

3

Direitos da Pessoa Idosa e Seus Princípios Normativos

3.1

Apontamentos Acerca dos Direitos da Pessoa Idosa nas Constituições Brasileiras de 1824 a 1988

Sem o intuito de fazer um estudo comparativo, mas procurando contextualizar a situação do idoso brasileiro nas constituições anteriores e na atual, serão apresentadas as manifestações legislativas nessa seara.

A Constituição Imperial de 1824 nada dispôs acerca das pessoas idosas, bem como não o fez a Constituição da República de 1891. Ambas se afastam, no sentido de a primeira ser de índole imperial e a segunda republicana, mas se aproximam ao não fazer, em nenhum momento, referência às pessoas de idade avançada. Foram, pois, absolutamente omissas em questões relativas aos idosos.

A Constituição da República de 1934 tratou pioneiramente de um direito previdenciário atribuído aos idosos no título IV, que cuidava da ordem econômica e social, especialmente no art. 121, § 1º, alínea h, nos seguintes termos:

“Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

§ 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, *a favor da velhice*, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.”¹

A Constituição da República de 1934 assemelha-se, nesse ponto, à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 que, dentro do capítulo que cuidava da ordem econômica dispunha, também em caráter previdenciário:

“Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: [...]

¹ Grifou-se.

m) a *instituição de seguros de velhice*, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho [...]"²

Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em disposição similar às anteriores de 1934 e 1937, tanto por tratar dos idosos no Título V, que dispunha sobre a ordem econômica e social e por só fazer menção a aspectos previdenciários em favor da velhice, afirmava:

“Art. 157. A legislação do trabalho e da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...]

XVI – previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da *velhice*, da invalidez e da morte [...]"³

De forma idêntica à prevista na Constituição 1946 no que diz respeito à proteção da velhice pela previdência e no seu título III que, igualmente, cuidava da ordem econômica e social, estabelecia a Constituição de 1967:

“Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...]

XVI – previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, *velhice*, invalidez e morte [...]"

A grande virada em favor dos idosos ocorre com o advento da Constituição da República de 1988 que trata, em seu Capítulo VII, especialmente da família, da criança do adolescente e do idoso, deliberando que, tanto a família, quanto a sociedade e o Estado, possuem o dever de amparar as pessoas idosas, preferencialmente em seus lares, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, seu bem estar, lhes garantindo o direito à vida e à gratuidade dos transportes coletivos urbanos, quando maiores de sessenta e cinco anos, na forma do art. 230. Tal capítulo está contido no Título VIII, que cuida da ordem social.

Apesar da posição topográfica desse artigo, parece que a proteção do idoso assegurada por ele, pode ser considerada direito fundamental fora do catálogo dos artigos primeiros da Carta Magna de 1988.

² Grifou-se.

³ Grifou-se.

A doutrina espanhola, há muito, já considerava repugnante à consciência e à dignidade humana que o homem só pudesse ostentar direitos fundamentais afeitos aos aspectos mais íntimos e entranhados da pessoa se houvesse norma a outorgá-los.⁴ Nesse sentido, recepciona como tais, também aqueles que não estiverem previstos na Lei Maior, mas que se relacionem com situações existenciais da pessoa humana.

A doutrina brasileira sustenta, no mesmo passo, que os direitos fundamentais podem ou não ter assento na Constituição formal⁵ e a portuguesa orienta que direitos extra constitucionais têm a capacidade de funcionar como materialmente fundamentais se, pelo seu artefato ou por sua autoridade, puderem ser equiparados aos direitos formalmente fundamentais.⁶ Tratam-se, assim, de direitos fundamentais em sentido material, que não o são formalmente, por não estarem incluídos no catálogo constitucional.⁷

Se direitos não previstos em sede constitucional podem ser considerados fundamentais em sentido material, com muito mais razão os previstos têm capacidade de sê-lo, desde que sua importância ou objeto mereçam tal ascensão.

Esse é o caso do direito de amparo do idoso que consta previsto constitucionalmente. Como os direitos fundamentais possuem conteúdo materialmente aberto, torna-se possível a existência de outros da mesma natureza contidos em distintas partes do texto constitucional.⁸ E não há como negar, diante dos dados demográficos hodiernos, do momento histórico brasileiro – de exaltação ao pluralismo e à solidariedade – e da intrínseca vulnerabilidade das pessoas idosas, a importância atual de protegê-las, alçando seu direito de amparo à condição de fundamental, para o bem delas próprias, de suas famílias, da comunidade em que se inserem, da sociedade em geral e até mesmo do Poder

⁴ FERNÁNDEZ-GALIANO, A. *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*. 4 ed. Madrid: Benza, 1983, *apud* PEREZ LUÑO. Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 49. [traduziu-se livremente do espanhol]

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 85.

⁶ Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 403.

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 77.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 79.

Público, pois, não ampará-las sob a égide de um direito fundamental poderia causar um déficit social relevantíssimo.⁹

Pelo seu conteúdo de significado e por sua relevância, o direito de amparo da pessoa idosa pode ser equiparado aos fundamentais e ter, em seu favor, o mesmo tratamento destinado a esses pela interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição brasileira. O objetivo desse artigo é o de expandir e aperfeiçoar o catálogo de direitos fundamentais por meio do critério da atipicidade.¹⁰ Todavia, ainda que tal artigo inexistisse, o direito de amparo da pessoa idosa teria a condição de fundamentalmente implícito, ou seja, subentendido pela dimensão axiológica que possui e que se abraça com a tábua de valores constitucionais,¹¹ afinal, tal direito é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana na circunstância especial de estar envelhecida e a necessitar de cuidados especiais.¹²

Já há, inclusive, manifestação no sentido de os direitos dos idosos consubstanciarem direitos sociais, envolvendo não só o direito de amparo já mencionado, mas também os direitos previdenciário e assistenciário.¹³

Essa assertiva foi corroborada pelo Estatuto do Idoso que consagrou, em seu art. 8º, a proteção do envelhecimento como um direito social que conduz a prestações positivas não só por parte do Estado, como no caso da aposentadoria e da assistência social, mas também outras, por parte da família e da sociedade, como, por exemplo, as disciplinadas pelos artigos 4º e 6º do referido Estatuto,

⁹ Segundo magistério de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 99: "...Direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que – constem ou não, do texto constitucional – por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental. Ambos os critérios (substância e relevância) se encontram agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais."

¹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa*, p. 75. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 131.

¹¹ Alerta SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 99, que: "...Convém atentar para a circunstância de que a existência de direitos fundamentais implícitos, no sentido emprestado ao termo, mesmo que possa, sob certo ponto de vista, ser tida como abrangida pela norma contida no art. 5º, § 2º, da nossa Carta, dela não depende."

¹² Ainda segundo SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 120: "...É preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana."

¹³ Cf. DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 318.

respectivamente: “É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos dos idosos” e “todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.”

Voltando ao conceito material de direitos fundamentais, já tendo incluído entre eles o direito de amparo das pessoas idosas, pode-se dizer, a fim de confirmar o raciocínio desenvolvido, que se tratam “dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”¹⁴ que, atualmente, pretende conferir às pessoas idosas o mais alto grau de proteção legislativa, visando à eficácia social de seus direitos. O direito fundamental de amparo dos anciãos, frise-se, adere à ordem de valores da Constituição e, nesse sentido, extrapola os dispositivos de índole fundamental formalmente criados pela vontade ou capacidade do legislador constituinte.¹⁵ Isso ocorre, precisamente, porque a disposição constitucional, ao invés de limitar, abarca outros direitos que não dependem do poder político estatal para se imbuírem da natureza de materialmente fundamentais.¹⁶

Parece possível também determinar a abrangência dos direitos fundamentais assegurando-lhes “autonomia institucional”¹⁷.

Para tanto, tais direitos teriam, primeiramente, um elemento subjetivo formado por arranjos jurídicos subjetivos dados a todos os indivíduos ou grupos de indivíduos; em segundo lugar, os preceitos concernentes aos direitos fundamentais teriam a função de garantia e proteção de certos bens jurídicos das pessoas avaliados como essenciais; em terceiro, para a caracterização de direitos fundamentais, teria de se avaliar seu intuito específico, remontado à aceção de homem no ambiente da nossa cultura calcada no princípio da dignidade humana.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Tomo IV. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 12.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 12.

¹⁷ Expressão de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa*, p. 82.

