

2

A Saúde Como Direito Prioritário da Pessoa Idosa

2.1

A Pessoa Idosa e Sua Vulnerabilidade

Situação complexa, embora inerente a todas as pessoas idosas, diz respeito à sua vulnerabilidade jurídica. Para compreendê-la, recorre-se à sociologia e à biologia para, após identificá-la no mundo dos fatos, justificá-la em termos de Direito.

Simone de Beauvoir quando já idosa, escreve um dos mais completos ensaios sobre a velhice. Nele, a professora aponta aspectos biológicos e sociológicos do envelhecimento, estuda a velhice nas sociedades históricas e traz à baila, aqui e ali, no passado e no presente de sua era, a experiência de velhice de filósofos, artistas, escritores, os quais pesquisou, e de pessoas desconhecidas que lhe contaram acerca da própria velhice ou da versão contada por seus parentes. A grande maioria dos relatos retrata uma vivência difícil, dolorosa, de muitas perdas, tanto para pobres quanto para ricos, para poderosos ou não, para intelectuais ou trabalhadores braçais.¹ A autora discorre longamente sobre alguns dos processos fisiológicos que tornam os idosos vulneráveis.² Apesar de esses escritos datarem

¹ DE BEAUVOIR. Simone. *A velhice*. Tradução de: MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, *passim*.

² DE BEAUVOIR. Simone. *A velhice*, p. 33-35: “No homem, o que caracteriza fisiologicamente a senescência é o que o doutor Destrem chama ‘uma transformação pejorativa dos tecidos.’ A massa dos tecidos metabolicamente ativos diminui, enquanto aumenta a dos tecidos metabolicamente inertes: tecidos intersticiais e fibroesclerosados; eles são objeto de uma desidratação e de uma degeneração gordurosa. Há uma diminuição marcada da capacidade de regeneração celular. O progresso do tecido intersticial sobre os tecidos nobres é principalmente surpreendente no nível das glândulas e do sistema nervoso. Ele acarreta uma involução dos principais órgãos e um enfraquecimento de certas funções que não cessam de declinar até a morte. Fenômenos bioquímicos se produzem: aumento do sódio, do cloro, do cálcio; diminuição do potássio, do magnésio, do fósforo e das sínteses protéicas.

A aparência do indivíduo se transforma e permite que se possa atribuir-lhe uma idade, sem muita margem de erro. Os cabelos embranquecem e se tornam rarefeitos; não se sabe por quê: o mecanismo da despigmentação do bulbo capilar permanece desconhecido; os pêlos embranquecem também, enquanto em certos lugares – no queixo das mulheres velhas por exemplo – começam a proliferar. Por desidratação e em consequência da perda da elasticidade do tecido dérmico subjacente, a pele se enrugá. Os dentes caem.[...] A perda dos dentes acarreta um encolhimento da parte inferior do rosto, de tal maneira que o nariz – que se alonga verticalmente por causa da atrofia de seus tecidos elásticos – aproxima-se do queixo. A proliferação senil da pele traz um

de 1970 e, de lá para cá, muitas dúvidas salientadas pela autora tenham sido esclarecidas pela medicina, e seja essa também a responsável por tornar os idosos cada vez mais longevos e com qualidade de vida; incluindo o bem que fazem para sua auto estima as variadas modalidades de cirurgias estéticas hoje em dia possíveis, parece que os sintomas descritos perduram na terceira idade. E não há como dizer que esses acontecimentos não abalam física e emocionalmente as pessoas idosas, porque elas sabem como foram um dia, sabem como são as pessoas num estágio de vida *normal*. Elas se sentem vulneráveis porque efetivamente são. Usa-se deliberadamente, seguindo o exemplo de Norbert Elias, a palavra normal porque as pessoas tornam-se diferentes quando envelhecem. E é esta diferença que as faz vulneráveis fisicamente, psiquicamente e também socialmente. “Os outros, os grupos de ‘idade normal’, muitas vezes têm dificuldade de se colocar no lugar dos mais velhos na experiência de envelhecer”³ Essa dificuldade extrema mais a distância entre os longevos e os jovens e faz dos primeiros cada vez mais sozinhos e incompreendidos.

engrossamento das pálpebras superiores, enquanto se formam papos sob os olhos. O lábio superior minguia; o lóbulo da orelha aumenta. Também o esqueleto se modifica. Os discos da coluna vertebral empilham-se e os corpos vertebrais vergam: entre 45 e 85 anos o busto diminui dez centímetros nos homens e quinze nas mulheres. A largura dos ombros se reduz e a bacia aumenta; o tórax tende a tornar uma forma sagital, sobretudo nas mulheres. A atrofia muscular e a esclerose das articulações acarretam problemas de locomoção. O esqueleto sofre de osteoporose: a substância compacta do osso torna-se esponjosa e frágil; é por este motivo que a ruptura do colo do fêmur, que suporta o peso do corpo, é um acidente freqüente.

O coração não muda muito, mas seu funcionamento se altera; perde progressivamente suas faculdades de adaptação; o sujeito deve reduzir suas atividades para poder poupá-lo. O sistema circulatório é atingido; a arteriosclerose não é a causa da velhice, mas é uma de suas características mais constantes. Não se sabe exatamente o que a provoca: desequilíbrios hormonais, dizem uns; uma tensão sangüínea excessiva, dizem outros; pensa-se em geral que a causa principal é uma perturbação do metabolismo dos lipídeos. As conseqüências são variáveis. Por vezes a arteriosclerose atinge o cérebro. Em todo o caso, a circulação cerebral torna-se mais lenta. As veias perdem sua elasticidade, o débito cardíaco decresce, a rapidez da circulação diminui, a pressão sobe. É preciso observar, aliás, que a hipertensão, tão perigosa para o adulto, pode muito bem ser suportada pelo homem idoso. O consumo de oxigênio do cérebro reduz-se. A caixa torácica torna-se mais rígida e a capacidade respiratória, que é de 5 litros aos 25 anos, cai para 3 litros aos 85. A força muscular diminui. Os nervos motores transmitem com menor velocidade as excitações e as reações são menos rápidas. Há involução dos rins, das glândulas digestivas, do fígado. Os órgãos do sentido são atingidos. O poder de acomodação diminui. A presbiopia é um fenômeno quase universal entre os velhos, e a vista ‘cansada’ faz com que a capacidade de discriminação decline. Também diminui a audição, chegando freqüentemente até a surdez. O tato, o paladar, o olfato têm menos acuidade que outrora.”

³ ELIAS, Norbert. *Envelhecer e morrer: alguns problemas sociológicos*. In: A Solidão dos Moribundos. Tradução de: DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 80.

Quanto à saúde psíquica dos anciãos relata-se também que há declínios a ser levados em conta.⁴ A propósito, Norberto Bobbio publicou em 1996, oito anos antes de sua morte em 2004, livro sobre sua velhice, a que ele chama de “Tempo da Memória”. Bobbio escreve: “O mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo que lembramos.”⁵

A redação do filósofo político em nada lembra seu engajamento como senador e escritor de inúmeros livros, dentre eles “Teoria da Norma”, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, “O Futuro da Democracia”, “Liberdade e Igualdade”, “A Era dos Direitos”, “Da Estrutura à Função”, entre outros, que trouxeram para os estudiosos brasileiros, a partir da década de 50 do século passado, contribuição indispensável na seara da Ciência Política e da Filosofia do Direito.⁶ Pelo contrário, o autor descreve sua velhice como melancólica, “a melancolia subentendida como a consciência do não-realizado e do não mais realizável”⁷, em suas palavras.

Parece que as experiências dos anos de velhice são, para quase todos, de alguma forma, sofridas.

Norbert Elias escreveu também em idade avançada sobre a “Solidão dos Moribundos” e sobre “Envelhecer e Morrer.” Em cada expressão do seu pensamento evoca a fragilidade dos idosos que advém de sua condição de

⁴ DE BEAUVOIR, Simone. *A velhice*, p. 603-604: “Já disse que as doenças mentais são mais frequentes nos velhos do que em qualquer outra faixa etária.[...] Entretanto, sendo a velhice uma ‘anomalia normal’, muitas vezes fica difícil traçar uma fronteira entre as perturbações psíquicas que normalmente acompanham a senescência e as que têm um caráter patológico. Algumas mudanças de humor e de comportamento que parecem justificadas pela situação constituem, na verdade, os pródromos de uma doença; outras que parecem neuróticas explicam-se pelas circunstâncias. De qualquer modo, os casos francamente patológicos são numerosos. *Os velhos são fisicamente frágeis, são socialmente deserdados, o que tem graves repercussões sobre o seu estado mental*, seja diretamente, seja através da deterioração orgânica que resulta disso; sua situação existencial e sua condição sexual são propícias ao desenvolvimento das neuroses e das psicoses.”[Grifou-se]

⁵ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*. 7 ed. Tradução de: VERSIANI, Daniela. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 30.

⁶ LAFER, Celso. *A autoridade de Norberto Bobbio*. In: *O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*. Prefácio à edição brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. XXII e XXIII.

⁷ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*, p. 31.

vulneráveis: “Muitas pessoas morrem gradualmente, adoecem, envelhecem. As últimas horas são importantes, é claro. Mas muitas vezes a partida começa muito antes. A fragilidade dessas pessoas é muitas vezes suficiente para separar os que envelhecem dos vivos.”⁸

Elias compreende que a decadência dos idosos os isola e os faz viver grande solidão. Esta decorre do processo de senescência que, acompanhado por declínios físicos e psíquicos, afasta os anciãos da vida compartilhada.

A fragilidade psíquica dos idosos também resulta em vulnerabilidade para lidar com as corriqueiras frustrações da vida que, na terceira idade, ganham dimensão alargada. Relata-se ainda, que muitos idosos sofrem pela difícil convivência consigo mesmos diante da morte iminente: “chegar a velho, em grande medida, também significa aprender a conviver com a morte. Aprender a viver *forçosamente* com ela, posto que se trata de ‘habitar’ o final, sabendo que o é, sem nenhum tipo de fuga possível.”⁹

Tais vivências somadas às perdas afetivas que angariaram por sua longa existência e às dificuldades físicas e psíquicas com as quais, com expressiva frequência, têm de lidar no último quadrante da vida, quando mais se aproximam da morte, experiência derradeira que ainda não tiveram e a qual, muitas vezes temem, fazem dos idosos pessoas vulneráveis.¹⁰ Vulneráveis por todas as vicissitudes do movimento inverso ao da infância, a partir de quando se cresce, ganha-se força, desenvolve-se a inteligência, alguns idosos, em certa medida, involuem, decrescem, submergem. Só os que convivem de perto podem notar a dificuldade do estertor de uma vida ao redor da doença ou da exclusão social. Em definitivo não se trata de algo interessante, bonito ou romântico. É, ao invés,

⁸ ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos*. Tradução de: DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 8.

⁹ Consoante CARAMUTO, Maria Isolina Davobe. *Los derechos de los ancianos*, p. 25. [Traduziu-se livremente do espanhol]

¹⁰ CAMARANO, Ana Amélia e PASIANTO, Maria Tereza. *Introdução*. In: Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?, Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 2 e 3: “Assume-se que a idade traz vulnerabilidades, perda de papéis sociais com a retirada da atividade econômica, aparecimento de novos papéis (ser avós), agravamento de doenças crônicas e degenerativas, perdas de parentes e amigos entre outras. [...] Embora se observe a heterogeneidade do grupo estudado, pergunta-se o que faz esse grupo ser diferente dos demais, que os torna objeto específico de estudos acadêmicos, de políticas etc. [...] *Pode-se se dizer que as principais características do grupo são o crescimento, proporcional à idade, das suas vulnerabilidades físicas e mentais e a proximidade da morte.*” [Grifou-se]

penoso viver no momento antecedente à finitude quando acompanhada de dor e sofrimento. Tudo muda. Até o poder e o status das pessoas se modificam mais cedo ou mais tarde quando, debilitadas por doenças ou apartadas do convívio social, chegam aos sessenta, setenta, oitenta, noventa ou cem anos.¹¹

Procura-se firmar a vulnerabilidade física, psíquica e social do idoso, para que seja encontrada também, sua vulnerabilidade jurídica. Assim, quando não existe igualdade de fato entre as pessoas, as regras jurídicas não podem ser as mesmas para todos. Aos *diferentes* em razão do envelhecimento que os vulnerabiliza, precisa-se assegurar igualdade jurídica, a fim de mitigar sua desigualdade material em relação às pessoas de outra faixa etária garantindo o humanismo em sociedade.¹²

Outra questão polêmica nessa matéria está contida na difícil identificação de quem é, para os efeitos do Direito, idoso. Com o advento da Lei nº 8.842 de 1994, que instituiu a Política Nacional do Idoso e foi corroborada pela Lei 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso, ressurgiram as discussões acerca desse ponto.

Antes disso, a Constituição da República de 1988 dispôs, em favor dos maiores de setenta anos, o voto facultativo, conforme art. 14, § 1º, alínea “b” e, em artigos espaçados, sobre as idades máximas de aposentadoria voluntária no serviço público, “de sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher”, na forma do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”; “de sessenta e cinco anos de idade, se

¹¹ Com o intuito inequívoco de mostrar que as doenças não são belas nem românticas, mas que muitos as entrevêm desse modo, faz-se imprescindível recorrer a SONTAG, Susan. *A doença como metáfora*. Tradução de: RAMALHO, Márcio. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984, ao relatar e, principalmente, comentar a conversa de Byron com Moore, p. 42 e 43: “O tratamento romântico da morte afirma que as pessoas se tornam singulares e mais interessantes por sua doença. ‘Estou pálido’, disse Byron olhando no espelho. ‘Gostaria de morrer de uma consunção.’ Por quê?, perguntou seu amigo tuberculoso Tom Moore, que estava visitando Byron em Pratas, em fevereiro de 1828. ‘Porque todas as mulheres diriam: ‘Olhem o pobre Byron, como ele está interessante assim morrendo’.” Talvez a principal dádiva dos românticos à sensibilidade não seja a estética da crueldade e a beleza do mórbido (como Mario Praz sugeriu em seu famoso livro), ou mesmo a exigência de ilimitada liberdade pessoal, mas a idéia niilista e sentimental do ‘interessante’.”

