

1. Introdução

A dinâmica demográfica mundial na atualidade tem como principal traço característico o processo de envelhecimento populacional, que suportou significativo incremento ao longo do século XXI. A realidade brasileira caminha no mesmo sentido, entretanto, em ritmo mais acelerado que o global.

A Revisão de Perspectivas da População Mundial de 2019, elaborada pela Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais do Secretariado das Nações Unidas¹, revelou que o número de brasileiros idosos de 60 anos e mais era de 2,6 milhões em 1950 (4,9% do total de habitantes), passando para 29,8 milhões em 2020 (14% do total de habitantes). O crescimento absoluto foi de 11,36 vezes, enquanto o mundial para o mesmo período foi de 5,19 vezes².

Já o número de brasileiros idosos de 65 anos e mais era de 1,6 milhões em 1950 (3% do total de habitantes), passando para 20,3 milhões em 2020 (9,6% do total de habitantes). O crescimento absoluto foi de 12,69 vezes, enquanto o mundial para o mesmo período foi de 5,65 vezes³.

Por fim, o número de brasileiros idosos de 80 anos e mais era de 153 mil em 1950 (0,3% do total de habitantes), passando para 4,1 milhões em 2020 (2% do total de habitantes). O crescimento absoluto foi de 27,18 vezes, enquanto o mundial para o mesmo período foi de 10,18 vezes⁴.

Já a Revisão de Perspectivas da População Mundial de 2022 não trouxe resultados diferentes das projeções anteriores. Entretanto, a atualização dos dados reafirmou a tendência de envelhecimento da população mundial e, particularmente, da brasileira, tendo em vista a diminuição dos índices das taxas de mortalidade e aumento da expectativa de vida.

¹ Trata-se da vigésima sexta rodada de estimativas e projeções populacionais oficiais das Nações Unidas, com exibição dos principais indicadores demográficos para cada grupo de desenvolvimento da ONU, grupo de renda do Banco Mundial, região geográfica, região, sub-região e país ou área para períodos ou datas selecionados dentro de 1950- 2100. Disponível em <<https://population.un.org/wpp/>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

² O número de idosos de 60 anos e mais no mundo era de 202 milhões em 1950 (8% do total de habitantes), passando para 1,1 bilhão em 2020 (13,5% do total de habitantes). Disponível em <<https://population.un.org/wpp/>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

³ O número de idosos de 65 anos e mais no mundo era de 128,7 milhões em 1950 (5,1% do total de habitantes), passando para 727,6 milhões em 2020 (9,3% do total de habitantes). Disponível em <<https://population.un.org/wpp/>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁴ O número de idosos de 80 anos e mais no mundo era de 14,2 milhões em 1950 (0,6% do total de habitantes), passando para 145,5 milhões em 2020 (1,9% do total de habitantes). Disponível em <<https://population.un.org/wpp/>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

O elevado percentual de idosos no Brasil, além de impor desafios, exige uma alteração rápida e eficaz nos rumos das ações afirmativas e políticas públicas que contemplem as demandas e necessidades dos idosos de hoje e do futuro.

Nesse contexto, o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) é referencial normativo para a execução de ações afirmativas destinadas à proteção dos idosos, voltada a concretização do direito à vida, à dignidade, ao bem-estar e a participação na comunidade.

A compreensão do Estado Material de Direito e seus reflexos na ressignificação do princípio da igualdade é fundamental para a compreensão das ações afirmativas como instrumentos voltados à concretização e aferição de juridicidade de direitos fundamentais através de políticas públicas.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira parte são apresentadas considerações teóricas sobre o Estado Material de Direito e seus reflexos na atribuição de novo sentido ao princípio da igualdade. A segunda parte trata das ações afirmativas no contexto normativo brasileiro e sua constitucionalidade, relacionando-as a nova concepção de igualdade. A proteção da pessoa idosa através do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) é tratada na terceira parte.

2. Estado Material de Direito e a ressignificação do princípio da igualdade

A origem do Estado de Direito está ligada ao pensamento liberal burguês de preservação e ampliação da liberdade como condição geral da sociedade, em contraposição a concessão de privilégios a determinadas pessoas ou grupos, firmado na Antiguidade (HAYEK, 2011, p. 233-234).

Vale dizer que a concepção de liberdade na modernidade remonta a Inglaterra dos séculos XIII a XVII que, através de diversas leis, como, por exemplo, Magna Charta (1215), Petition of Right (1628) e Bill of Rights (1689)⁵, constituiu o rule of law, conformando o exercício de poder político à lei e reconhecendo direitos aos indivíduos perante o governo, “evoluindo de um governo de vontade para um governo de leis” (op. cit., p. 256)⁶.

