

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS: DESAFIOS DA
CONTEMPORANEIDADE PARA RESGUARDAR OS DIREITOS DA PESSOA
FUNDAMENTAL AND SOCIAL RIGHTS: CHALLENGES OF CONTEMPORARY
TO SAVE THE RIGHTS OF ELDERLY CITIZEN**

**Laerty Morelin Bernardino
Luna stipp**

Resumo

O manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2014), demonstra a necessidade de discutir os direitos fundamentais e sociais dos idosos, sobretudo, nos dias atuais. Desse modo, o presente trabalho pretende analisar sob a ótica dos direitos fundamentais e sociais os desafios da contemporaneidade para resguardar e assegurar os direitos da pessoa idosa, principalmente no que tange o acesso à saúde. Além disso, o trabalho também destaca a aplicabilidade plena e imediata de tais direitos, conforme proclamados pela Constituição Federal de 1988, através de seu art. 5º, §1º. Para tanto, utilizando-se de dados estatísticos e do método de revisão bibliográfica, fora pormenorizadamente constatada a ineficiência do Estado em atender as demandas sociais das pessoas idosas. Diante de tal celeuma, incontestemente a necessidade de relacionar tais anseios com os consagrados conceitos de mínimo existencial e reserva do possível para enfim, constatar a legitimidade e efetividade na utilização das demandas judiciais, a necessidade da atuação das instituições democráticas, da iniciativa privada e dos cidadãos, com o escopo de proteger o projeto constitucional do princípio do melhor interesse da pessoa idosa.

Palavras-chave: Direito social à saúde, Pessoa idosa, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The Manual Violence Addressing against the elder, prepared by the Secretariat for Human Rights (2014), it demonstrates the need to discuss the fundamental and social rights of the elderly, especially, on this days. Thus, this paper aims to examine from the perspective of fundamental and social rights the challenges of contemporary society to protect and secure the rights of the elderly, especially concerning access to health care. Besides, the work also highlights the full and immediate applicability of such rights, as proclaimed by the 1988 Federal Constitution, through his art. 5, paragraph 1. For this, using statistical data and literature review method, found out in detail the inefficiency of the State to meet the social needs of the elderly. Faced with such a stir, unchallenged the need to relate such yearnings with the established the concepts in the minimum existential and reserves of possible to

finally verify the legitimacy and effectiveness in the use the lawsuit, the need for performance of democratic institutions, the private sector and citizens, with the aim of protecting the constitutional design of the principle of the best interests of the elderly.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social right to health, Citizen elder, Reserve possible

INTRODUÇÃO

O manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, alerta que a população de pessoas idosas cresce rapidamente no Brasil e no mundo. Com isso, a referida população alcançou, em 2011, 23,5 milhões de idosos, o que estava previsto para ser alcançado apenas em 2020. Dessa forma, estas mudanças demográficas passam a ser um fenômeno novo e desafiador para a sociedade, para as famílias e para os governos (BRASIL, 2014, p. 17-18).

Diante desse novo cenário, faz-se necessário refletir sobre os direitos sociais que integram a Constituição, principalmente o direito a proteção e promoção da saúde, assim como os princípios da igualdade, isonomia e dignidade da pessoa humana. Razão pela qual, o presente trabalho pretende analisar sob a ótica dos direitos fundamentais e sociais, os desafios da contemporaneidade para resguardar e assegurar os direitos da pessoa idosa, principalmente no que tange o acesso à saúde.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Desse modo, a saúde é entendida como um bem inviolável do ser humano, além de ser um direito fundamental social previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Nesse contexto, os indivíduos devem não só receber tratamentos igualitários por parte do Estado, como também terem acesso ao judiciário todas as vezes que os direitos que lhes são resguardados forem violados ou ameaçados.

Todavia, em muitos casos, o que se observa é a inércia do Estado em garantir ou até mesmo preservar o direito à saúde previsto constitucionalmente, não restando outra saída ao cidadão idoso, a não ser acionar o sistema judiciário ou obter o apoio da sociedade.

Considerando a realidade descrita, é preciso responder a 3 (três) problemas: 1) O direito fundamental à saúde, previsto constitucionalmente, ampara todos os cidadãos idosos? 2) Qual o papel da sociedade e do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais de pessoas idosas e no combate a violência nesse setor? 3) Qual a ótica de interpretação do mínimo existencial nesse diapasão?

Para responder a essas questões suscitadas, o caminho a ser percorrido no presente artigo, será dividido em três partes. Sendo que em um primeiro momento, o direito à saúde dos idosos será analisado sob a ótica dos direitos sociais, de modo a verificar quais são os principais desafios para sua efetivação na contemporaneidade.

Em segundo lugar, o presente trabalho discute a problemática do mínimo existencial e o direito fundamental a saúde na Constituição Brasileira, estabelecendo elementos essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana dos idosos.

Por fim, por fim e não menos importante, o estudo visa a demonstrar qual o papel da sociedade e do judiciário na garantia dos direitos fundamentais da população idosa, por meio de uma discussão embasada no princípio da reserva do possível.

Ademais, como proposta de solucionar as questões acima expostas e meta de concretização de tais direitos, alerta-se a necessidade de criação e investimento urgente em medidas que assegurem o acesso aos direitos sociais através de políticas públicas.

1. Dos direitos fundamentais: titularidade e abrangência dos direitos sociais na Constituição Federal

O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, dentro outros direitos fundamentais, formam, segundo Queiroz (2006, p.100) “o tripé que sustenta a doutrina de proteção integral adotada pelo Estatuto do Idoso [...]”. A historicidade dos direitos fundamentais revela seu nascimento gradual, em um processo de luta, “*nem todos de uma vez e nem de uma vez por todas*” (BOBBIO, 1992, p.05). Contudo, tais direitos devem ser assegurados pelo Estado e pela sociedade.