¹² Confira-se, a respeito, o raciocínio de BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116: “Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos...”

homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.” na forma da alínea “b” do mesmo artigo. Estabeleceu-se a aposentadoria compulsória, “aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição” ainda no art. 40, inciso II. Com relação à previdência social dos outros trabalhadores, assegurou-se a aposentadoria aos sessenta e cinco anos de idade, se homem e sessenta, se mulher, e se reduziu em cinco anos “o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal”, na forma do art. 201, § 7º, inciso II.

Consideram-se tais idades máximas para o repouso remunerado dos que já trabalharam suficientemente ao longo de sua juventude e, portanto, merecem uma velhice de descanso e usufruto do que conseguiram ao longo da vida.

Também foi prevista constitucionalmente a garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la promovida por sua família, conforme dispuser a lei, em termos de assistência social, no art. 203, inciso V. Não se disse, porém, quem é o idoso a que se faz referência.

Em outro momento, a Constituição dispôs, no art. 230, § 2º, sobre a garantia de gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos, como modo de o Estado amparar as pessoas idosas conforme *caput* do mesmo artigo. Mas aqui também não se disse quem são tais pessoas.

Para o Estatuto do Idoso estão regulados por ele os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Conforme dispõe seu art. 1º: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

Portanto, a determinação legal de idoso estatuída tem o dado cronológico como referencial, pouco importando se o ser humano possui ou não debilidade física ou psíquica, se é homem ou mulher, pobre ou abastado. Trata-se de um critério objetivo que visa a encerrar discussões acerca da sua procedência.

Todavia, tanto antes da promulgação da Política Nacional do Idoso já se argumentava que “a qualidade de idoso deveria ser analisada caso a caso,

dependendo das condições biopsicológicas de cada ser humano”¹³, quanto atualmente, discute-se o critério legalmente adotado para assegurar direitos aos sexagenários: “O grande problema do critério cronológico é de não considerar as diferenças pessoais e a larga faixa etária que está abrangida pelo conceito, principalmente se levarmos em conta que, atualmente, são cada vez mais numerosas as pessoas centenárias.”¹⁴

Diverge-se dessa posição, pois, seguramente, adotar uma idade para considerar uma pessoa sujeita a gozar de direitos especiais afasta os tortuosos caminhos da avaliação física e psíquica de suas capacidades, que poderia gerar injustiças de toda ordem. Até porque, não são apenas os contingentes psicofísicos que tornam uma pessoa idosa. Também o sexo, a classe social, a educação, a personalidade, as vivências passadas, o contexto sócio-econômico, entre outros fatores, influenciam no processo de envelhecimento, de forma que se torna impossível uma resposta definitiva de quando se inicia a chamada terceira idade para a pessoa individualmente considerada.

Entretanto, ao sustentar que “pode haver enorme diferença no estado de saúde (física e mental), entre duas pessoas sexagenárias, uma delas pode ser doente e debilitada, enquanto a outra se encontra em pleno vigor, sendo perfeitamente lúcida”¹⁵, chega-se à assertiva de que “certamente há enorme diferença entre um idoso (pelo critério da Lei nº 8.842/94) de 60 anos e um outro de 100 anos de idade, por isso se torna difícil a aceitação de um mesmo tratamento para ambos.”¹⁶

Embora mereça respeito essa posição, parece não ser a mais adequada.

O fato de pessoas com sessenta anos ou mais encontrar-se em pleno vigor, não lhes retira a condição de pessoas biologicamente envelhecidas. “Pesquisas de caráter biofisiológico puderam estabelecer que, com o avançar dos anos, vão ocorrendo alterações estruturais e funcionais que, embora variem de um indivíduo

¹³ DE FREITAS JR. Roberto Mendes. *Direitos do idoso*. In: *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: Doutrina e Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 100.

¹⁴ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44.

¹⁵ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*, p. 44.

¹⁶ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*, p. 44

a outro, são encontradas em todos os idosos.”¹⁷ Aliás, um idoso centenário pode gozar de mais saúde do que um sexagenário. Além do mais, o que se almeja é que os envelhecidos continuem ativos nas esferas públicas e privadas, no trabalho remunerado ou não, na política, nas artes, nos esportes, na educação e em todas as contingências, para que possam manter o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O critério cronológico tem sido reiteradamente adotado na ordem jurídica brasileira para impedir o trabalho de pessoas menores de quatorze anos,¹⁸ desconsiderando sua capacidade psíquica, intelectual ou compleição física; para considerar menores de dezoito anos, independente do seu grau de maturidade, ainda que aferível psiquicamente, inimputáveis na seara penal¹⁹ e, com capacidade relativa para os atos da vida civil, os maiores de 16 e menores de 18 anos.²⁰ Destarte, tal como o desenvolvimento de infantes e adolescentes, o processo de envelhecimento “é determinado pela interação constante e acumulativa de eventos de natureza genético-biológica, psicossocial e sociocultural.”²¹

Ao determinar que idoso é pessoa com idade igual ou maior que sessenta anos a legislação em comento buscou um critério uniforme, proveniente de investigações científicas da Organização Mundial de Saúde (OMS), que considera idosas pessoas de sessenta e cinco anos ou mais nas nações desenvolvidas e de sessenta anos ou mais nas nações em desenvolvimento. A Política Nacional do Idoso e o Estatuto pátrio seguiram tais diretrizes, já que o Brasil é considerado país em desenvolvimento.

¹⁷ PAPALÉO NETTO, Matheus. *O estudo da velhice no século XX: histórico, definição do campo e termos básicos*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 3.

¹⁸ Art. 227, § 3º, inciso I, da Constituição da República.

¹⁹ Art. 27, do Código Penal.

²⁰ Art.4º, inciso I, do Código Civil.

²¹ NERI, Anita Libermanesso. *Teorias psicológicas do envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 45.

Enfim, cabe o registro de que estabelecer quem é idoso não compreende tarefa fácil, haja vista tantas heterogeneidades próprias dos seres humanos, o que induz à heterogeneidade de suas velhices.²²

De todo modo, o Direito necessita de um critério legal para se conduzir e ser aplicável. É nesse sentido que se entende que o critério etário, o mais invariável possível dentro de um espectro muito maior onde se encontram as discussões a respeito de quando se inicia a velhice, e, paralelamente, de quem é o idoso, parece, em termos legais que demandam uma determinação precisa, o mais acertado.

Nesse contingente de indefinição sobreleva o fato de o Brasil possuir norma constitucional que ordena o amparo da *velhice* por todos os seguimentos da sociedade e pelo Poder Público. Recentemente, como já apontado, promulgou-se um estatuto para o idoso, ferramenta que, se tiver a devida eficácia, pode em muito amenizar sua vulnerabilidade de fato. Enfim, a Lei assegura direitos específicos à pessoa idosa porque ela efetivamente necessita, pois se difere de jovens, adultos e, inclusive de crianças, na sua condição vulnerável.²³

A propósito, a ciência médica já havia constatado a estreita ligação entre o envelhecimento e o surgimento de deficiências, que acabam tornando o ser idoso imensamente vulnerável.²⁴ Enfatize-se que as pessoas idosas compõem o principal grupo de deficientes.²⁵

²² PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 342: “A própria definição do idoso é problemática porque é expressão não unicamente da idade da vida, mas também e principalmente, da conservação das estruturas e das funções psicofísicas, das potencialidades físicas e intelectivas. Mesmo a capacidade natural, enquanto capacidade de compreender e de querer, com o passar do tempo, modifica-se constantemente, ora aumentando, ora diminuindo. A mutação qualitativa é expressão, além do patrimônio biológico, também das experiências adquiridas e da sensibilidade; a capacidade efetiva se desenvolve porque a própria personalidade do homem se desenvolve. Todavia haverá sempre a paralela dignidade e o direito de que o seu desenvolvimento não encontre limites, exceto por aqueles ditados no seu efetivo e exclusivo interesse, seja também em correlação aos análogos interesses dos outros.” [Traduziu-se livremente do italiano]

²³ BARBOZA, Heloisa Helena. *O melhor interesse do idoso*. In: O Cuidado Como Valor Jurídico. Coordenadores: PEREIRA, Tânia da Silva e DE OLIVEIRA, Guilherme. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65: “Assim como a criança e o adolescente, o idoso se encontra em situação peculiar, na qual a vulnerabilidade é potencializada. Embora ambos grupos sejam constituídos por pessoas ‘especialmente’ vulneráveis, e haja em vários pontos certo paralelismo entre a situação da criança e do adolescente e a do idoso, impondo-se a tutela privilegiada de seus direitos, não se deve perder de vista que, na verdade, tais pessoas caminham em direção oposta, sendo inversamente proporcionais suas necessidades.”

²⁴ MEDEIROS, Marcelo e DINIZ, Débora. *Envelhecimento e deficiência*. In: Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?, Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro:

Sensível a essa realidade, o legislador previu no art. 15, § 4º, do Estatuto do Idoso que “os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.” Como ainda não há uma lei específica que se refira às pessoas idosas nesses quadros, política pública de ordem urgente, o intérprete usará a Lei 10.216 de 2001 para a tutela dos deficientes mentais e a Lei 10.098 de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e comunicação. O conceito de acessibilidade é, na forma do art. 2º, inciso I, da Lei 10.098 de 2000: “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida”

Dessa forma, para o idoso com dificuldade de enxergar, hão de ser colocados, nas vias públicas, sinais sonoros para que ele possa transitar com segurança e autonomia. De igual modo, devem ser destinados ao idoso que sofra agravos auditivos, sinais visuais com o mesmo objetivo de lhe propiciar condições de tráfego, com liberdade e autonomia. Barreiras arquitetônicas nas vias públicas, no interior dos edifícios públicos e privados, no acesso ao transporte e nas vias de comunicação em massa ou não, também devem ser transpostas para que o idoso com mobilidade reduzida possa gozar de acesso no caráter mais extenso possível não só no ambiente urbano, como também no rural.

IPEA, 2004, p. 113: “Mostrar a relação entre envelhecimento e deficiência é importante por várias razões. Primeiro, porque o envelhecimento vem acompanhado de algumas limitações nas capacidades físicas e, às vezes, intelectuais mas, apesar do envelhecimento crescente de quase todas as populações do mundo, na maioria delas pouco ou nada se tem feito para que estas limitações não se tornem causa de deficiências. Segundo, porque mostra que, na ausência de mudanças na forma como as sociedades organizam seu cotidiano, que todos seguem em direção a uma fase da vida em que se tornarão deficientes, o que motiva, ainda por meio da defesa de interesses egoístas, a melhoria de políticas públicas voltadas à deficiência. Terceiro, porque lembra que a interdependência e o cuidado não são algo necessário apenas diante de situações excepcionais e sim necessidades ordinárias em vários momentos da vida de todas as pessoas. Quarto, porque a previsibilidade do envelhecimento permite entender que muito da deficiência é resultado de um contexto social e econômico que se reproduz no tempo, pois a deficiência no envelhecimento é, em parte, a expressão de desigualdades surgidas no passado e que são mantidas.”

²⁵ MEDEIROS, Marcelo e DINIZ, Débora. *Envelhecimento e deficiência*, p. 108.

A acessibilidade do idoso não deve ser promovida apenas nos lugares públicos, mas, principalmente, no local onde o idoso estabelece sua residência com sua família ou em entidades de atendimento. Para essas últimas, o Ministério da Saúde já editou a Portaria nº 249 de 2002, que define critérios de cadastramento e funcionamento dos centros de referência em assistência à saúde do idoso, destacando os mecanismos obrigatórios para promover sua acessibilidade.

No que toca os órgãos de prestação da saúde pública ou privada – o Sistema Único de Saúde e os planos privados de saúde – deverão fornecer, sem qualquer tipo de cobrança sob pena de abusividade, segundo o art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, o atendimento especializado que o Estatuto do Idoso apregoa para os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante.²⁶

Também em razão da fragilidade peculiar do “idoso internado ou em observação”, seu Estatuto determina, no art. 16, ser-lhe “assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.” Assim, a presença do acompanhante deverá ser viabilizada pelo Sistema Único de Saúde ou pelos planos privados de saúde, sem qualquer tipo de cobrança que, se existente, será abusiva na forma do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.²⁷ Frente ao mandamento do parágrafo único do art. 16 do Estatuto, “caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.” Essa justificativa pode ser examinada pelo Poder Judiciário no caso de o idoso ou sua família julgarem que seus fundamentos não procedem.²⁸

Todos esses mandamentos em torno da promoção da saúde da pessoa idosa surgem em decorrência da sua imanente vulnerabilidade, que enseja cuidados especiais a fim de, na medida do possível, torná-la menos intensa e causadora de

²⁶ No mesmo sentido, RAMAYANA. Marcos. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004, p. 39.

²⁷ No mesmo sentido, RAMAYANA. Marcos. *Estatuto do idoso comentado*, p. 39.

²⁸ Consoante RAMAYANA. Marcos. *Estatuto do idoso comentado*, p. 40.

menores sofrimentos à pessoa humana que, além de sobremaneira fragilizada por conta da idade, encontra-se, ademais, doente.

Se a vulnerabilidade da pessoa idosa demanda tutela especial no que concerne não só à sua saúde, mas também no que toca a outros direitos fundamentais, ela não tem o condão de subtrair a capacidade de fato dessa pessoa, nem de tomar seus direitos de personalidade.²⁹ Ainda que doente, se a moléstia do ancião não lhe retira a consciência, ele permanece livre, na forma do disposto no art. 10 do Estatuto do Idoso.³⁰

No entanto, não se olvida que o idoso doente é ainda mais vulnerável. Por isso, sem extrair-lhe o poder de autodeterminação e a livre expressão de sua personalidade, os profissionais da área médica que com ele se relacionem deverão agir com um cuidado redobrado, a fim de não desrespeitá-lo em sua concepção e decisão, sempre no intento de lhe garantir autonomia no exercício de seus direitos, com ênfase para os de índole existencial, que integram sua personalidade.