A igualdade também constituiu um dado fundamental para o Estado de Direito. Expressou a exigência de idêntico tratamento a todos perante a lei, vedada qualquer forma de

⁵ Segundo MIRANDA (2002), outras leis foram importantes para a composição do rule of law, como Habeas Corpus Act (1679), Act of Settlement (1701), Westminster Statute (1931) e os Acts of Parliament (1911).

⁶ Tradução livre para: “evolution from a government of will to government of law”.

discriminação, reivindicando neutralidade e generalidade na elaboração e aplicação da lei, sem o estabelecimento de prerrogativas para determinada classe em detrimento de outras (MELLO, 1993).

A compreensão da liberdade e da igualdade nesse contexto foi estritamente formal, tendo como característica a abstenção estatal em resposta à limitação do exercício de poder político. Firmou-se a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Não houve em nenhum momento um debate sobre igualdade de condições de participação social.

O Estado de Direito, por consequência, se constituiu como um sistema fechado e rígido, um fim em si mesmo, sem qualquer compromisso com a realidade social subjacente, voltado apenas a garantia da liberdade dos particulares contra a atuação estatal arbitrária.

Este Estado Formal de Direito, conforme a doutrina convencionou chamar, se revelou insuficiente para garantia das liberdades públicas. A sua neutralidade axiológica não se justificou no substrato social, seja por conta das naturais e notórias diferenças existentes entre os indivíduos (gênero, idade, raça e grau de instrução), seja pelo fato da legalidade e da igualdade, na prática, terem funcionado como instrumentos de manutenção e agravamento das desigualdades sociais.

O constitucionalismo do século XX surgiu como reação às injustiças sociais e a miséria generalizada. Pretendeu, nessa quadra, corrigir as distorções drasticamente agravadas pelo individualismo clássico. A noção de Estado Formal de Direito foi superada pela necessidade de uma atuação positiva do Estado em combate às desigualdades, buscando a consecução do bem-estar social, emergindo o denominado Estado Material de Direito:

[...] no sistema constitucional, uma estrutura puramente formal, se se limitasse a se referir às leis, qualquer que seja seu conteúdo, e à organização da sociedade, não atenderia aos requisitos constitucionais explícitos, que impõem um sistema material definido de valores. Essa mudança de perspectiva é o que a doutrina alemã denominou de transição de um Estado Formal de Direito (que seria, a propósito, o estado liberal burguês) para um Estado Material de Direito, ou de direito em seu sentido material e não formal. [...] O Estado de direito é, portanto, para a Constituição, muito mais que um mecanismo formal conformado na simples ideia de legalidade; é uma proclamação inequívoca de valores supralegais diretamente vinculantes. (ENTERRIA, 1984, p. 20-22).⁷

⁷ Tradução livre para: “en el sistema constitucional, esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de Derecho (que sería, por cierto, el Estado «burgués» de Derecho) a un Estado material de Derecho, o del Derecho en su sentido material y no formal. (...) Estado de Derecho es, pues, para la Constitución bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo.”

Impôs-se, conseqüentemente, uma releitura do princípio da igualdade. Doravante, a igualdade passou a ser informada por uma base material voltada ao tratamento privilegiado dos hipossuficientes e a garantia de direitos sociais, servindo o aparelho estatal como instrumento para minimizar as disparidades:

[...] “Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. (GOMES, 2003. p.19)

Nessa circunstância despontaram reivindicações ligadas à atuação do Estado como indutor de ações voltadas ao efetivo exercício da igualdade, migrando do plano abstrato jurídico-formal para a concretude dos direitos sociais à educação, trabalho, saúde e lazer.

O estado assumiu papel fundamental para garantir aos membros da sociedade a efetivação da isonomia, redimensionando seus objetivos e meios para atingi-los. A igualdade material vem, portanto, complementar a igualdade formal, conferindo aos cidadãos, além da igualdade em direitos e obrigações, a garantia que o Estado será um ente preocupado em efetivar a isonomia, proibindo aos administrados desigualdades injustas e sem motivo.

Enquanto princípio a igualdade passou a ter como pressupostos o respeito a diversidade e ao pluralismo, considerando em sua construção aspectos multiétnicos e multiculturais das sociedades que, anteriormente, não a compunham. Nesse sentido, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (SANTOS. 1997, p. 30).