Com esse critério tripartite pretende-se determinar a abrangência dos direitos fundamentais atribuindo-lhes a chamada autonomia institucional.¹⁸

E o direito de amparo da pessoa idosa tem autonomia institucional. Veja-se: o direito de amparo da pessoa idosa possui o radical formado por posição jurídica subjetiva atribuída às pessoas dessa faixa etária, tem a função de garantir o amparo dos anciãos, bem jurídico de relevância essencial e, por fim, remete-se ao princípio da dignidade humana, uma vez que tutela a pessoa idosa em suas vicissitudes especiais tendo em vista, exatamente, a preservação de sua dignidade. Dessa forma, é patente que o direito de amparo aos idosos encontra-se inserido na base institucional de todos os direitos fundamentais, o que reafirma sua condição de direito fundamental previsto fora do catálogo do Título II da Constituição da República brasileira.

3.2 Princípios Cardeais do Estatuto do Idoso

Ao interpretar um texto ou dispositivo normativo o jurista utiliza da matéria bruta que constitui a Lei posta, uma simples possibilidade do Direito. Para que esse manancial transmute em normas jurídicas torna-se necessária a construção de “conteúdos de sentidos” pelo trabalho de fundamentação do intérprete.¹⁹ Tais conteúdos não serão dados, *a priori*, pelo significado das palavras, mas, *a posteriori*, pela interpretação, “ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.”²⁰ Isso provoca “a recusa de métodos puramente lingüísticos da interpretação, como se a interpretação consistisse unicamente na análise da linguagem, puramente formal, do legislador”.²¹ Assim é

¹⁸ Formulação de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa*, p. 82 e 83.

¹⁹ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.

²⁰ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 23.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de: DE CICCIO, Maria Cristina. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 67.

que “o sentido não é uma ‘qualidade da palavra’, mas a sua ‘relação a uma coisa’, a um contexto material ou a um contexto de experiência.”²²

Afirmar que a interpretação dos textos legais implica a constituição de significados para eles e por meio do uso deles não afasta a existência de estruturas de compreensão antecedentes que, sob certo ponto, viabilizam o entendimento mínimo desses significados. Desse modo, é tarefa do intérprete construir a partir de alguma coisa preexistente.²³ “A ligação entre texto e intérprete requer a presença de ambos: ao intérprete não é consentido saltar ou deliberadamente ignorar o texto.”²⁴

De todo modo, a legislação setorial comumente determina a consecução de fins e valores, bem como estabelece instrumentos jurídicos que os realizem. Tais finalidades e valores são pontos de partida a ser considerados pelo intérprete na sua função de cientista ou de aplicador do Direito.

São, ao mesmo tempo, finalidades e axiomas do Estatuto do Idoso, a proteção integral e prioritária da pessoa idosa de acordo com seu melhor interesse.

Soma-se a essa assertiva outra. O Estatuto do Idoso encontra-se inserido num sistema cuja fonte hierárquica superior é a Constituição da República brasileira, portanto, a normativa infraconstitucional existe e exerce a sua função unida ao ordenamento jurídico pátrio, diretamente orientado pelo conteúdo valorativo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando que a dignidade humana só pode ser alcançada e mantida se atribuída ao ser humano em suas circunstâncias, na realidade social em que se insere, com as contingências de vida que possui, infere-se a necessidade de um olhar diferenciado do Direito para as pessoas de idade muito tenra ou muito adiantada.

À criança, há algum tempo, foi declarada necessidade de tutela especial nos documentos internacionais. Estabelece a Declaração de Genebra de 1924 a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial” e a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 determina, em favor

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 67.

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 25.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 67.

da criança, “o direito a cuidados e assistência especiais”.²⁵ Ademais, a Declaração de Direitos da Criança de 1959 fez constar que:

“A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos por lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental **a que se atenderá será o interesse superior da criança.**”²⁶

Trinta anos após essa declaração, portanto em 1989, foi aprovada a Convenção Internacional dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil um ano depois, por meio do Decreto 99.710 de 1990, na forma do disposto no art. 3.1:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunal, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.**”²⁷

Com o advento da Constituição da República de 1988 previu-se, no art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República brasileira seja parte. Portanto, o chamado *maior* interesse da criança está recepcionado em sede constitucional que, concomitantemente, previu para crianças e adolescentes, na forma do art. 227, o gozo de vários direitos fundamentais com absoluta prioridade e os colocou a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.

Em 1990, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo art. 1º institui sua proteção integral e lhes assegura, no art. 4º, absoluta prioridade na efetivação dos seus direitos fundamentais. Com base na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 que, ao invés de falar em *maior* interesse da criança, critério quantitativo, conforme tradução livre efetuada pelo Decreto

²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O “*melhor interesse da criança*”. In: O melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar. Coordenadora: PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

²⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O “*melhor interesse da criança*”, p. 4.

²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O “*melhor interesse da criança*”, p. 5, 6, 21 e 22.

99.710 de 1990, usou a expressão *melhor interesse*²⁸, critério qualitativo, a doutrina brasileira optou por utilizar essa expressão que trata de um princípio levado em conta em toda interpretação concernente à população infanto-juvenil pátria.²⁹

Coube, portanto, ao Estatuto da Criança e do Adolescente “concretizar e expressar os novos direitos da população infanto-juvenil, que põem em relevo o *valor intrínseco da criança* como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de *pessoa em desenvolvimento*.”³⁰

No que toca o idoso tem-se apenas a notícia da existência de um Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, realizado em Viena, no ano de 1982.³¹

No Brasil, a Constituição da República dispõe que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de amparar as pessoas idosas e assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a vida, na forma do art. 230. Paralelamente, encontram-se em vigor a Lei 8.842 de 1994 que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e a Lei 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso.

Esse último elege princípios que podem ser melhor averiguados no processo de interpretação da Lei.

A discussão sobre princípios é relativamente recente, iniciada no segundo quartel do século passado. Tem-se notado que as acepções acerca dos princípios não se apresentam homogêneas, pois ainda se desenvolve um processo de construção dos seus significados, cada vez mais apurados e sintetizados, o que não exclui a importância da análise das primeiras manifestações a seu respeito.

²⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O “*melhor interesse da criança*”, p. 6, esclarece: “O texto original em inglês declara, expressamente: ‘In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, **the best interests of the child shall be a primary consideration.**’”

²⁹ V., por todos, PEREIRA, Tânia da Silva. O “*melhor interesse da criança*”, p. 1-101, *passim*.

³⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar. Coordenadora: PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.110-111.

³¹ Consoante informação de CARAMUTO, Maria Isolina Davobe. *Los derechos de los ancianos*. Madri/ Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002, p. 441.

Nesse sentido, observe-se uma de suas concepções pioneiras elaborada por Larenz:

“Ocupámo-nos dos ‘princípios ético-jurídicos’ como critérios teleológico-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a um tal princípio. Qualificámo-los de ‘pautas directivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas’.”³²

De modo extenso e exemplificativo continua a explanação:

“Alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma ‘analogia geral’ ou do retorno a *ratio legis*; alguns foram ‘descobertos’ e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que se impuseram na ‘consciência jurídica geral’ graças a força de convicção a eles inerente.”³³

E para finalizar, aduz-se que:

“Os princípios jurídicos não têm o carácter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de se ser concretizados.[...] No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ‘idéia jurídica geral’, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor.”³⁴

A fim de distinguir princípios, regras e políticas e com embasamento na moralidade, Dworkin elaborou a seguinte formulação acerca dos princípios:

“Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação económica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³⁵

Adiante, tentando diferenciar princípios e regras, cuja formulação recebe críticas contundentes,³⁶ aponta-se para a dimensão de peso dos princípios:

³² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5 ed. Tradução de: LAMEGO, José. Revisão de: FREITAS, Ana. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, p. 577.

³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 577.

³⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 577-578.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³⁶ Refere-se às críticas de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 51-52: “...Há incorreção quando se enfatiza que os princípios possuem uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que esteja incorporado a um tipo de norma. As

“Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”³⁷

Parecem acertadas essas proposições assim como as de Larenz. Esse último ressalta, corretamente, que os princípios estabelecem critérios teleológico-objetivos da interpretação, que se apresentam como pautas diretivas a justificar resoluções jurídicas. Aos princípios não se aplica o procedimento raso da subsunção e eles se efetivam mediante sua concretização pelo intérprete.