²⁹ Explica AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220: “Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz num *quantum*. Capacidade, de *capax* (que contém), liga-se à idéia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se essa como atributo daquela. A capacidade é então a ‘manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade’, ou a ‘medida jurídica da personalidade’. E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.”

³⁰ Art. 10 do Estatuto do Idoso: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e diversão;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

2.2

O Idoso e o Exercício dos Seus Direitos da Personalidade

Concebe-se, segundo vasta doutrina, a personalidade jurídica como a suscetibilidade a direitos e obrigações³¹ e, ao mesmo tempo, como pressuposto para exercê-los.³² Para gozar dessa situação, faz-se necessário que o sujeito seja simplesmente pessoa, uma vez que, sem titularidades, o ser humano não existiria como tal.³³

Os direitos da personalidade caracterizam-se por sua essencialidade. Todos, em qualquer etapa da vida humana, possuem tais direitos inarredáveis haja vista que, em relação aos outros direitos, esses possuem proeminência em função do seu objeto que se manifesta como algo orgânico, logo, são tratados como bens de maior valor jurídico.³⁴ Os direitos da personalidade apresentam-se como concretizações da tutela da personalidade e não são típicos. Qualificam-se, numa ordem de importância, como os mais relevantes. Remetem a valores imprescindíveis como a vida e a integridade psicofísica, de modo que, se colocados numa organização hierárquica, ocuparão o topo, pois os bens salvaguardados por tais direitos são “os mais preciosos relacionados à pessoa.”³⁵

Qualquer indivíduo está apto a exigir respeito à sua personalidade perante o Estado e perante os outros indivíduos; ao mesmo tempo, o Estado deve protegê-la, posto que sua defesa trata-se de modalidade de tutela da dignidade humana.³⁶ Tanto é, que as situações de personalidade geram, ao mesmo tempo, a fruição

³¹ Nesse sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 43, também DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 35 e DE CUPIS, Adriano, *Direitos da personalidade*. Tradução de: REZENDE, Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004, p. 19.

³² DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*, p. 21.

³³ DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*, p. 24.

³⁴ DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*, p. 29.

³⁵ DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*, p. 31.

³⁶ DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*, p. 40.

desse direito e condutas em face do seu titular, os denominados deveres de personalidade.³⁷

A personalidade humana constitui direito não patrimonial absoluto, pois diz respeito ao ser e não ao ter.³⁸ Desse modo, perfilar a existência jurídica dos direitos de personalidade significa reconhecer que cada ser é valorado simplesmente por ser pessoa.

Nesse sentido, o ser humano coloca-se diante da realidade e do Direito, afinal, as normas jurídicas existem para os homens, por isso, torna-se possível observar a pessoa, ao mesmo tempo, como fim do Direito, fundamento da personalidade jurídica e sujeito das situações jurídicas,³⁹ que, dessa forma, impõe à realidade exterior seus objetivos próprios e se determina com liberdade, reconhecendo que é a dona de seu destino e, portanto, responsável por ele.⁴⁰ O Direito, por seu turno, serve aos interesses das pessoas, uma vez que concebido e utilizado por elas. Logo, cabe a aferição de que a pessoa humana não se apresenta como um instituto jurídico, mas consta presente em cada decisão e em cada norma, já que os institutos jurídicos existem para contemplá-la.⁴¹

Os direitos da personalidade encontram-se marcados por um profundo teor ético tendo em vista consubstanciarem projeção da personalidade humana e só receberem tal consideração por possuírem esse conteúdo.⁴²

Portanto, não há fôrmas nas quais caibam os inúmeros direitos da personalidade e as previsões legais não contemplam todos eles. No Código Civil brasileiro são tratados nos artigos 11 a 21, embora a previsão do legislador esteja longe de abarcar as múltiplas situações que os envolvem.

O art. 8º do Estatuto do Idoso faz alusão aos direitos da personalidade das pessoas idosas ao dispor que: “o envelhecimento é um direito personalíssimo”. Isto posto, observa-se que envelhecer se encontra dentro dos direitos da

³⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Teoria Geral do Direito Civil*. 1º volume. 2 ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987/1988, p. 310.

³⁸ DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*, p. 37.

³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, p. 44.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, p. 47.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 307.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, p. 79.

personalidade além de, pela expressão “personalíssimo”, compreender-se que esse direito concerne a uma pessoa ou a um grupo com “individualidades coincidentes ou características especiais”⁴³.

Sabe-se que faz parte dessas individualidades coincidentes ou características especiais o declínio psicofísico gradual das pessoas de idade avançada. Desse modo, muitos idosos convivem com as debilidades que lhes são mais comuns do que às pessoas jovens. Ainda assim, sua integridade física e psíquica, que provem dos seus direitos de personalidade, há de ser sempre preservada.

O avanço da idade para sessenta anos ou mais não significa por si senilidade, doença grave, ou morte iminente.⁴⁴ Todavia, o organismo idoso adocece mais. Portanto, enquanto houver vida, faz-se necessário que as especificidades desse corpo e dessa mente sejam cuidados, uma vez que os direitos da personalidade decorrem das necessidades específicas de cada ser humano segundo a sua personalidade ontológica.⁴⁵

Na pessoa idosa, tanto o aparelho respiratório, o cardiovascular, o digestivo, as funções renais, e a atividade psíquica são modificados.

O envelhecimento do aparelho respiratório tem sua capacidade vital diminuída, a difusão de oxigênio através da membrana alveolocapilar diminui assim como a ventilação das bases pulmonares, há modificações no esqueleto e modificações musculares que limitam os movimentos respiratórios, há alterações na árvore brônquica, o que gera calcificações e perda de elasticidade, há perda dos cílios vibráteis e dilatações alveolares que são fatores que ocasionam o emfisema pulmonar.⁴⁶

Nota-se, em matéria cardiovascular, uma diminuição da frequência cardíaca após os sessenta anos, diminui a permeabilidade capilar quanto o débito sanguíneo médio, o que faz aumentar a diferença arteriovenosa em oxigênio;

⁴³ VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15.

⁴⁴ RODRIGUES, Pais C. e RODRIGUES, Maria Manuel Pais. *O doente idoso: patologia geral e terapêutica*. In: Separata do Jornal do Médico. Porto, 1978, p. 2.

⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, p. 80.

⁴⁶ RODRIGUES, Pais C. e RODRIGUES, Maria Manuel Pais. *O doente idoso: patologia geral e terapêutica*, p. 7.

diminui a elasticidade da aorta e grandes vasos, o que gera arteriosclerose e calcificações, aumenta-se também o tempo total de circulação sanguínea.⁴⁷

Em relação às funções renais, ocorre diminuição do débito plasmático renal, baixa também a filtração glomerular, diminui a secreção e reabsorção tubulares e se apresenta perturbada a atividade enzimática que intervêm nas trocas iônicas ao nível dos túbulos renais.⁴⁸

Pelo envelhecimento do aparelho digestivo podem ocorrer perda da dentição o que leva a problemas de mastigação, diminuição da salivação e da atividade secretora gástrica. Alteram-se a função exócrina do pâncreas, a função da síntese protéica do fígado e a motilidade intestinal, o que gera constipação; diminui-se o tônus do estômago e a absorção de aminoácidos, lipídeos e xilose em nível de intestino delgado.⁴⁹

Ocorrem também modificações na capacidade psíquica do idoso tais como: diminuição da capacidade intelectual, diminuição da memória especialmente para fatos recentes, alterações no sono, menor emoção perante acontecimentos traumatizantes e diminuição de autocrítica perante os seus atos.⁵⁰

Nesses casos, para continuar o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade, com a decorrente titularidade de direitos e obrigações, a pessoa idosa que apresente alguns desses agravos deve, na medida em que preservadas suas faculdades mentais, consentir livremente a respeito de qualquer tipo de intervenção em seu corpo e mente. De maneira genérica proclama-se que “o corpo e a liberdade pessoal que nele se encarna apresentam-se no palco do mundo como a premissa para um agir livre.”⁵¹

No contexto apresentado, o art. 17 do Estatuto do Idoso assinala: “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de

⁴⁷ RODRIGUES, Pais C. e RODRIGUES, Maria Manuel Pais. *O doente idoso: patologia geral e terapêutica*, p. 8.

⁴⁸ RODRIGUES, Pais C. e RODRIGUES, Maria Manuel Pais. *O doente idoso: patologia geral e terapêutica*, p. 9

⁴⁹ RODRIGUES, Pais C. e RODRIGUES, Maria Manuel Pais. *O doente idoso: patologia geral e terapêutica*, p. 10.

⁵⁰ RODRIGUES, Pais C. e RODRIGUES, Maria Manuel Pais. *O doente idoso: patologia geral e terapêutica*, p. 11.

⁵¹ RODOTÀ, Stefano. *Transformações do corpo*. Tradução de: BODIN DE MORAES, Maria Celina. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 19, Julho/ Setembro/2004, p. 106.

optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.” Essa regra remete ao consentimento informado cujo fundamento primeiro é a autonomia do paciente.⁵²

Nesse sentido, pode-se afirmar que a opção do idoso doente pelo tratamento de saúde que considerar mais favorável para si – sua aquiescência livre e esclarecida – trata-se da prática do consentimento informado, ou seja, da materialização da manifestação de sua vontade.⁵³

Contudo, “vulnerabilidades médicas, doença grave e inquietação poderiam diminuir a autonomia da pessoa devido também a incertezas que são implícitas em certos tratamentos médicos ou diagnósticos da doença do paciente.”⁵⁴ Por isso, a informação, tão clara quanto possível sobre as indicações e contra indicações da terapêutica e dos exames diagnósticos utilizados, constitui o cerne do consentimento informado, a fim de sanar as incertezas do paciente sujeito à intervenções médicas, ainda quando tenham de ser enfrentadas inseguranças próprias da medicina, doença grave ou tensões emocionais.

Há de se acrescentar que existe uma enorme vulnerabilidade para a tomada de decisões acerca de sua saúde no caso de ser idosa a pessoa adoecida. A idade avançada já torna o ser humano frágil socialmente, fisicamente e psiquicamente, porque sujeito à exclusão social e à possibilidade iminente de agravos psicofísicos. Se doente, o idoso não só mantém sua condição de vulnerável, como a possui acrescida, notadamente, por não estar e por não se sentir sadio. O que se tem nesses casos é uma situação de vulnerabilidade levada ao extremo: pessoa idosa doente tendo que tomar conhecimento das agruras de sua enfermidade, raciocinar a respeito dos procedimentos que lhe são aventados e escolher o que

⁵² SWITANKOWSKY, Irene. S. *A new paradigm for informed consent*. New York: University Press of America, 1998, p. 1: “Autonomia é o fundamento do consentimento informado propriamente dito. Desde a ausência de uma decisão autônoma, o consentimento informado torna-se um simples consentimento. Consentimentos não são propriamente informados a não ser que eles sejam decididos de maneira autônoma pelo paciente. A autonomia é um complexo cognitivo-relacional; estado que varia em grau e qualidade entre os indivíduos. Quanto maior for o desenvolvimento, a reflexão, a educação do indivíduo, mais autônoma será a decisão.” [Traduziu-se livremente do inglês]

⁵³ ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*. In: *Biotecnologia e Suas Implicações Ético-Jurídicas*. Coordenadores: ROMEO CASABONA, Carlos María e QUEIROZ, Juliane Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 128.

⁵⁴ SWITANKOWSKY, Irene. S. *A new paradigm for informed consent*, p. 1. [Traduziu-se livremente do inglês]

fazer dentro deste espectro de circunstâncias desfavoráveis que, inclusive, podem lhe afetar as condições de discernimento, é assaz vulnerável.⁵⁵

Por isso, os médicos devem ter um cuidado especial ao lhe prestarem as informações devidas para que haja consentimento realmente esclarecido e uma atenção redobrada para procederem de acordo com o que realmente o idoso quer ou aceita para si, afinal, pode haver divergência no modo de ver do médico e de seu paciente.

Um exemplo ilustra a hipótese.

“Uma mulher de 82 anos adentrou o consultório do Dr. Mayerovitz.

– Doutor, disse ela sofregamente, não estou me sentindo bem.

– Sinto muito, Sra. Kupinik; algumas coisas a medicina mais avançada pode curar. Eu não tenho como torná-la mais jovem, a senhora compreende.

Ela respondeu de imediato:

– Doutor, quem foi que lhe pediu que me fizesse mais jovem? Tudo que eu quero é que possa me fazer mais velha!”⁵⁶

Nesses quadros, a autodeterminação do paciente idoso deve ser preservada tendo em vista que o Direito lhe garante, enquanto capaz, o livre desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, o trabalho dos médicos de dar ciência acerca da doença, de suas particularidades, dos tipos de intervenções possíveis ou não, das conseqüências de determinado medicamento ou de determinada conduta médica, deve ser desenvolvido da forma mais qualificada e individualizada, atendendo às necessidades de um enfermo em condições muito peculiares.⁵⁷

⁵⁵ Alguma medida dessa vulnerabilidade é expressa por ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Os princípios da vulnerabilidade e da autonomia no estatuto do idoso: pressupostos e aplicações*. Mimeo, 2008, nos seguintes termos: “Com efeito ‘a vivência da doença acompanhada, por definição, da incapacidade de controlar e reverter o processo através de recursos próprios’ e, portanto, de ‘auto-reparação’ estimula a busca de ajuda externa, inspirada na idéia de que ‘a doença é removível e que o enfermo se percebe sanável’, razão do caráter fiduciário na relação médico-paciente.”

⁵⁶ BONDER, N. *O segredo judaico da resolução de problemas*. Rio de Janeiro: Imago, 1995, p. 80.

⁵⁷ Sobre a temática da vulnerabilidade de todos os doentes, idosos ou não, e da necessidade de esclarecê-los especialmente, DE MEIRELLES, Jussara Maria Leal e TEIXEIRA, Eduardo Didonet. *Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente*. In: Diálogos Sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea. Coordenadores: RAMOS, Carmem Lucia Silveira, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, GEDIEL, José Antônio Peres, FACHIN, Luiz Edson e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 355: “Necessário, portanto, levar-se em conta a vulnerabilidade do paciente ao informá-lo a respeito da doença e da terapêutica possível ou não, acessível ou não, bem como dos resultados que se pode obter a partir da eleição do tratamento respectivo. Para ser possível conceder o denominado consentimento livre e esclarecido, é preciso, obviamente, o paciente seja devidamente informado sobre a sua doença e o tratamento a ser ministrado.