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os objetivos da república em seu artigo 3º, incisos I, III e IV, recepcionou o princípio da igualdade ressignificado pelo Estado Material de Direito, isto é, enquanto indutor da atuação estatal voltada à concretização de direitos fundamentais.

3. Ações afirmativas e políticas públicas no contexto normativo brasileiro

3.1 Conceituação

A reconstrução do princípio da igualdade, aliada a necessidade da atuação estatal posta a serviço dos indivíduos e da sociedade para tutela, promoção e satisfação de direitos fundamentais, exigiu a remodelagem do sistema constitucional no ambiente capitalista, a fim de que todos pudessem competir pelas oportunidades sociais, econômicas e políticas tendo como ponto de partida bases iguais (ROCHA, 1996, 284).

Na segunda metade do século XX, eclodiu nos Estados Unidos da América o movimento *affirmative action*⁸, influenciado pela atribuição de novo conteúdo jurídico ao princípio da igualdade, consistente no beneficiamento de grupos sociais historicamente marginalizados, mediante a implantação de planos e programas pelo poder público e iniciativa privada.

O objetivo era claro: promover a igualdade jurídica efetiva através da ampliação ao espaço de participação dos grupos sociais historicamente marginalizados, rompendo com a lógica e prática exclusivistas ou, pelo menos, criando condições para tanto a partir de uma convivência efetivamente democrática e plural, conforme a natural destinação dos direitos fundamentais.

Em seu momento inicial, as ações afirmativas apenas orientavam que as decisões estatais considerassem fatores até então tidos por irrelevantes pelas instâncias decisórias, como raça, a cor, o sexo e a nacionalidade, conferindo maior representatividade aos grupos sociais (GOMES, 2001b, p. 39).

A grande virada se deu em 1965 com a edição da Executive Order nº 11.246, que exigia que dos contratantes com o governo federal a abstenção de práticas discriminatórias e a implementação de medidas concretas para promoção de oportunidade igual de trabalho em relação aos membros das minorias étnicas. A partir de então foram ampliados os programas de combate a discriminação racial através de condutas positivas (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 65).

A pioneira experiência norte-americana contou com o protagonismo do Poder Judiciário, em especial da Suprema Corte que, além de reconhecer, passou a garantir e implementar direitos fundamentais.

A ascensão da Suprema Corte esteve diretamente ligada ao crescimento de litígios constitucionais e o conseqüente fortalecimento da jurisdição constitucional, que passou a ser considerada um dos instrumentos para mutação constitucional⁹ e caminho para reivindicação,

⁸ Segundo GOMES (2001a, p. 130), na Europa são utilizadas as nomenclaturas *discrimination positive* (discriminação positiva) e *action positive* (ação positiva).

⁹ Procedimento de revisão informal do texto constitucional que altera o seu sentido sem modificar a redação legislativa (CANOTILHO, 2003, p. 1228). Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal promoveu alterações no sentido das normas constitucionais sem modificação do texto, como, por exemplo, no julgamento da

conquista e implementação de direitos fundamentais pelos grupos socialmente marginalizados, que carecem de representatividade perante o processo legislativo.

As ações afirmativas constituem um novo paradigma político e jurídico de combate à discriminação, voltado para a promoção da igualdade social, política e econômica através da superação da falta de cidadania decorrente da discriminação, do preconceito e da exclusão. Materializam-se através de políticas públicas, compreendidas enquanto “fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade” (SARAVIA, 2006, p. 28).

Através das políticas públicas ocorre o alargamento da participação de grupos socialmente marginalizados nos diversos espaços sociais (ARROYO, 2000), mediante o estabelecimento de percentuais mínimos garantidores da sua presença e destinação de maior espaço à livre disputa pelos interessados.

Oportuno identificar que a política pública enquanto área de conhecimento nasceu nos Estados Unidos da América com estudos voltados a ação governamental e suas motivações, sem observação e/ou análise do Estado e suas instituições, com eventuais proposições de mudanças nas rotas governamentais caso necessário (SOUZA, 2006, p. 21-22 e 26).

O princípio da igualdade construído pelo constitucionalismo contemporâneo tem em seu núcleo estruturante as ações afirmativas e as políticas públicas. Em uma sociedade capitalista marcada por diversos contrastes e práticas discriminatórias dissociadas de justificativa humana digna, não é possível promover e satisfazer direitos fundamentais sem percorrer o caminho das ações afirmativas, com a estruturação e implementação de políticas públicas.