Dworkin atrela aos princípios à moralidade e os considera padrões a serem observados ressaltada sua condição de peso.

normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em favor em função das circunstâncias do caso concreto. A citada *dimensão de peso* (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica em relação às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador*”

E continua citando dois exemplos dos quais se destacará apenas um:

“Dois exemplos talvez possam demonstrar que é o aplicador, diante do caso a ser examinado, que atribui dimensão de peso a determinados elementos, em detrimento de outros. O Supremo Tribunal Federal analisou hipótese em que o Poder Executivo, depois de prometer, por decreto, baixar a alíquota do imposto de importação, decidiu, simplesmente, majorá-la. Os contribuintes que haviam contratado, com base na promessa de redução da alíquota, insurgiram-se contra o desembaraço das mercadorias com a aplicação da alíquota majorada, sob o fundamento de que teria sido violado o princípio da segurança jurídica. A questão posta perante do Tribunal poderia ser resolvida de dois modos: primeiro, com a atribuição de maior importância ao princípio da segurança jurídica, para garantir a confiança do cidadão nos atos do Poder Público e, por consequência, vedar a aplicação de alíquotas mais gravosas para aqueles contribuintes que haviam celebrado contratos na expectativa de que a promessa fosse cumprida; segundo, com a atribuição de importância apenas ao fato gerador do imposto de importação, que ocorre no momento do desembaraço da mercadoria, em razão do quê, tendo sido a alíquota, dentro das atribuições do Poder Executivo, majorada antes da data de ocorrência do fato gerador, não teria havido qualquer violação ao ato jurídico perfeito. O Tribunal adotou a segunda hipótese de solução. Mas o que isso significa para a questão ora discutida? Significa que a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto. Fosse a dimensão de peso um atributo empírico dos princípios, o caso ora examinado deveria ter sido necessariamente solucionado com base no princípio da segurança jurídica e na garantia de proteção ao ato jurídico perfeito – e não foi. Isso porque não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto.”

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 42-43.

Apesar de se entender que as regras também podem ser ponderadas, sabe-se que não é isso que acontece comumente.³⁸ Os princípios sim, na grande maioria das vezes, são sopesados num juízo de proporcionalidade quando em colisão, por isso, o critério do peso é válido para identificá-los tendo em mente, contudo, que nenhuma proposição – no caso a de peso para os princípios – é absoluta. Sempre se entendeu, na forma do jargão popular e consentido o trocadilho, que “toda regra tem exceção”.

A crítica de Ávila não procede por tratar como absoluta a proposição de Dworkin, mas principalmente por ressaltar várias vezes que “é o aplicador, *diante do caso a ser examinado*, que atribui dimensão de peso a determinados elementos, em detrimento de outros”. Ora, a doutrina faz suas construções e interpretações da lei sem referir-se a casos concretos, pelo menos, *a priori*. Compreende-se que a interpretação do Direito deve também se realizar em abstrato, afinal, sabe-se, há muito, que a doutrina é fonte legítima do Direito.³⁹

Eis a concepção de princípios proposta por Alexy:

“...Os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.”⁴⁰

Essa formulação atribui aos princípios o caráter de mandamentos de otimização, procedimento pelo qual se determina o valor ótimo de uma grandeza e o faz jungindo-os não só às situações jurídicas existentes, que serão ponderadas

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 44- 45, onde o autor exemplifica muito bem seu raciocínio.

³⁹ Nesse sentido também AMARAL, Francisco. *A interpretação jurídica segundo o código civil*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Vol. 1. Nº 1. Outubro/Dezembro de 1989, p. 40: “Quanto aos agentes da interpretação, ela diz-se *judicial*, quando feita pelos tribunais. Geralmente não se limita à interpretação do texto legal, mas, sim, à construção de uma decisão de um problema concreto. E *doutrinária*, se feita pelos cientistas do Direito. Neste caso, mais propriamente uma recomendação dirigida aos juízes, atribuindo a uma disposição um determinado significado.”

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de: VALDÉS, Ernesto Garzón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 86. [Traduziu-se livremente do espanhol]

com princípios e regras opostos, mas também às situações reais (fáticas), aproximando-se, nesse pormenor, do entendimento de Ávila.

Importante contribuição brasileira tem sido feita por esse último, que constrói, paulatinamente, seu conceito de princípios:

“... São normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante.”⁴¹ E adiante: “prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento for adotado”⁴² Mais adiante: Sua interpretação e aplicação “demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.”⁴³

Para Ávila:

“Os princípios consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.”⁴⁴

Nesse particular, dissente-se desse autor por não compreender que apenas os princípios necessitam de outras razões para a tomada de decisão. “Um enunciado lingüístico torna-se norma quando é lido e confrontado com o inteiro ordenamento, em dialética com os fatos históricos concretos, com as relações individuais e sociais.”⁴⁵ E esse enunciado lingüístico pode ser tanto um princípio quanto uma regra.

Em suma, parece que todas as proposições apresentadas contêm critérios a direcionar o intérprete na visualização e na aplicação de um princípio, embora nenhuma delas esteja imune a críticas ou se mostre absolutamente suficiente. Por isso, frisa-se que a descrição de *princípios* é um processo em desenvolvimento

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 63.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 64.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 65.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 68.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 78.

pelos teóricos do Direito, embora sua interpretação e aplicação consista numa realidade da qual o intérprete não pode se eximir.

Assim, com as diretrizes dadas pela doutrina, os aplicadores e intérpretes do Direito, hão de *encontrar* os princípios e aplicá-los na interpretação do Direito.

Destinados especialmente a tutelar a pessoa idosa há três princípios extraídos da interpretação teleológica e sistemática do Estatuto do Idoso iluminada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tratam-se dos sub-princípios da *proteção integral do idoso* e da *absoluta prioridade outorgada ao idoso* que conformam o princípio do *melhor interesse do idoso*.

O sub-princípio da proteção integral do idoso pode ser aferido pela exegese do art. 2º do seu Estatuto que dispõe:

“O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral de que trata esta Lei*, assegurando-lhe, por lei, ou por outros meios, *todas as oportunidades e facilidades*, para preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”⁴⁶

Quer-se, com isso, que a pessoa idosa tenha não só oportunidades, mas também facilidades para preservar sua saúde psicofísica, para se aperfeiçoar em nível moral, intelectual, espiritual e social, para gozar de todos os seus direitos de ser humano, com a proteção integral que emana de cada linha e entrelinha de seu Estatuto, o qual, já de início, põe em relevo a liberdade e dignidade das pessoas que vivenciam a terceira idade.

As oportunidades e facilidades atribuídas à pessoa idosa constam do seu Estatuto como direitos fundamentais, portanto, como alicerces em que se edifica sua proteção integral. São eles: o direito à vida, à liberdade ao respeito e à dignidade, o direito aos alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito à profissionalização e ao trabalho, à previdência ou à assistência social, à habitação e ao transporte.

Todos esses direitos são desenvolvidos ao longo do Estatuto de forma peculiar, destinada exclusivamente ao idoso, de modo a tutelá-lo em suas circunstâncias especiais. Ademais, a fim de protegê-lo integralmente, constam estatuídas medidas gerais e específicas de proteção, bem como toda a política de atendimento ao idoso que engloba disposições gerais, trata em capítulo específico

⁴⁶ [Grifou-se]

das entidades de atendimento ao idoso, da sua fiscalização, das infrações administrativas e sua apuração e da apuração judicial de irregularidades nas entidades. Há também, no referido Estatuto, um Título exclusivo dedicado ao acesso à justiça, em que são definidas as atribuições do Ministério Público para com a pessoa idosa e a proteção judicial de seus interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos. Ao final, a Lei tipifica crimes praticados especificamente contra a pessoa idosa e estabelece sanções penais aos transgressores.

Observe-se que a tutela integral funciona como sub-princípio, pois constitui critério teleológico-objetivo da interpretação a justificar a tomada de decisões em benefício do idoso, possui dimensão de peso, a qual ganhará relevância no sopesamento com outros princípios que com ele colidam, apresenta-se na modalidade de comando de otimização, ou seja, ordena que a tutela integral se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas dadas por um caso concreto ou formuladas em abstrato, envolvendo o idoso. Ademais, possui como qualidade a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, qual seja, a proteção integral do idoso, que só será realizada se adotado certo comportamento. Sua interpretação e aplicação demandam avaliação da correlação entre o estado de coisas colocado como fim – a tutela integral do idoso – e os efeitos decorrentes dessa conduta tida como necessária, isto é, a efetividade do princípio na prática.

Acentua-se que o sub-princípio da proteção integral do idoso encontra-se inserido num ordenamento jurídico, que, por sua vez, deve ser considerado um sistema, pois a função do sistema faz-se necessária.⁴⁷ “A unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre normas singulares e entre os institutos.”⁴⁸ Torna-se indispensável, portanto, a averiguação do sentido e alcance desse sub-princípio no direito civil pátrio, cujas disposições referentes às pessoas idosas não se esgotam no âmbito do seu Estatuto.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 78.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 78.