Exatamente por isso, considera-se direito do idoso lúcido, no exercício de sua autonomia, não querer ser informado sobre sua enfermidade, bem como a respeito das hipóteses de tratamento, de seus possíveis riscos e benefícios. Nesse caso ele também consente, validamente, que todas as deliberações sejam tomadas pelo médico ou por familiares, exercendo seu direito de não ser informado a fim de se preservar psicologicamente.⁵⁸ Afinal, o consentimento informado transfere para o idoso os riscos das intervenções médicas, que, obedecendo aos princípios bioéticos do respeito pela autonomia do doente, da não maleficência, da beneficência e da justiça,⁵⁹ – o que afasta a negligência dos profissionais da saúde a qual, evidentemente, lhes atribui responsabilidades – estão, entretanto, sujeitas a não alcançar o resultado pretendido ou até a causar males maiores.⁶⁰

Portanto, gozar de capacidade desponta como requisito para que o idoso possa emitir, validamente, o consentimento de uma intervenção nos domínios de seu corpo ou mente adoentados.⁶¹ É necessária sua capacidade para entender a

Não é por demais evidente dizer-se que a informação deve ser bem compreendida pelo paciente. Mais do que informado, ele deve ser esclarecido. Se não entende a linguagem médica, esta deve ser simplificada. Se consegue entendê-la, mas não tem condições de assimilá-la, posto que seu sofrimento é muito maior que a sua capacidade de raciocínio, isso deve ser considerado. O consentimento, em tais casos, não é livre; é evadido de vício: a vulnerabilidade.”

⁵⁸ GOLDIM, José Roberto. *Bioética e envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Lígia, NERI, Anita Liberaes, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 86: “O paciente também tem o direito de ‘não saber’, isto é, o direito de não ser informado, caso manifeste expressamente essa sua vontade. O profissional de saúde tem que reconhecer claramente quando essa situação ocorre e buscar esclarecer com o paciente as suas conseqüências. O paciente deve ser consultado formalmente se essa é realmente a sua decisão. Após isso, a sua vontade deve ser respeitada. Nessa situação deve ser solicitado que indique uma pessoa de sua confiança para que seja o interlocutor do profissional com a família. O próprio paciente, quando possível, deve comunicar à sua família essas suas decisões.”

⁵⁹ Consoante BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 4 ed. New York, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 120- 394, *passim*.

⁶⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p. 130: “A questão em torno do consentimento informado é, pois, esta: em que consentir o paciente, pois o objeto de seu consentimento é a intervenção médica como tal, com sua tendência diagnóstica, preventiva ou curativa, mas também com seu inevitável risco de danos.”

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 344: “A idade não pode ser um aspecto que incide sobre o *status personae*. A menoridade, a idade madura ou senil que seja, não incide por si só sobre a propensão à titularidade das situações subjetivas. O seu efetivo exercício pode ser limitado ou em parte excluído, a partir não de predeterminadas, abstratas, rígidas e às vezes arbitrárias valorações ligadas às diversas fases da vida, mas sim com base na correlação, valorada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se consubstancia a concreta situação e a capacidade de entender e de querer. Deve-se verificar a real capacidade de efetuar e

condição em que se encontra, sopesar os riscos e benesses potenciais do tratamento e, a partir disso, deliberar a respeito segundo suas convicções.⁶² O conteúdo de capacidade para decidir sobre os domínios do seu corpo, genericamente considerado, parece ser o mesmo da capacidade de fato, entendida como a aptidão para usar e exercer, *por si mesmo*, os direitos na vida civil.⁶³

Não se olvida de que os idosos relativamente incapazes possam também, desde que devidamente assistidos, influir de maneira válida nos atos médicos em si próprios, uma vez que não são totalmente desprovidos de habilidade mental.⁶⁴

Mas os idosos absolutamente incapazes não poderão decidir acerca das intervenções médicas a que serão submetidos, por não possuírem uma vontade consciente, destarte, dotada de valor jurídico. Esses idosos, bem como outros que, embora capazes encontrem-se inconscientes, por coma conseqüente de traumatismo ou por enfermidade, não poderão optar pelo tratamento de saúde que

pôr em ação as escolhas e os comportamentos correlacionados às situações subjetivas interessadas. É fundamental distinguir o idoso auto-suficiente do idoso em condições de debilidade ou deficiência.” [Traduziu-se livremente do italiano]

⁶² HIGHTON, Elena I. e WIERRZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*. 2 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 104.

⁶³ Conforme lições de PEREIRA. Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. Vol 1. 20 ed. Atualizado por: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 279: “A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopático, por maior que seja a longevidade. Dar-se-á a interdição se a senectude vier a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de *alzheimer*, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. Em tal caso, a incapacidade será o resultado do estado psíquico e não da velhice.” Em sentido contrário, RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 90: “Dessa forma, embora possam ter relevantes pontos de interseção, o fato é que os dois conceitos não se confundem. A capacidade legal de praticar atos jurídicos não se relaciona com a competência para tomar decisões médicas. Ao paciente devem ser concedidas todas as oportunidades possíveis de tomar decisões médicas a seu próprio respeito. Aliás, se deve inclusive preservar o direito de os pacientes incompetentes receberem informação sobre a sua condição médica e opções, o que os possibilita influir, na medida do possível, em eventuais decisões quanto a alternativas de tratamento.” Ao que se responde em desacordo e com base nas lições de ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p. 148, nota 44: “Com certa freqüência se observa na literatura sobre estas matérias a utilização dos termos ‘competente’ e ‘incompetente’, para se referir à pessoa que tem ou não capacidade para prestar seu consentimento. Trata-se de expressões de origem anglo-saxônica, no geral importadas por não juristas, ao fazer a tradução literal das palavras ‘competent’ e ‘incompetent’”.

⁶⁴ PEREIRA. Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, p. 282: “Os relativamente incapazes não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício de seus direitos se realiza com a sua presença. Mas atendendo ao ordenamento jurídico a que lhes faltam qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia, exige sejam eles *assistidos* por quem o direito positivo encarrega desse ofício.”

julgarem mais favorável, devendo a decisão ser tomada por terceiros, na forma do parágrafo único do art. 17, do Estatuto do Idoso: “Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita: I – pelo curador, quando o idoso for interdito; II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil; [...]”

A prelação pelo curador seguida dos familiares na falta do primeiro contém dotação de sentido. O que a Lei visa com essa hierarquia de outros sujeitos quando o idoso não possa manifestar sua vontade, é que consinta a pessoa que dele for mais próxima em afinidade, que conheça seus desejos anteriormente expressados e seus valores pessoais, logo, que se manifeste do modo mais próximo ao que manifestaria o idoso se gozasse de capacidade para tanto.⁶⁵

De todo modo, cabendo ao idoso, ou, em caso de incapacidade, ao seu curador ou aos seus familiares decidir acerca do mais favorável tratamento de saúde dentre os propostos, faz-se imprescindível para um consentimento válido a informação muito bem prestada. Ela deve ser adequada em termos de qualidade e quantidade, ou seja, relevante para o consentimento livre e esclarecido do paciente ou de terceiros que, por ele, tenham que decidir.

Devem constar da informação: elementos característicos ou o caráter da intervenção, objetivos pretendidos por meio dela, riscos provenientes dela, implicações adjacentes que com certeza vão ocorrer, conseqüências colaterais presumíveis ou possíveis, efeitos que serão acarretados no modo de vida do idoso, alternativas de tratamento, entre outros que a identifiquem com a mais absoluta clareza, como um vocabulário usado pelos médicos apropriado para o nível intelectual e cultural de quem vai emitir o consentimento. Mais: a informação não

⁶⁵ Refere-se a essa hipótese com muita propriedade, SERTÃ, Roberto Lima Charnaux. *A distanásia e a dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 125: “Já no atual Código, há expressa referência ao ‘**descendente que se demonstrar mais apto**’ (parágrafo 1º do artigo 1775), o que consiste em cláusula aberta, de interpretação subjetiva, a permitir que venha atuar como representante legítimo dos interesses do incapaz, o seu descendente que se revele mais preparado, sereno e responsável para tão delicada missão, independente do seu lugar na ordem de idade entre seus irmãos.[...]”

Destarte, *sobretudo nas últimas etapas da vida do pai ou da mãe, o filho que estiver mais presente no cotidiano deles, sempre disposto a lhes prover amparo e tomar a frente nas decisões mais difíceis, este sim, será o mais indicado para desempenhar o mister de curador.*

De notar-se que, em qualquer hipótese o Código irá, como alternativa final, deferir ao Judiciário o poder de decidir a quem entregar a curatela do enfermo incapaz.

[...]Situções haverá em que, por exemplo, *um neto dedicado, que tenha sido criado pelo avô, e dele nunca tenha se afastado, será muito mais habilitado a gerir seus interesses do que um filho que há anos resida em local distante, e não se envolva em assuntos familiares.*” [grifou-se]

deve pecar por insuficiência ou por exagero, além de dever ser contínua em determinadas circunstâncias.

Se a informação é insuficiente, retirará do consentimento a natureza livre e esclarecida que o caracteriza. Se for exagerada, pode levar a temores excessivos sobre hipóteses remotas e macular a saúde psíquica do doente idoso.⁶⁶ É obrigação do médico proceder à avaliação entre o que resulta insuficiente ou exagerado sopesando os princípios bioéticos do respeito pela autonomia do doente, da não maleficência, da beneficência, da justiça⁶⁷, e, na hipótese de paciente idoso, considerar, inclusive, sua ampla vulnerabilidade nos casos em que julgar difícil em que medida informar.

Já a continuidade da informação diz respeito às ações terapêuticas que não se esgotam em apenas um ato e cuja peculiaridade só se revela posteriormente ao início da assistência médica. Assim, paulatinamente, o médico informa e obtém ulteriores consentimentos na medida em que avança com o tratamento.⁶⁸ Preferivelmente, a informação deve ser transmitida tanto verbalmente, com

⁶⁶ Como bem adverte STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 65 e 66: “Não se deve prescindir do dever de *falar a verdade* ou, no mínimo, calar a verdade, desde que não com o intuito de ludibriar. O médico pode, por exemplo, recusar-se a fornecer determinadas nuances da informação, desde que não induza o paciente a crença de que diz toda a verdade (uma omissão dolosa). Em qualquer hipótese, no entanto, *não é permitido às partes faltar à verdade*.”

⁶⁷ Nesse diapasão, são elucidativas as lições acerca de tais princípios feitas por BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do biodireito*. In: *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: BARBOZA, Heloisa Helena, DE MEIRELLES, Jussara Maria Leal e BARRETTO, Vicente de Paulo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55: “O estabelecimento dos mencionados princípios da bioética decorreu da criação pelo Congresso dos Estados Unidos de uma Comissão Nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação em seres humanos pela s ciências do comportamento e pela biomedicina. Iniciados os trabalhos em 1974, quatro anos após publicou a referida Comissão o chamado *Informe Belmont*, contendo três princípios: a) o da *autonomia* ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais; b) o da *beneficência* que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; c) o da *justiça* ou imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira diferente de outra, salvo haja entre ambas uma diferença relevante. A esses três princípios Tom L. Beauchamp e James F. Childress acrescentaram outro, em obra publicada em 1979: o princípio da ‘*não maleficência*’, segundo o qual não se deve causar mal a outro e se diferencia assim do princípio da beneficência que envolve ações de tipo positivo: prevenir ou eliminar o dano e promover o bem, mas se trata de um bem de um contínuo, de modo que não há uma separação significativa entre um e outro princípio.” [Grifou-se]

Para uma análise pormenorizada de tais princípios, veja-se, por todos, BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 4 ed. New York, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 120- 394.

⁶⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p. 155-157.

vocábulos compreensíveis para os idosos, quanto por escrito, com um tamanho de letra ajustado à sua capacidade de leitura. “Um documento elaborado com vocabulário inadequado, estrutura de texto de difícil compreensão e tamanho de letra pequeno pode, por si, gerar um constrangimento pela sua dificuldade de acesso e entendimento.”⁶⁹

A tomada de decisão pelo idoso enfermo, ou por terceiros por ele responsáveis, deve dotar-se de voluntariedade. Por isso, o consentimento ou o não consentimento devem ocorrer livres de qualquer forma de coação, persuasão forte ou constrangimentos.⁷⁰ Aqui, aborda-se o não consentimento como rejeição à intervenção médica, logo, como manifestação da vontade do paciente que não deseja se submeter ao tratamento proposto, seja diagnóstico, preventivo ou curativo. Ainda assim, cabe ao médico sugerir outros tipos de terapêutica ou mesmo paliativos para a situação patológica que acomete o idoso. Veja-se bem: a Lei dá ao idoso “o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”, considerando que, diante de doenças terminais, ele possa optar por tratamentos meramente paliativos, que não posterguem sua vida de maneira fútil. Mas não se cogita em deixá-lo, se doente, sem qualquer tipo de tratamento que o alivie das dores e dos mal estares. O Código Civil brasileiro afirma, em seu art. 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Nesse caso, note-se que há rejeição à intervenção médica em favor da vida.

Observe-se que na Espanha será pertinente a alta voluntária “quando já não se tenha sentido a permanência do paciente no centro sanitário ou sua visita ao mesmo, ou seja, quando já não esteja à disposição do pessoal sanitário medida alguma em favor da saúde do paciente, além daquela que foi rejeitada por ele.”⁷¹ Acrescenta-se que lá, o paciente com capacidade pode prescindir de tratamentos vitais.⁷² Na Inglaterra, inclusive, ao juiz foi concedido o poder de consentir em

⁶⁹ GOLDIM, José Roberto. *Bioética e envelhecimento*, p. 89

⁷⁰ GOLDIM, José Roberto. *Bioética e envelhecimento*, p. 89.

⁷¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p. 170.