Os direitos sociais, por sua vez, constituem uma forma de tutela pessoal e disciplinam situações subjetivas, pessoais ou grupais de caráter concreto. Possibilitam aos indivíduos exigirem do Estado uma prestação ativa para garantir o seu próprio bem-estar. Neste sentido, Paulo Leivas os definem em seu sentido material, como:

[...] direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-la de particulares; porém na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas ao Estado por força de disposição constitucional (LEIVAS 2006, p.89).

Assim, fica claro que os direitos sociais possuem como características a generalidade e a publicidade, dependendo para sua eficácia da harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e da tutela do Estado, já que, como observado no trecho supramencionado, trata-se de um direito que não se encontra a disposição de todos na esfera particular e, portanto, deve ser implementado pelo Estado.

Ingo Sarlet leciona sobre o assunto ao tratar dos direitos de segunda dimensão, informando que:

são uma densificação do princípio da justiça social, sendo que correspondem invariavelmente, a reivindicação das classes menos favorecidas, sobretudo a operária, a título de compensação em decorrência da extrema desigualdade que caracteriza suas relações com a classe empregadora, detentora do maior poderio econômico. (SARLET, 2007, p. 57).

Agora, adentrando-se ao tema propriamente dito, quanto à titularidade dos direitos sociais, pode-se dizer que o homem na sua individualidade é o seu detentor, podendo exigir o respeito, proteção ou promoção destes direitos individualmente, todavia, deve-se atentar ao princípio da universalidade, que contribuir para que os direitos sociais sejam concebidos como direitos de índole coletiva, pelo qual se relaciona à própria expressão “direito social”.

Destarte, de acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem humanas são titulares de direitos e deveres fundamentais. Por sua vez, isso não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade material.

Como bem assevera J. J. Gomes Canotilho, a universalidade será alargada ou restringida conforme a postura do legislador constituinte, devendo ser respeitado o núcleo essencial de direitos fundamentais, que é intangível por qualquer discricionariedade, o qual pode ser alargado pela atuação e concretização judicial dos direitos (CANOTILHO, 2013, p.418)

Quando o autor delimita os direitos fundamentais alertando para a existência de um “núcleo essencial”, procura garantir um rol mínimo de direitos que devem ser assegurados e invioláveis, são como “cláusulas pétreas” dos direitos fundamentais.

Por sua vez, quanto ao sujeito passivo dos direitos sociais, o Estado deve atuar como protetor e implementador de políticas públicas efetivando as normas

programáticas de maneira substancial como prescrito na nossa Constituição no artigo 196¹.

Para Vidal Serrano, os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais, não havendo dúvida que o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano “a salvo” da necessidade, promove uma “fundamentalização” dos direitos sociais, uma vez que não se pode pensar em exercícios de liberdades, de preservação da dignidade humana, sem que um “mínimo vital” esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade (NUNES JUNIOR, 2009, p. 65).

A implementação de direitos sociais é imprescindível para a população idosa em razão da longevidade da sua vida ativa, uma vez que, cada vez mais, esperam da sociedade o reconhecimento de seu papel social e os benefícios das políticas públicas específicas. Dessa forma, a meta prioritária de qualquer sociedade deveria ser a de ampliar cada vez mais o grupo de pessoas idosas que estão saudáveis, ativas e positivas, retardando ao máximo qualquer perda de sua autonomia. Devendo ser ressaltado que custa muito menos preservar a saúde do que cuidar dos doentes. (BRASIL, 2014, p.31).

O fato é que a titularidade desses direitos deve ser enfrentada da maneira mais inclusiva e universal possível, mas isso não significa dizer que o judiciário não possa ser acionado individualmente, pois caso isso venha ocorrer, estar-se-ia diante de uma limitação da assim chamada “judicialização” das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial às demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social, estratégia entre outros aspectos a serem desenvolvidas logo mais adiante.

Dessa forma, tal situação acaba por confundir a titularidade em si de um direito fundamental, ou seja, a condição da pessoa ser o sujeito de direitos, com eventual restrição do objeto do direito ou mesmo eventual restrição do acesso a alguma prestação por conta de uma condição econômica privilegiada ou outros critérios que aqui não se poderá aprofundar (SARLET, 2007, 216)

Por fim, segundo Pérez Luño (*apud* Sarlet, 2007, 217), a titularidade dos direitos sociais não pode ser atribuída exclusivamente a grupos ou entes coletivos, já que a

¹**Art. 196** - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

função dos direitos sociais corresponde também a assegurar a cada pessoa individualmente considerada como desenvolvendo sua existência concreta mediante a integração em determinados grupos, mas com os quais pode situar-se em relação de oposição, designadamente quando presente um conflito de interesses.

Observa-se que o direito social a saúde apesar de seu caráter universal se depara com algumas dificuldades que será estudada adiante.

1.2 O direito a saúde como um direito fundamental social para pessoa idosa

O direito social surge a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais, na condição de direitos assegurados por força da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, embora sempre da pessoa situada num contexto social e intersubjetivo (SARLET, 2007, p. 215).

Nesse diapasão, a saúde ganha 2 (dois) *status*: um no plano coletivo que remete a necessidade de ações preventivas em prol do bem maior e interesse público, outro no plano individual, onde ocorre a alteração no estado de saúde do cidadão pelo qual o Poder Público e o Judiciário podem ser chamados a intervirem para atuarem como garantidores dos direitos presentes na Constituição.