À guisa de exemplificação, põe-se em análise o art. 1.641 do Código Civil que disciplina, em seu inciso II, que “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 60 (sessenta) anos”

Essa regra possui conteúdo aviltante, de caráter altamente discriminatório das pessoas maiores de sessenta anos. Ela prima por proteger o idoso na esfera patrimonial, desconsiderando sua capacidade de fato e seus direitos de personalidade. Por que pensar que o idoso precisa desse tipo de tutela se ele é absolutamente capaz para todos os atos da vida civil que englobam tanto situações jurídicas patrimoniais como existenciais? O casamento, na forma do art. 1.511 do Código Civil estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por que tal comunhão, a partir dos sessenta anos de um dos cônjuges ou de ambos não pode se estabelecer também, segundo a vontade do casal, em relação aos seus bens patrimoniais?⁴⁹

O Código de 1916 já legislava no sentido de que a mulher maior de cinquenta anos e o homem maior de sessenta se casassem compulsoriamente pelo regime da separação total de bens. Compreendiam alguns, que nessa altura da vida o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já estaria consolidado e que o conteúdo patrimonial do casamento deveria ser peremptoriamente afastado. A rigor, temia-se que a pessoa de mais idade se prejudicasse financeiramente contraindo núpcias com uma jovem, caso pudesse escolher outro regime de bens para seu casamento.⁵⁰

O fato é que o Código atual repete o erro de julgar que o Estado deve intervir tão violentamente na liberdade dos idosos, homens ou mulheres.⁵¹

⁴⁹ Nesse sentido, TJSP. Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, 2ª Câmara Cível, julgada em 18.08.1998. Desembargador relator: César Peluso. Publicada na RT nº 758, 1998, p. 106 e seguintes, onde se destacou que a disposição do Código Civil vigente na época, ainda o de 1916, agredia um dos fundamentos da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana: “... Estaria ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. III, da Cf), não só porque decepa e castra no seu núcleo construtivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras do paternalismo incestuoso, todo o peso de uma intromissão estatal em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.”

⁵⁰ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 175.

⁵¹ Nesse sentido, RODRIGUES. Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 27 ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183.

A regra em comento contraria o sub-princípio da proteção integral do idoso, pois protegê-lo consiste também em respeitá-lo nas decisões acerca de sua vida privada. A proteção integral do idoso, na forma do art. 2º de seu Estatuto, condiz expressamente com a “preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade”, de modo a tutelar também a integridade psíquica do idoso, conteúdo de seu direito à saúde.⁵²

Mesmo que a pessoa idosa se relacione com alguém que possa se apoderar de sua fortuna é direito de toda pessoa ter liberdade para decidir como quer se casar. Retiram da pessoa idosa tanto a liberdade quanto a dignidade, despersonalizando-a, se lhe tratam como uma incapaz de conduzir suas escolhas.⁵³

Nesse caso, inclusive, incide a normativa constitucional, hierarquicamente superior, que institui, como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de idade, na forma do art. 3º, inciso IV, tornando o art. 1.641, inciso II, do Código Civil inválido, posto que inconstitucional.⁵⁴

Mesmo que não fosse assim, o sub-princípio da proteção integral do idoso teria maior peso numa interpretação sistemática do Código Civil e do Estatuto do

⁵² A tendência do direito civil na pós-modernidade é de se personalizar e de se despatrimonializar, logo, o art. 1.641, inciso II do Código Civil situa-se na contramão desse processo evolucionista. Como observa AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Nº 21, 2002, p. 16 e 17: “...O que ocorre no direito que permita afirmar a superação do paradigma da modernidade? [...] a personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de princípio fundamental da Constituição, donde o reconhecimento de um novo e importante ramo jurídico, o dos direitos da personalidade, direitos fundamentais ou humanos, que ‘constituem o núcleo das Constituições dos sistemas jurídicos contemporâneos.’”

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 342: “É preciso distinguir a hipótese de exclusiva importância da idade, que é aquela a qual se pretende referir, da hipótese na qual à idade se junta um estado psicofísico patológico e como tal apto a influenciar as capacidades “normais”. Assim como a menoridade não é sinônimo de ausência de doença, assim também a regra da idade senil não é sinônimo de doença e, portanto, de deficiência. Esta acaso exista introduz problemas bem mais graves, os quais, todavia prescindem da idade da pessoa. A partir do pressuposto de que somente o decurso do tempo, especialmente em referência a cada ato ou atividade, não influencia automaticamente no sentido negativo a capacidade natural normal, faz-se necessário rever as soluções legislativas que, presumindo a decadência da pessoa em razão da idade – inspiradas na verdade na necessidade de realizar uma renovação com pessoas mais jovens – tiveram a pretensão de parecerem normas construídas no interesse dos idosos. Essas normas freqüentemente propõem estatutos de favorecimento ou de desfavorecimento irracionalmente lesivos ao princípio da igualdade.” [traduziu-se livremente do italiano]

⁵⁴ BOBBIO. Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de: DE CICCIO, Cláudio e SANTOS, Maria Celeste C. J. São Paulo: Polis, 1989, p. 93: “O critério hierárquico (para solução de antinomias), chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*”

Idoso, primeiro, porque consta de Lei posterior ao Código, segundo e, principalmente, porque se trata de Lei especial, destinada nomeadamente a proteger a pessoa idosa das agressões atentatórias à sua dignidade, ainda que previstas em outra Lei ordinária.⁵⁵

Considera-se, pois, que a regra do inciso II, do art. 1.641 do Código Civil é inválida e ineficaz, por contrariar princípio extraído do Estatuto do Idoso que reflete por todo ordenamento jurídico, onde quer que esteja em xeque a proteção integral do idoso e pela sua patente inconstitucionalidade.⁵⁶

Pior para o idoso é o dispositivo constitucional que o discrimina na forma do art. 40, § 1º, inciso II, ao prescrever que, quando servidor público, terá de se aposentar, compulsoriamente, aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.⁵⁷ Embora prevista na Constituição parece que essa regra é materialmente inconstitucional.⁵⁸

Apesar de se saber que o dispositivo infraconstitucional não tem o condão de se sobrepor a uma regra da Constituição, considera-se que, o advento do Estatuto do Idoso, com todo seu arcabouço axiológico de proteção integral, certamente auxilia o intérprete a não aplicar tal regra preconceituosa em face do idoso que queira e tenha condições físicas e psíquicas de continuar seu trabalho no serviço público.⁵⁹ Cabe assinalar, antes de tudo, que o sub-princípio da proteção

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 95 e 96: “O terceiro critério (para solução de antinomias), dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.”

⁵⁶ Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 414.

⁵⁷ Em sentido contrário FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 236: “Note-se que nos dois primeiros casos – invalidez e setenta anos de idade –, a aposentadoria tem um caráter tipicamente previdenciário. Visa a pôr o servidor ao abrigo da necessidade, dando-lhe condições materiais de vida.”

⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 342-343: “Se nosso sistema não é fundamentado na ociosidade e garante a todos o trabalho, que afinal representa um modo de realizar a própria personalidade, para sentir-se vivo e socialmente útil, grande parte da legislação que põe limites de idade inflexíveis seja para o acesso ao trabalho seja para a aposentadoria (limites inspirados exclusivamente na idade e não em outros fatos eventualmente concorrentes) é suspeita de inconstitucionalidade.” [traduziu-se livremente do italiano]

⁵⁹ Assevera AMARAL, Francisco. *A interpretação jurídica segundo o código civil*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Vol. 1. Nº 1. Outubro/Dezembro de 1989, p. 42: “A interpretação conforme os princípios, que pode ser simultânea com outras modalidades, implica, portanto, a passagem da *ratio legis* à *ratio júris*, isto é, do sentido da norma legal aos sentidos dos

integral do idoso é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, na peculiar condição de envelhecida, previsto no art. 1º, inciso III, da norma constitucional. O princípio da proteção integral do idoso também se coaduna com a condenação de toda forma de discriminação bem como com o já citado art. 3º, inciso IV, também da Constituição e de cunho fundamental, que se refere, de maneira específica, a promover o bem de todos sem preconceitos de idade. Sopesando toda a normativa principiológica apontada com a regra do art. 40, § 1º, inciso II, torna-se forçoso concluir que os princípios terão proeminência num juízo de ponderação. Assim, “normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais” num juízo de ponderação.⁶⁰

Para arrematar, assevera-se que:

“... As leis especiais não são mais consideradas atuativas dos princípios codicísticos, mas daqueles constitucionais, elas não podem ter lógicas de setor autônomas ou independentes das lógicas globais do quadro constitucional; elas devem ser sempre concebidas e conhecidas obrigatoriamente no âmbito do sistema unitariamente considerado.”⁶¹

Essa assertiva serve tanto para corroborar o raciocínio desenvolvido acerca da extensão do sub-princípio da proteção integral do idoso como também do sub-princípio da absoluta prioridade assegurada ao idoso, que se passa a analisar.