⁷² ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p. 169.

favor do suicídio assistido, enquanto no Brasil esta prática configuraria crime, tipificado no art. 122 do Código Penal.⁷³

Nesse particular há importantes posições doutrinárias, tanto no âmbito da medicina quanto no do direito, a favor de não delongar a agonia de um idoso em estado terminal, submetendo-o a um depauperamento vagaroso, conseguido por meio da tecnologia e dos avanços da ciência médica, ou seja, pelo mecanismo da distanásia. Em prol da dignidade humana, valor máximo do ordenamento jurídico pátrio, parecem acertados os argumentos contra esse prolongamento *artificial* da vida, que pode gerar aflição e amargura a um ser humano que já existiu suficientemente para alcançar a velhice, fase final de sua trajetória na qual, inevitavelmente, encontrar-se-á com a finitude.

Então, o que deve ser feito se é sabido que o ancião prefere morrer em sua casa ao invés de no hospital, quando também se sabe que em casa ele morrerá mais depressa? “Talvez não seja supérfluo dizer que o cuidado com as pessoas fica muito defasado em relação ao cuidado com seus órgãos.”⁷⁴ “Assim, como regra geral, para uma intervenção que prolonga a existência ser considerada adequada, ela não pode piorar a qualidade de vida”⁷⁵ do idoso.

Os avanços tecnológicos de hoje devem servir sempre para estancar a dor do idoso defronte à morte. Após a certeza de doença incurável parece correto que a qualidade de vida prepondere em face da sua quantidade e há meios de proporcionar esse tipo de auxílio à pessoa idosa enquanto ela subsistir.⁷⁶ Nesse

⁷³ Relata DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259, que: “Nancy B., de vinte e cinco anos sofria de uma doença rara neurológica chamada síndrome de Guillain-Barre que a deixava paralisada do pescoço para baixo, e pediu ao juiz que autorizasse o médico a desligar o aparelho de respiração artificial que a mantinha viva. O médico lhe disse que ligada a esse aparelho, poderia continuar viva por muitos anos ainda, mas ela preferia morrer. ‘As únicas coisas que restam na vida são assistir à televisão e ficar olhando as paredes. Para mim, chega. Já estou ligada ao respirador há dois anos e meio, e acho que fiz a minha parte’. O juiz disse que ficaria muito feliz se Nancy mudasse de opinião, mas que a compreendia e concordaria com seu pedido. O respirador foi desligado e Nancy B. morreu em fevereiro de 1992.”

⁷⁴ Essa ponderação é feita por ELIAS, Norbert em *Envelhecer e morrer*, p. 103.

⁷⁵ PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. *Qualidade de vida na velhice*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermano, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 83.

⁷⁶ BURLÁ, Claudia. *Envelhecimento e cuidados ao fim da vida*. 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. 377: “Os

propósito, entram em cena os analgésicos, antiinflamatórios, antieméticos, psicofármacos, antibióticos, anti-secretóres, protetores de mucosa gástrica e laxativos para que sejam desenvolvidos cuidados paliativos, tendo em vista que o sofrimento não faz, essencialmente, parte do processo de morrer.⁷⁷

Apesar de a distanásia possuir defensores e opositores, conjectura-se que no Brasil ela tem angariado mais oponentes do que aplausos.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, atendendo à consulta da Dra. C. S. R. – cujo conteúdo tratava de que atitude tomar como médica em face de paciente de 78 anos de idade, com neoplasia maligna metastática sem resposta ao tratamento habitual, após autorização dos familiares para não intubar, em franca evolução para insuficiência respiratória – emitiu o seguinte parecer:

“Anexamos à presente Consulta manifestações deste Conselheiro e outros (bioeticistas ou juristas), favoráveis ao não prolongamento da vida por ‘meios heróicos’ em pacientes terminais, mormente se for a pedido do próprio paciente ou da família. Há inclusive, Resolução recente da Comissão de Bioética do HC-FMUSP, que poderá ser solicitada e juntada.

Já se vai consagrando entre nós o princípio da autonomia. Já não tem mais a mesma força, nos dias atuais, a suposta imposição hipocrática de se preservar SEMPRE a vida, a qualquer custo.

Do próprio Vaticano emanaram considerações no sentido de se permitir, aos pacientes terminais, uma morte digna, com o mínimo de sofrimento para eles e para os seus familiares.

Assim sendo, a situação descrita pela consulente se enquadra claramente nos casos em que o médico, intervindo sobre o paciente, no mais das vezes à revelia ou até mesmo contra a vontade dele e de seus familiares, passa a assumir mais a postura de torturador do que a de médico.

Está claro que, na suspensão do tratamento, toda documentação comprovante da vontade do paciente, e de seus familiares, bem como do estágio terminal da doença, deverá ser anexada ou inscrita no prontuário, para fins de possível futura defesa do médico diante de virtual acusação de omissão”⁷⁸

cuidados paliativos têm início quando do diagnóstico de uma doença incurável. Mesmo na fase aguda do tratamento, medidas paliativas devem ser tomadas para aliviar qualquer sintoma que cause desconforto ao paciente, paralelamente a tratamentos como tentativa de cura. Mas, à medida que a doença evolui e a cura não é mais possível para aquele paciente, os cuidados paliativos passam a ser a modalidade terapêutica mais adequada. A estratégia do tratamento, então, muda para uma abordagem que visa ao alívio dos sintomas e não mais à cura, pela impossibilidade de isso ocorrer.”

⁷⁷ BURLÁ. Claudia. *Envelhecimento e cuidados ao fim da vida*, p. 378-392.

⁷⁸ CREMESP- Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Parecer nº 37267. Data de Emissão: 1999. Ementa: Médica que recebe autorização de familiares para não intubar paciente de 78 anos com neoplasia maligna metastática sem resposta ao tratamento habitual. Em: <http://www.cremesp.org.br>, consultado em 15. 11.2007.

Esclareça-se que, se o paciente idoso preferir a distanásia, é direito seu ter acesso a ela, pois há idosos que preferem uma morte lenta, com sofrimento, desde que conservado um bocado a mais de sua existência. O ideal é que a pessoa idosa adoecida possua capacidade para optar pelo que melhor lhe convenha e de fazer escolhas sobre o que diga respeito ao que resta de sua vida.

Tem-se como exemplo o caso da idosa de setenta e seis anos que, após uma cirurgia cardíaca não mais pôde se retirar da unidade de terapia intensiva embora sofresse uma crise após a outra. Ela desejava, sempre que se fizesse necessário, submeter-se ao processo de “ressuscitação” e sua vontade foi salvaguardada mesmo quando passou por uma parada cardíaca usando um respirador artificial. Na ocasião, a filha não permitiu que deixassem de ressuscitá-la, argumentando que sua família tinha o costume de ‘lutar até o fim’ como em casos antecedentes que envolveram a vida do marido e da tia da idosa, reforçando sua posição, em consonância com os valores da mãe, ao aduzir: ‘Até nosso gato recebeu transfusões de sangue quando estava agonizante.’⁷⁹

Porém, há exceções ao direito do idoso de prestar consentimento.

A supremacia dos interesses coletivos exsurge como uma delas, em certas ocasiões em que o aspecto coletivo deve prevalecer em face do interesse individual. No ambiente médico-sanitário é comum que se controle uma enfermidade transmissível a outras pessoas como em circunstâncias de epidemia ou de doenças infecto contagiosas. Tratam-se de situações nas quais a autonomia do idoso para o consentimento informado pode restringir-se por medidas limitativas, tendo em vista o bem estar e a saúde públicos. Até mesmo sua liberdade de ir e vir poderá ser cerceada. Faculta-se inclusive ao Poder Público, impor a tais idosos portadores de agentes patogênicos, vacinação compulsória e proibição de entrada em determinados espaços.⁸⁰

⁷⁹ Exemplo extraído da obra de DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 263.

⁸⁰ Consoante ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p. 165.

Situações de emergência vital previstas também pelo parágrafo único do art. 17 do Estatuto do Idoso fazem com que o médico decida por ele na falta de tutor ou de familiares.⁸¹

Mas só em casos limite, onde a vida do idoso esteja em xeque, é permitido que o médico prescindia do consentimento informado para praticar intervenções, invertendo, pois, o costume seguido num passado próximo que lhe entregava o poder de decisão acerca do tratamento mais satisfatório para o enfermo.⁸² Trata-se do consentimento presumido, que possui como base jurídica o estado de necessidade do paciente e a impossibilidade, sob risco de vida, de primeiramente consultar pessoas do entorno do idoso, como o possível curador e familiares.⁸³

Por todo o exposto, afirma-se que o consentimento informado do idoso é instrumento de autodeterminação em questões relativas à sua saúde. No mesmo sentido, ousa-se dizer que a autonomia, não só para o consentimento informado, mas para qualquer escolha de como viver os anos de velhice, manifesta condição de saúde da pessoa idosa.

Já se reconheceu que o aumento da idade amplia as possibilidades de episódios de doenças e de danos à funcionalidade psicofísica e social. Contudo, se

⁸¹ Art. 17 do Estatuto do Idoso: “Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

[...]

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para a consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.”

⁸² Conforme esclarece BARBOZA, Heloisa Helena. *A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil*. In: Separata de Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora e Centro de Direito Biomédico. Julho/ 2004, p. 7: “Desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o *bem* do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considerava benéfico para o paciente, sem que esse em nada intervenha na decisão. Esse tipo de relação, apropriadamente denominada paternalista, atribui ao médico o poder de decisão sobre o que é melhor para o paciente. Similar à relação dos pais para com os filhos, foi durante longo tempo considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta. O médico tomava todas as decisões sem o paciente, a quem se dirigia para comentar o tratamento com vista a assegurar o seu cumprimento ‘Um bom paciente era o que seguia o tratamento e um mau paciente o que não o seguia’
A relação de assistência – compreendendo-se como tal: diagnóstico, exames, tratamento, enfim toda gama de cuidado com as pessoas que têm algum problema de saúde, de natureza paternalista – defendida por alguns até o presente, manteve-se durante milênios ‘tendo como alicerce a perpetuação de três crenças’: a obrigação de reverência aos médicos, seres dotados de um poder sobrenatural de curar; a fé nos doutores; a obediência ao médico, já que ‘quem sabe mais, pode mais.’ ”

⁸³ ROMEO CASABONA, Carlos María. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos*, p.166-168.

o ser humano envelhece com autonomia e independência, continuando ativo no exercício de seus papéis sociais e, na intimidade, prevalece dono de si mesmo, a gozar de um juízo de significado pessoal, mesmo que acometido por um ou outro agravo, pode-se afirmar que ele é saudável, pois autonomia também é sinônimo de saúde.

2.3

A Saúde Como Direito Social Prioritário da Pessoa Idosa

A Constituição da OMS (Organização Mundial de Saúde), agência internacional pertencente ao grupo de agências da ONU (Organização das Nações Unidas), define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecção ou doença.”

Com esse significado a saúde recebe o tratamento mais abrangente possível: uma pessoa que não contenha qualquer doença ainda não possui saúde se não tiver um completo, quer dizer, um conteúdo concluído de bem estar não só físico e mental, mas também social. Realmente, o teor abrangido pela definição de saúde da OMS serviria também para conceituar felicidade: um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Não se pretende com essa primeira asserção criticar o critério adotado pela OMS para aferir saúde. Entende-se que dificilmente poderia ser elaborado algo melhor, que o ser humano merece o estabelecido e que esse estado ideal de coisas deve ser constantemente buscado, pois restringi-lo poderia ocasionar um retrocesso social.

Paralelamente, a OMS define qualidade de vida como: “a percepção do indivíduo de sua posição na vida no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.” Aqui, o conteúdo apresentado toca na subjetividade de cada um, pois depende da percepção, ou seja, do que possa se aperceber, no sentido de sentir, acerca de *sua* posição na vida, no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais *se* vive e também o *seu* sentimento (subjetivo) em relação aos *seus* objetivos, expectativas, padrões e preocupações. De tal modo, mesmo que a vida de alguém pareça qualitativamente maravilhosa aos olhos dos outros, ela não será se esse alguém assim não a experimentar.

Ambas as definições são importantes para se construir uma acepção de saúde para a pessoa idosa, sem se esquecer que o envelhecimento acarreta “trocas anatômicas e funcionais não produzidas por doenças” e que se diferem entre os indivíduos, mas que fazem parte de “um processo biológico intrínseco, declinante e universal, no qual se podem reconhecer marcas físicas e fisiológicas inerentes.”⁸⁴ Por isso, torna-se difícil implementar a medicina tradicional curativa para os idosos. Na terceira idade alterações anatômicas, funcionais e doenças crônico-degenerativas apresentam-se irreversíveis, embora possam ser controladas pela medicina geriátrica. O grande problema enfrentado é o não controle dessas afecções, que gera sintomas desagradáveis, seqüelas e complicações. “Estas serão responsáveis por deterioração rápida da capacidade funcional, surgindo incapacidade, dependência, perda de autonomia, necessidade de cuidados de longa duração e institucionalização.”⁸⁵

Logo, proclamar saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, além da ausência de afecção ou doença para os anciões em sua generalidade parece utópico, tendo em vista que não é comum envelhecer sem passar pelo mencionado processo biológico próprio do envelhecimento que, certamente, compromete a saúde percebida nos termos da OMS.⁸⁶

Todavia, não se proclama que a saúde na terceira idade tal como prevista pela OMS – um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecção ou doença – seja inalcançável. Há de se levar em conta a existência de idosos com propensão genética acima do normal, capazes de usufruir o previsto na Constituição Internacional de Saúde, e, nesses casos, a Medicina e o Direito devem assegurar a manutenção dessa saúde. Adverte-se, porém, que tais casos constituem raridades. Importante asseverar que não se quer

⁸⁴ DE FREITAS, Elizabeth Viana, MIRANDA, Roberto Dishinger e NERY, Mônica Rebouças. *Parâmetros clínicos do envelhecimento e avaliação geriátrica global*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabeth Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 609.

⁸⁵ PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. *Qualidade de vida na velhice*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 81.