Assim, o direito a saúde no plano coletivo, ao mesmo tempo em que tutela o convívio social ao garantir condições dignas de existência entre os cidadãos, preserva o princípio ao não retrocesso já que, uma população saudável é capaz de se desenvolver mais efetivamente tendo em vista a possibilidade de disseminação de informações e anacronismos de doenças adquiridas por mera ignorância, não sendo este fato diferente na população idosa.

Já na perspectiva do plano individual, o direito a saúde está relacionado com os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, uma vez que, o cidadão deve exigir prestações positivas e negativas visando garantir a qualidade de vida prevista constitucionalmente.

Isso porque, cabe ao Estado, havendo a possibilidade de cura do indivíduo, exercer seu papel de guardião e garantidor dos direitos sociais devendo agir ativamente para evitar que a vida do indivíduo se esvaia por inércia de sua parte. Aceitar essa ocorrência é o mesmo que infringir a lógica do Estado Social de Direito.

Ressalta-se ainda que, a prestação estatal positiva em prol da saúde humana deve ser realizada de ofício, caso não ocorrendo, e sendo o Estado acionado, este deve agir imediatamente independentemente se há ou não recurso nos cofres públicos, pois se fosse diferente não estaríamos preservando a vida e a dignidade do ser humano, ao contrário, estar-se-ia aniquilando os direitos sociais, mantendo-os apenas no plano formal.

Logo, sendo o direito a saúde um direito social, carece ser preservado seu caráter inclusivo, o que permite exigir do Estado o cumprimento imediato deste direito (prestações positivas), independentemente da existência de recursos financeiros ou norma que até mesmo no caso de sua existência, sendo ela impeditiva, pode o interessado requerer que seja determinado sua ineficácia ou nulidade (direito de defesa).

Neste aspecto, convém esclarecer que, embora o número de idosos que hoje necessitam de cuidados especiais seja relativamente pequeno em comparação com o número total da população brasileira acima de 60 anos, os custos sociais das famílias e dos serviços de saúde para uma pessoa idosa doente e dependente são muito elevados.

Sabe-se também que os equipamentos hospitalares e ambulatoriais não estão devidamente preparados para atendê-los, o que sinaliza a necessidade de uma política bem delineada e intersetorial de inserção social, de atividade física e até laboral, de lazer e de participação social. Cumpre salientar que o grupo de pessoas idosas é o que mais cresce no país. Concomitante a esse crescimento, é preciso aperfeiçoar o ambiente de segurança que vem com a aposentadoria e vários outros tipos de benefício social que funcionam no Brasil por meio de políticas sociais inclusivas (BRASIL, 2014, p.81).

Ressalta-se por fim que, a saúde deve ser implementada como previsto no art.196 da Constituição Federal por meio de políticas públicas. Ocorre, entretanto, que estas se encontram dispersas em atos normativos e não apresentam sistematização clara, o que contrasta com a celeridade e urgência do pedido.

Por essa razão, resta de sobejo comprovado a necessidade de interpretar o direito dos idosos de acordo com o princípio do seu melhor interesse, especialmente em questões relativas à sua saúde, não satisfazendo a mera concessão desse direito fundamental de maneira prioritária em relação aos seus outros direitos, mas também de lhe conferir prioridade no acesso à saúde em face de direitos concorrentes da mesma estirpe de pessoas de outras faixas etárias, e nesse caso o Poder Executivo tem o poder de implementar políticas públicas desse jaez. (BARLETTA, 2014, p. 130)

Exaurida a questão da saúde dos idosos como um direito social e considerando que a vida e dignidade da pessoa humana é atribuída a qualquer indivíduo que se passa a estudar o mínimo existencial e a reserva do possível.

2. Mínimo Existencial e o Direito Fundamental a Saúde na Constituição Brasileira.

A noção de direitos fundamentais começou a ganhar relevo e teve sua primeira elaboração dogmática na Alemanha, onde também obteve um precoce reconhecimento jurisprudencial. Na doutrina do pós-guerra, Otto Bachof, foi o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a garantia positiva dos recursos mínimos para existência digna (SARLET, 2008, p.189).

Nesse sentido, deve-se pensar em não apenas garantir a liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem recursos financeiros, não é possível uma vida digna. Por isso, pode-se entender o direito a saúde como pressuposto da vida digna, não podendo ser concebido apenas como um direito de defesa, e sim, como uma postura positiva do Estado.

Porém, apesar da clara evidência da necessidade de consagração desses direitos, muitos anos se passaram para que os mesmos fossem reconhecidos enquanto garantias mínimas.

A assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social, o que inclui a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua prévia condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de promover sua própria subsistência. Dessa forma, a comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e despender os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, acompanhando e dando apoio à família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (SARLET e FIGUEIREDO, 2008).

Tendo em vista a dificuldade em quantificar os direitos que deveriam ser entendidos como mínimos para a existência, o Direito Alemão tratou de advertir sobre a necessidade de fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese a sua viabilidade, e, além de condicionada

espacialmente e temporalmente, dependendo também do padrão socioeconômico vigente (SARLET e FIGUEIREDO, 2008).

Deste modo, e correlacionando o preceito a realidade brasileira, sabe-se que no âmbito do sistema do Direito Constitucional positivo nacional, todos os direitos sociais são fundamentais, estejam eles expressa ou implicitamente reconhecidos, estando ou não sediados na Constituição Federal, mais especificamente no Título II (dos direitos e garantias fundamentais).

Quanto ao direito à saúde explicitamente protegido na Constituição, é possível alcançar e garantir o chamado “mínimo fisiológico” que, constitui por compreender as condições materiais mínimas para uma vida condigna. Entretanto, em muitos casos, mais do que a vida condigna é necessário sobreviver, ou seja, garantir a vida.

