os cidadãos com mais de 65 anos o direito ao uso de forma gratuita dos transportes coletivos urbanos, sendo que, apesar de ser uma norma constitucional, a sua implementação e cumprimento ficou a cargo dos Estados e Municípios a quem cabe estabelecer os critérios práticos para a liberação e manutenção do referido benefício, em obediência à lei. Sobre o assunto comenta Pérola Melissa Vianna Braga (2011, p. 94), no seu livro Curso de Direito do Idoso:

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 39, infelizmente mantém a idade de 65 anos para o benefício de gratuidade dos transportes coletivos, como já era previsto no artigo 230, § 2º, da Constituição Federal, o que parece uma estagnação senão um retrocesso, uma vez que traz novamente confusão sobre quem é o idoso no Brasil. Ora, se idoso é aquele com idade igual ou maior que 60 anos, por que esperar cinco anos para ter o direito ao transporte gratuito? Não seria esta uma forma de discriminação em razão da idade? Mas o legislador preferiu transferir a responsabilidade. No § 3º do artigo 39 fica estabelecido que, no caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, a legislação local (municipal) é que deve dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte.

O artigo 40 da Lei 10.741/2003 determina:

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

I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

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

Esse artigo está regulamentado pelo Decreto 5.934/2006, o qual, no seu artigo 1º, dispõe sobre transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário, ficando excluído, dessa forma, o transporte aéreo. No artigo 2º, inciso I, define: “idoso: pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos;”. Para se beneficiar dessa gratuidade a pessoa idosa além de comprovar que possui 60 anos no mínimo, deverá comprovar também que sua renda mensal não é superior a dois salários-mínimos, conforme o disposto no 6º do Decreto supracitado:

Art. 6º No ato da solicitação do “Bilhete de Viagem do Idoso” ou do desconto do valor da passagem, o interessado deverá apresentar documento pessoal que faça prova de sua idade e da renda igual ou inferior a dois salários-mínimos.

§ 1º A prova de idade do idoso far-se-á mediante apresentação do original de qualquer documento pessoal de identidade, com fé pública, que contenha foto.

§ 2º A comprovação de renda será feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

- I - Carteira de Trabalho e Previdência Social com anotações atualizadas;
- II - contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador;
- III - carnê de contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS;
- IV - extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou outro regime de previdência social público ou privado; e
- V - documento ou carteira emitida pelas Secretarias Estaduais ou Municipais de Assistência Social ou congêneres.

Vale salientar que, nesse benefício da gratuidade, o desconto é pessoal e intransferível. Ressalte-se que se estabelece também entre a pessoa idosa e as empresas prestadoras de serviços de transporte público, uma relação de consumo igual a qualquer outro consumidor. As empresas inconformadas e argumentando prejuízos que provocariam desequilíbrio econômico-financeiro, acionaram o Judiciário que foi em algumas sentenças se mostrou contrário ao disposto no artigo 40 do Estatuto do Idoso, outros se posicionaram sustentando a plena eficácia do dispositivo, destacando, conforme insta do livro Curso de Direito do Idoso de Roberto Mendes de Freitas Júnior (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 127):

Dentre as decisões que reconhecem a plena aplicação do artigo 40 do Estatuto do Idoso, vale destacar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no pedido de Suspensão de segurança 3.052. A decisão foi proferida no dia 5 de janeiro de 2007, e garantiu, até final decisão da ação ordinária ajuizada pela ABRATI no TRF da 1ª Região, a gratuidade no transporte interestadual, vez que suspendeu a liminar que impedia a concessão da gratuidade no transporte interestadual, vez que suspendeu a liminar que impedia a concessão da gratuidade (concedida pelo TRF).

Quanto ao transporte municipal, a norma foi omissa e, para suprir essa lacuna, alguns Estados estão buscando, através de Leis Estaduais, preencher essa lacuna. Assim se expressou Marco Antônio Vilas Boas (2005 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 129):

Estamos assistindo a maior das incongruências do Estatuto quando ele próprio não deferiu, aos seus idosos, o direito de acesso aos transportes coletivos intermunicipais. Seu silêncio criou um embaraço interpretativo. Suponhamos que um idoso (obviamente com direito à gratuidade de transporte) pretenda viajar de uma cidade para outra, dentro da mesma Unidade da Federação. Pelo Estatuto, tem-se a gratuidade no transporte

interestadual, mas não a tem no transporte intermunicipal, pois não se garantiu nem se acenou tal circunstância.

6.10.1 Vagas privativas em estacionamentos

O artigo 41 do Estatuto do Idoso estabelece: “É assegurada a reserva, para os idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso.”. Expressa claramente que o artigo em questão é uma norma programática devendo ser regulamentada por cada Município ou Estado. O dispositivo se aplica a todos os estabelecimentos privados, inclusive teatros, cinemas, *Shopping center*, parques, etc. ou públicos, e, nesse caso, aplicando-se a norma às áreas destinadas ao público em geral no estacionamento não sendo abrangidas as áreas restritas, ou seja, reservadas aos funcionários do órgão ou repartição.

6.11 Direito ao Convívio Familiar

O artigo 3º do Estatuto do Idoso assim determina: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”. O artigo 10, § 1º, inciso V, dispõe: “participação na vida familiar e comunitária;” a pessoa idosa quando tem uma família que lhe ampare e lhe dê os cuidados necessários e acima de tudo afeto tem garantida a sua estabilidade física, moral e psíquica. Entretanto, o idoso com capacidade mental tem a liberdade de escolher entre continuar com a família ou ter outro local como habitação, decidindo se deseja receber ou não visita de algum parente. Esse é um direito inerente ao idoso como a qualquer pessoa, o qual deve ser respeitado. Contudo, em se tratando de idoso incapaz, há que serem cumpridas as obrigações previstas na legislação em vigor.