3.2 Ações afirmativas e políticas públicas no direito brasileiro

Malgrado o princípio da igualdade tenha contado com expressa abordagem em todas as constituições brasileiras, somente a partir da Constituição Federal de 1988 o seu conteúdo jurídico foi reformulado, exigindo-se a partir de então ações afirmativas do Estado e de particulares voltadas a promoção do bem de todos, a superação de preconceitos, a erradicação da pobreza e da miséria, a redução das desigualdades e, por fim, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, III e IV, da Constituição Federal de 1988).

ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, em que alterou o sentido do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988 ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Segundo GOMES (2001a, p. 140) “é patente, pois, a maior preocupação do legislador constituinte originário com os direitos e garantias fundamentais, bem como com a questão da igualdade, especialmente a implementação da igualdade substancial”.

ROCHA (1996, p. 289-291) destaca que a Constituição Federal de 1988, com acentuado cuidado e destaque axiológico, ao tratar de direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, caput, faz expressa referência ao princípio da igualdade para, em seguida, dedicar-lhe tratamento específico, ao contrário das constituições anteriores, que dispersavam o referido princípio nos incisos e/ou parágrafos dos artigos que cuidavam dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados.

Não se pode olvidar à elevação do princípio da igualdade a categoria de cláusula pétrea, consoante dispõe artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Nessa esteira, encontram as ações afirmativas e as políticas públicas previsão expressa em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, assim como na legislação infraconstitucional. Todavia, a concretização de direitos fundamentais a partir do paradigma da igualdade em sentido material somente será alcançada mediante aplicação da denominada justiça distributiva ou compensatória, mecanismo que permite a intervenção estatal vocacionada a realocação de bens, recursos e oportunidades, voltados à correção das desigualdades fáticas existentes (RAWLS, 1997, p. 3).

A ordem constitucional brasileira contempla o princípio da justiça distributiva ou compensatória, na medida em que incorporou vários mecanismos institucionais para correção de distorções decorrentes da aplicação meramente formal do princípio da igualdade.

Tome-se como exemplo o artigo 230, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual é dever da sociedade, da família e do Estado garantir aos idosos o direito à vida, à dignidade e bem-estar, e a participação na comunidade.¹⁰ O que estabelece citado diploma legal é justamente a implementação de tratamento diferenciado a um grupo social desigualado historicamente por preconceito e discriminação injustificados, ligados a idade, condição física e falta de produtividade, visando a permanência no convívio social com condições mínimas de dignidade e liberdade enquanto ser humano.

10 Outras referências podem ser encontradas na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o artigo 7º, incisos XX e XXXI (proteção do mercado de trabalho da mulher e a proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão); o artigo 37, inciso VIII (reserva percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência); e o artigo 170, incisos VII (ordem econômica voltada a redução das desigualdades regionais e sociais) e IX (fomento às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que aqui estejam sediadas).

Não destoia deste panorama a legislação infraconstitucional. Os artigos 10, inciso III, alínea 'f', da política nacional do idoso (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994); e 25, do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), por exemplo, atribuíram ao Poder Público o dever da promoção do direito à educação dos idosos de forma diferenciada¹¹, mediante a instituição da Universidade Aberta da Terceira Idade (UNATI), que:

[...] fundamenta-se na concepção de educação permanente e autorrealização do idoso. Estrutura-se numa abordagem multidisciplinar, priorizando o processo de valorização humana e social, analisando constantemente a problemática do idoso nos diversos aspectos; biopsicológicos, filosóficos, político, espiritual, religioso, econômico e sociocultural. Preocupa-se em proporcionar ao idoso uma melhor qualidade de vida, tornando-o mais ativo, participativo e integrado à sociedade. (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2005, P. 3)

Através de arranjos institucionais que contam com a participação do poder público e da iniciativa privada, juntos ou separadamente, demandas normativamente reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro são ou, ao menos, devem ser atendidas por meio de políticas públicas para a solução ou mitigação de mazelas socialmente inaceitáveis e/ou indesejáveis, como é o caso da fome, da pobreza, do analfabetismo, da exploração do trabalho infantil, assim como para a promoção de objetivos coletivamente almejados, como a promoção de serviço público de saúde de qualidade, a redução do déficit habitacional, e melhor oferta de transportes públicos, a promoção da sustentabilidade ambiental, dentre outros.

