

1

Introdução

O envelhecimento populacional é uma nova situação de incidência mundial. A causa desse fenômeno encontra-se ligada tanto à diminuição de mortes na infância, à queda da fecundidade, como também à redução da mortalidade em idades longevas.¹ Contribuíram para tanto fatores técnico-científicos como a descoberta dos antibióticos na década de 1940, a descoberta das vacinas, a criação de unidades de terapia intensiva, bem como a mudança no estilo de vida das pessoas que ocorreu a partir da década de 1960.²

No Brasil, as análises demográficas apontam para um aumento da longevidade. Dados do Censo Demográfico realizado pelo IBGE no ano de 2000 revelaram que havia um total de 6.527.630 homens e 8.011.358 mulheres no grupo de idade dos 60 aos 100 anos ou mais.³ Segundo os demógrafos, esses números só tendem a crescer nos próximos anos. As pessoas idosas estão se tornando mais idosas. Projeções recentes demonstram que esse segmento poderá representar 15% da população brasileira no ano de 2020.⁴

Muitos direitos se relacionam intimamente com o envelhecimento.

Nesse trabalho deu-se destaque ao direito à saúde da pessoa idosa, por compreender que importa menos quanto os seres humanos conseguirão subsistir, mas, uma vez constatado o prolongamento da vida, é absolutamente relevante como eles usufruirão desse tempo a mais, pois não há a menor vantagem em anos adicionados sem condições adequadas de sobrevivência. Isto posto, focou-se na análise do direito à saúde a partir de contributo estatístico que, em considerações

¹ CAMARANO, Ana Amélia, KANSO, Solange e MELLO, Juliana Leitão e. *Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros?* In: Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60? Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 77.

² DE FREITAS, Elizabeth Viana. *Demografia e epidemiologia do envelhecimento*. In: Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais. Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Jeanete Liasch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: NAU, 2004, p. 21.

³ Dados sobre a população com mais de 60 anos por idade e sexo no censo demográfico de 2000. Fonte: IBGE- Censo Demográfico.

⁴ CAMARANO, Ana Amélia. *Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabeth Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Liberman, CANÇADO, Flávio Aluísio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 58.

finais, revela situação alarmante: “aproximadamente 40% do tempo vivido pelos idosos brasileiros são sem saúde.”⁵

Ora, nada há que sustente, diante de avanços médicos em termos de tratamentos curativos e paliativos, que o indivíduo deixe de gozar de saúde sem nada se fazer pelo argumento de que “faz parte da velhice”. Se a medicina já se deu conta de que é possível envelhecer e morrer em condições dignas de saúde, é papel do direito assegurá-las na última etapa da vida da pessoa humana, pois, do contrário, haveria um inconcebível atentado ao valor máximo de ordem constitucional que proclama sua dignidade.

Todo o estudo desenvolvido encontra-se abalizado na normativa constitucional e infraconstitucional que trata com especialidade da pessoa idosa: tratam-se da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso.

Reconhece-se que a existência de leis setoriais que visam especificamente à proteção da pessoa idosa não recebe acolhida de toda a doutrina sob a justificativa de que essa tutela poderia levar os tutelados à marginalização.⁶ Observa-se, contudo, segundo dados trazidos pela mesma doutrina, que a Itália possui desde 1978 a Lei 833, cujo art. 2 dispõe que a tutela da saúde do idoso representa um de seus objetivos fundamentais, de modo a prevenir e remover as condições concorrentes para sua marginalização;⁷ o que o doutrinador ainda considera reducionista pois, em suas palavras: “a proteção e a promoção do idoso realizam-se, antes de tudo, com a aplicação do princípio da igualdade, segundo o qual a dignidade humana não depende das circunstâncias externas, nem tão pouco

⁵ CAMARANO, Ana Amélia, KANSO, Solange e MELLO, Juliana Leitão e. *Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros?*, p. 103.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1984, p. 340: “Deve -se desfiar da construção do idoso como uma categoria e também de uma normativa exclusiva para o idoso e somente para ele, pois uma e outra poderiam consistir em fonte de nova marginalização. Não parece útil sequer correto propor a criação de um ‘direito dos direitos dos idosos’; também não se trata de elaborar um estatuto dos idosos. Trata-se, sobretudo, de individualizar soluções mais adequadas para a proteção e a promoção das pessoas que se encontrem em situação de particular dificuldade, até mesmo de em condição peculiar de deficiência” [Traduziu-se livremente do italiano]

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 341. [Traduziu-se livremente do italiano]

das condições pessoais ou dos papéis sociais, mas é um valor inerente ao homem.”⁸

Por outro lado, existe posição doutrinária a fazer apologia acerca da criação de normas peculiarmente destinadas aos idosos e ainda a propor a edificação de um direito da ancianidade.⁹

Nesse pormenor, os pontos de vista adotados no presente trabalho aproximam-se da segunda concepção no sentido de se proclamar a existência de um direito voltado especialmente para o idoso. A primeira certamente se desenvolveu sob a égide do Estado Italiano, plantado na realidade européia, em muito afastado das realidades sociais da América Latina onde se insere o Estado brasileiro.