6.12 Direito de Escolha, na Posição de Consumidor

O idoso, como qualquer outro cidadão, tem assegurados os mesmos direitos expressos na Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. Um exemplo a

proibição às segurados de recusa da renovação de seguro de vida contratado pelo idoso, violando a sua dignidade e a sua liberdade de escolha contratual e o impedindo de, no caso de sua morte, poder assegurar o amparo financeiro aos seus familiares. Sobre o assunto:

SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO ANUAL AUTOMÁTICA. RECUSA DA SEGURADORA. CANCELAMENTO. ABUSIVIDADE. 1. É abusiva a conduta da seguradora que, em razão da redução de sua margem de lucro causada pelo envelhecimento de seu cliente, obsta a renovação do contrato do consumidor idoso, que certamente encontrará dificuldades insuperáveis para contratar um seguro similar com outra companhia. 2. A admissão de contratação em massa em nosso ordenamento está adstrita ao cumprimento integral do dever de boa-fé do fornecedor, que deverá garantir a continuidade da prestação dos serviços nas relações cativas de longa duração. 3. Caso em que a imposição da renovação do contrato não fere a liberdade de contratar, instituto delimitado pela função social do contrato. Apelação desprovida (AC 70018047506, TJRS – 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, 11.04.2007). (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 135).

6.13 Prioridade de Atendimento

Apesar do artigo 3º da Lei 10.741/2003 impor “à família, à comunidade, à sociedade, e ao Poder Público, prioridade no atendimento ao idoso”, a Constituição Federal de 1988, estabelece no artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como a norma constitucional, em confronto com o Estatuto do Idoso, deve prevalecer, no caso de conflito de interesses entre essas duas faixas etárias, a prioridade à criança, por força da norma constitucional, continuando a prioridade do idoso, por força de norma infraconstitucional, quando em confronto com outros cidadãos. Conforme o parágrafo único, do artigo 3º do Estatuto do idoso, a garantia da prioridade compreende:

Como dispõe o inciso I “atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;”. Esses órgãos devem se estruturar para que os serviços sejam prestados com agilidade e presteza evitando que o idoso tenha que passar mais tempo à espera de

atendimento, pois, a depender do seu estado físico, mental e emocional poderá causar sérios prejuízos ao ancião.

Consoante o que determina o inciso II “preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;”. Consoante o artigo 47, da Lei 10.741/2003, a política de atendimento ao idoso segue as seguintes linhas de atuação:

- a) políticas sociais básicas, previstas na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994;
- b) políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que necessitarem;
- c) serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- d) serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência;
- e) proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos;
- f) mobilização da opinião pública no sentido da participação dos diversos segmentos da sociedade no atendimento do idoso.

Mediante o inciso III “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;”, para efetivamente implementar os objetivos do Estatuto do Idoso.

“Conforme o inciso IV “viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;” - visando a convivência do ancião com gerações mais jovens, objetivando retardar o envelhecimento físico, principalmente o mental e manter o idoso integrado à sociedade, nela difundindo o respeito à pessoa idosa.

De acordo com o inciso V “priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;” - visando a estabilidade emocional e psíquica através do afeto recebido em família e caso não seja possível, proporcionar condições e fiscalizar a prestação de atendimento asilar.

Assim determina o inciso VI “capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;” - objetiva capacitar profissionais na área de gerontologia e geriatria e todos os que prestam serviços aos idosos, através de concursos públicos, cursos de reciclagem e atualização, inclusive de familiares, para que possam ser capacitados a cuidar e amparar esses idosos na própria família ou fora dela, o que depende de recursos públicos.

De conformidade com o inciso VII “estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;” – visa implementar campanhas para combater a ideia arraigada na sociedade que olha o idoso com um inútil, ultrapassado, um estorvo, através da conscientização da população de que idade não é sinônimo inutilidade.

Segundo o estabelecido no inciso VIII “garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais;”. Essas obrigações que a legislação impõem ao Poder Público, por estarem inclusos em normas de conteúdo programático, instituem um programa que deve ser desenvolvido pelo Administrador Público, dependendo para sua efetivação de capacitação de funcionários, previsão orçamentária, regulamentação legislativa, entre outros fatores.

O constante no inciso IX estabelece “prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.” - A Lei 1.765 de 2008 incluiu esse inciso facilitando ao idoso prioridade também no recebimento desse imposto.

Outros programas poderão ser implementados pelo Administrador Publico, a exemplo:

- a) Atendimento prioritário junto aos órgãos prestadores de serviços à população;
 - o prestador de serviços à população, seja o órgão público ou privado, deverá conceder atendimento prioritário ao idoso, devendo ser imediato e individualizado, observando a especificidade das necessidades de cada ancião, principalmente no que se refere à mobilidade do mesmo. Sobre a matéria o Estatuto do Idoso estabelece no art. 96:

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Além do Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor é outra norma que dá o amparo legal ao ancião, senão vejamos o posicionamento do Tribunal Regional Federal com relação às instituições bancárias cuja responsabilidade civil é objetiva no que tange à qualidade dos serviços prestados:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR – SAQUE INDEVIDO EM CONTA DE BENEFÍCIO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – POSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRECEDENTE CITADO – DESPROVIMENTO DO RECURSO. Firmando a premissa básica de que os serviços prestados pelas instituições financeiras a seus clientes configuram relação de consumo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que às referidas instituições aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). –Precedente citado. – Com efeito, “o Código do Consumidor, em seu artigo 3º, § 2º, incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. Desde então, não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual do banco é objetiva, nos termos do artigo 14 do mesmo Código. Responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos decorrentes dos serviços que lhes presta” (SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *In Programa de responsabilidade civil*, 2. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 295). [...] Em outro giro, é de se afirmar a potencialidade lesiva do fato ocorrido (saque ocorrido de quase a totalidade dos valores da conta de benefício), capaz de ocasionar grave dano à honra e à integridade psicológica da pessoa, mormente se se levar em conta a circunstância de que os proventos de aposentadoria representam a única fonte de renda de idoso com idade próxima aos 100 (cem) anos. - No pertinente ao *quantum debeatur*, entendo que a quantia arbitrada pelo magistrado de 1º grau denota prudência e razoabilidade. Idônea, de igual modo, a reparar os danos sofridos pelo apelado e, ainda, a construir sanção educativa ao agente causador. – Negado provimento ao recurso. (AC 362217/RJ – TRF – 2ª Região, 5ª Turma, Relª. Desª. Vera Lúcia, 15.02.2006). (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 140)

- b) Prioridade no embarque no sistema de transporte coletivo, - o artigo 42 da lei 10.7412/2003 dispõe: “São asseguradas a prioridade e a segurança do idoso nos procedimentos de embarque e desembarque nos veículos do sistema de transporte coletivo. (Redação dada pela Lei nº 12.899, de 2013)”. O texto da lei não especifica a modalidade de transporte, citando apenas “transporte coletivo” , donde se conclui que todas as modalidades estão aí incluídas (ferroviário, rodoviário, aéreo ou hidroviário). Vale salientar que o direito de preferência nada tem a ver com o direito à viagem gratuita, mas, também abrange todos os idosos independente da sua situação econômico-financeira,

a responsabilidade civil da empresa de transporte público é objetiva perante os seus usuários.