Neste diapasão, o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, deve guardar sintonia com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana de modo a, como anteriormente já assinalado, não expor à risco a própria vida do indivíduo.

A saúde como um direito social acabou por constar no rol de direitos que são entendidos como necessários para a garantia do mínimo existencial e tem sido identificado por alguns como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado por qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade (SARLET e FIGUEIREDO, 2008).

Além disso, é necessário apontar quais as necessidades e direitos que estão sendo infringidos. O que se observa entre a população de idosos é que apesar de alguns grupos não apresentarem problemas de saúde sem que isso os impeça de terem vida ativa, ainda assim, requer investimentos pessoais, sociais e públicos em programas preventivos e de orientação, particularmente, quanto a mudanças no estilo de vida, de alimentação e de prática de exercícios físicos adequados (BRASIL, 2014, p.31).

Há outro grupo de idosos que requer certa prioridade na agenda dos gestores públicos e das famílias, pois é composto por idosos que necessitam de cuidados especiais por causa das limitações em sua capacidade funcional e em suas condições socioeconômicas. A capacidade funcional geralmente é medida por graus de dificuldades para exercer as tarefas do dia a dia. (BRASIL, 2014, p.32).

Deste modo, quando a prestação por parte do Setor Público é destinada a garantia do mínimo existencial, deve-se analisar a disponibilidade financeira e

capacidade jurídica de quem deve assegurá-la. A essa restrição encontram-se as condições que compõe a chamada “reserva do possível” que será analisada a luz do direito à saúde.

3. Reserva do Possível e o Direito à Saúde

Assim como o mínimo existencial, a teoria da reserva do possível começou a se destacar na Alemanha em 1970, onde constatou-se que para o alcance da efetividade do conceito, deveria ser observado as limitações orçamentárias do Estado, uma vez que, esta retrata a saúde econômica e financeira da Administração.

Isso porque, uma nação que atravessa crise financeira tende a reduzir a efetividade dos direitos sociais, pois apesar de estes estarem normativamente previstos, são limitados. Assim, “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo” (BARCELLOS *apud* GONÇALVES, 2013, p. 305).

Surge, portanto a necessidade de promover as chamadas “escolhas trágicas”, assim sendo denominadas em razão da decisão de investimento em “determinada área”. Ao mesmo tempo, isso significa deixar de atender a outras necessidades, ainda que a opção de abandonar um campo específico não tenha sido consciente (BARCELLOS *apud* GONÇALVES, 2013, p. 306).

Logo, torna-se imprescindível a análise de cada caso em particular com o devido ponderamento dos princípios e valores a luz da necessidade primordial que se impõe. Ressalta-se ainda que, além da Administração ou o órgão acionado no caso concreto terem que se definir sob o quanto será investido, é necessário também escolher aonde será investido, praticando as então chamadas “escolhas trágicas”, conforme ajustes principiológicos.

A esse respeito, é pertinente o escólio da lavra de Daniel Sarmento:

Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente (SARMENTO, 2002, p. 105).

Segundo Eros Grau, os valores se estabelecem e se impõem, enquanto as normas se aplicam e por fim, as ordens se cumprem. “Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular” (GRAU, 2013, p.120).

Ainda, convém ressaltar que a submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quando se percebe a promiscuidade dos valores que, por força de ponderações que os revalorizam, ocorrendo isso no plano da aplicação do direito. Isso refere-se às “ponderações entre princípios” que os jurista sem especial os juízes, operam visando a impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade, em regra, não se dando conta que o fazem (GRAU, 2013, p. 121).

Esse entendimento é corroborado por posicionamentos doutrinários modernos, sendo exemplo para tanto, o escólio do jurista Edinilson Donisete Machado:

não há na fase atual da doutrina, como deixar de pautar por valores e compreensão e a aplicação do Direito, uma vez que os princípios, além de possuir conceitos abertos também se promovem por meio de seu peso, ou seja, de sua densidade em face do caso concreto (MACHADO, 2012, p. 151).

Neste liame, depara-se com a dimensão tríplice da reserva do possível que deverão ser observadas pelo aplicador na busca da maior efetividade e eficácia dos direitos fundamentais.

Com atenção a normas constitucionais brasileiras, mais precisamente o seu artigo 5º, § 1º, há para o titular do direito fundamental social o amparo para que possa requerer imediatamente o cumprimento da prestação em oposição a omissão estatal. Nessa toada, não seria apenas a alegação de incapacidade monetária, por parte da Administração, suficiente para eximi-la das suas obrigações, devendo, além do mais, justificar e comprovar a real impossibilidade de prestar a assistência.

Portanto, ao magistrado que irá analisar o pedido, deverá submetê-lo ao juízo de possibilidade e proporcionalidade para enfim, verificar se a sua intervenção é necessária e adequada.

Por outro lado, quando a reserva do possível recai sobre a saúde e sendo esta entendida como pressuposto da vida, fundamental que haja sua preservação, isso sob pena de infração a dignidade humana:

Sobre o conceito de dignidade, Sarlet assevera que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço então ela tem dignidade (SARLET, 2007, p. 34).

A dignidade da pessoa humana tratada na Constituição de 1988 está consignada no *caput* do já citado artigo 5º, além de outros como, nos incisos III e XLVII, que ao proteger a vida, impõe parâmetros ao que seja entendido como dignidade. Nos dizeres de Oscar Vilhena Vieira “o constituinte está proibindo que a vida seja extinta ou que seja submetida a padrões inadmissíveis, da perspectiva do que se compreenda como vida digna” (VIEIRA, 2006, p. 65).