Pensa-se, na perspectiva construcionista de um direito da ancianidade para outros sistemas jurídicos, que o conteúdo normativo do Estatuto do Idoso brasileiro possa ser fonte a embasar o fenômeno da recepção de direitos.¹⁰

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 341. [Traduziu-se livremente do italiano]

⁹ CARAMUTO, Maria Isolina Davobe. *Los derechos de los ancianos*. Madri/ Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002, p. 433: “Esta exigência de integração valorativa, ao meu parecer, só pode resolver-se pela construção de um verdadeiro **Direito da Ancianidade**. Só pode concretizar-se, mediante a elaboração de um corpo normativo autônomo, com princípios e regras próprias, perfeitamente diferenciadas do resto das ramificações tradicionais, ainda que vinculadas a elas. Isto poderia realizar-se através de um traçado jurídico sistematizado, que dê contas de uma realidade humana que já é reconhecida como específica e valiosa, no entanto frágil e complexa.” [Traduziu-se livremente do espanhol]

¹⁰ Para um estudo aprofundado do fenômeno das recepções de Direito, veja-se o artigo de TAVAREZ, Ana Lúcia de Lyra. *O estudo das recepções de direito*. In: Estudos Jurídicos Em Homenagem Ao Professor Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 45-66, *passim*. Nas páginas 46 e 47 a autora explica em que consiste o fenômeno das recepções de direito e trata da sua imprecisão terminológica: “O fenômeno que a expressão ‘recepção de direito’ evoca é a introdução, em um determinado sistema jurídico, de regras, noções, ou institutos pertencentes a um outro sistema. Entretanto, o emprego do termo ‘recepção’ para indicar esse fenômeno, na totalidade e na diversidade de suas manifestações, não é de aceitação tranqüila. Ponderam, os estudiosos do assunto, que ele subentende um ato voluntário, espontâneo, não se aplicando, portanto, aos casos em que a introdução de algumas normas ou institutos alienígenas em um sistema decorreu de atos impositivos e compulsórios. Essa, a razão de encontrarmos, na matéria, uma terminologia que varia, por vezes, em função da causa do fenômeno ou dos modos pelos quais ele se processa; por outras, em virtude de uma preferência subjetiva sem qualquer intuito de diferenciar suas múltiplas manifestações.”

Nas páginas 65 e 66 a autora arremata: “Essa ‘receptividade’ não deve, porém, fazer com que se esqueçam de certas cautelas, para prevenir conseqüências negativas de um transplante inadequado ou mal efetuado.

A proliferação desses estudos decorre, sobretudo na área do direito comparado, da importância atribuída às recepções como instrumentos de modernização dos sistemas, de harmonização dos padrões jurídicos e de compreensão internacional.”

Nessa conjuntura inicia-se o traçado de um arco temático que parte do seguinte argumento: se o ancião encontra-se mais apto a desenvolver doenças que os seres humanos jovens, exsurge a saúde, dentre os seus direitos fundamentais, como aquele de ordem prioritária nas idades longevas. Ter direito à saúde funciona como pressuposto para que sejam exercitados os outros direitos dos idosos.

Busca-se, no primeiro capítulo, identificar quem é o idoso, justificar sua vulnerabilidade jurídica e revelar que, na idade avançada, a saúde apresenta uma série de peculiaridades. Os direitos aos alimentos e à moradia são tratados como mínimas condições para que o idoso possa auferir saúde. Averigua-se, portanto, a quem cabe prestá-los e os meios de satisfazê-los. Procura-se comprovar que o idoso, apesar de sua imanente vulnerabilidade, é dotado de capacidade jurídica para direcionar sua vida, em condições de saúde ou de doença, por meio da autodeterminação, que afasta preconceitos acerca da velhice e lhe confere respeito.

No segundo capítulo faz-se um paralelo sobre as circunstâncias de vulnerabilidade de crianças, adolescentes e idosos e dos pontos de aproximação e de afastamento dos direitos dessas duas categorias de pessoas que se encontram num particular estágio de vida. Com base na analogia e nas possibilidades abertas pela Constituição da República brasileira, tenta-se construir um princípio hermenêutico em favor dos idosos, o princípio do seu melhor interesse. Procura-se mostrar que, se utilizado na interpretação jurídica, o princípio do melhor interesse do idoso produzirá uma série de efeitos positivos para seu beneficiado.

No terceiro capítulo procede-se ao exame da assistência sanitária proporcionada ao idoso por intermédio do Estado e se discutem teorias de íntima ligação com o direito prestacional à saúde, a saber: a teoria do “mínimo existencial” e a teoria da “reserva do possível”. Defende-se que a saúde é direito de natureza fundamental e exigível e, a partir daí, toma-se em conta como o sistema público de saúde brasileiro se compõe e se desenvolve, especialmente no que concerne ao oferecimento do direito à saúde à pessoa idosa.

No quarto capítulo cuida-se da prestação de saúde ao idoso advinda da livre iniciativa, propondo, de início, a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas. Da análise do idoso como consumidor da assistência particular à saúde, constata-se sua hiper vulnerabilidade perante o

fornecedor. A partir de então, trata-se do instituto da lesão, da mutualidade que se transmuta em solidariedade e dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva como possibilidades jurídicas na tutela dos interesses dessa pessoa hiper vulnerável quando usuária de planos de saúde.

No quinto capítulo fecha-se o arco desenhado ao constatar que, mais do que enunciado, o direito à saúde da pessoa idosa necessita ser promovido em condições ideais. Dentre elas, destaca-se o estado democrático, sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, composto pelos princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da solidariedade em seus múltiplos aspectos ponderáveis caso a caso. Ademais, partindo do pressuposto de que o direito à saúde possui natureza prioritária na velhice, adverte-se que ele só se realizará se utilizados instrumentos que, baseados no princípio da igualdade substancial, dêem-lhe efetividade.