- c) Priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar. – o núcleo familiar é sempre o local preferível para abrigar o idoso, em se comparando com o abrigo em entidades longa permanência. Somente quando motivado pela recusa do idoso ou na ausência da família ou quando o ancião não tem condição própria para manter a sua sobrevivência, mesmo assim, havendo outro núcleo familiar que deseje abrigar o idoso, onde ele possa sentir o calor e o afeto de uma família, havendo sua concordância, poderá ser abrigo para o ancião, devendo ser o abrigamento asilar preterido.

6.13.1 Prioridade na tramitação processual

O primeiro texto legislativo a dispor sobre a priorização do idoso foi o artigo 1.211-A do Código de Processo Civil, determinando a idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, para que o gozo desse benefício. O Estatuto do Idoso, posteriormente, no seu artigo 71, estabeleceu: “É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.” Passando assim, por ser uma lei específica e posterior, a prevalecer sobre o Código Civil. A Lei 12.008/2009, deu nova redação ao artigo 1.211-A do Código Civil, adequando-o ao disposto no Estatuto do Idoso. A obtenção da prioridade, consoante o § 1º, do artigo 71, do Estatuto protetivo basta requerer ao Juiz competente para decidir o feito, determinando as providências, devendo as anotações ser feitas nos autos do processo em local visível. A prioridade, por morte da pessoa idosa interessada, estender-se-á ao cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, maior de 60 (sessenta) anos, conforme dispõe o § 2º do mesmo artigo.

No caso de litisconsórcio, mesmo os demais interessados não sendo idosos, continuará sendo observado o direito de preferência, quando o desmembramento do feito for desaconselhável. A Emenda Constitucional 62, de 9 de dezembro de 2009, alterou o artigo 100, da Constituição Federal de 1988 dispondo que os débitos alimentícios que tenham como titulares pessoas com idade igual ou superior de 60 (sessenta) anos lhes seja dada a preferência na data da expedição do precatório.

Determina ainda o Estatuto do Idoso, no artigo 80: “As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.”. Observe-se a sentença prolatada a seguir:

A regra que prevê a competência do foro do domicílio do idoso (art.80 da Lei 10.741/2003) aplica-se apenas às ações referentes à proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos, elencadas no precedente art. 79 do Estatuto. Não incidência na espécie em que se trata de demanda exhibitória de documentos fiscais. Regra geral do CPC a estabelecer a competência da sede da empresa demandada. Agravo conhecido e desprovido (AI 70016070773- TJRS – 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, 14.09.2006). (FREITAS JÚNIOR, 2011, p.148).

6.13.2 Princípio da Igualdade

Em relação a esse princípio, o idoso não é tratado como privilegiado como se tivesse direitos absolutos, estando por conta da sua idade acima da lei e dos demais cidadãos. Apesar de receber da legislação especial proteção, cumpre à pessoa idosa aos preceitos normativos que regem a sociedade, a exemplo da responsabilidade penal no caso de envolvimento em crime de homicídio, podendo ser determinada a prisão preventiva do idoso. Sobre a matéria:

Portanto, na hipótese dos autos, o fato dos pacientes serem idosos (nos termos da Lei 10.741/2003, com problemas de saúde, queridos na comunidade, com residência e trabalho na zona rural, filiados no Sindicato dos Trabalhadores Rurais e bons antecedentes, não são suficientes para fundamentar a concessão da ordem. (HC 86.751-1QCE – ATF – 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes – 06.12.2005). (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 149).

A debilidade do idoso, pela fragilidade da sua saúde, não o exime do cumprimento das suas obrigações contratuais, nem da responsabilidade pelas dívidas assumidas lícitamente. O seu descumprimento o submeterá às medidas judiciais cabíveis, a exemplo da penhora do imóvel do idoso. Sobre o assunto:

PENHORABILIDADE DE BEM IMÓVEL. IDOSO PORTADOR DE DOENÇAS. TRATAMENTO ESPECIAL, EM CERTOS CASOS. ARTIGO 3º DA LEI 10.741/2003, ESTATUTO DO IDOSO. DENTRE OS BENEFÍCIOS ASSEGURADOS POR LEI AOS IDOSOS NÃO SE ENCONTRA A EXCLUSÃO DE OBRIGAÇÕES CONTRÁIDAS LEGALMENTE. DEVER DE ADIMPLIR DÍVIDA REGULARMENTE CONTRÁIDA (Aint 70017557513 – TJRS – 15ª Câmara Cível, Re. Des,

Otávio Augusto de Freitas Barcellos – 21.11.2006). (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 153).

No que tange à prestação de serviço não cumprida injustificadamente, quando obrigado por lei ou ordem judicial, o idoso não está eximido de cumprir prisão civil. Sobre a matéria:

Habeas Corpus. Prisão civil. Alimentos [...] 4. “No tocante a idade do paciente e o seu estado de saúde atual, não impede a decretação da custódia, cabendo ao Juiz da causa acompanhar as circunstâncias presentes no caso concreto para estabelecer a melhor forma do cumprimento da prisão e o eventual tratamento médico necessário ao paciente” (HC nº 34.131/DF, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 1º/7/04). Não há ilegalidade, assim, no fato do Tribunal de origem haver remetido ao Juiz de Direito, que ainda não examinou o tema, a decisão sob a forma mais adequada para o cumprimento da prisão civil do paciente. 5. *Habeas corpus* denegado (HC 37813/SP – STJ – 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 17.12.2004). (FREITAS JÚNIOR, 2011, p.154)