E quando se pensa em dignidade quanto a questões dos idosos, não há como discutir sobre o estado de saúde destes e não abordar acerca do seu direito a uma morte digna, garantida também pelo princípio da dignidade humana (Pessini, 2001; Dinis & Costa, 2004; Dreher, 2009 *apud* Brasil, 2014, p.33). Porém, é preciso definir o que é uma morte digna.

Hoje, existe um longo debate sobre a — morte digna que poderia ser resumida na decisão de não medicalizar a morte, ou seja, praticar a ortotanásia. Segundo as pesquisas, as pessoas idosas, quando conscientes, costumam manifestar que - não temem diretamente a morte, mas o sofrimento físico e mental das enfermidades de caráter terminal, os tratamentos prolongados em hospitais e o exagero das tecnologias médicas. Nos casos em que as pessoas idosas não tenham condições mentais e físicas de decidir, a família e a equipe médica deverão tomar a decisão de utilizar ou não medicamentos que prolonguem a morte (BRASIL, 2014, p.33).

Com isso, é necessário compreender, automaticamente, os institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia. Sendo que a eutanásia ocorre quando a morte for provocada em pessoas com forte sofrimento, doença incurável ou em estado terminal e movida pela compaixão ou piedade, enquanto a ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. Por fim, a distanásia é o prolongamento por meio de medicamentos ou aparelhos do processo de morte e por consequência, prorroga também o sofrimento da pessoa.

Conclui-se por fim, que a reserva do possível é relativa, devendo ser analisada juntamente com outros princípios que avaliem a real necessidade do assistido, mas também, a possibilidade de se conceder a assistência por parte do órgão acionado além da vontade do sujeito. Amparando-se, além do mais, no princípio da dignidade da pessoa humana, este entendido como direito fundamental inerente a sua primazia sobre demais princípios.

Portanto, sendo a saúde um direito fundamental, ocorrendo à necessidade de acionar o judiciário para que esta seja garantida, o assistido convalida e pratica apenas o que já é previsto legalmente. Contudo, o que ocorre muitas vezes é que grande parte da população não instruída, acaba por não recorrer a este meio por falta de informação. Convém, portanto, analisar o acesso e eficácia do judiciário para a preservação da saúde.

3.1 Preservação da Saúde pelo Poder Judiciário

O judiciário deve ser acionado pelo titular do direito ofendido para exigir do ofensor prestações positivas ou negativas capazes de garantir a satisfação da sua intenção, de modo que quando o Estado não promove adequações necessárias para o pleno gozo do direito fundamental à saúde, compete ao Poder Judiciário, fiscalizar e garantir que esses direitos respaldados constitucionalmente se concretizem (ABUJAMRA e MARTIN, 2010, p.72)

É crescente no Brasil o número de demandas judiciais que pleiteiam acesso a produtos para a saúde, medicamentos, tratamentos, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas que deveriam ser oferecidas *a priori* pelo Estado, retratando assim, um avanço da população brasileira no que tange ao exercício da cidadania.

Como bem observa Dirceu Pereira Siqueira:

Neste cenário é de suma importância a atuação do Poder Judiciário, vez que a ele incumbe à função de concretizar o texto constitucional, sempre que estiver sendo violado, ou mesmo na iminência de violação. Portanto, deverá o magistrado, enquanto representante do Poder Judiciário, atuar com responsabilidade na concretização do texto constitucional, especialmente no que pertine aos direitos fundamentais, e nesta seara, o direito fundamental a saúde (SIQUEIRA, 2013, p. 174).

Especificamente quanto aos idosos verifica-se que, segundo dados de 2012, mais mulheres (51.902) do que homens (34.517) usaram os serviços públicos por lesões e

traumas provocados por violências e acidentes. Nas internações femininas, o fator mais importante foram as quedas, cujos percentuais foram maiores em todos os grupos de idade, quando comparados aos homens: nos de 60 a 69 anos os percentuais quase se assemelham (50,6% contra 49,4%) e a partir daí se distanciam: de 70 a 79 anos (56,0% contra 44,0%) e de 80 anos ou mais (63,4% contra 36,6%) (BRASIL, 2014, p. 57).

Observa-se também que conforme aumenta a faixa de idade, maior é o percentual de internações por quedas no sexo feminino (BRASIL, 2014, p. 57).

Por consequência, o aumento das demandas judiciais pressupõe a realização de prestações por parte do Estado, o que para este representa gasto público e ocasiona impactos significativos no orçamento da Administração.

Deste modo, para que seja preservado investimentos futuros por parte do governo em políticas públicas ou melhorias neste específico setor, o Judiciário deve balizar suas decisões estabelecendo parâmetros para que estas sejam além de justas, executáveis imediatamente.

Além disso, não há que se perder de vista o papel que a sociedade como um todo deve exercer na efetivação desse direito, devendo sempre observar que o juiz ou tribunal que decida qualquer caso, ainda que mediante a necessária transgressão de algum texto normativo, não o faz louvando-se em seus valores ou como se fora legislador. Seus pensamentos são livres apenas no quadro e no espaço da totalidade que o direito positivo compõe.

3.2 O papel da sociedade na garantia dos direitos da Pessoa Idosa

Investir numa sociedade para todas as faixas etárias é pautá-la na existência de privilégios para todas as idades, mas que a partir do respeito às pessoas idosas, beneficie todas as gerações. Sendo assim, faz-se necessário investimentos que focalizem cada idade.