3.3 Constitucionalidade das ações afirmativas e políticas públicas

Formalmente, os artigos 23, inciso X; 24, inciso XIV; e 30, incisos I e II, todos da Constituição Federal de 1988, atribuem aos entes da federação brasileira competência para legislar sobre ações afirmativas, na medida em que estão autorizados a implementar políticas públicas de combate à pobreza e a marginalização e para promoção da integração social dos setores desfavorecidos (MORAES, 2003, p. 311-312).

Mas, em que circunstância é materialmente constitucional um tratamento discriminatório? Ou “[...] quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os

¹¹ Podemos citar, também, o artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que estabelece reserva percentual de candidaturas partidárias às mulheres, objetivando ampliar seu espaço de participação em ambiente historicamente dominado por homens.

limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?” (MELLO, 1993, p. 13).

Em primeira observação, a discriminação instituída por uma ação afirmativa, por si, não viola o princípio da igualdade, na medida em que pode ser legitimada por determinada circunstância. As características e os motivos que a determinaram é que indicarão eventual inconstitucionalidade.

É necessário, portanto, analisar a compatibilidade do critério utilizado para o tratamento discriminatório (fator de *discrímén*) com os valores tutelados pelo ordenamento constitucional. Em sendo positiva a resposta, é correto afirmar que a discriminação está juridicamente fundamentada (discriminação positiva), sendo legítima a exceção estabelecida.

Além disso, deve ser verificado se a medida discriminatória é idônea para atingir a finalidade pretendida (adequação); se o meio empregado é o mais eficaz e menos restritivo para alcançar o fim almejado (necessidade); e, se há equilíbrio entre o motivo determinante da discriminação e o fim pretendido (proporcionalidade em sentido estrito).

A instituição da Universidade Aberta da Terceira Idade (UNATI), por exemplo, apresenta fator de *discrímén* (idade) compatível com os valores tutelados pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 6º e 230, §§ 1º e 2º (acesso à educação pelos idosos como garantia de dignidade, bem-estar e participação na comunidade).

A medida se mostra adequada para franquear o acesso à educação pelos idosos, que terão ambiente universitário compatível com as suas necessidades e especificidades. Também é necessária, pois, a instituição de um ambiente universitário específico aos idosos, além de eficiente, impõe menor restrição ao acesso, tornando-o mais atrativo.

Por fim, há equilíbrio entre a causa determinante da discriminação (cerceamento histórico e progressivo da educação para boa parte da população idosa) e o fim desejado (ampliação do acesso à educação pelos idosos).

4. A proteção da pessoa idosa

4.1 A construção de um sistema de garantia de direitos para o idoso¹² no Brasil

¹² Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), idoso é todo indivíduo com 60 anos ou mais. A política nacional do idoso (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994) e o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) adotaram o mesmo referencial.

O envelhecimento humano, assunto inicialmente restrito ao ambiente familiar, somente foi alçado à condição de questão social na primeira década do século XX, como desdobramento das lutas políticas e reivindicações apresentadas pela classe operária em prol de uma política previdenciária.

O marco histórico do surgimento da previdência social no Brasil remonta a Lei Eloi Chaves¹³, que instituiu caixas de aposentadoria e pensões, sociedades civis responsáveis pela gestão do sistema previdenciário então estabelecido para a categoria dos ferroviários.

A partir do crescimento do processo de industrialização, o sistema das caixas de aposentadoria e pensões se espalhou para outras categorias profissionais, despertando atenção do Estado. Em 1930, Getúlio Vargas alterou o modelo então vigente, instituindo os Institutos de Aposentadorias e Pensões, autarquias vinculadas e administradas pelo governo federal.

Durante o regime militar, outra importante alteração foi promovida: a criação do Instituto Nacional de Previdência Social¹⁴, a partir da fusão dos Institutos de Aposentadorias e Pensões até então existentes.

Nos anos 70, diante do novo perfil apresentado pela população brasileira¹⁵, o envelhecimento populacional deixou de ser tratado como mera questão previdenciária, passando a ter uma agenda própria vinculada a implementação de políticas sociais para a população idosa.

O engajamento político da população idosa na assembleia nacional constituinte produziu reflexos no texto constitucional de 1988 que, diferente das legislações anteriores, trouxe disposições específicas sobre os direitos da pessoa idosa. Através de um sistema legislativo adequado, o idoso ampliou seu espaço de participação no debate de garantia de direitos.

Diversos dispositivos constitucionais evidenciam a preocupação do legislador constituinte com a pessoa idosa. O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, por

¹³ BRASIL. Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Coleção de Leis do Brasil, 1923. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁴ O Instituto Nacional de Previdência Social, criado pelo Decreto nº 72, de 21 de novembro de 1966, era uma autarquia federal integrada ao Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, encarregado da concessão e da manutenção de benefícios (aposentadorias, pensões, auxílios, abonos, pecúlios, seguros por acidentes de trabalho, salários-maternidade, dentre outros) aos empregados e empregadores urbanos e rurais e a seus dependentes.