O art. 3º do Estatuto do Idoso assevera que:

“É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito à convivência familiar e comunitária.”⁶²

fundamentos do próprio sistema, isto é, os princípios jurídicos. Ocorrendo contradição entre estes e as normas do sistema, uma contradição entre a norma e seu fundamento normativo (o princípio-fundamento), suscita-se duas soluções diversas. Uma primeira de correção da norma, conforme aos princípios. A norma deve adequar-se ao princípio. Uma segunda solução, no caso da norma ser claramente contraditória ou oposta aos fundamentos axiológicos que o princípio representa, deve preferir-se a *ratio iuris* à *ratio legis*. Há, assim, uma preterição de superação da norma, pois os fundamentos normativos (os princípios jurídicos) devem prevalecer contra os critérios jurídicos positivados (as normas).”

⁶⁰ DE BARCELLOS. Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 235.

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 79.

⁶² Observe-se que a absoluta prioridade funciona como sub-princípio, pois constitui critério teleológico-objetivo da interpretação a justificar a tomada de decisões em benefício do idoso,

Com tal disposição evidencia-se que a pessoa idosa faz jus não só à proteção integral antes referida, mas também à tutela prioritária, que o coloca em situação preferencial na efetivação de direitos fundamentais de todos os seres humanos.⁶³ Veja-se que a absoluta prioridade atribuída ao idoso acarreta obrigações para sua família, para a comunidade e a sociedade em que se insere e para o Poder Público.

Nesse sentido, o Estatuto traça metas a ser levadas a cabo por cada uma dessas instituições na forma do parágrafo único do mesmo art. 3º, o qual determina: “a garantia de prioridade compreende”:

“I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço à população;” significa que a pessoa idosa gozará de atendimento privado ou público, incluindo concessionários e permissionários do serviço público, com absoluta primazia⁶⁴ e de maneira rápida. Nos casos em que houver necessidade, considerando as condições psicofísicas do indivíduo, pode-se dizer que o atendimento deve ser instantâneo, e mais, individualizado, ou seja, a distinguir o idoso de acordo com as suas especialidades intrínsecas. Por exemplo: em caso de emergência ou urgência numa internação hospitalar em que concorram um velho e um jovem, o velho usufruirá primeiramente do serviço com a agilidade que sua penúria ensejar, levando em conta o contexto particularíssimo de sua idade avançada que demanda cuidados peculiares.⁶⁵

possui dimensão de peso, a qual ganhará relevância no sopesamento com outros princípios que com ele colidam, apresenta-se na modalidade de comando de otimização, ou seja, ordena que a absoluta prioridade se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas; dadas por um caso concreto ou formuladas em abstrato envolvendo o idoso. Ademais, possui como qualidade a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, qual seja, a absoluta prioridade atribuída ao idoso, que só será realizada se adotado certo comportamento. Sua interpretação e aplicação demandam avaliação da correlação entre o estado de coisas colocado como fim – a absoluta prioridade do idoso – e os efeitos decorrentes dessa conduta tida como necessária, isto é, a efetividade do princípio na prática.

⁶³ Crianças e adolescentes gozam da mesma tutela prioritária como adiante se desenvolverá.

⁶⁴ RAMAYANA, Marcos. *Estatuto do idoso comentado*, p. 17.

⁶⁵ Ressalte-se que o Estatuto do Idoso inova ao atribuir esse tipo de prioridade ao ser humano de idade adiantada, pois a observação que se fazia antes da sua vigência era outra na seara médica. Cf. PAPALÉO NETTO, Matheus. *O estudo da velhice no século XX: histórico, definição do campo e termos básicos*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 4: “A política de desenvolvimento que domina as sociedades industrializadas e urbanizadas sempre teve mais

“II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;” o que leva a entender que as políticas traçadas pela Política Nacional do Idoso e por seu Estatuto não se exaurem. Outras devem ser implementadas por meio do comando legislativo federal, estadual e municipal em categoria de prelação tanto na formulação quanto na execução.

“III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção do idoso;” o que já retrata, além do fragmento de um princípio, uma política pública em seu favor. Dessa forma, o orçamento da União, dos Estados e dos Municípios deverá destinar, impreterivelmente, verbas públicas para hospitais, clínicas, farmácias, escolas, entidades de atendimento, entidades de entretenimento e cultura, entre outros estabelecimentos desse jaez que visem a proteger, no sentido mais alargado dessa palavra, a pessoa idosa, especialmente à pobre e desamparada.

“IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;” no sentido de incentivar a socialidade do idoso tanto nas relações familiares e comunitárias, como também nas relações sociais que pode e deve cultivar nos ambientes públicos e privados. Devem ser criadas, para tanto, novas opções para que a pessoa idosa possa desenvolver sua sociabilidade e se integrar às gerações mais jovens.

“V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria subsistência;” o que implica solidariedade da família já que se refere à pessoa que necessita de atendimento, ou seja, que sozinha não pode ministrar sua existência. Esse inciso leva em consideração que estão mais preparados para acolher o idoso aqueles que com ele possuem laços afetivos, ao invés dos dotados de melhores capacidades profissionais. Sobressai o valor do afeto e a oportunidade de a pessoa idosa continuar vivendo em seu lar, ao lado de seus móveis e utensílios domésticos, os quais ajudam a manter uma sensação de aconchego e até de conforto espiritual.⁶⁶ Ressalva-se, contudo, a permanência domiciliar do ancião que precisa de atendimento e não possui família

interesse na assistência materno-infantil e dirigida aos jovens. O investimento numa criança tem o retorno potencial de 50 a 60 anos de vida produtiva, enquanto cuidados médico-sociais direcionados à manutenção de uma vida saudável de um idoso não podem ser encarados como investimento.”

⁶⁶ RAMAYANA. Marcos. *Estatuto do idoso comentado*, p. 18.

para provê-lo bem como dos que a possuem, mas são tão pobres que não possuem condições de manter sua sobrevivência.

Para os que não possuem família a solução apontada parece correta, o que não se pode dizer a respeito do idoso que, embora não tenha recursos para se manter, houver família suficientemente abastada. A não ser que se queira dizer que é a família que não dispõe de condições econômicas para cuidar do idoso, perspectiva não visualizada a partir da dicção do preceito, parece que num direito personalista, em que o *ser* vale mais que o *ter*, no sentido de despatrimonializar e repersonalizar as relações familiares,⁶⁷ não exista espaço para que o Estado deixe aos cuidados de uma entidade pública, pessoa envelhecida que possua comunidade familiar.⁶⁸

“VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;” para que haja mais pessoal qualificado para atender o idoso em diversos espaços sociais e nos ambientes de específica prestação de serviços aos idosos, considerando, antes de tudo, a preservação de sua capacidade funcional.⁶⁹

“VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;” a fim de possibilitar que tanto as pessoas da terceira idade quanto as demais que compõem a sociedade, se esclareçam acerca das vicissitudes biológicas, psíquicas e sociais do envelhecimento por meio de cursos, cartilhas, informações por meio da

⁶⁷ Cf. FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11-13.

⁶⁸ No sentido de valorização da pessoa nas relações familiares tuteladas pelo Estado, BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. In: *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 105: “Paralelamente a todas essas inovações, de igual ou maior importância, foi a *ampliação do papel do Estado*, a quem incumbe, além da função de proteção à família, o dever de assegurar-lhe assistência, *na pessoa de cada um dos que a integram*, deslocando o objeto de sua atenção para o *indivíduo*, em lugar da comunidade familiar.” [grifou-se]

⁶⁹ RAMOS, Luiz Roberto. *Epidemiologia do envelhecimento*. In: *Tratado de Geriatria e Gerontologia*, p. 77-78: “A manutenção da capacidade funcional é, em essência, uma atividade multiprofissional para a qual concorrem médicos, enfermeiras, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, psicólogos e assistentes sociais. A presença destes profissionais da rede de saúde deve ser vista como prioridade. No entanto, *para que a atenção ao idoso possa se realizar em bases interprofissionais, é fundamental que se estimule a formação de profissionais treinados, através da abertura de disciplinas nas universidades, de residências médicas e de linhas de financiamento a pesquisas que identifiquem a área da geriatria e gerontologia.*” [Grifou-se]

imprensa, da internet, entre outros órgãos de informação em massa. O que é desconhecido não sensibiliza e nem atrai maiores interesses.

“VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.” O que se visa é tornar certo, seguro, o acesso do idoso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais. Quanto ao acesso, verificam-se duas formas de apreciá-lo e ambas estão contidas no teor do enunciado normativo. Em primeiro lugar, deve ser assegurado ao idoso o atendimento de sua saúde e disponibilizada assistência social em seu benefício no local onde resida. Em segundo, o idoso tem que ter condições de acesso, no sentido de condição de transitar rumo a esses locais, pois é sabido que os velhos mais velhos possuem, muito freqüentemente, alguma dificuldade de locomoção.

Enfim, cabe registrar que cada um desses preceitos individualiza a pessoa idosa no sentido de lhe garantir prioridade em vários setores da sua vida pública e privada, mas não compõem um rol limitativo. A fim de cumprir o preceito do *caput* do art. 3º, outras ações que se mostrarem necessárias para afiançar a absoluta prioridade outorgada ao idoso devem ser desenvolvidas por políticas públicas, pelo legislador, pela doutrina e pelos tribunais.

Diante de todo o exposto, cumpre nessa altura demonstrar que o sub-princípio da proteção integral jungido ao sub-princípio da absoluta prioridade consubstanciam um só princípio: o do melhor interesse do idoso.

Isso ocorre porque os princípios “precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.”⁷⁰ Mas o princípio do melhor interesse do idoso “é antes a *ideia directiva* que serve de base a todos estes sub-princípios e lhes indica a direcção, não podendo explicar-se esta ideia directiva de outro modo senão aduzindo os seus subprincípios e princípios jurídicos gerais concretizadores na sua conjugação plena de sentido.”⁷¹

⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de: CORDEIRO, Antonio Menezes. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1989, p. 87. Observe-se que Canaris faz alusão aos princípios gerais do direito, com os quais não se está a trabalhar, pois se opera com princípios de uma lei especial como norteadores de um sistema que refletem os conteúdos valorativos constitucionais. De todo modo, sua construção permite compreender o sentido de sub-princípios também nesse caso.

⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 579, em que o autor dá, também, um exemplo de princípio e sub-princípios: “Tomemos o princípio do Estado de Direito. Nele contém-se, sem dúvida, uma série de subprincípios, como, por exemplo, a legalidade da administração, a vinculação também do legislador a certos direitos fundamentais, a independência dos juízes, o

Assim, da mesma forma que a proteção integral e absoluta prioridade compõem o princípio do melhor interesse do idoso, este indica a direção dessa proteção e dessa prioridade, num movimento de junção de significados que gera uma acepção compatibilizada: a pessoa idosa faz jus à tutela integral e prioritária de acordo com seu melhor interesse.

Assim, os artigos 2º e 3º do Estatuto fazem menção indireta ao princípio do melhor interesse e o art. 4º subsequente o contém implicitamente ao dispor:

“Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1.º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.[...]”

Pelo princípio do melhor interesse do idoso não se pode imaginar, em nenhuma hipótese, seja ele negligenciado ou discriminado por sua família, pelo Estado ou pela sociedade. Todavia, pesquisas apontam que a forma de violência mais descrita pelos próprios idosos, é o preconceito contra a velhice.⁷² Essa situação merece ser combatida pelo Poder Público, pela família, pela sociedade, pelos profissionais da saúde, da área social e do direito.

Ao invés de preconceito, a pessoa idosa faz jus a um *cuidado* distinto, “como um fundamento que nos possibilita dotar a existência humana do seu caráter essencialmente humano.”⁷³ “... Cuidado significa desvelo, solicitude, diligência, zelo, atenção, bom trato e, assim, o ato de cuidar pode ser entendido como uma atividade constante de ocupação, preocupação, responsabilidade, envolvimento e ternura para com o semelhante”⁷⁴ idoso. Em questão de saúde, já

direito de acesso à justiça, a proibição de intromissões arbitrárias no *status* jurídico do indivíduo e a proibição da retroactividade das leis desvantajosas.”

⁷² MACHADO, Laura e QUEIROZ, Zally V. *Negligência e maus tratos*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libranesso, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p.791-797.

⁷³ PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*. In: Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais. Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Janete Liasch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004, p. 274.

⁷⁴ LEMOS, Naira e MEDEIROS, Sônia Lima. *Suporte social ao idoso dependente*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 892.

há precedente jurisprudencial que enaltece o *cuidado* para com o idoso como um postulado de importante valor jurídico:

“Obrigação de fazer. Paciente portador de seqüelas de **Acidente Vascular Cerebral – AVC**, necessitando utilizar continuamente fraldas geriátricas descartáveis, tendo em vista seu precário estado de deficiência física e mental. A sentença julgou procedente o pedido, condenando os réus ao fornecimento requerido ou qualquer outro insumo ou medicamento que se fizer necessário ao tratamento da doença apresentada pelo autor, desde que comprovada a necessidade através de atestado médico e condenando a Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios. Inconformismo do Município do Rio de Janeiro, alegando ser a condenação genérica e incerta. **Entendimento desta Relatora** no sentido de se tratar de paciente **idoso**, contando atualmente com **90 (noventa)** anos de idade, portador de graves seqüelas relativas ao **AVC**, que não tem condições financeiras para arcar com a sua necessidade de utilizar fraldas geriátricas. *O ilustre Magistrado singular, agiu com bastante sensibilidade e lucidez ao garantir ao apelado o suprimento de qualquer outra necessidade que o mesmo venha a ter com relação ao tratamento da doença apresentada, a fim de que o mesmo não tenha que vir postular em juízo outras necessidades relativas ao seu estado gravíssimo de saúde, denotando ter levado em consideração o postulado do **cuidado** atinando para o seu relevante valor jurídico.* Inexistência de caráter genérico e incerto da sentença, eis que a condenação vinculou que o atendimento das necessidades autorais se dê, especificamente, ao tratamento das seqüelas do AVC, exigindo, ainda, comprovação através de atestado médico. **NEGATIVA DE SEGMENTO AO APELO**, manifestamente inadmissível, na forma do art. 557, *caput* do CPC e **CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA, no reexame necessário**, nos termos do artigo 31, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça e da Súmula nº 253 da Corte Superior.”⁷⁵

Defende-se ainda que o valor jurídico do cuidado para com a pessoa idosa é informado pelo princípio do seu melhor interesse.

Da mesma forma, já se considerada um problema de saúde pública, identificado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), qualquer tipo de violência, crueldade ou opressão contra o idoso. A pessoa idosa faz jus à tutela integral e prioritária, segundo o princípio do seu melhor interesse, o qual não condiz com ação única, repetida, ou ausência dela quando devida, vivenciada numa relação em que haja expectativa de confiança do idoso e que acabe por lhe causar sofrimento e angústia.⁷⁶ Repita-se, que todo atentado aos direitos do idoso, por ação ou omissão, será punido na forma da Lei e que é dever de todos prevenir tal ameaça ou violação aos direitos do idoso, de acordo com o princípio do seu

⁷⁵ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.00167. Apelante: Município do Rio de Janeiro. Apelado: José Ribeiro da Conceição. Relatora: Desembargadora Conceição A. Mousnier. Julgada em: 31.05.2006.

⁷⁶ MACHADO, Laura e QUEIROZ, Zally V. *Negligência e maus tratos*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 791.

melhor interesse. Essas asserções são corroboradas pelo Estatuto do Idoso que, no capítulo destinado à disciplina do direito fundamental à saúde da pessoa idosa dispõe em seu art. 19:

“Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra ao idoso serão obrigatoriamente comunicados pelos profissionais de saúde a quaisquer dos seguintes órgãos:

- I – autoridade policial;
- II – Ministério Público;
- III – Conselho Municipal do Idoso;
- IV – Conselho Estadual do Idoso;
- V – Conselho Nacional do Idoso”

Observe-se que o parágrafo segundo do art. 4º do Estatuto do Idoso faz menção aos princípios adotados pela Lei, nos seguintes termos: “As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.”