Desse modo, as orientações prioritárias “de uma sociedade para todas as idades” devem levar à realização de ações concretas

[...] de tal forma que o êxito de tal estratégia possa ser medido pela melhoria da qualidade de vida das pessoas idosas e pela sustentabilidade dos diversos sistemas que busquem o seu bem-estar. Assim, em qualquer política de prevenção e atenção à violência contra

as pessoas idosas, atualmente, precisamos considerar as diferentes formas de configuração do problema (BRASIL, 2014, p.69).

O investimento em políticas públicas que redefinem, de forma positiva, o lugar da população idosa na sociedade e privilegiem o cuidado, a proteção e sua subjetividade, tanto em suas famílias como nas instituições, tanto nos espaços públicos como no âmbito privado, é fundamental. Investir nas pessoas idosas é acreditar que elas podem contribuir na vida social, que elas são úteis e que elas têm um potencial incalculável de expandir seus próprios limites. (BRASIL, 2014, p.69).

Segundo todas as convenções internacionais, os governos devem priorizar os direitos da pessoa idosa. Por essa razão, a nível local, é preciso que o município planeje e execute ações que promovam o envelhecimento ativo, positivo e saudável e, proteja as pessoas que sofrem dependências físicas, mentais e sociais.

Para isso, deve ser feito um levantamento de quantas pessoas acima de 60 anos há no município, quem são elas, onde estão, como vivem, que necessidades têm e que iniciativas devem ser tomadas para atendê-las. Esse diagnóstico situacional deve ser a base para priorizar ações de curto, médio e longo prazo e ir aos poucos avaliando a sua efetividade. Assim, o papel dos governos municipais não pode ser apenas de —apagar fogo quando surgem ações emergenciais, mas prevenir agravos e dependências (BRASIL, 2014, p. 72).

Nessa vereda, convém ressaltar a importância de tal mapeamento no âmbito municipal, uma vez que a Constituição Federal, assim como a própria Lei nº 8.080/90 – que estruturou o SUS e fixou suas atribuições – orientam-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização, uma vez que os Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas públicas de saúde de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios (BARROSO, 2007).

Contar com a pessoa idosa: “nada sobre nós sem nós” significa que as pessoas idosas, por meio de seus grupos representativos devem fomentar o protagonismo exigindo estarem presentes nas várias instâncias da sociedade. Elas próprias devem ser capazes de defender seus interesses.

Contudo, também é estratégico que os poderes públicos federal e locais, ouvindo os movimentos sociais que defendem esse grupo etário, incluam as pessoas idosas nos processos de organização e transformação social, bem como que as organizações defensoras da população idosa não se contentem em reclamar sobre a violação de seus direitos, mas atuem a favor de todas as gerações (BRASIL, 2014,p.74).

Apoiar as famílias que abrigam pessoas idosas em sua casa é imprescindível, pois muitas vezes a casa precisa ter uma estrutura específica e geralmente, a família não tem condições financeiras para fazer as adequações. Esse apoio deve ser não apenas emocional, mas também financeiro por parte das instituições públicas.

Além disso, é necessário mudar o comportamento da sociedade e modo de encarar a velhice. Assim como é preciso dar uma atenção especial aos cuidadores. Por esses motivos, os setores de saúde e de assistência social estão devendo às famílias uma ação muito mais efetiva e eficaz: elaboração de meios que ajudem o cuidador ou, quase sempre, a cuidadora. Geralmente, ele ou ela têm de deixar o trabalho para assistir a pessoa idosa (BRASIL, 2014, p.76).

Criar espaços sociais seguros e amigáveis fora de casa significa incentivar o 1) investimento em calçadas seguras e sem buracos para a população idosa ir e vir com segurança; iluminação nas ruas que a ajude a se orientar; praças e jardins onde possa passear, se divertir e descansar; equipamentos públicos para exercícios físicos que sejam compatíveis 2) Investimento na adaptação dos prédios com rampas e corrimãos que tornem a locomoção segura 3) Investimento na troca da velocidade pela segurança: tempo mais demorado dos semáforos para os pedestres; locais sinalizados para travessia, exigência que precisa ser devidamente obedecida 4) Investimento em transportes públicos que sejam mais seguros: com escadas mais baixas para que a pessoa idosa suba sem dificuldade; direção adequada; formação de motoristas e cobradores para que sejam parceiros e não agressores das pessoas idosas 5) Por fim, o setor de construção civil precisa ser incluído nessa política de forma definitiva, sabendo-se que os lares brasileiros cada vez mais abrigarão pessoas idosas (BRASIL, 2014, p.77).

Nessa toada, de acordo com o Manual de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa, elaborada pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, é incontestável a necessidade de substanciais investimentos na área:

É preciso investir na formação de geriatras. Temos hoje apenas 900 (novecentos) deles para uma população idosa que já chega a mais de 24.800 milhões. Dizem os médicos que as exigências para o título são muito duras e o que recebem por consultas é irrisório, pois os idosos/as lhes tomam muito o tempo. Isso não pode ser desculpa cabível e compete ao Ministério da Educação orientar os investimentos na carreira(...) Vários estudos e depoimentos de familiares ressaltam o pouco envolvimento das equipes que, em geral, não vão além dos problemas físicos, mesmo quando em seu diagnóstico fica evidente a existência de violências como causa básica das ocorrências. A lógica que define esse não envolvimento costuma

ser a consideração dos maus- -tratos como questão de âmbito privado e fora da competência da medicina. O texto de Hirsch e Loewy (2001), escrito especialmente para médicos e profissionais de saúde, alerta-os para a necessidade de melhorarem seu diagnóstico em casos de maus-tratos e ensinando-lhes a reconhecer alguns sinais como resumimos a seguir (BRASIL, 2014, p.78).

Embora o número de idosos que hoje necessitam de cuidados especiais seja relativamente pequeno em comparação com o número total da população brasileira acima de 60 anos, os custos sociais das famílias e dos serviços de saúde para uma pessoa idosa doente e dependente são muito elevados.