O princípio da igualdade também é aplicado ao idoso e com dupla proteção legal observando-se as disposições no Estatuto do Idoso e no Código de Defesa do Consumidor. Observe-se a sentença:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE IDA EM GRUPO. NÃO RENOVAÇÃO DO CONTRATO, CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. DESCONHECIMENTO DO SEGURADO, AFRONTA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO. REAJUSTE DO PRÊMIO POR FAIXA ETÁRIA. É dever da seguradora informar adequadamente os seus segurados a respeito das cláusulas que regem o contrato entabulado entre as partes. Não cumprida essa obrigação, os referidos dispositivos contratuais não obrigarão o consumidor. Exegese do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor. Mostra-se abusiva, por contrária ao princípio da boa-fé e legislação consumerista, a cláusula que autoriza pura e simplesmente, à seguradora, a não renovar o contrato de seguro, imotivadamente, ao final da sua vigência. A circunstância de envelhecimento do segurado está longe de ser um fator surpresa, pois se trata de decorrência natural d vida e, por isso, também previsto no momento em que efetuados os cálculos atuariais da seguradora, para a fixação do valor do prêmio, Sentença de parcial procedência. APELO DESPROVIDO (Apelação Cível 70020084182, 6ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Osvaldo Stefanello, 09.08.2007). (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 156)

7. MEDIDAS LEGAIS DE PROTEÇÃO AO IDOSO

7.1 Medidas de Proteção

A Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso, dedica vários dos seus artigos aos direitos e garantias da pessoa idosa e o artigo 4º é uma confirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. O artigo 5º complementa imputando responsabilidade por desobediência a essas normas.

Artigo 4º "Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei."

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

Artigo 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.

Analisando esses dispositivos alguns doutrinadores interpretam que há uma imposição do Estatuto do Idoso a toda a sociedade: o dever jurídico de evitar qualquer lesão ou mesmo ameaça aos direitos das pessoas idosas havendo ou não vínculo ou relação de parentesco do agente com o idoso. Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011, p. 159), entretanto, assim se posiciona:

Em que pese o respeito por referida tese, entendemos que o Estatuto do Idoso não impôs a todos, indistintamente, o dever jurídico de proteger os idosos. A norma legal apenas determina a observância ao princípio da solidariedade social. Somente aqueles que estiverem obrigados a proteger o idoso por força de lei, contrato comportamento anterior (artigo 13, § 2º do Código Penal), parentesco ou ordem judicial são os que podem ser considerados "garantidores" do referido ancião; os demais cidadãos devem apenas observar o princípio de solidariedade social, pois não têm o dever jurídico de evitar, indistintamente, qualquer resultado lesivo aos direitos e interesses dos idosos.

Ao analisar esses textos legais fazendo a correlação com o artigo 13, caput, do Código Penal, chega-se à conclusão que deve haver relação de causalidade, sendo considerado para essa relação a ação ou omissão, e ressaltando o "é dever de todos" do § 1º do mesmo artigo 4º, pode-se entender que a norma protetiva do idoso impõe à sociedade indistintamente essa obrigação, entretanto, ao observar a relevância da omissão contida no § 2º do artigo 13 do Código Penal, que assim dispõe: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância", ou seja, cuidadores, parentes ou curador, o Estado, são os garantidores determinados pela lei, a esses a lei impôs o dever

jurídico. Aos demais, cabe obedecer ao princípio de solidariedade social e cumprir o que determina o artigo 6º do Estatuto do Idoso “Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.” Somente quando o idoso se encontrar em situação de iminente perigo, o que difere de mero risco social, é que todo cidadão é obrigado a informar a situação às autoridades competentes; caso contrário, incorrerá no crime de omissão de socorro, consoante o artigo 97 da Lei 10.741/2003, respondendo não pelo resultado lesivo ao ancião, mas, por omissão, por não ter denunciado o fato às autoridades, conforme o disposto no artigo em tela.

Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Quanto à discriminação de que trata o artigo 4º, refere-se ao tratamento prestado ao idoso de forma diferenciada das demais pessoas, seja moral, social ou contratual, ferindo o princípio da igualdade. O artigo 43 da Lei 10.741/2003 estabelece a origem da violação dos direitos reconhecidos nessa lei, carecendo de medidas de proteção ao idoso: “por omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento e em razão da sua condição pessoal”. Não interessa de qual dessas origens provém a ameaça ou a violação do idoso, caberão sempre as medidas de proteção, as quais serão determinadas pelo Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, medidas protetivas entre elas as contidas no rol exemplificativo do artigo 45, dentre outras as seguintes medidas:

I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 16, III, dispõe: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”. Família não significa somente ligações sanguíneas ou relação legal, mas, além disso, alianças reconhecidas socialmente pelos costumes e pela lei. Por isso, o idoso em situação de risco social terá como medida primeira de proteção o seu encaminhamento à família, atendendo ao

princípio da manutenção dos vínculos familiares, havendo contradição entre o idoso e familiares, a proteção deverá ser entregue a um curador nomeado judicialmente.

Essa entrega em qualquer dos casos deverá ser feita através da assinatura de um termo de responsabilidade por quem o receber, que passará a ser o garantidor do idoso se obrigando a cuidar do mesmo. A medida protetiva deverá ser cumprida pelos Conselhos Municipal ou Estadual do Idoso ou por equipe que inclua psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras ligados a um órgão público.

Sendo o idoso incapaz totalmente de tomar decisões poderá ser expedida ordem judicial para sua busca e apreensão, porém, somente como medida extrema, uma vez que por estar acostumado ao *habitat* que se encontra, poderá sofrer sérios prejuízos psicológicos, oriundos da mudança de domicílio. Sobre o assunto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE IDOSO. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. Considerando que a busca e apreensão é medida drástica que só deve ser adotada em situação extrema, cumpre manter a decisão que indeferiu a medida liminar, já que ausentes indícios suficientes de o idoso sofrer risco de lesão grave. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO (Agravado de Instrumento nº 70039748736, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 5.11.2010). (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 165)

II “orientação, apoio e acompanhamento temporários;”. Obedece ao artigo 230 § 1º, da Constituição Federal, que estabelece: “Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.” É uma medida utilizada de forma preventiva evitando necessidade de abrigamento do idoso futuramente em entidade de atendimento, devendo ser efetivada preferencialmente por profissionais multidisciplinares dependendo da situação do ancião, mas, preferencialmente assistentes sociais, psiquiatras, psicólogos e mesmo fisioterapeutas e nutricionistas, não sendo obrigatório o exercício desses profissionais, porém, concorre para que o resultado efetivo da medida seja alcançado, promovendo o auxílio moral ao idoso.

