

**Fabiana Rodrigues Barletta**

**O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**

**TESE DE DOUTORADO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Rio de Janeiro, fevereiro de 2008



**Fabiana Rodrigues Barletta**

**O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**

**Tese de doutorado**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Professor Alejandro B. Alvarez

Rio de Janeiro, fevereiro de 2008.



**Fabiana Rodrigues Barletta**

**O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**

**Tese de doutorado**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Professor Alejandro B. Alvarez (Orientador)**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Professora Heloísa Helena Gomes Barbosa (Co-orientadora)**  
UFRJ

**Professora Ana Lúcia de Lyra Tavares**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Professor João Ricardo W. Dornelles**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Professor Gustavo Tepedino**  
UERJ

**Prof. Francisco Amaral**  
UFRJ

**Prof. Nizar Messari**  
Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 20 de fevereiro de 2008



Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

## **Fabiana Rodrigues Barletta**

Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1994), Mestrado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001).É professora assistente do quadro efetivo da Universidade Federal de Viçosa..

Ficha catalográfica

BARLETTA, Fabiana Rodrigues.

O Direito à Saúde da Pessoa Idosa / Fabiana Rodrigues Barletta; orientador: Alejandro B. Alvarez – Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2008.

287 p

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito– Tese. 2. Direitos fundamentais. 3. , direito dos idosos. 4. , direito à saúde. I. Barletta, Fabiana Rodrigues. II. Alvarez, Alejandro B. W.. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Aos meus pais, Dalva e Edgard Angelo,  
Ao Romeu

## Agradecimento

Para cursar um Doutorado são necessários esforços de toda ordem. No meu caso o empenho a fim de lograr o resultado pretendido, a consecução dessa Tese, começou antes do ingresso no programa de Pós-Graduação da PUC-Rio.

Para conciliar o trabalho de docência e pesquisa da Universidade Federal de Viçosa com a preparação para a prova da PUC contei com o apoio imprescindível dos professores Luciene Rinaldi Colli, José Geraldo Campos Gouveia, Gláucio Inácio da Silveira, Vicente de Paula Lélis e Françoise Marianne Braathen. Mas não só professores estiveram presentes nessa jornada. Alguns alunos talentosos, hoje colegas, como Gustavo Rafael de Lima Ribeiro, Maria José Botelho, Jaqueline Ribeiro Brandão, e Rachel Campos Gomes ajudaram muitíssimo na realização dos projetos nos quais eu estava envolvida. Impossível não lembrar do altruísmo da professora Teresa Negreiros que deixou seu escritório particular à disposição enquanto eu escrevia o projeto de Tese e da generosidade dos professores Luís Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo, que enviaram cartas de recomendação ao Programa de Pós-Graduação da PUC para minha admissão no curso.

O financiamento dessa pesquisa pela CAPES e o licenciamento das atividades na Universidade Federal de Viçosa proporcionaram também condições de me dedicar com afinco ao Doutorado.

Já na PUC, cursando disciplinas obrigatórias e eletivas, tive o imenso prazer de ser aluna de Ana Lúcia de Lyra Tavares que, com elegância e simpatia, sem jamais perder a autoridade, nos ensinou o método da comparação no Direito; também pude saborear as memoráveis aulas de José Maria Gómez e João Ricardo Wanderley Dornelles, que procuraram nos inculcar conteúdos aprofundados acerca da democracia e dos direitos humanos. José Ribas Vieira nos despertou para o constitucionalismo americano, Adrian Sgarbi não só transmitiu ensinamentos por meio da sua inteligência e perspicácia como me distinguiu com compreensão e com o empréstimo de obras relevantes para o desenvolvimento desse trabalho. Ricardo Lobo Torres foi tão importante que não bastaram suas aulas na PUC. Com a sua aquiescência, assisti outras ministradas na UERJ, essenciais para a incursão na temática dos direitos fundamentais. Foi também na UERJ que cursei, sob o magistério de Luís Roberto Barroso, a disciplina Interpretação Constitucional, de grande valia para análises posteriores. Maria Celina Bodin de Moraes, além de preparar temas instigantes para nossas discussões

acadêmicas, fez desencadear em mim a busca de autoconhecimento cada dia mais importante para se bem viver consigo e com os outros. Anderson Torres Almeida, Carmem Barreto de Rezende e Marcos Antônio Lira de Sousa, sempre foram nossos anjos da guarda nas secretarias do Departamento de Direito da PUC.

Logo que cheguei ao Rio, contei com o apoio inestimável do professor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e da professora Juliana Santos Pinheiro, com a qual compartilhei, até o final da caminhada, alegrias, tristezas, sonhos e esperanças.

Na breve estadia em Portugal auferi calorosa acolhida do professor José de Oliveira Ascensão, que espero tenha compreendido minha necessidade de voltar ao Brasil antes do previsto.