Sabe-se também que os equipamentos hospitalares e ambulatoriais não estão devidamente preparados para atendê-los, o que sinaliza a necessidade de uma política bem delineada e intersetorial de inserção social, de atividade física e até laboral, de lazer e de participação social.

Cumprе salientar que o grupo de pessoas idosas é o que mais cresce no país. Concomitante a esse crescimento é preciso aperfeiçoar o ambiente de segurança que vem com a aposentadoria e vários outros tipos de benefício social que funcionam no Brasil por meio de políticas sociais inclusivas — visando a uma velhice saudável, ativa e positiva, e cuidar daquelas pessoas que têm dependências, perderam sua autonomia e estão em situação de pobreza ou de adoecimento (BRASIL, 2014, p.81).

De modo que também não se deve perder de vista as causas apontadas pela Organização Mundial de Saúde que define a violência contra a pessoa idosa como ações ou omissões cometidas uma vez ou muitas vezes, prejudicando a integridade física e emocional da pessoa idosa, impedindo o desempenho de seu papel social (BRASIL, 2014, p.38).

No mesmo sentido o Estatuto do Idoso declara que a violência contra o idoso é qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico (Estatuto do Idoso, cap. IV, art.19, §1).

A OMS, quando analisa o impacto da violência sobre a vida e o adoecimento das pessoas, em geral, também utiliza outro conceito operacional, qual seja, o de causas externas, cuja definição está incorporada nos capítulos 19 e 20 da Classificação Internacional de Doenças (CID) tratado na sequência. Nessa vereda, por causas externas, entende-se agressões físicas, psicológicas, acidentes e maus-tratos que provocam adoecimento ou levam à morte de uma pessoa (BRASIL, 2014, p. 39).

A natureza da violência contra a pessoa idosa pode se manifestar de várias formas, sejam elas através de abusos físicos, psicológico, sexual, abandono, negligência, abusos financeiros e autonegligência. Todos esses tipos de ação ou omissão podem provocar lesões graves físicas, emocionais e morte (BRASIL, 2014, p. 39).

Os abusos físicos constituem a forma de violência mais visível e costumam acontecer por meio de empurrões, beliscões, tapas, ou por outros meios mais letais como agressões, objetos caseiros, armas brancas e armas de fogo. Geralmente acontece própria casa do idoso ou na casa da sua família (BRASIL, 2014, p. 39).

O abuso psicológico corresponde a todas as formas de menosprezo, de desprezo e de preconceito e discriminação que trazem como consequência tristeza, isolamento, solidão, sofrimento mental e, frequentemente, depressão (BRASIL, 2014, p. 40).

Mas isso não é tudo, uma vez que idosos também sofrem com abusos sexuais e o próprio abandono, ressaltando a generalidade de tipos de violência de que são vítimas:

A violência sexual diz respeito ao ato no jogo que ocorre nas relações hétero ou homossexuais e visa a estimular a vítima ou utilizá-la para obter excitação sexual e práticas eróticas e pornográficas impostas por meio de aliciamento, violência física ou ameaças. Vítimas de abuso sexual costumam sofrer também violência física, psicológica e negligências. Tendem a sentir muita culpa e a ter baixa autoestima e a pensar mais em cometer suicídio que pessoas que não passaram por essa cruel experiência. Uma forma pouco comentada é a violência dos filhos contra seus pais e mães idosos para que eles não namorem ou não tenham relações sexuais.

O abandono é uma das maneiras mais perversas de violência contra a pessoa idosa e apresenta várias facetas. As mais comuns que vêm sendo constatadas por cuidadores e órgãos públicos que notificam as queixas são: retirá-la da sua casa contra sua vontade; trocar seu lugar na residência a favor dos mais jovens, como por exemplo, colocá-la num quartinho nos fundos da casa privando-a do convívio com outros membros da família e das relações familiares; conduzi-la a uma instituição de longa permanência contra a sua vontade, para se livrar da sua presença na casa, deixando a essas entidades o domínio sobre sua vida, sua vontade, sua saúde e seu direito de ir e vir; deixá-la sem assistência quando dela necessita, permitindo que passe fome, se desidrate e seja privada de medicamentos e outras necessidades básicas, antecipando sua imobilidade, aniquilando sua personalidade ou promovendo seu lento adoecimento e morte (BRASIL, 2014, p.40 - 41).

A negligência, várias formas de menosprezo e de abandono de pessoas idosas, pode ocorrer tanto por parte da família como nos serviços públicos. Por exemplo, na área da saúde, o desleixo e a inoperância dos órgãos de vigilância sanitária em relação aos abrigos e clínicas (BRASIL, 2014, p. 41).

Os abusos financeiros costumam ser cometidos por familiares em tentativas de forçar procurações para tutelar a pessoa idosa, para retirar seu acesso aos bens patrimoniais e para vender seus bens e imóveis sem o seu consentimento. Dessa forma, os idosos são vítimas ainda de estelionatários e de várias modalidades de abusos financeiros cometidos por criminosos que tripudiam sobre sua vulnerabilidade física e mental, impingindo-lhes créditos consignados (com o conluio de parentes) ou são vítimas de roubos e furtos nas agências bancárias, nos caixas eletrônicas, nas lojas, nas ruas, nas travessias ou nos transportes (BRASIL, 2014, p. 42).