Tratam-se, nessa referência aos princípios adotados pela Lei, do princípio do melhor interesse e dos sub-princípios da proteção integral e prioritária do idoso, a iluminar toda interpretação dessa legislação e de outras afins. Tais princípios possuem a capacidade de prever outras obrigações decorrentes do seu conteúdo de valor, cujas formulações serão desenvolvidas pela doutrina e pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. “Não se pode proteger de modo adequado o direito de envelhecer com um elenco de hipóteses, ainda que enunciativo.”⁷⁷

O princípio do melhor interesse do idoso nasce a partir de uma interpretação analógica de seu conteúdo dogmático-normativo com os conteúdos da mesma estirpe de proteção à criança e ao adolescente. É imperioso lembrar que o princípio do melhor interesse da criança consta de uma Convenção Internacional ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710 de 1990, e que constitui um princípio constitucional em vigor no ordenamento jurídico pátrio, em consonância com o disposto no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição da República que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁷⁸

⁷⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse do idoso*, p. 70.

⁷⁸ Grifou-se.

Princípios são normas e é sabido que se “procederá à aplicação analógica das normas quando estas não contemplem uma hipótese específica, mas regulem outra semelhante entre elas que se aprecie identidade de razão.”⁷⁹

Se o ordenamento jurídico brasileiro acolhe o princípio do melhor interesse da criança, também deve encampar, por analogia, o mesmo princípio a favorecer o idoso, pois a razão de o menor necessitar de um princípio especialíssimo, em razão de sua tenra idade, é o mesmo atribuído às pessoas de idade muito adiantada. A vulnerabilidade em virtude da idade é comum entre crianças, adolescentes e idosos, por isso, a tutela especial dessas faixas etárias tem, guardadas as devidas proporções, a mesma razão de ser.⁸⁰

Assim, se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio do melhor interesse do idoso são análogos, porque compartilhem a mesma característica, qual seja, a vulnerabilidade dessas pessoas em razão da idade, tal relação pode expressar-se também assim: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente existe e é válido porque crianças e adolescentes são vulneráveis, como o princípio do melhor interesse do idoso existe e é válido, porque os idosos são vulneráveis.⁸¹

⁷⁹ Trata-se de ensinamento de RODRÍGUEZ. Manuel Atienza. *Sobre la analogia em el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986, p. 26. O autor também cita um exemplo de analogia: “As relações que se dão entre uma companhia de barcos de vapor e seus passageiros, que tenham tomado camarotes para sua comodidade durante a viagem, não difere em nenhum aspecto essencial da que se dá entre o hoteleiro e seus hóspedes. (...)”

As duas relações, se bem que não são idênticas, apresentam uma analogia tão estreita que deveria ser-lhes de aplicação a mesma regra de responsabilidade. Somos da opinião, por conseguinte, de que o demandado deveria verdadeiramente ser considerado como responsável pelo dinheiro roubado ao demandante, sem necessidade de prova alguma de negligência.” [Traduziu-se livremente do espanhol]

⁸⁰ RODRÍGUEZ. Manuel Atienza. *Sobre la analogia em el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, p. 29: “Quando os juristas falam de analogia, querem referir-se por comum a um procedimento argumentativo que permite trasladar a solução prevista para um caso, a outro distinto, não regulado pelo ordenamento jurídico, mas que se assemelha ao primeiro enquanto que comparte com aquele certas características essenciais ou bem – para empregar a solução clássica recolhida pelo Código Civil espanhol – a mesma razão (*eadem ratio*). [Traduziu-se livremente do espanhol]

⁸¹ RODRÍGUEZ. Manuel Atienza. *Sobre la analogia em el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, p. 35. “... A relação de analogia pode formular-se sempre como uma analogia de relações: se dois conceitos ou os objetos denotados pelos mesmos, por exemplo, dois casos jurídicos, A e B, são análogos porque compartilhem a característica x, dita relação pode expressar-se também assim: A está para x como B está para x. [Traduziu-se livremente do espanhol]

Mais: o princípio do melhor interesse do idoso não se reduz a um princípio setorial, aliás, “as denominadas ‘orientações setoriais’ nem sempre são eficientes para a tutela da personalidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana”⁸². Logo, o princípio de que se trata, é expressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana considerada em suas peculiaridades. Em outras palavras, “o princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, é consectário natural da cláusula geral de tutela da pessoa humana e, por excelência, fonte da proteção integral que é devida ao idoso.”⁸³

Entende-se que o princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, § 2º da Constituição, no sentido de que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, recebendo, pois, a natureza de fundamental.

O direito à proteção integral, com absoluta prioridade e segundo o princípio do melhor interesse é garantido pela Constituição na medida em que o idoso é pessoa mais vulnerável que outras de diferente faixa etária, e seu tratamento especial decorre do princípio constitucional da dignidade conferido à pessoa humana. Essa dignidade faz urgente interpretar o direito a partir de um olhar acerca das diferenças, possibilitando a convivência de distintas gerações com o conhecimento do que as aproxima e afasta, preservando, antes de tudo, a pessoa em sua situação singular. Destarte, “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”⁸⁴, como a colisão de interesses de pessoas idosas com outros interesses de crianças e adolescentes, situação na qual haverá necessidade de uma minuciosa ponderação.

O princípio do melhor interesse do idoso apresenta-se como princípio porque constitui critério teleológico-objetivo da interpretação a justificar a tomada de decisões em benefício do idoso, possui dimensão de peso, a qual ganhará relevância no sopesamento com outros princípios que com ele colidam, apresenta-se na modalidade de comando de otimização, ou seja, ordena que o melhor interesse se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades

⁸² BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse do idoso*, p. 70.

⁸³ BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse do idoso*, p. 57.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 156.

jurídicas e fáticas; essas dadas por um caso concreto ou abstrato envolvendo o idoso.⁸⁵

O princípio analisado possui como qualidade a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, qual seja, o melhor interesse do idoso, que só será realizado se adotado certo comportamento. Sua interpretação e aplicação demandam avaliação da correlação entre o estado de coisas colocado como fim – o melhor interesse do idoso – e os efeitos decorrentes dessa conduta tida como necessária, isto é, a efetividade do princípio na prática.

3.3

Análise Comparativa dos Princípios Assegurados à Criança, ao Adolescente e ao Idoso no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Constituição da República de 1988 tratou, no seu Capítulo VII, da família, da criança do adolescente e do idoso.

“A família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.”⁸⁶

A fim de garantir a dignidade e a realização dos componentes mais vulneráveis da família, a Constituição tratou de valorizá-la não como simples instituição, mas como núcleo de tutela dos seus integrantes.⁸⁷ Dentre eles, encontram-se em situação de vulnerabilidade especial crianças, adolescentes e idosos. Por isso, os princípios lhes assegurados em nível constitucional e infraconstitucional serão objeto de análise.

⁸⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse do idoso*, p. 70: “Tome-se como exemplo o idoso em ‘situação de risco’ (art. 43, Lei 10.741/03), que resulta dentre outras causas do ‘abuso da família’ ou da ‘condição pessoal’ do idoso. A fórmula legal contém conceitos indeterminados e sua interpretação diante do caso concreto deverá atender não só as diretrizes fixadas pela lei, como (e principalmente) o *melhor interesse do idoso*, para que se efetive a proteção integral que lhe é assegurada pelo Estatuto.”

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada em matrimônio*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326-327.

⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 350.

Para comparar os princípios assegurados às crianças, aos adolescentes e aos idosos foram formuladas as seguintes variáveis:

1ª. As disposições constitucionais, que se subdividem em: a. atribuições constitucionais especiais em virtude da vulnerabilidade, b. o princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos, c. o sub-princípio da absoluta prioridade de crianças e adolescentes em nível constitucional, d. o direito à acessibilidade como expressão do princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos, e. o direito ao cuidado como expressão do princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos;

2ª. As disposições infraconstitucionais, que se subdividem em: a. das legislações específicas em função da vulnerabilidade de crianças, adolescentes e idosos, b. o princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos, c. o sub-princípio da proteção integral das crianças dos adolescentes e dos idosos, d. o sub-princípio da absoluta prioridade outorgado às crianças, aos adolescentes e aos idosos.

1ª Variável: As Disposições Constitucionais

a. Atribuições constitucionais especiais em virtude da vulnerabilidade.

Faz-se importante notar que nesse capítulo a Constituição concedeu tratamento diferenciado a dois sujeitos da comunidade familiar: crianças, adolescentes e idosos. É que se tutelam de maneira singular os membros mais vulneráveis dessa comunidade, atribuindo-lhes princípios de proteção e direitos da mesma linhagem diferenciados dos conferidos aos demais componentes.