Auxiliaram sobremaneira com a disponibilização de material específico para a Tese os magistrados Werson Franco Pereira Rêgo e o Desembargador Sidney Hartung Buarque; os professores Marcus Dantas, Brunello de Souza Stancioli, Sônia Barroso Brandão Soares, Eliane Maria Barreiros Aina, Daniela Medina Maia, Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Maurício Govea, Frederico Price Grechi e Eduardo Takemi Kataoka que, além disso, leu atentamente o 4º capítulo desse trabalho e fez respeitáveis considerações. Luíza Maia, da Secretaria Municipal de Saúde, foi grande aliada nos meus primeiros passos na seara da Gerontologia.

Não menos importantes foram Marcelo Junqueira Calixto, Guilherme Magalhães Martins, Rose Melo Vencelau Meirelles e Ana Luíza Maia Nevaes que, cursando diverso programa de Doutorado e, sob outra orientação, proporcionaram-me a sensação de ainda pertencer a seu grupo seletivo, incluindo-me em momentos importantes de suas vidas.

O professor Alejandro Bugallo Alvarez, orientador dessa investigação, sempre me tratou com amabilidade tal que se estendeu à sua esposa, Dona Vilma; antes, porém, estive ao meu lado nos momentos difíceis e demonstrou confiança em minhas capacidades, deixando-me livre para desenvolver as idéias que compõem esse estudo.

A professora Heloisa Helena Gomes Barboza foi magnânima acolhendo a co-orientação da pesquisa, recebendo-me várias vezes em sua casa para que discutíssemos os caminhos já percorridos e a percorrer durante a redação da Tese; transmitindo, em todas essas oportunidades, ótimas sugestões e muito estímulo.

O professor Gustavo Tepedino, meu orientador no Mestrado, tem sido, pelos ensinamentos de sua obra, um dos guias intelectuais em tudo que faço. Com ele tive brevíssima, porém elucidativa conversa, ao redefinir o tema dessa Tese. Ademais, ele

me conferiu atenção qualificada por meio de gestos agregadores e por sua fundamental participação em minha “Pré-Defesa”, ocasião em que tomei emprestado seu livro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, marco teórico desse trabalho.

Durante a travessia do Doutorado tive felizes encontros com Sulamita Trzcina e Pedro Ernesto Almeida e Silva; minha irmã Junya desempenhou significativo papel estando ao meu lado; os momentos de convivência com as primas Ângela e Helena e com tia Celminha, cuja história pessoal é a inspiração dessa tese, foram combustível para recomeçar inúmeras vezes; a existência de Luíza e Fernandinho, duas grandes fontes de felicidade da nossa família, foram, entre outras, as melhores contribuições de minha irmã Marcella e do compadre Fernando.

Romeu abriu para mim seu coração e sua vida que se juntou à minha e se transformou na nossa.

Mamãe e Papai merecem as maiores homenagens pelo amor incondicional sempre revelado.

Todas essas pessoas, com suas atitudes singulares, foram absolutamente indispensáveis para que eu apresente hoje esse trabalho ao público. A elas sou, com os mais sinceros e profundos sentimentos, eternamente grata.

## Resumo

Barletta, Fabiana Rodrigues; Alejandro Bugallo Alvarez. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro, 2007. 287p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

O presente trabalho trata do direito à saúde da pessoa idosa nos ambientes público e privado. Partindo da premissa de que o direito à saúde possui natureza prioritária na terceira idade procura-se identificar quais são as peculiaridades desse direito quando prestado ao ser idoso. De início, cuida-se da vulnerabilidade jurídica do idoso a fim de justificar vários direitos que, constitucionalmente e infraconstitucionalmente, lhe são atribuídos de maneira prioritária e que corroboram para o alcance da sua saúde ideal. Observam-se dispositivos constitucionais que fazem referência ao idoso e se propõe que o dever de ampará-lo, extraído da Constituição da República brasileira de 1988, seja tratado como direito fundamental material, na medida em que não consta do catálogo formal dos direitos fundamentais. Em nível infraconstitucional analisam-se conteúdos normativos do Estatuto do Idoso – a partir do qual se constrói o princípio do melhor interesse do idoso – e do Código Civil Brasileiro em pontos específicos referentes aos direitos dos idosos. Defende-se que a saúde da pessoa idosa prestada pelo Estado constitui direito constitucional de índole fundamental. Estudam-se as teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”. Aponta-se para como o Sistema Único de Saúde deve fornecer aos idosos o direito à saúde. Defende-se também a incidência horizontal da fundamentalidade do direito à saúde prestado pela iniciativa privada e do conseqüente intervencionismo estatal na seara dos contratos de plano de saúde, por meio da revisão contratual e da aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva nos pactos celebrados entre idosos e prestadoras privadas de saúde. Ao final, examinam-se instrumentos que viabilizam a eficácia na prestação do direito à saúde à pessoa idosa com a devida prioridade, passíveis de desenvolvimento somente num estado democrático que esteja calcado nos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da solidariedade e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