Outro caso paradigmático de violência é aquela que o próprio idoso comete contra si, conforme análise realizado no bojo do supracitado Manual elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, vejamos:

A violência autoinfligida e autonegligência — A violência pode conduzir à morte lenta de uma pessoa idosa em casos em que ela própria se autonegligência, ou manifestar-se como ideações, tentativas de suicídio e suicídio consumado. Ou seja, nesses casos, não é o “outro” que abusa, é a própria pessoa que maltrata a si mesma. Um dos primeiros sinais de autonegligência é a atitude de se isolar, de não sair de casa e de se recusar a tomar banho, de não se alimentar direito e de não tomar os medicamentos, manifestando clara ou indiretamente a vontade de morrer.

Verifica-se que as expressões de violência contra a pessoa idosa quase sempre se manifestam de modo cumulativo e devem ser objeto de atenção. Se algumas formas, como é o caso da discriminação por idade, ocorrem em relação a todas as classes sociais, há outros tipos que afetam, sobretudo, os mais frágeis e dependentes, frequentemente combinando abusos físicos, psicológicos, econômico-financeiros, negligências e autonegligências (BRASIL, 2014, p. 43).

Minayo (2005 *apud* Brasil, 2014, p.11) entende que a violência é uma noção referente aos processos e às relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou objetivadas em instituições, quando empregam diferentes formas de aniquilamento de outrem, ou de sua coação direta ou indireta, causando-lhes danos físicos, mentais e morais.

Quanto à tipologia da violência, os dados revelam que 32,53% das denúncias referem-se à violência psicológica, 27,17% à negligência e 17% às violências física e financeira, cada. Nota-se também que houve um aumento dos casos de negligência e violência física em relação à pesquisa anterior, quando estes correspondiam a 24,97% e 14,71% dos casos, respectivamente¹. Abuso financeiro e econômico – consiste na exploração imprópria ou ilegal dos idosos ou ao uso não consentido por eles de seus recursos financeiros e patrimoniais (BRASIL, 2014, p.9)

De acordo com os dados da GVI/Pesquisa Violência contra o idoso, a idade das pessoas idosas vítimas de crimes, concentrava-se na faixa de 60 a 69 anos, com 43,49%, e as mulheres representavam 60,63% das vítimas. A pesquisa indicou, ainda, que quase 38% das vítimas se encontram com idade entre 60 e 69 anos e as mulheres representam cerca de 64%. A variação apresentada é mínima e demonstra que as políticas públicas de enfrentamento desenvolvidas ao longo desses anos foram insuficientes para alterar esse quadro (BRASIL, 2014, p.21).

Por fim, à sociedade, com os meios e dados disponibilizados pelos diversos setores que estudam a população de idoso, pode auxiliar a diagnosticar e desenvolver medidas que minimizem e auxiliem o Estado na efetivação das garantias legais reinserindo esta classe no seio social, buscando concretizar a verdadeira cidadania para essa faixa etária da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre os direitos fundamentais e sociais dos idosos torna-se cada vez mais urgente nos dias atuais, em razão das mudanças demográficas advindas do crescimento da população idosa.

Pode-se inferir, inicialmente, como resposta ao primeiro problema levantado para realização desse trabalho, que o direito fundamental à saúde, previsto constitucionalmente, não ampara todos os cidadãos idosos, por isso é preciso proporcionar novas demandas de ações que visem a melhoria de sua qualidade de vida, estabelecendo critérios físicos, sociais e psicológicos. Além disso, deve-se também desenvolver novas atitudes que permitam ao idoso assumir papéis sociais de acordo com sua faixa etária, e também a conservação intelectual visando sua auto-realização.

Por conseguinte, verifica-se que a sociedade e o judiciário possuem um papel indispensável na efetivação dos direitos fundamentais de pessoas idosas e no combate a violência nesse setor, sendo o Judiciário, o Poder que deve promover a aplicabilidade plena e imediata de tais direitos, conforme proclamados pela Constituição Federal de 1988, através de seu art. 5º, §1º.

Os dados divulgados no manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2014), demonstram a incontestável necessidade de relacionar os consagrados conceitos de

mínimo existencial e reserva do possível com os anseios em garantir os direitos sociais e fundamentais da pessoa idosa.

É nesse contexto que os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial merecem destaque, pois como os direitos fundamentais advém de uma contraprestação positiva do Estado, é imprescindível discutir o binômio necessidade/possibilidade. Dessa forma, o mínimo existencial surge, como núcleo essencial de direitos a serem assegurados com os recursos estatais.

Contudo, para manter o direito fundamental a saúde dos idosos, aqui destacado, é necessário além da tutela judicial, investimentos em políticas públicas que se iniciam na educação dentro do âmbito familiar e se estendem pela sociedade com a adoção de políticas de inclusão. Portando, as políticas públicas devem ser compreendidas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; MARTIN, Andréia Garcia. *O direito à saúde do idoso: as políticas públicas como instrumento de inclusão social e seu controle jurisdicional* in SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (org.). *Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. 1.ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A pessoa idosa e seu direito prioritário à saúde: apontamentos a partir do princípio do melhor interesse do idoso*. R. Dir. sanit., São Paulo v.15 n.1, p. 119-136, mar./jun.2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf> Acesso em 18 de jul de 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Brasil: manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar*. Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. — Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003
- GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Direitos Sociais: cidadania, política e justiça. Controle jurisdicional das políticas públicas, possibilidades e limites*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo, Malheiros, 2013
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teorias dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial*. **São Paulo**: Letras Jurídicas, 2012.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais* – São Paulo: Editora Verbatim, 2009

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. *Os direitos fundamentais dos idosos*. Revista de Direito Privado. São Paulo. v. 7, n. 25, jan/mar. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses da Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 105.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *A Inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva*.

Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 169-181, Fev. 2013. ISSN 2317-3882.

Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/132/132>>.

Acesso em: 19Jul. 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.