⁸⁶ RAMOS, Luiz Roberto. *Epidemiologia do envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabeth Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 74 e 75.

dar menos saúde à pessoa idosa se ela possui capacidade para usufruir o máximo, mas ser realista e dar todo o possível dentro das limitações do ser encanecido.

Por outro lado, não se apregoa que velhice seja sinônimo de não saúde. A geriatria, no estágio em que se encontra, focaliza “a preservação e/ou a recuperação funcional” por meio de “uma abordagem diagnóstica multifacetada dos problemas físicos, psicológicos e funcionais”, do idoso.⁸⁷ Aliás, considera-se possível gozar de uma velhice bem sucedida preservando a saúde física e psíquica até a idade mais adiantada, observada como situação de bem estar pessoal, familiar e social, tendo em vista que o envelhecer, na concepção dos cientistas e mesmo dos leigos, “não implica, necessariamente, doença e afastamento, e de que o idoso tem potencial para mudança e reservas de desenvolvimento inexploradas.”⁸⁸

Nesse sentido, parece mais próximo das condições inerentes do idoso, o ideário de qualidade de vida acima esboçado, tendo em vista que ele também se relaciona com a vida saudável, numa perspectiva mais condizente com o *self* da pessoa idosa.⁸⁹

Afirma-se que pessoas bastante idosas possuem condições de auferir uma vida saudável, apesar das limitações referidas, no caso de se conceber saúde como *capacidade funcional*.⁹⁰ Por conseguinte, “embora a grande maioria dos idosos seja portadora de, pelo menos, uma doença crônica, nem todos ficam limitados

⁸⁷ DE FREITAS, Elizabete Viana, MIRANDA, Roberto Dishinger e NERY, Mônica Rebouças. *Parâmetros clínicos do envelhecimento e avaliação geriátrica global*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 617.

⁸⁸ FREIRE, Sueli Aparecida. *A personalidade e o self na velhice: continuidade e mudança*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Alufio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 929.

⁸⁹ Refere-se ao *self*, FREIRE, Sueli Aparecida. *A personalidade e o self na velhice: continuidade e mudança*, In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 929 elucidando que se trata de: “Termo que se refere a Eu, Eu-mesmo, Si-mesmo. Será mantida a palavra em inglês e em itálico porque esse uso é corrente na literatura em várias línguas.” E na p. 930, explica que: “Na literatura sociológica e psicológica, o *self* é definido como um conjunto de estruturas de autoconhecimento que representam o que um indivíduo pensa de si mesmo e quanto gasta de energia e de cuidados consigo próprio. Constitui o âmago do autoconceito, a consciência de que o indivíduo tem de sua contínua identidade e de sua relação com o ambiente, ou do que vê como essencial sobre si mesmo. Desenvolve-se gradualmente, depende da interação do indivíduo com os outros e tem funções reguladoras sobre a personalidade.”

⁹⁰ Nesse sentido também se manifesta BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*, p. 117.

por essas doenças, e muitos levam uma vida perfeitamente normal com suas doenças controladas e expressa satisfação na vida.”⁹¹

Jungida à idéia de saúde como capacidade funcional, compreende-se também que gozar de saúde relaciona-se a possuir *qualidade de vida*, na acepção da OMS. Trabalhando especificamente com o idoso “a qualidade de vida na velhice pode ser definida como a avaliação multidimensional referenciada a critérios sócio-normativos e intrapessoais, a respeito das relações atuais, passadas e prospectivas entre o indivíduo maduro ou idoso e o seu ambiente.”⁹²

Outro fator que avalia a qualidade de vida do idoso é a medida de sua *autonomia*.⁹³ A autonomia apresenta-se como a habilidade de definir e realizar seus próprios intentos, portanto, não envolve saber se o idoso é, independente do quão avantajada seja sua idade, hipertenso, diabético, cardíaco ou se medica com antidepressivos. Caso ele mantenha a aptidão para conduzir sua vida e decidir como e, em que circunstâncias, se dedicará ao trabalho em qualquer modalidade, ao lazer, ao cuidado consigo e aos relacionamentos e atividades sociais, apesar dos agravos apontados, seguramente será avaliado como uma pessoa saudável.⁹⁴

O envelhecimento bem sucedido, ou seja, saudável, é o somatório da capacidade funcional aliada à qualidade de vida e à autonomia da pessoa idosa. No entanto, faz-se imperioso ressaltar que a perda delas são conjecturas muito

⁹¹ RAMOS, Luiz Roberto. *Epidemiologia do envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 74.

⁹² PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. *Qualidade de vida na velhice*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 81.

⁹³ LEMOS, Naira e MEDEIROS, Sônia Lima. *Suporte social ao idoso dependente*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Lígia, NERI, Anita Libranesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 893: “Na velhice, a manutenção da autonomia e da independência estão intimamente ligadas à qualidade de vida. A autonomia e a independência, entre os idosos, são ótimos indicadores de saúde. Uma das formas de se qualificar a qualidade de vida de um idoso é avaliando-se o grau de autonomia que possui e o grau de independência com que desempenha as funções do dia-a-dia, sempre levando o contexto sociocultural em que vive. Isto porque é este que vai lhe oferecer oportunidades ou restrições para o exercício total ou parcial da independência e da autonomia. Contextos aceitadores e respeitadores dos direitos de todos os cidadãos, e que, por isso, ofereçam compensações e ajudas a cada um segundo a sua singularidade, têm maior capacidade para garantir a autonomia e a independência de seus membros, entre eles os idosos.”

⁹⁴ RAMOS, Luiz Roberto. *Epidemiologia do envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 75.

comuns na velhice, pois, nessa altura da vida, corriqueiramente, ocorrem modificações funcionais as quais, não controladas, retiram dos anciãos a saúde.

Na velhice as situações mórbidas estão adjacentes, desencadeando-se com mais facilidade do que nas pessoas jovens, pois a capacidade de reserva e de defesa do idoso também se tornam menores. O envelhecimento proporciona a diminuição da disposição para se adaptar, de tal maneira que o indivíduo fica muito mais vulnerável aos processos traumáticos, infecciosos e psicológicos.

Do mesmo modo, é habitual que a pressão arterial, o débito cardíaco, o equilíbrio hidroeletrólítico e o fluxo sanguíneo encontrem-se debilitados na terceira idade.⁹⁵ No aparelho locomotor observa-se alteração na marcha, diferenciada dos mais jovens por desenvolver-se a passos curtos, mais lentos ou mesmo por pés que se arrastam; os movimentos dos braços perdem a amplitude situando-se mais junto ao corpo. Na visão podem surgir as cataratas, degeneração macular, glaucoma e retinopatia diabética, além do decréscimo da habilidade visual por vários outros fatores decorrentes do envelhecimento. No aparelho auditivo há perda da acuidade às vezes acompanhada por estados vertiginosos e zumbidos.⁹⁶ Acrescente-se que as demências e depressões são relativamente frequentes na maior idade.⁹⁷

Enquanto na infância mais adiantada, na juventude e mesmo na idade adulta não próxima à velhice esses agravos são raros e, quando existentes, constituem desafios para a medicina e a ciência – uma vez que pés que se arrastam para conseguir se movimentar, ou demências degenerativas não são próprios da juventude – na velhice esses transtornos são muitíssimo comuns.

Quando se é jovem apenas se usufrui da saúde sem sequer percebê-la, porque seu oposto, a doença – e não se refere a resfriados – inexistente usualmente.

Jovens e idosos habitam mundos diferentes. Enquanto gozar de saúde na juventude é algo natural e as enfermidades consistem exceções à regra,

⁹⁵ DE FREITAS, Elizabete Viana, MIRANDA, Roberto Dishinger e NERY, Mônica Rebouças. *Parâmetros clínicos do envelhecimento e avaliação geriátrica global*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 611.

⁹⁶ DE FREITAS, Elizabete Viana, MIRANDA, Roberto Dishinger e NERY, Mônica Rebouças. *Parâmetros clínicos do envelhecimento e avaliação geriátrica global*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 611.

⁹⁷ RAMOS, Luiz Roberto. *Epidemiologia do envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 75.

permanecer saudável na velhice significa triunfar num entorno de adversidades que envolvem o ser envelhecido.

Mas, de início, já se proclama que essas adversidades precisam ser controladas para que o idoso afigure o máximo de saúde de acordo com suas possibilidades intrínsecas.

Nesse contexto, pergunta-se:

- Quem envelheceu?

Quem envelheceu é um ser humano que já passou pela infância e adolescência, experimentou a juventude e a idade adulta, que possui sentimentos de alegria e tristeza, recordações boas e ruins, ambições de múltiplas facetas. E ele os tem porque está vivo!

Por isso, ao tratar dos direitos fundamentais do idoso seu Estatuto elegeu, como o primeiro deles, o direito à vida jungido à saúde e à dignidade, na forma do art. 9º: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”

É importante ressaltar o conteúdo normativo do artigo em comento, pois ele agrega à vida saudável àquela que se dá em condições de dignidade. De nada adianta ao idoso estar vivo se não goza de bem-estar físico, psíquico e social, pois, sem esses predicados, não há que falar em vida nas condições de dignidade a que toda pessoa humana tem direito.

A partir do caráter normativo do princípio da dignidade humana, todas as pessoas fazem jus a viver dignamente, gozando de saúde, em qualquer etapa de sua existência. Como os idosos são propensos às enfermidades iminentes da terceira idade, sua saúde, quando em bom estado, deve ser preservada a todo custo e, quando deficitária, precisa ser reabilitada com primazia, pois a queda na saúde de um idoso pode significar a perda da vida em dignidade.

Compreende-se que a existência digna dos anciãos também se compõe pelo acesso à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e ao trabalho.⁹⁸ Mas sem saúde não há como desfrutar desses e de outros direitos

⁹⁸ Anote-se, segundo informações trazidas ao conhecimento por BARBOZA, Heloisa Helena. *A ética na saúde*. In: Saúde e Previdência Social: desafios para a gestão do próximo milênio. Organizadores: BAYMA, Fátima e KASZNAR, Istvan. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 177, que a conceituação de saúde concebida pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986 é: “A saúde é a resultante das condições de Alimentação, Habitação, Educação, Renda, Meio

tratados com especial atenção às demandas dos idosos na Lei que infraconstitucionalmente os tutela. Resta evidente que, sem o ânimo que só um bom estado de saúde torna possível, não há espaço para a dose de esforço necessária à dedicação aos estudos, à profissionalização e ao trabalho. Inclusive, se em condições deficitárias de saúde o entusiasmo do ancião é usurpado, retiram-se dele, por conseguinte, as condições de se dedicar às atividades culturais, ao esporte e ao lazer.

Portanto, conclui-se, pela frequência e rapidez em que na terceira idade a saúde se esvai, tornando o idoso mais suscetível aos agravos psicofísicos e ao alijamento social que colocam em xeque uma vida saudável, sem a qual não há uma existência envolta pela dignidade, que assegurar o direito à saúde, nessa etapa da vida, constitui *prioridade* para a pessoa idosa. Além disso, dentre os direitos fundamentais de segunda geração agasalhados pela Constituição da República, quais sejam, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, ou seja, dentre aqueles direitos que, para se realizar, necessitam de condutas ativas do Estado ou dos particulares – no caso brasileiro, sempre com a anuência e a fiscalização estatal – a saúde exsurge como direito *prioritário* da pessoa idosa, pois ela é pré-requisito para que os idosos tenham acesso ao trabalho, à educação, à cultura, ao lazer, ao exercício dos direitos civis e políticos, em condições de liberdade e dignidade.

Acrescente-se que para os idosos poderem usufruir de seu direito à saúde são necessárias, concomitantemente, certas condições para a vida em dignidade dadas pelos direitos fundamentais sociais da aposentadoria ou da assistência aos desamparados e da moradia. Observe-se que os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, aliados e assegurados, compõem as metas da seguridade social no Brasil, consoante art. 194 da Constituição da República que apregoa: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Destarte, juntamente com o direito à saúde, são direitos prioritários da pessoa idosa os direitos à aposentadoria ou à assistência e à moradia, posto que

Ambiente, Trabalho, Transporte, Lazer, Liberdade, Acesso a Posse de Terra e Acesso a Serviços de Saúde.”

relacionados às condições mais elementares de vida na terceira idade e por se afigurarem como pressuposto para que sejam exercitados outros direitos.

Elegeu-se, entretanto, como objeto da presente investigação, o direito à saúde, exatamente pelo fato de a qualidade de saúde da pessoa estar em decrescência quanto mais ela se torna idosa. Trata-se de um desafio não só para a medicina, mas também para o direito, que carrega os instrumentos para que o cuidado médico seja implementado, a garantia da saúde das pessoas que se encontram na terceira idade. Ademais, como já colocado, ao lado da previdência ou da assistência e da moradia, a saúde compõe a tríade básica, anterior e essencial para que haja vida em dignidade nas idades longevas e para que direitos posteriores tenham condições de se exercer, razão de se elevá-la à categoria de direito social prioritário da pessoa idosa.

Por essas razões, somente a saúde como direito prioritário da pessoa idosa será analisado nesse trabalho, afinal, tanto o estudo da Previdência Social quanto da Assistência Social como do direito à moradia dos idosos daria ensejo a outras Teses.

Mas optou-se por fazer, de maneira panorâmica, alguns comentários ao direito aos alimentos, previstos nos artigos 11 a 14 do Estatuto do Idoso, de íntima relação com os direitos constitucionais da aposentadoria e da assistência aos desamparados e ao direito à habitação, também previsto no Estatuto nos artigos 37 e 38, consectário natural do direito constitucional à moradia, todavia, sem a menor pretensão de esgotá-los. Tratar-se-á dos direitos aos alimentos e à habitação, sem os quais não há como se conceber condições mínimas para a garantia do direito à saúde, em pontos específicos destinados aos idosos.

Desse modo, o idoso que tenha condições de viabilizar, por seus próprios meios, alimentos adequados às suas indigências é o que melhor atende à sua autonomia. Os alimentos, no sentido lato da palavra, abrangem todas as necessidades para o gozo de uma vida digna e podem provir do direito à aposentadoria, do direito à assistência social, do próprio trabalho da pessoa que ainda se sinta capaz para tanto, de pensão deixada por familiares ou mesmo de recursos amealhados ao longo da vida.