¹⁵ O Brasil iniciou seu processo de transição demográfica na década de 70. Dados extraídos do censo/IBGE revelam que, entre 1970 e 1980, a participação infantil na população brasileira caiu de 42% para 38,2%, enquanto a participação idosa aumentou de 5,1% para 6,1%, tendência que se consolidou nas décadas subsequentes. Entre 1970 e 2010, a participação infantil foi reduzida praticamente à metade, atingindo 24,1%. A participação idosa duplicou, chegando a 10,8% em 2010. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/downloads-estatisticas.html>>. Acesso em 05 out. 2021.

exemplo, veda expressamente a discriminação por motivo de idade. Em prestígio a dignidade humana da pessoa idosa, o artigo 5º, inciso XLVIII, determina o cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais distintos, de acordo com a idade do apenado.

Já o artigo 203, inciso I, da Constituição Federal de 1988, reconhece ao idoso o direito à proteção social universal, independente de prévia contribuição, devida pelo Estado. O artigo 230 estabelece as balizas para defesa da dignidade humana do idoso, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na sociedade, dignidade e bem-estar.

4.2 Estatuto da pessoa idosa: os paradigmas da proteção integral e da prioritária absoluta da pessoa idosa para efetivação de direitos fundamentais

Diante das críticas sobre a falta de efetividade da política nacional do idoso (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994)¹⁶, e inspirado pela positiva experiência do estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)¹⁷, foi concebido o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) que, além de ampliar os direitos da pessoa idosa, estabeleceu diversos mecanismos para efetivação de direitos fundamentais, realçando o papel obrigatório da família, da comunidade, da sociedade e do Estado para tanto.

De forma inédita, o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) trouxe os princípios da proteção integral¹⁸, que preconiza a implementação de tutela específica e adequada as peculiaridades da pessoa idosa, e da prioridade absoluta¹⁹ no exercício de direitos em virtude da peculiar condição humana, realçando a necessidade de maior proteção a um grupo social vulnerável frequentemente exposto a discriminação, opressão, violência e crueldade.

Importante desdobramento da proteção integral, prevista nos artigos 4º a 6º do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), foi a responsabilização civil e

¹⁶ Representou um avanço na legislação, pois, foi a primeira política específica à essa população sem cunho assistencial, que buscava assegurar os direitos sociais da pessoa idosa em diversos âmbitos da vida.

¹⁷ Originalmente denominada estatuto do idoso, a lei foi rebatizada em 22 de julho de 2022 com a promulgação da Lei nº 14.423, com o objetivo de combater a desumanização do envelhecimento e o etarismo, promovendo a inclusão de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

¹⁸ Em âmbito internacional, a proteção da pessoa idosa já contava com expressa previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que, em seu artigo 25, previa o direito à segurança na velhice.

¹⁹ Alteração promovida pela Lei nº 13.466, de 12 de julho de 2017, estabeleceu no regime de prioridade absoluta uma prioridade especial aos idosos com mais de 80 anos de idade (prioridade especial ou “super prioridade”). Nesse sentido, por exemplo, o artigo 15, § 7º, do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) dispõe que a pessoa idosa com mais de 80 anos de idade terá preferência em todo e qualquer tratamento de saúde em relação aos demais idosos. No mesmo sentido, temos os artigos 3º, § 2º (cláusula geral de prioridade especial) e 71, § 5º (prioridade na tramitação de processos judiciais e administrativos).

criminal como instrumentos de prevenção e/ou repressão contra negligência, discriminação, violência de diferença tipos, inclusive a financeira, crueldade e opressão contra o idoso.

À guisa da efetivação de direitos fundamentais, o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) trouxe disciplina específica de temas como saúde, educação, esporte, cultura, lazer e trabalho²⁰.

Os artigos 9º e 15 do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) estabelecem acesso universal, integral e igualitário pelos idosos ao sistema único de saúde, através de um conjunto articulado de ações e serviços de prevenção e tratamento a serem efetivados, especialmente, através de unidades geriátricas de referência, com profissionais especializados, e atendimento domiciliar.