III “requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;”. O órgão de saúde poderá ser requisitado pelo Juiz de Direito ou pelo Promotor de Justiça, não podendo se recusar a realizar o tratamento requisitado. O Ministério Público, como substituto processual do idoso, além de poder dirigir diretamente a requisição ao órgão público poderá interpor medida

judicial, requerendo ordem judicial para que o internamento do idoso seja efetivado em nosocômio, público ou particular. Sobre o assunto:

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RECUSA INJUSTIFICADA DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR EM PROCEDER A INTERNAÇÃO DE IDOSO ACOMETIDO POR MOLÉSTIAS GRAVES. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para atuar enquanto substituto processual de idoso em situação de risco. Inteligência do art. 74 da Lei 10.741/2003. 2. Atuando nos interesses da sociedade não responde o Ministério Público pelas verbas sucumbenciais. Aplicabilidade por analogia, do artigo 18 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública. 3. Provimento do recurso (AC 70016662439 TJRS – 5ª Câmara Cível, Rel. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo – 20.12.2006). (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 166).

Ao Poder Público, independentemente de qual seja a esfera estatal, cabe a obrigação da prestação de saúde do idoso, devendo o tratamento ser prestado pelo Sistema Único de Saúde, ou, conforme a tipo de moléstia do ancião, pelo órgão de saúde do Estado ou do Município, se aplicando essa medida a qualquer natureza de distúrbios de saúde do idoso, como físicos, alimentares, psiquiátricos ou psíquicos.

O Sistema Único de Saúde (SUS) mantém convênios com estabelecimentos privados, os quais por força desses convênios também têm o dever de cumprirem a requisição, sendo o Poder Público, na falta de hospital público, o responsável pelo custeio da internação do ancião, até o final do tratamento em estabelecimento particular. O artigo 4º, V, da Lei 1.948, que regulamenta a Política Nacional do idoso, explicita

Art. 4º Entende-se por modalidade não-asilar de atendimento:
[...]

V - atendimento domiciliar: é o serviço prestado ao idoso que vive só e seja dependente, a fim de suprir as suas necessidades da vida diária. Esse serviço é prestado em seu próprio lar, por profissionais da área de saúde ou por pessoas da própria comunidade;

IV “inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;”. Estende-se também a qualquer pessoa que coabite no mesmo local com o idoso, devendo ter essa inclusão o consentimento expresso do idoso, salvo nos termos da legislação específica, quando for imprescindível a internação compulsória de enfermos psiquiátricos. Além do Poder Público, entidades públicas ou privadas.

V “abrigo em entidade;”. Essa medida é extrema, pois o afastamento da pessoa idosa do ambiente familiar, às vezes, poderá lhe trazer penosas consequências, só devendo ser aplicada, portanto, como último recurso, atendendo aos princípios da brevidade e excepcionalidade da medida, ou seja, assim que possível, o idoso deverá imediatamente retornar ao ambiente familiar. Os artigos 226 e 230 da Constituição Federal, bem como o artigo 3º, inciso V, do Estatuto do Idoso, estabelecem:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

Art. 3º

[...]

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

Também essa medida só será efetivada com a expressa concordância do idoso, sob pena de transgressão ao princípio constitucional da liberdade de ir e vir. No caso de incapacidade do idoso, caberá ao seu curador ou ao Juiz da Vara do Idoso, caso não haja curador judicialmente nomeado. Há situações, entretanto, que é impossível a manutenção do idoso no ambiente familiar, e para defender os direitos do ancião é medida imprescindível o abrigamento, mesmo tratando-se de medida radical e com o risco de causar grandes problemas psicológicos do mesmo, com a mudança brusca de ambiente. Sobre a matéria:

BUSCA E APREENSÃO – IDOSO – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL – Negar-se legitimidade à filha para intentar ação de busca e apreensão de ancião – visando a garantir-lhe, acima de tudo, as mínimas condições para a preservação de sua prejudicada saúde, em local que lhe garanta um final de vida com dignidade, na companhia de pessoas que atentem ao seu bem-estar, administrando-lhe a medicação prescrita em necessário tratamento médico - , tão somente por ter sido a medida endereçada contra filho outro, e por não possuir a autora, sequer, a curadoria provisória do genitor, porquanto ainda não ajuizada a competente ação de interdição, é negar vigência ao postulado da proteção integral da pessoa idosa. Apelação provida, em decisão monocrática (AC 70010332062 – TJRGS – 7ª Câmara Cível, Relª. Desª Maria Berenice Dias, 01.02.2005 apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 169)

VI “abrigo temporário.”. O artigo 36 do Estatuto do Idoso estabelece: “O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais.” Como ocorre na

medida anterior, o abrigo temporário deverá atender sempre aos princípios da brevidade e da excepcionalidade e também só cabível com a concordância expressa do ancião, sob pena de infração à legislação em vigor. Enfim, a execução dessa medida ocorre de forma idêntica à da medida abrigo de entidade.

Vale ressaltar que outras leis especiais podem ser utilizadas na proteção aos idosos, mesmo que não estejam previstas no Estatuto do Idoso, nesse contexto tome-se, por exemplo, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que é aplicada por analogia à pessoa idosa. Assim, analisa Roberto Mendes de Freitas Júnior no seu livro *Direitos e Garantias do Idoso* doutrina, jurisprudência e legislação: (2011, p.162)

O fundamento básico da Lei Maria da Penha repousa no argumento de que muitas mulheres não possuem as mesmas condições físicas e psíquicas do homem para suportar eventual situação de violência doméstica ou familiar. Visando corrigir a desigualdade o legislador estabeleceu os mecanismos para protegê-las. O Princípio Constitucional da Igualdade, por sua vez, impõe a igualdade entre todos, independentemente de sexo, idade, cor, religião ou qualquer outro fator diferenciador.

Ora, se a Lei 11.340/2006 prevê medidas protetivas às mulheres para restabelecer o princípio da igualdade (já que são consideradas, pelo legislador, hipossuficientes para enfrentar os conflitos domésticos ou familiares) e a Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação em face do sexo ou da idade, conclui-se que as medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha são aplicáveis não apenas às mulheres, mas a qualquer pessoa que se encontre em posição de hipossuficiência em conflitos domésticos ou familiares.