Há idosos, que além de se abastecerem, fornecem alimentos aos seus dependentes, funcionando como verdadeiros arrimos de família. Todavia, outros, sem qualquer fonte de renda, precisam do suporte dela ou do Estado.

Em princípio, o Estatuto do Idoso dispõe no seu art. 11, que “os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil,” Nesses termos, como alimentos devem-se entender os propriamente ditos e todo o necessário para a subsistência do alimentado na vida em sociedade, conforme o disposto no art. 1.920 do Código Civil que, ao falar do legado de *alimentos*, acaba por elucidar o sentido desta palavra que “abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa”⁹⁹ De acordo com o art. 1.694, § 1º do Código Civil, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

Porém, o Código Civil disciplina em seu art. 1.696 que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. O artigo em questão adverte claramente que a obrigação alimentar recai nos parentes mais próximos em grau. A seguir, o art. 1.697 do Código Civil afirma que, “na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos assim germanos como unilaterais.” Logo, só na falta de ascendentes é que os descendentes serão chamados à prestação obrigacional, bem como, só na falta de descendentes a obrigação recairá sobre os irmãos do alimentado.

Tais estabelecimentos não são acompanhados pelo Estatuto do Idoso que em seu art. 12 dispõe: “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.”

Há quem sustente a existência de uma antinomia entre os artigos 11 e 12 do Estatuto, na medida em que se consigna, *a priori*, que os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil, que dispõe de maneira diversa do referido art. 12 que prevê a solidariedade da obrigação alimentar.¹⁰⁰

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 371.

¹⁰⁰ Confrontando os artigos 11 e 12 do Estatuto do Idoso com o artigo 1.696 do Código Civil, DE JESUS, Damásio. E. *Estatuto do idoso anotado – lei 10.741/2003, aspectos civis e administrativos*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 54, salienta: “Conforme veremos a seguir, o artigo 11 ora em discussão, ao recepcionar o Código Civil, criou uma antinomia aparente, visto que o artigo 1.696 estabelece reciprocidade na obrigação alimentar, enquanto o art. 12 do Estatuto do Idoso fixa solidariedade para os coobrigados e discricionariedade do idoso na opção pelo obrigado. Isso quer dizer que enquanto um filho é obrigado a processar primeiro o seu pai para depois para depois pleitear alimentos de seu avô, ainda que esse último seja milionário, o idoso pode optar por processar seu neto em detrimento de seu filho. A antinomia em questão só pode ser resolvida pela adoção 1.696 do CC...”

Não se entrevê tal antinomia porque, no que o art. 12 do Estatuto não excepcionou, vigem as normas civis em relação aos alimentos no que diz respeito a significarem direito para o alimentado não só à alimentação em si, mas também ao sustento, à cura, ao vestuário e à casa, na medida do binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, sem prejuízo de se conceder judicialmente ao beneficiário do encargo majoração, redução ou até exoneração no *quantum* recebido em caso de mudança na situação financeira de quem o supre, na forma do art. 1699 do Código Civil e de assegurar que, quem fornece alimentos deverá fazê-lo sem desfalque do necessário ao seu sustento, na dicção do art. 1.695, também do Código Civil.

O objetivo do art. 12 é que o idoso, cujos meios de subsistência sejam insuficientes ou mesmo inexistentes para se manter, tenha a opção de acionar o cônjuge ou o parente melhor abastado, para que obtenha o mais brevemente possível e com maior certeza, a prestação da qual necessita.¹⁰¹ De tal modo, o idoso poderá escolher entre seus pais, filhos, netos e irmãos ou cônjuge para a condição de alimentante, sem justificar por que. Cabe e ao idoso o discernimento de quem verdadeiramente poderá auxiliá-lo.

Lembre-se que, como a abrigação alimentar prevista pelo Estatuto do Idoso está regida pela solidariedade, “o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem o direito de exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”, de acordo com o art. 283 do Código Civil. Dessa forma, o alimentante também resulta beneficiado já que não sofrerá grave prejuízo em sua fortuna porque, contrariamente ao regime de alimentos do Código Civil em que não cabe solidariedade, aqui, como no direito das obrigações, ela está instituída entre pais, filhos, netos, irmãos e cônjuge.

Embora a Lei prefira que a prestação alimentar seja suprida pela família nos termos dos artigos 11 e 12 já analisados, também a sociedade deverá contribuir para que não falem alimentos ao idoso por instrumento da tutela estatal, quando nem ele nem sua família disponham de recursos para tanto, na

¹⁰¹ Nesse sentido DE FREITAS JR. Roberto Mendes. *Direitos do idoso*, p. 123: “O texto legal em tela constitui uma avanço legislativo bastante relevante, pois possibilita ao idoso que proponha a ação somente contra o parente com melhores condições econômico-financeiras, evitando demandas tumultuadas e intermináveis, com vários alimentantes se digladiando ao mesmo tempo, interpondo, cada qual, vários recursos, muitas vezes meramente procrastinatórios, postergando a relevante prestação jurisdicional requerida pelo idoso necessitado.”

forma do art. 14 do Estatuto: “Se o idoso ou seus familiares não possuem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”

A proteção do idoso por intermédio da assistência social tem sede na Constituição da República, em seu art. 203.¹⁰²

Não se faz necessária contribuição prévia do idoso para gozar do benefício da assistência, como ocorre no regime da previdência. Ambas são espécies do gênero seguridade social, mas, para se alcançar os benefícios da previdência é forçosa a contribuição prévia do beneficiário, enquanto para se conseguir a benesse assistenciária, o único requisito exigido é a carência comprovada do idoso e de sua família em termos econômico-financeiros, conforme disposto na Lei.

Antes da entrada em vigor do Estatuto, a Lei nº 8.742 de 1993, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), dispunha sobre o assunto previsto constitucionalmente, limitando em sessenta e sete anos a idade para que se pudesse usufruir do benefício assistenciário, na forma de seu art. 20.

Mas, como advento do Estatuto, Lei cronologicamente mais nova e especialíssima na tutela do idoso, essa passou a vigorar diminuindo a idade para o gozo do aditamento a partir dos sessenta e cinco anos de idade, segundo seu art. 34.¹⁰³

Embora tal previsão beneficie o idoso, não parece ainda ideal. Se seu Estatuto destina-se a regular as direitos assegurados às pessoas com idade igual ou maior que 60 (sessenta) anos, por critérios científicos acerca do envelhecimento que considera idosas pessoas de 60 (sessenta) anos ou mais nos países em desenvolvimento como o Brasil, não deveria haver, dentro do próprio Estatuto, a fixação de outras faixas etárias para a aferição dos direitos da pessoa idosa, ainda

¹⁰² Art. 203 da Constituição da República: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à *velhice*; [...]
V – garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e *ao idoso* que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” [Grifou-se]

¹⁰³ Art. 34 do Estatuto do Idoso: “Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica de Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.”

mais quando se trata de pessoa não só vulnerabilizada em razão da idade, mas também em razão de sua condição miserável.

Critica-se a não existência de um conceito genérico de idoso no Brasil, o que dá ao legislador, por consequência, o arbítrio de fixar a idade que queira para a aferição dos direitos da pessoa idosa, sem um critério científico que justifique porque aquela idade foi escolhida para o início da fruição de determinado direito.

Quanto à prova da absoluta pobreza da pessoa que fará jus ao recebimento de um salário, será realizada mediante pesquisa acerca da sua rentabilidade mensal e de seu núcleo familiar, considerando assim pessoas que vivam sob o mesmo teto e possuam renda mensal por cabeça inferior a um quarto do salário mínimo.¹⁰⁴ Essa perspectiva alargada de família confirma-se pelo teor do art. 36 do Estatuto: “o acolhimento de idosos em situação de risco social por adulto ou núcleo familiar, caracteriza dependência econômica, para os efeitos legais.” Continua, mesmo assim, obrigado o Estado a fornecer assistência social caso o adulto ou o núcleo familiar não possuam efetivamente meios de prover o idoso, e a prova disso, é que, as mais modernas decisões jurisprudenciais, não têm se fixado no teor literal do critério acima referido, mas no contexto de vida dessas pessoas, desde que fique claramente evidenciada sua miserabilidade.¹⁰⁵

Por fim, “a assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social”, como se viu, “na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes”, nos termos do art. 33 do Estatuto.

Apesar de a moradia ser direito fundamental social de todos, o Estatuto do Idoso estabeleceu condições mais favoráveis para que os anciãos tenham acesso à

¹⁰⁴ Art. 20, § 1º da LOAS: “Para os efeitos do disposto no **caput**, entende-se família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto.” e

Art. 20, § 3º da LOAS: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou *idosa* a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.” [Grifou-se]

¹⁰⁵ Nesse sentido a Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização: “A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão de benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”

habitação na forma de seu art. 38, pois, tal como os alimentos, uma moradia digna é pré-condição para que o idoso possa fruir seu direito à saúde.¹⁰⁶

Identifica-se que o Estatuto almeja que a pessoa idosa possua moradia para si própria e não para fins especulativos. O que sobreleva aqui é o direito de adquirir a propriedade cujos fins revelem-se assistenciais aos idosos. Para tanto, a cada programa habitacional público ou subsidiado com recursos públicos, três por cento das unidades residenciais, obrigatoriamente, serão reservadas para atendimento dos idosos¹⁰⁷: não significa apenas que tais unidades tenham de ser adquiridas por eles, mas por pessoas físicas ou jurídicas que dêem ao imóvel a função de atendê-los. Também a porcentagem de reserva de três para cada cem unidades residenciais voltadas ao atendimento dos idosos não implica entender que eles só terão direito a esse percentual. Ao contrário, os três centésimos são o mínimo garantido às pessoas idosas e elas podem auferir mais do que o mínimo. O importante é que se designem critérios de financiamento para a compra do imóvel, compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão, a fim de que a pessoa idosa, ou quem queira atendê-la, possua recursos.

O artigo em comento também prevê que se implementem equipamentos urbanos comunitários voltados ao idosos, como veículos de transporte destinados em parte para a terceira idade, ou praças de lazer e esporte que também serão aproveitadas por pessoas dessa faixa etária, por exemplo. A eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, por meio da garantia de acessibilidade, é essencial para que o idoso exerça sua autonomia, tanto no local onde reside quanto nas suas adjacências.

Como dispõe a Constituição no art. 230, § 1º, “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.” Mas o lar de um idoso pode ser tanto o lugar onde habite sozinho, com sua família ou uma

¹⁰⁶ Art. 38 do Estatuto do Idoso: “Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

- I – reserva de 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendimento aos idosos;
- II – implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso;
- III – eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade ao idoso;
- IV – critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão.”

¹⁰⁷ Em sentido contrário, RULLI NETO, Antonio. *Proteção legal do idoso no Brasil*. Fiuza Editores, 2003, p. 260: “No caso de não haver idosos a adquirirem as unidades reservadas, comprovadamente, tal reserva não perdurará, indefinidamente, mas por período razoável, sendo as unidades destinadas a outras pessoas.”

entidade de atendimento. O que se almeja com este artigo é afastar o idoso de instituições hospitalares e afins.

Já o Estatuto do Idoso disciplina em seu art. 37: “o idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.”

Neste momento pretende-se salientar que o direito à moradia do idoso já vem jungido à dignidade de sua habitação. Desse modo, uma residência que não possua requisitos básicos à vida em dignidade não é o que se avaliza ao idoso.

Em princípio, a pessoa idosa tem todo direito de optar por como viver. Pode ser que ela eleja viver só e com todos os afazeres domésticos. Entretanto, quanto mais velha for, torna-se comum e recomendável que ela possua empregado a ocupar-se dessas tarefas e um cuidador para si. Convenha-se que só idosos bem afortunados possuem condições de manter esse padrão de vida.

O Estatuto prioriza a moradia do idoso desacompanhada de seus familiares, se assim o desejar, ou no seio da família natural ou substituta. É o que se compreende da leitura do § 1º do art. 37: “A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada a inexistência de grupo familiar, casa-lar, abono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.” Verdadeiramente, a vida em família presume a existência de um afeto especial a envolver o idoso, que não pode ser ignorado.¹⁰⁸ Também parece importante o fato de o idoso continuar convivendo com distintas gerações, o que agrega e não o isola na sua condição de ser humano envelhecido; da mesma forma, o aconchego das coisas, roupas e mobiliários próprios certamente é relevante para lhe atribuir bem estar.

Mas se a família substituta escolhe o idoso por estima e compaixão, pode ser o melhor lugar para se habitar. É recomendável tanto à família natural, quanto

¹⁰⁸ ERBOLATO, Regina M. Prado Leite. *Relações sociais na velhice*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermano, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 962: “Numa família em condições ‘saudáveis’ de funcionamento, ninguém é despedido por não cumprir a contento as funções de seu papel; ninguém costuma ser abandonado; vivem-se conflitos, toleram-se insultos e outros comportamentos inadequados entre colegas, amigos ou vizinhos. A afeição (esperada) entre seus membros, a constância dos mesmos e o senso de obrigação que permeia tais vínculos garantem ao indivíduo trocas continuadas de suportes instrumental e psicológico/emocional, e reforçam a expectativa de retribuição, no futuro, de quaisquer suportes fornecidos no presente.”