### Palavras-chaves:

Direitos fundamentais, direito dos idosos, direito à saúde

## Abstract

Barletta, Fabiana Rodrigues; Alejandro Bugallo Alvarez. **O Senior's Right To Health Care.** Rio de Janeiro, 2007. 287p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

The present work deals with the rights for health for the elderly in the public as well as private environments. Starting from the premise that the rights to health has priority nature, when the third age is concerned, one tries to identify what are the peculiarities of these rights when it is given to the elderly. In the beginning, one considers the legal vulnerability of the elderly in order to justify several rights that are attributed constitutionally and hierarchically below the constitution to them in a priority way that enable them to accomplish their ideal health. The constitutional mechanisms that refer to the elderly and proposes that the rights to support them, taken from the Brazilian Constitution from 1988, is treated as material of fundamental rights, once it does not come from the formal catalog of fundamental rights. At the level of the law that are hierarchically below the constitution, the normative contents from the Elderly Decree – from where the principle of best interest of the elderly is built - were analyzed together with the Brazilian Civil Code where the elderly rights were referred to in specific points. What is defended in this thesis is that the health of the elderly given by the State constitutes constitutional rights of fundamental nature. The theories of the “possible reserve” and the “minimum existence” are studied. The Sistema Único de Saúde – the public health system, is required to supply the rights for health to the elderly. The horizontal incidence of the basis of the rights to health supported by the private companies and the consequent state intervention where the contracts for health care plans are concerned is defended through contract review and applications of principles of the social function of the contract and the objective good faith in the pacts done between the elderly and the private health companies. At the end, the tools that enable the efficiency when the rights to health for the elderly is concerned are examined with the due priority, susceptible to development only in a democratic state which is based on the fundamental rights of freedom, equality, solidarity as well as in the constitutional principle of human being dignity.

### Keywords:

senior's right, health care, fundamental rights

# Sumário

<b>1. Introdução</b>	<b>12</b>
<b>2 A Saúde Como Direito Prioritário da Pessoa Idosa</b>	<b>17</b>
2.1. A Pessoa Idosa e sua Vulnerabilidade	17
2.2. O Idoso e o Exercício dos Seus Direitos de Personalidade	29
2.3. A Saúde Como Direito Prioritário da Pessoa Idosa	44
<b>3. Direitos da Pessoa Idosa e Seus Princípios Normativos</b>	<b>64</b>
3.1. Apontamentos Acerca dos Direitos da Pessoa Idosa nas Constituições Brasileiras de 1824 a 1988	64
3.2. Princípios Cardeais do Estatuto do Idoso	69
3.3. Análise Comparativa dos Princípios Assegurados à Criança, ao Adolescente e ao Idoso no Ordenamento Jurídico Brasileiro	92
3.3.1. A Análise Civil-Constitucional dos Princípios Assegurados às Crianças, Aos Adolescentes e Aos Idosos	102
<b>4. A Saúde da Pessoa Idosa Como Direito Fundamental e o Papel do Estado na Sua Consecução</b>	<b>106</b>
4.1. Notas Sobre a Historicidade dos Direitos Fundamentais	106
4.2. A Saúde Como Direito Fundamental e Exigível	111
4.3. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa e o Papel do Estado na Sua Consecução	135
<b>5. A Saúde da Pessoa Idosa Prestada Pela Iniciativa Privada</b>	<b>152</b>
5.1. A Eficácia Horizontal do Direito Fundamental à Saúde	152
5.2. A Lesão Em Contratos de Plano de Saúde Realizados Com o Consumidor Idoso: Hipóteses de Incidência e Análise de Casos	167
5.3. Da Mutualidade dos Contratos de Seguro à Solidariedade dos Contratos de Plano de Saúde Realizados Com Pessoas Idosas	176
5.3.1. Os Demais Reajustes das Prestações Pecuniárias Pagas Pelo Consumidor Idoso	183
5.4. A Autonomia Privada Em Uma Perspectiva Funcional	189
5.5. O Princípio da Boa-fé Objetiva Como Dever de Informar o Consumidor Idoso	199
<b>6. A Política Nacional do Idoso e Seu Estatuto como Precusores de Movimentos Democráticos a Serem Desenvolvidos no Estado Brasileiro Em Prol dos Direitos da Pessoa Idosa</b>	<b>204</b>
6.1. O Exercício da Cidadania do Idoso no Estado Democrático de Direito	204
6.2. O Modelo Democrático no Brasil Pós Regime Ditatorial e Os Direitos Fundamentais da Igualdade, da Liberdade e da Solidariedade na Constituição da República Brasileira de 1988	218
6.3. Instrumentos Para Assegurar a Eficácia Social dos Direitos da Pessoa Idosa	233
<b>7. Conclusões</b>	<b>250</b>
<b>8. Referências Bibliográficas</b>	<b>268</b>

*El 4 es 4 para todos?  
Son todos los siete iguales?  
Cuando el preso piensa en la luz es la misma que te ilumina?  
Has pensado de qué color es el Abril de los enfermos?*

Pablo Neruda