Para a aplicação análoga da Lei Maria da Penha aos idosos independe do sexo, mas a observância da violência cometida contra o ancião muitas vezes cometida pelos seus próprios familiares, vivendo intensos conflitos. Nesses casos, é possível invocar-se o amparo das medidas protetivas dispostas supra referidas, salientando-se as medidas cautelares cuja função básica é manter vivo o direito até que seja aplicado na ação principal o provimento jurisdicional definitivo. Às vezes, apenas essas medidas já são suficientes para garantir o direito que o autor pretende, independentemente de que haja propositura da ação principal. Essas medidas que têm efeito satisfativo são admitidas somente em situações extremas e constituem exceção. Sobre a matéria veja-se a sentença do Juiz Evandro Renato Pereira, Juiz da Vara do Idoso da Comarca de Santos /SP (apud 2011, p. 162):

Aplica-se a lei Maria da Penha à idosa vítima de violência por parte de filho adulto. Esta é a única forma de interpretar a lei de forma a não ser inconstitucional, ou seja, qualquer hipossuficiente deve ser protegido, não

só a mulher. O B.O., com testemunha policial e não policial, comprova sumariamente a necessidade de afastamento do réu. É caso de afastamento do réu do lar da idosa, não devendo se aproximar cem metros do local.

Sobre a natureza satisfativa das medidas cautelares:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. AFASTAMENTO DE FILHA E GENRO DO LAR. MAUS-TRATOS. NATUREZA SATISFATIVA DA MEDIDA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE A PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL ENVOLVIDA. 1 – O ART. 808, I DO CPC EXIGE, NAS AÇÕES CAUTELARES PREPARATÓRIAS, A PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL, NO PRAZO DO ART. 806, ANTE A NATUREZA INSTRUMENTAL DESTA MEDIDA. ENTRETANTO, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ADMITEM EXCEÇÕES A ESSA REGRA COM BASE NA EXCEPCIONALIDADE DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL DEDUZIDA EM JUÍZO, TOLERANDO QUE A CAUTELAR TENHA NATUREZA SATISFATIVA, COMO NO CASO EM TELA, QUE VERSA SOBRE MEDIDA DE PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DE PESSOA IDOSA. 2 – APELAÇÃO PROVIDA (AC 2008210017248/TJDF 4ª Turma Cível, Relª. Desª Leila Arlanch, 19.01.2009) (FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de, 2011, p. 163).

Desse voto vale desatacar:

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência admitem exceções a tal norma, com base na excepcionalidade da pretensão de direito material trazida a Juízo, momento em que a cautelar passa a ter a natureza satisfativa. Isso ocorre quando o bem jurídico envolvido é de tal modo relevante que se admite o desapego às formas processuais, a fim de que seja efetivado o direito por meio do processo cautelar. Nesse sentido, peço vênias para trazer à colação trecho do parecer da Procuradora de Justiça, Dra. Terezinha Florenzano, citando excertos do voto proferido pelo eminente Desembargado Carlos Augusto de Santi Ribeiro, membro do TJSP, no julgamento da APC nº 231789440, ocorrido em 15/01/2008 perante a 1ª Câmara de Direito Privado daquela Corte, no exame das cautelares de natureza satisfativas, *ad litteram*: [...] Não é demais realçar que os bens jurídicos “dignidade da pessoa humana” e “vida” são muito mais importantes do que regras processuais. Assim, dada a proeminência de tais direitos, está, portanto demonstrada a excepcionalidade da medida, a qual merece guarida jurisdicional. (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 163).

Quanto ao agressor que esteja na situação de coproprietário do imóvel, há quem seja contrário a essa forma de cautelar justificando que seria violação do direito constitucional de propriedade e que tal medida poderia ser concedida, porém, a decisão dependeria da propositura da ação principal, no prazo determinado por lei. De outra forma, seriam cassados os efeitos da liminar, consoante o disposto no artigo 808, inciso I do Código de Processo civil que estabelece “cessa a eficácia da medida cautelar se a parte não intentar ação no prazo estabelecido no artigo 806” e esse artigo determina que “cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

7.2 Competência para Aplicação das Medidas de Proteção

Roberto Mendes de Freitas Júnior, no livro *Direitos e Garantias do Idoso: doutrina, jurisprudência e legislação* (2011, p.170), leciona:

[...] ao ter notícia sobre a ocorrência de ameaça ou violência a qualquer direito ou garantia da pessoa idosa, o membro do Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo, em trâmite perante sua respectiva Promotoria de Justiça, para a correta apuração dos fatos. Uma vez comprovada a violação ao direito do idoso, o Promotor de Justiça poderá determinar diretamente a aplicação de qualquer das medidas de proteção previstas no artigo 45 da Lei 10.741/2003, sem a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário.

Caso a questão seja levada ao Poder Judiciário, o processo deverá tramitar perante a Vara do Idoso do local do domicílio do ancião em situação de risco. Não havendo Vara específica para atender os direitos do idoso, e sendo omissas as normas de organização judiciária local, a competência jurisdicional para aplicação de medidas de proteção ao idoso em situação de risco será de uma das Varas Cíveis local.

A esse respeito vale observar a sentença proferida pela Desembargadora Maria Olívia Alves (apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p.170) do Idoso:

Conflito Negativo – Vara Cível e Vara de Família – pedido de providências com base no Estatuto do Idoso – Ausência de previsão nas normas de organização judiciária sobre a competência para a vara de família – Inexistência de criação, na Comarca, de várias especializadas do idoso – Competência residual do Juízo Cível – Aplicação dos artigos 34 e 37 do Código Judiciário – Conflito julgado procedente – Competência do Juízo – Conflito julgado procedente – Competência do Juízo suscitante (Conflito de Competência 1508100700 – TJSP – Câmara Especial, Rel^a. Des^a. Maria Olívia Alves, 11.02.2008).

A independência do Ministério Público não é exclusiva nem obrigatória, nada impedindo que ao invés de instruir procedimento administrativo próprio, observando as peculiaridades de cada Comarca, interponha medida judicial provocando a atuação do Poder Judiciário a fim de que, após regular processamento do feito, o Juiz de Direito da Vara do Idoso determine a aplicação da medida que o caso requeira. Há doutrinadores que discordam dessa assertiva, como Damásio E. de Jesus, que assim se posiciona:

O Promotor de Justiça não poderá aplicar, diretamente, as medidas de proteção previstas nos incisos V e VI, consistentes no abrigo do idoso em entidade asilar e abrigo temporário, vez constituírem verdadeira causa de restrição da liberdade do idoso. Defende que em tal situação o membro do *parquet* deverá, obrigatoriamente, representar à Autoridade Judiciária, cabendo a essa a imposição, por meio do devido processo legal, das referidas medidas. (JESUS, 2005, apud FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 171)