O acesso à educação ao longo da vida também é uma conquista da pessoa idosa. Os artigos 20 a 25 do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) imputam ao Estado o dever de criar oportunidades de acesso à educação através da implementação de cursos especiais, programas de extensão e fomento a Universidade Aberta da Terceira Idade (UNATI), que contarão com currículos e metodologias compatíveis com as necessidades e especificidades da pessoa idosa.

A concessão de descontos de, no mínimo, 50% em ingressos, o acesso preferencial a estabelecimentos e o fomento a participação em eventos cívicos e culturais, por exemplo, são instrumentos previstos nos artigos 23 e 24 do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) para concretizar a participação ampla dos idosos em atividades culturais, esportivas e de lazer.

O estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), em seus artigos 26 a 28, também consolida a garantia de emprego à pessoa idosa, compatível com suas condições físicas, intelectuais e psíquicas, impedindo, por exemplo, a discriminação por idade. Também atribui ao Estado o dever de estimular à profissionalização especializada de idosos, bem como a sua contratação pela iniciativa privada. É um importante instrumento de combate ao ageísmo²¹ no ambiente laboral e exclusão dos idosos do mercado de trabalho.

²⁰ O rol não é exaustivo. O estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) também apresenta disciplina específica sobre liberdade, respeito e dignidade (artigos 10 e 14), previdência e assistência social (artigos 29 a 36), habitação (artigo 37) e transporte (artigo 39).

²¹ Também chamado de etarismo e idadismo, é o preconceito dirigido às pessoas em razão da idade. O relatório global sobre preconceito de idade, divulgado em março de 2021 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (OHCHR), Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UN DESA) e Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), em breve síntese, revelou que o ageísmo está infiltrado em inúmeras instituições e setores da sociedade mundial. Por exemplo, jovens e idosos estão frequentemente em desvantagem no local de trabalho. O acesso a formação e educação especializadas diminui significativamente com a idade. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/9789240020504>>. Acesso em 06 out. 2021.

A profissionalização especializada de idosos ganha destaque, especialmente entre os aposentados, pois, possibilita o desenvolvimento de novas habilidades e atividades laborativas, atribuindo um significado positivo ao trabalho, desejado pelo idoso para se sentir útil, manter relações sociais com colegas de trabalho ou ampliar seus rendimentos, caso já esteja aposentado.

A implementação de programas de capacitação profissional do idoso, todavia, reclama cautela, especialmente se considerarmos a realidade socioeconômica do nosso país, que na prática obriga o idoso, desempregado ou aposentado, a desempenhar alguma atividade profissional, mesmo que informal, para complementar sua renda. Não pode impor a pessoa idosa, com a falsa justificativa de participação ativa na sociedade, um indesejado retorno ao mercado de trabalho que objetiva, na realidade, aumentar a contribuição ativa para o sistema previdenciário nacional.

4.3 Desafios à efetividade do estatuto da pessoa idosa

Em que pesem todas as conquistas e progressos já observados, pelo menos dois desafios ainda estão postos à sociedade brasileira e precisam ser superados para tornar efetivos os direitos previstos no estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003).

O primeiro deles é cultural. É necessário ampliar a consciência social a respeito do crescente processo de envelhecimento da população brasileira e conseqüente necessidade de implementação de políticas públicas para a pessoa idosa. Nesse sentido, por exemplo, o artigo 22 do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) determina a inserção nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal de conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso.

A referida prescrição legal não pode ficar circunscrita a ações isoladas de alguns educadores altruístas e pessoalmente comprometidos com a temática. A realidade exige que o Estado tenha postura ativa implemente políticas públicas que altere profundamente os currículos escolares e contemple o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003).

O engajamento da pessoa idosa, tal qual historicamente observado por ocasião da assembleia nacional constituinte, também é fundamental. É necessário que os idosos se organizem e articulem junto as organizações – Conselhos de Idosos, Ministério Público, Defensoria Pública, Associações – mecanismos para reivindicação dos direitos juridicamente já reconhecidos e construção de vontade política junto ao Estado. A velhice não pode

representar somente o fim da vida. Deve ser encarada, também, como palco para o exercício de direitos.

O segundo desafio consiste na superação dos obstáculos, muitas vezes ilegais, impostos pela burocracia estatal para o exercício de direitos previstos no estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003).

A Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, por exemplo, ampliava o limite de cobrança de coparticipação em convênios médicos, permitindo que as operadoras de planos de saúde cobrassem dos usuários até 40% do valor das consultas, exames e procedimentos médicos.