à substituta, que contem com a ajuda de um cuidador para o idoso, a fim de manter sua permanência junto aos seus, aliada aos cuidados de um profissional da área de saúde.¹⁰⁹

Por outro lado, entende-se que, mesmo em condições de viver sozinho ou acompanhado da família o idoso prefira, ao contrário do estatuído, morar numa entidade de atendimento. Essa é uma decisão conferida a ele, que pode realmente se sentir melhor nesse ambiente de convivência com pessoas que também experimentam a velhice e com aparato especial para o atendimento das suas necessidades peculiares, pois, evidentemente, é de todo permitido que receba visitas de parentes e amigos nessas instituições. Nada obsta ainda que as entidades possuam um ambiente de amor e ternura que resguarde a pessoa idosa da solidão.¹¹⁰

Com o tratamento que o Estatuto conferiu às entidades de atendimento, parece mais fácil avaliar se o idoso recebe efetivamente o amparo que lhe é outorgado pela Constituição nesse âmbito do que no familiar. Não se quer com isso fazer apologia das entidades de atendimento contra os núcleos familiares,¹¹¹

¹⁰⁹ DIOGO, Maria José D' Elboux e DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira. *Cuidados em domicílio: conceitos e práticas*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 767: “A Assistência Domiciliária ressurgiu entre as modalidades assistenciais e, no que tange o cuidado ao idoso, mostra-se uma alternativa eficaz à manutenção do convívio familiar e de sua qualidade de vida. Ela não substitui nenhuma outra modalidade assistencial. Tem, si, lugar específico entre as mesmas, evitando que os idosos sejam hospitalizados desnecessariamente ou que assim permaneçam quando tal intervenção não é a mais indicada, sendo, ao contrário, um risco para o mesmo.

Constitui uma interface entre um idoso com algum grau de dependência e sua família, que necessita se adaptar a ‘nova’ situação. Essa intervenção propicia à família o tempo necessário à sua reestruturação e à redistribuição de papéis e atribuições, de forma a atender as novas demandas e evitar a institucionalização do idoso.”

¹¹⁰ BORN, Tomiko e BOECHAT. Norberto Seródio. *A qualidade dos cuidados do idoso institucionalizado*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002 p. 771: “Tomando-se, então, a ILP (Instituição de Longa Permanência) como um lar especializado, com dupla função – a de proporcionar assistência gerontogeriatrica conforme o grau de dependência dos seus residentes e a de oferecer, ao mesmo tempo, um ambiente doméstico, aconchegante, capaz de preservar a intimidade e a identidade dos seus residentes – , certamente a qualidade do cuidado irá pressupor a realização satisfatória desses objetivos.

Nas ILPs com qualidade, o idoso pode recuperar a saúde e a vontade de viver, criar novas relações sociais, desenvolver-se.”

¹¹¹ ELIAS, Norbert. *Envelhecer e morrer*, p. 85 adverte que: “...A admissão em um asilo normalmente significa não só a ruptura definitiva dos velhos laços afetivos, mas também a vida comunitária com pessoas com quem o idoso nunca teve relações afetivas. O atendimento físico dos

muito pelo contrário. Mas é sabido que, quanto mais privado é o local onde o vulnerável reside, mais sujeito a agressões clandestinas ele estará.¹¹²

No que toca os direitos fundamentais estabelecidos pelo Estatuto em seu Título II, observa-se que no Capítulo VII, ao tratar da assistência social, já se prevêem regras para as entidades de atendimento na forma do art. 35. Também no Capítulo IX, que trata da habitação, há disciplina acerca de condutas a serem seguidas pelas entidades no art. 37, parágrafos 2º e 3º. Ademais, no Título IV, que cuida da política de atendimento do idoso, o Capítulo II está totalmente voltado para as obrigações das entidades na forma dos artigos 48, 49, 50 e 51 com seus parágrafos e incisos. O subsequente Capítulo III, disciplina sobre sua fiscalização nos artigos 52, 53, 54, 55, com seus incisos, alíneas e parágrafos. Já o Capítulo IV, tipifica as infrações administrativas que as entidades podem sofrer nos artigos 56, 57 e 58. Em seguida, o Capítulo V disciplina sobre a apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso referindo-se, nos artigos 50, 62 e 63, especificamente às entidades de atendimento. O Capítulo VI prescreve sobre a apuração judicial de irregularidades nas instituições, na modalidade dos artigos 64, 65, 66, 67, 68 e seus parágrafos.

Por fim, se alimentação adequada e moradia digna encontram-se atreladas ao direito prioritário à saúde da pessoa idosa, como expressões de um mínimo existencial sem o qual não há possibilidade de a saúde ser instaurada, é a saúde que lhes propicia a fruição dos seus demais direitos fundamentais, tanto de índole pessoal como social.

Em relação à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o Estatuto prevê, do artigo 20 ao 25, uma série de incentivos para que a pessoa idosa desfrute da melhor maneira possível desses prazeres da vida.¹¹³ Mas do que vale, por

médicos e o pessoal da enfermagem podem ser excelentes. Mas ao mesmo tempo a separação dos idosos da vida normal e sua reunião com estranhos significa solidão para o indivíduo. Não estou pensando apenas nas necessidades sexuais, que podem ser muito ativas na extrema velhice, particularmente entre homens, mas também na proximidade emocional entre pessoas que gostam de estar juntas, que têm um certo envolvimento mútuo. Relações desse tipo também diminuem com a transferência para um asilo e raramente encontram aí uma substituição. Muitos asilos são, portanto, desertos de solidão.”

¹¹² Segundo ainda ELIAS, Norbert. *Envelhecer e morrer*, p. 85: “Não é incomum que a geração mais jovem, ao chegar ao comando, trate mal a mais velha, às vezes até com crueldade. Não faz parte das tarefas do Estado imiscuir-se nesses assuntos.”

¹¹³ Neste particular destaca-se a importância da educação na terceira idade e o bem que ela gera ao ser idoso, nas palavras de DE SÁ, Jeanete Liasch Martins. *Educação e envelhecimento*. In: Tempo

exemplo, a garantia de desconto de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como acesso especial aos respectivos locais, nos termos do art. 23, se o idoso não goza de bem estar para aproveitar o que esses eventos lhe reservam?

Quanto à profissionalização e o trabalho, do artigo 26 ao 28, a Lei apóia o idoso que queira continuar ativo em relação ao labor.¹¹⁴ Mas que condições teria o idoso não saudável de oferecer sua mão de obra para o trabalho?

A Lei também garante transporte gratuito urbano e semi-urbano aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, podendo esta idade reduzir-se até 60 (sessenta) anos a critério da legislação local, inclusive com a reserva de 10% (dez por cento) dos assentos identificados com a placa de reservado preferencialmente para os idosos, na forma do art. 39, parágrafos, 1º, 2º e 3º. No transporte interestadual, lei específica deverá garantir reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos e desconto de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) no valor das passagens para os idosos que excederem as vagas gratuitas e cujo rendimento seja igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos, de acordo com o art. 40. Os artigos 41 e 42, respectivamente, asseguram reserva para idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, posicionadas de modo a garantir melhor comodidade ao idoso e prioridade no embarque no sistema de transporte coletivo. Todavia, como uma pessoa acamada poderá usufruir de todos esses benefícios?

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. 368 e 369: “Falar de educação e envelhecimento é falar de vida, de existência e de plenitude. É vislumbrar o ato educativo preñado de possibilidades e de humanidade, num movimento orgânico de ação e reflexão, de trocas intensas, de ‘empoderamento’, de inclusão, de transformação incorporada ao dinamismo da vida individual e coletiva.”

¹¹⁴ Nesse particular são importantes os estudos de BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*, p. 333: “As angústias geradas pela aposentadoria desembocam por vezes em longas depressões. Segundo o Dr. Blajan-Marcus, essas depressões superpõem vários elementos: a aposentadoria vivida como luto e exílio inscreve-se num contexto de lutos mal resolvidos, de dependência familiar, de temperamento depressivo, e provavelmente de perturbações circulatórias e glandulares, embora seja difícil identificar cada um desses elementos. Isso quer dizer que o golpe desfechado pela aposentadoria abate totalmente aqueles que o passado marcou de uma certa maneira. A nova condição ressuscita as tristezas da separação, o sentimento de abandono, de solidão, de inutilidade, que gera a perda de uma pessoa querida.

Para se defender de uma inércia em todos os sentidos nefasta, é necessário que o velho conserve atividades; seja qual for a natureza dessas atividades, elas trazem uma melhoria ao conjunto de suas funções.”

Faz-se urgente, portanto, eleger a saúde como direito prioritário para que as pessoas idosas, efetivamente, desfrutem não só dos direitos comuns a todos os seres humanos, mas também dos que a maior idade lhes garante.

Assim como ter saúde é pré-requisito para o acesso à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, às diversões e aos espetáculos, a vivência dessas atividades proporciona melhor qualidade de vida e, portanto, de saúde, para a pessoa idosa, principalmente por serem oferecidas juntamente com o respeito por sua peculiar condição de idade, na forma do art. 20 do Estatuto.

Desse modo, a educação na terceira idade será incentivada pelo Poder Público, que também fará por adequar currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais com essa destinação, como dispõe o *caput* do art. 21 do Estatuto. Na forma do parágrafo primeiro do citado artigo, “os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna” e, de acordo com o subseqüente parágrafo segundo, “os idosos participarão das comemorações de caráter cívico ou cultural, para transmissão de conhecimentos e vivências às demais gerações, no sentido da preservação da memória e da identidade culturais.”

Muitíssimo importante para a inserção social do idoso, posto que se relaciona intimamente com a preservação de sua saúde, é a fixação nos diversos níveis de ensino formal de conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização dessas pessoas a fim de eliminar o preconceito e produzir conhecimentos sobre a matéria, como disciplina o art. 22 do Estatuto. No mesmo sentido, o apoio do Poder Público à criação de universidades abertas para as pessoas idosas bem como à publicação de livros e periódicos de conteúdo e padrão editorial adequados a essa faixa etária, considerando, até mesmo, a natural redução de sua capacidade visual, afiguram-se como contributos à inclusão do idoso, previstos no art. 25 do seu Estatuto. Note-se que a promoção da educação dos anciãos no Brasil, pode dizer respeito tanto à educação básica, a qual muitos não tiveram acesso, quanto a que abranja a continuidade dos seus estudos.¹¹⁵

Proporcionar informações, educação, ingresso nos ambientes das artes e da cultura em horários ou espaços especialmente voltados aos idosos também

¹¹⁵ RULLI NETO, Antonio. *Proteção legal do idoso no Brasil*, p. 185.

enriquece qualitativamente suas vidas, de modo a lhes proporcionar desenvolvimento pessoal e participação social,¹¹⁶ o que inegavelmente contribui para sua saúde psíquica. Tais projetos serão levados até eles pelos meios de comunicação, consoante o art. 24 do seu Estatuto.

Há de se considerar também a importância para o bem estar e a saúde psicofísica do idoso o fato de ele ter acesso ao trabalho, remunerado ou não, pois este último tem o condão de implementar sua socialização, pela possibilidade de contato direto, no trabalho em grupo, ou indireto, no caso dos intelectuais e autônomos, com outras pessoas de sua e de distintas gerações. O art. 26 do Estatuto prevê que “o idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.” Nesse diapasão, o direito ao trabalho tem o papel de promover o exercício de funções pela pessoa idosa objetivando retirá-la da qualidade de inativa, o que elimina sua produtividade, considerando também que não deve lhe impor cobranças exageradas, o que faria surtir um efeito indesejado em sua saúde.¹¹⁷ Há de se ter em conta o valor do trabalho para a continuidade da autonomia dos anciãos, estreitamente relacionado com sua qualidade de vida, pois, quando adequado ao idoso, “com observância de suas particularidades físicas, – o trabalho – torna-se terapia ocupacional, distração recreativa e até mesmo prazer físico.”¹¹⁸

Ao ser admitido em qualquer emprego ou trabalho, mesmo no ingresso por concurso, ressalvados os casos em que a ocupação exija habilidades que o idoso não tenha,¹¹⁹ veda-se sua discriminação e a limitação de idade, sendo que o primeiro critério de desempate em concurso público privilegia as pessoas de idade mais avançada, conforme o art. 27 e parágrafo único do Estatuto. Inclusive, obstar ou negar a alguém, por motivo de idade, acesso a qualquer cargo público,

¹¹⁶ RULLI NETO, Antonio. *Proteção legal do idoso no Brasil*, p. 192.

¹¹⁷ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*, p. 58: “Deve-se buscar um meio termo entre o velho estereotipado, que se limitava a ficar ociosamente em casa, dando trabalho para seus familiares, e aquele idoso de quem se exija que entre em competição com os mais novos, em permanente disputa por uma maior produção e participação na sociedade.”

¹¹⁸ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*, p 143.

¹¹⁹ DE FREITAS JR. Roberto Mendes. *Direitos do idoso*, p.127, traz à baila importante observação: “Vale notar respeitável corrente jurisprudencial, sustentando que a imposição de limite máximo deverá decorrer de lei infraconstitucional, sendo vedado ao administrador a imposição aleatória, em determinado concurso público, sem o devido respaldo legal.”

emprego ou trabalho constitui crime tipificado pelo art. 100, incisos I e II da referida Lei. A Lei oferece ainda estímulos aos programas voltados para o trabalho do idoso e para uma aposentadoria ativa, como disciplina seu art. 28.¹²⁰

Os mandamentos legais do art. 28 necessitam de políticas públicas para que sejam implementados. Considera-se, pois, pertinente o estímulo às empresas privadas na contratação de idosos, mediante isenções ou reduções fiscais e propaganda dessas empresas.¹²¹

O direito ao transporte gratuito também possibilita o acesso do idoso aos hospitais, laboratórios, clínicas, ou seja, a lugares em que sua saúde vá ser assistida.

Todos esses direitos previstos como fundamentais propiciam melhores condições de existência para a pessoa idosa. Portanto, não só a saúde é condição de gozo desses direitos, mas eles também tangenciam a saúde por influírem na qualidade de vida dos idosos.

Sublinhe-se, entretanto, que em condições extremas, esses direitos podem até faltar, mas a saúde, no sentido oposto ao da doença, não.

Por conta de o idoso estar mais exposto às agressões tanto biológicas, provocadas pelo tempo, quanto às de índole social que necessita enfrentar; pelo fato de as alterações biológicas sofridas desencadearem doenças físicas e psíquicas com mais facilidade e em maior punjança que na juventude, é imperioso que o direito à saúde na terceira idade seja concedido em ordem de prioridade, para salvaguarda do princípio constitucional da dignidade humana nas contingências especialíssimas da velhice.

¹²⁰ Art. 28 do Estatuto do Idoso: “O Poder Público criará e estimulará programas de:

I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas;

II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência máxima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania;

III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.”

¹²¹ Consoante propõe DE FREITAS JR. Roberto Mendes. *Direitos do idoso*, p.128.