Sobre a matéria Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011, p. 7) no livro supracitado diverge, em parte, da assertiva acima assim se posicionando:

Tome-se o exemplo de um idoso sem familiares, com renda mínima, que se encontra em situação de risco em face das precariedades estruturais e higiênicas de sua moradia. Após intervenção de assistentes sociais e psicólogos (nos moldes da medida de proteção de orientação e apoio temporários – artigo 45, inciso II, da Lei 10.741/2003), o idoso concorda em ir ao asilo, mas não tem renda suficiente para suportar as despesas de uma entidade privada, enquanto a Prefeitura Municipal igualmente nega a concessão de uma vaga gratuita em face do idoso auferir renda mensal. Em tal situação, o Promotor de Justiça deve requisitar a colocação do idoso em alguma entidade, pública ou privada, diretamente ao Poder Público, sob as expensas do Estado. Aqui, o Ministério Público atua em favor do idoso, e a medida de abrigamento, ao invés de representar restrição da liberdade do ancião, constitui efetiva medida de proteção, justamente para garantir o direito à moradia digna, à saúde e à própria vida do idoso. Assim, no caso do idoso capaz que consente com a medida, entendemos não haver necessidade de ordem judicial para o abrigamento, bastando a requisição ministerial

Por outro lado, tratando-se de idoso capaz que discorde da medida, ou no caso de idoso incapaz, realmente não poderá o Ministério Público requisitar diretamente a medida, devendo representar à Autoridade Judiciária, para que o abrigamento seja efetivado por ordem judicial, após o devido processo legal, vez que agora há restrição da liberdade do idoso, contra sua vontade.

Há uma terceira opinião jurisprudencial que defende, no caso de alegação de maus-tratos para justificar o abrigamento, que, além da imprescindível ordem judicial, devem ser citados também no processo os parentes do idoso, uma vez que a decisão de abrigamento implica em alteração dos titulares da obrigação de cuidado com o ancião, bem como garantir o princípio do direito à defesa garantido pelo texto constitucional aos supostos agressores.

Quanto à competência dos Conselhos do Idoso (Nacional, Estaduais e Municipais) para aplicação das medidas protetivas está disposto no artigo 7º do Estatuto do Idoso: “Os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei.”. Assim, o artigo 7º da Lei 8.842/94 determinando que o acompanhamento, a fiscalização e avaliação da política nacional do idoso seja competência desses Conselhos, ou seja, garantir o bem-estar de toda pessoa idosa de uma localidade, logicamente que, numa situação emergencial, não há impedimento para que os mesmos atuem aplicando a medida de proteção necessária, desde que essa medida não imponha restrição do direito de

ir e vir do idoso, mas que seja atuando em sua defesa caso se encontre em situação de risco.

Roberto Mendes de Freitas Júnior (2011, p. 172) no seu livro *Direitos e Garantias do Idoso: doutrina, jurisprudência e legislação exemplifica*:

Um idoso que se encontre em situação de rua apenas em face de sofrer do Mal de Alzheimer e não lembrar seus dados pessoais e seu endereço ou de seus familiares. Uma vez acionado o Conselho Municipal do Idoso, não há como negar a competência de seus membros para que apliquem diretamente a medida de proteção prevista no artigo 45, inciso I, do Estatuto do Idoso, com imediato encaminhamento do ancião à sua residência ou aos cuidados de seus familiares, sem a necessidade de prévia autorização judicial ou ministerial. Entendimento diverso criaria um procedimento meramente burocrático, que poderá até mesmo colocar em risco a própria saúde do ancião, que ficaria obrigado a aguardar em algum abrigo público, até que uma ordem judicial ou ministerial fosse proferida para que ele voltasse à sua casa.

O cumprimento da aplicação dessas medidas protetivas é fiscalizado, por competência, pelo Ministério Público e pelo Conselho Municipal de Idoso, seja qual for a hipótese.

8 CONCLUSÃO

As várias ciências definem o idoso de maneiras diferenciadas, entretanto, todas elas, bem como a legislação em vigor, admitem a idade cronológica e aceitam como início da velhice aqueles que estiverem acima de 60 (sessenta) anos. Os vários dispositivos legais, ao longo dos dois últimos séculos, já estabeleciam alguns direitos e algumas proteções ao ancião, porém, a primeira norma a agraciar o idoso foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que colocou como ponto básico dos Direitos Fundamentais a dignidade da pessoa humana, estando aí o principal direito também da pessoa idosa.

A Constituição Federal de 1988 veio corroborar essa política no seu texto normativo. Em janeiro de 1994, através da Lei 8.842, que dispôs sobre a Política Nacional do idoso, foram criados os Conselhos Nacional, do Distrito Federal, Estaduais e Municipais. Posteriormente, foi criado o principal instrumento em favor da pessoa idosa, o seu Estatuto, através da Lei 10.741/2003. O objetivo do Estatuto do Idoso é implementar para o ancião brasileiro uma política de tratamento para os que estão na considerada melhor idade, não como objeto de atenção, mas como sujeito com garantia de direito à vida, à proteção, à saúde, ao trabalho, à educação, à cultura, à moradia e ao lazer. A execução dessas políticas só será possível com a colaboração dos entes federados com o comprometimento das organizações governamentais, bem como com as não-governamentais trabalhando de forma integrada.

O Estatuto do Idoso, como instrumento principal voltado para essa faixa etária, apesar da base legal, deixa muito a desejar uma vez que muitos Estados e Municípios não editaram as regulamentações exigidas pelo Estatuto, tornando-o uma lei, como tantas no Brasil, ineficaz nas mãos dos encarregados da fiscalização, o que se observa na inoperância dos Conselhos Estaduais e Municipais do Idoso, e um desrespeito à legislação, havendo localidades onde sequer eles existem.

À luz do que foi analisado, constata-se que a população idosa no Brasil, confrontando-se com o número de óbitos, se desenvolve de forma inversa, fato que, ligado ao grande aumento da expectativa média de vida, induz a uma previsão de proximamente um país envelhecido, exigindo formulação e execução de novas

políticas públicas, bem como mudanças de mentalidade e de costumes para que essa nova realidade seja enfrentada sem provocar choque estrutural na sociedade, que necessita de uma mudança comportamental em se tratando de assistência, proteção e amparo ao idoso.