A previsão atingiria principalmente idosos e portadores de doenças crônicas que, por suas necessidades médicas, poderiam ver a conta do plano de saúde praticamente dobrar. O artigo 15, § 3º, do estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), que impede a discriminação da pessoa idosa no plano de saúde através da cobrança de valores diferenciados por conta da idade, não foi observado pela autoridade administrativa.

Apesar de inúmeras reivindicações da sociedade civil por maior debate a respeito do tema, a Agência Nacional de Saúde Suplementar somente revogou a referida resolução após o deferimento de medida liminar nos autos da ADPF nº 532/DF²², determinando ao final a realização de audiência pública.

Como dito alhures, mesmo diante de conquistas e progressos já observados, ainda há muita luta pela frente em prol da efetivação de direitos da pessoa idosa.

5. Considerações finais

Não se coloca em dúvida que o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Constituição Federal de 1988, diante da vulnerabilidade, do preconceito e da discriminação, instituiu um sistema protetivo para a pessoa idosa com o objetivo de garantir-lhe dignidade, acesso a bens e serviços, e convivência familiar e comunitária.

Nessa perspectiva, o estatuto da pessoa idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) concretiza o princípio da igualdade em seu novo sentido atribuído pelo Estado Material de Direito, pois, além de reforçar as disposições da política nacional do idoso (Lei nº 8.842, de 4

²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532/DF. Diário de Justiça Eletrônico, DF, 2 ago. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>>. Acesso em 06 out 2021.

de janeiro de 1994), implementou aparato normativo voltado à concretização de direitos fundamentais.

Mas, a previsão normativa em si não é o bastante. O envelhecimento populacional brasileiro reclama diálogo permanente com os grupos sociais diretamente envolvidos e a adoção de ações afirmativas que, além de concretizar os direitos já legalmente reconhecidos aos idosos de hoje, estabeleçam ambiente social propício para avanços em políticas públicas atinentes aos idosos do amanhã.

6. Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 jun. 2018.

Disponível em:

<<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzU5NA==>>. Acesso em 06 out. 2021.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. Derechos de las minorias y democracia liberal: um debate abierto. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 109, p. 219-220, julio/septiembre, 2000.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2010.

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIRKLAND, Thomas A. An Introduction to the Police Process. New York: Routledge, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532/DF. Diário de Justiça Eletrônico, DF, 2 ago. 2018. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>>. Acesso em 06 out 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

DUNN, William N. Public Policy Analysis – An Integrated Approach. New York: Routledge, 2018.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia em la constitución. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 10, p. 11-61, enero/abril 1984.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo, Saraiva, 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set., 2001.

_____. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.15-57.

HARGUINDEGUY, Jean-Baptiste. Análisis de Políticas Públicas. Madri: Tecnos, 2017.

HAYEK, F. A. The origins of the rule of law. In: HAYEK, F. A. (Ed.). The constitution of liberty. Chicago: The University of Chicago, 2011. p. 232-260.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censos. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/downloads-estatisticas.html>>. Acesso em 05 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

MORAES, Guilherme Peña de. As ações afirmativas no direito constitucional comparado. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 298-315, 2003.

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. OLIVEIRA, Flávia da Silva. Diferentes concepções sobre a velhice e a visão otimista da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Revista Conexão UEPG, v. 1, n. 1, Ponta Grossa, 2005. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/conexao/article/viewFile/3884/2746>>. Acesso em 05 out 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07 set 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório global sobre idade - Resumo Executivo, 2021. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/9789240020504>>. Acesso em: 06 out. 2021.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set., 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, p. 11-32, 1997.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria política da política pública. In: SARAVIA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). Políticas Públicas; coletânea, v. 1. Brasília: ENAP, 2006, p. 28. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1254/1/cppv1_0101_saravia.pdf>. Acesso em 22 out. 2022.

SECCHI, Leonardo. Análise de políticas públicas. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SILVA JUNIOR, Paulo Isan Coimbra da. Ação afirmativa: elementos para uma análise conceitual. V Encontro Internacional do CONPEDI: Direitos sociais e Políticas Públicas I. Montevideo – URU: 2016, p. 57-72. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/9105o6b2/07dgh43q/5e728EXYR014s9BO.pdf>>. Acesso em 04 out. 2021.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

STEPANSKY, Daizy Valmorbida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; MULLER, Neusa Pivatto (Orgs.). Estatuto do Idoso. Dignidade humana como foco. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2013.

TEIXEIRA, Solange Maria. Envelhecimento na agenda pública brasileira. Revista Políticas Públicas. São Luís, v. 7, n. 1, p. 113-136, jan./jun., 2003.