Envelhecer, faz parte natural do ciclo de vida. Cabe ao Poder Público, à União, Estados e Municípios a obrigação de garantir à pessoa idosa um envelhecimento com dignidade e segurança, protegido da violência e da falta de dignidade crescentes. E, em se falando de violência, observa-se o seu uso generalizado, principalmente, cotidianamente, no âmbito familiar, onde ocorre de várias formas, muitas vezes, com sérias e graves consequências.

Há que se entender a necessidade da sociedade não tratar o velho como sinônimo de inútil. Hoje, o idoso, na sua grande maioria capaz, necessita de políticas não somente assistenciais, mas, acima de tudo, políticas que lhe ajudem a utilizar a gama de conhecimentos que possuem pelas experiências acumuladas no decorrer da sua existência, para que ele possa sentir a sua autoestima alimentada por ser útil à sociedade. O princípio constitucional que assegura o direito ao trabalho precisa ser respeitado também no que concerne ao idoso.

Vale salientar que é do conhecimento geral, hodiernamente, o abandono, o desprezo, a falta de cuidado e a inutilidade que é induzida ao idoso, se traduzindo na maior violência sofrida por eles. Muitas vezes jogados nos abrigos ou nos asilos, esquecidos pelos seus familiares, lhes causando muita dor emocional, além das físicas, levando-os, na sua maioria, a processos depressivos e a pensarem em suicídio como solução. Apesar da proibição da legislação, que trata o abandono como crime e penaliza quem o pratica, é fato que essa prática existe.

Chega-se, enfim, à conclusão de que a legislação que protege e garante os direitos dos idosos existe, com Políticas e Programas bem elaborados no papel, porém a sua execução é, praticamente, inexistente. Há muito o que se fazer. A sociedade precisa reconhecer o idoso como uma pessoa socialmente capaz e ativa e com direitos a serem respeitados. Existe um conjunto de princípios que norteiam o comportamento de uma sociedade e que se denominam de ética social, o idoso não

pode ser excluído desses princípios e, se isso ocorrer, a sociedade não reflete as necessidades da pessoa idosa nas normas que faz promulgar.

O Ministério Público, como fiscal da justiça, tem papel preponderante na aplicação efetiva das leis, evitando que o desrespeito àqueles que tanto deram da sua existência seja esquecido e tutelando os seus direitos, principalmente nesse quadro social de desigualdade profunda e grave desamparo fundamentando um socorro jurídico específico.

A base da sociedade como encontra-se na própria Constituição é a família. Enquanto o jovem não entender que ele só não ficará velho se a morte o chamar cedo, ele se achará sempre invencível e se não tiver uma boa formação familiar, tratará sempre o idoso como um objeto que perdeu a sua utilidade. Quando o afeto e o carinho é o tratamento dado ao ancião por aqueles que o reconhecem como uma pessoa que precisa ser tratada com dignidade, toda a família é feliz, e quando a sociedade se transformar e todos assim entenderem, o mundo será bem melhor.

Que as políticas e programas sejam efetivamente executadas; que as leis saiam do papel e passem para a prática; que cada um cumpra com o seu dever; que a sociedade seja educada; que as pessoas se tornem mais humanas; que os sentimentos cristãos floresçam dos corações de cada um; que os idosos sejam reconhecidos como fonte de experiência e do saber; que a família seja um referencial de amor e respeito, tornando-se um manancial de amor, aí então não haverão idosos maltratados e infelizes.

9 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. **Lei dos Sexagenários.** 1885. Disponível em: <
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Hist%C3%B3ricos-Brasileiros/lei-dos-sexagenarios.html>> Acesso em: 18/08/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1824. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 19/08/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1891. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 019/08/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1934. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 11/09/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1937. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 11/09/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1967. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 13/09/2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1979. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao79.htm> Acesso em: 13/09/2014

BRASIL. **Lei nº 8842, de 4 de janeiro de 1994.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm> Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. **Lei nº 8742, de 7 de dezembro de 1993.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm> Acesso em: 20/09/2014

BRASIL. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12435.htm> Acesso em: 21/09/2014

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 21/08/2014

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. 23/09/2104

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** 1940. Disponível: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 23/09/2014

BRASIL. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.** Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm> Acesso em: 23/09/2014.

BRASIL. **Lei 6938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm> Acesso em: 25/09/2104.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 27/09/2014

BRASIL. **Decreto nº 5.109, de 17 de junho de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5109.htm> Acesso em: 27/09/2014

SERGIPE. **Lei nº 3116, de 1991.** Disponível em: <www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp?Numerolei=2310> Acesso em: 29/09/2012.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 04/10/204.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> Acesso em: 04/10/2014

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 05/10/2014.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212compilado.htm> Acesso em: 05/10/2014.

BRASIL. **Lei nº 8.741, de 3 de dezembro de 1993.** Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/127584/lei-8741-93>> Acesso em: 15/10/2014

BRASIL. **Lei nº 1948, de 3 de julho de 1996.** Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1948.htm> Acesso em: 07/10/2014

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso em: 07/10/2014

BRASIL. **Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10424.htm> Acesso em: 07/10/2014

BRASIL. **Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm> Acesso em 08/10/2014:

BRASIL. **Lei 11.737, de 14 de julho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11737.htm> Acesso em: 08/10/2014

BRASIL. **Decreto nº 5.934 de 18 de outubro de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5934.htm> Acesso em: 10/10/2014

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm> Acesso em: 10/10/2014

BRAGA, Pérola Melissa Vianna Braga. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, L. F. S. de. **A eficácia da legislação brasileira na garantia aos direitos dos idosos**. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Uniletoledo, Presidente Prudente, 2007. Disponível em: <intermas.uniletoledo.br/revista/index.php/Jurídica/article/viewFile/.../609> Acesso em 12 de outubro de 2014.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Atlas, 2011.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

INDALÉCIO, M. N. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais**: Fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro. 2007. Tese de Mestrado (Especialização em Direito) – Universidade Vale do Itajaí. Itajaí, 2007, Disponível em <http://www6.univali.br/tedtde_busca/arquivo.php?codArquivo=356> Acesso em 10 de setembro de 2014.

MOTA, J. F. **Velhos no cativeiro**: posse e comercialização de escravos idosos. In: XVI ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 2008, Caxambu. Disponível em: <www.abep.nepo.unicamp/encontro2008/.../ABEP2008_1015.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2014.

SANTINI, J. R. **O estatuto do idoso**: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrina/arquivos/190707.pdf>>. Acesso em 17 de outubro de 2014.