O *caput* do art. 227 da Constituição da República dispõe em favor de crianças e adolescentes que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.”

O *caput* do art. 230, também da Constituição, prescreve em favor dos idosos que:

“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”

Em comum, possuem tais atribuições em seu favor como dever da família, da sociedade e do Estado. Ambos os artigos asseguram às crianças, adolescentes e aos idosos os direitos à dignidade e à vida.

b. O princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos

Os princípios do melhor interesse da criança, do adolescente e do idoso consistem em construções doutrinárias extraídas do art. 5º, § 2º da Carta constitucional, mas provêm de momentos diferentes do mesmo dispositivo. O princípio a proteger as crianças e adolescentes decorre de tratado internacional ratificado pelo Brasil e o mesmo princípio favorável aos idosos decorre da não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Nessa hipótese, o princípio do melhor interesse do idoso decorre do princípio da dignidade da pessoa humana em sua unicidade quando envelhecida.⁸⁸

c. O sub-princípio da absoluta prioridade de crianças e adolescentes em nível constitucional

Assegura-se às crianças e adolescentes com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. A letra da Lei Maior também lhes coloca a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão. Os idosos não têm, a princípio, esta disposição de absoluta prioridade em seu favor.

Reza o § 3º do art. 227 em prol de crianças e adolescentes que:

“O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observando o disposto no art. 7º, XXXIII;

⁸⁸ Nesse sentido, BARBOZA, Heloisa Helena. *O melhor interesse do idoso*, p. 71; “Constata-se implícito no preceito constitucional o princípio do melhor interesse do idoso, como expressão da proteção integral que lhe é devida com absoluta prioridade. Tal princípio, de inegável valia como critério hermenêutico, diante da complexidade da situação existencial do idoso, revela-se instrumento hábil na efetivação da tutela da dignidade das pessoas que se encontram num estado mais avançado da existência humana.”

- II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
- IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- V – obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
- VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”

Os idosos também não gozam dos aspectos próprios da proteção especial garantida ao menor exatamente porque eles foram estabelecidos de acordo com as particularidades do grupo infanto-juvenil.

d. O direito à acessibilidade como expressão do princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos

Quanto ao direito à acessibilidade, o inciso II do parágrafo 1º e parágrafo 2º do art. 227 focou crianças e adolescentes portadores de deficiência física:

Veja-se o teor do art. 227, § 1º e § 2º:

“§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como a integralização social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a convivência, e a *facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.*

§ 2º A lei disporá sobre *normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.*”⁸⁹

Aos idosos, na forma do § 2º do art. 230, o que se garantiu foi a gratuidade dos transportes coletivos urbanos desde que atingida a idade de sessenta e cinco anos, independentemente de deficiência física, sensorial ou mental, nos seguintes termos: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”

⁸⁹ Grifou-se.

O direito à acessibilidade é expressão do princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos em nível constitucional, corroborado pelo art. 15, § 4º do Estatuto do Idoso.

e. O direito ao cuidado como expressão do princípio do melhor interesse das crianças, dos adolescentes e dos idosos

Quanto ao cuidado prestado a crianças, adolescentes e idosos, a Constituição, usando de vocábulos diferentes, consagrou a solidariedade entre gerações da mesma família voltada para os seus membros vulneráveis na forma do art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar, educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” O direito ao cuidado especial, no seio da família, também é expressão do princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes.⁹⁰ Fazem jus ao mesmo cuidado especial advindo da família os idosos, segundo o princípio do seu melhor interesse.⁹¹ Observe-se que o cuidado, tanto para crianças e adolescentes, quanto o dirigido aos idosos, não se restringe à solidariedade intergeracional no âmbito familiar, mas também à solidariedade que deve provir da sociedade e do Estado em relação aos seus membros mais vulneráveis, em razão da idade reduzida ou avançada.

2ª Variável: As Disposições Infraconstitucionais

⁹⁰ PY, Ligia e TREIN, Franklin. *Finitude e infinitude: dimensões do tempo na experiência do envelhecimento*. In: *Tratado de Geriatria e Gerontologia*. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Liberman, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 1016: “Absolutamente incapaz de realizar, por si mesmo, a tarefa de prover a própria sobrevivência, o recém nascido encontra na mãe o cuidado, o refúgio e também a proteção para os perigos que se intensificam diante da vulnerabilidade extrema de sua condição. Evidencia-se a dependência do Outro para sua sobrevivência, não só aos perigos reais da vida, como também já se esboça essa dependência frente à própria vida psíquica do indivíduo. Assim, esse estado primordial de desamparo desempenha um papel decisivo na estruturação do psiquismo, que se constitui fundamentalmente na relação com o Outro, ou seja, o ser humano só sobrevive porque o outro o deseja. Essa é a origem de ser amado e cuidado, perpetuada no ser humano até a sua morte.”

⁹¹ PY, Ligia e TREIN, Franklin. *Finitude e infinitude: dimensões do tempo na experiência do envelhecimento*. In: *Tratado de Geriatria e Gerontologia*, p. 1017: “Se a morte triunfa sobre a vida, que a vida se prepare para recebê-la, mostrando-se na glória de suas realizações. Por isso a escuta é tão importante, não convite à rememoração da história pessoal do idoso. Assim como a resolução possível de pendências, sempre, indefinidamente...até o último dos fins, num trabalho para a emergência do desejo, ou seja, para viabilizar à pessoa idosa estar num lugar de primazia ao fim da vida, para a celebração de sua existência.”

a. As legislações específicas em função da vulnerabilidade de crianças, adolescentes e idosos

A Lei 8. 069 de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, como a Lei 10. 741 de 2003 dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. De início, as duas leis preferiram chamar seu conjunto de regras de estatuto, mas não é pela identidade de vocábulo em si que se aproximam, mas, antes, porque ambas têm caráter protecionista das faixas etárias sobre as quais discorrem pela sua intrínseca vulnerabilidade.

b. O princípio do melhor interesse das crianças dos adolescentes e dos idosos

Os princípios do melhor interesse de crianças, adolescentes e idosos, como já se disse, apresentam-se como construções doutrinárias extraídas da formulação prevista no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República. Como o princípio do melhor interesse do idoso, de natureza constitucional, se compõe, além de outros atributos, pelos sub-princípios da proteção integral e da absoluta prioridade estabelecidos em prol das pessoas idosas, compreende-se, da mesma forma, que o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes se conforma não só, mas também, por meio dos sub-princípios da proteção integral e da absoluta prioridade concedida ao grupo infanto-juvenil.

c. O sub-princípio da proteção integral das crianças dos adolescentes e dos idosos

O art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 1º que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente”, e o art. 3º confirma assertiva ao afirmar que:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Aqui se encontra o sub-princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes, tutelando-os do modo mais alargado, segundo suas necessidades especiais.

O art. 2º do Estatuto do Idoso dispõe:

“O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Consagra-se, assim, o sub-princípio da proteção integral do idoso no sentido de ampará-lo da forma mais abrangente possível, conforme já observado.

Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto o Estatuto do Idoso adotam literalmente o sub-princípio da proteção integral para as categorias vulneráveis que resguardam, mas a maneira de tratá-los é distinta.

Enquanto o Estatuto do Idoso visa, assegurando por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades para preservar a saúde física e mental das pessoas idosas, o Estatuto da Criança e do adolescente garante-lhes, também por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico e mental. Note-se que o foco é diferente. Ao idoso é dado o ensejo de preservar sua saúde psicofísica, ao passo que aos infantes e púberes dá-se circunstância favorável para desenvolvê-la.

Ao tempo em que o Estatuto do Idoso prescreve a garantia de todas as oportunidades e facilidades para o aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social do idoso, em condições de liberdade e dignidade, aos jovens é afiançado o direito a crescer moralmente, espiritualmente e socialmente em condições de liberdade e dignidade.

Assim, tudo que a pessoa de idade alcançou em termos de boa saúde deve ser mantido e o que não obteve nessa seara, possibilitado, considerando as atribuições próprias do envelhecimento. Para a criança e o adolescente o universo de possibilidades em questões de saúde é maior, pois a menor idade traz conjuntura facilitadora para seu desenvolver. As diferenças existem porque os idosos se encontram em situação de vulnerabilidade em virtude da senescência que caminha em sentido oposto ao da vulnerabilidade de crianças e adolescentes, cuja fragilidade decorre de seu estado peculiar de desenvolvimento.

De todo modo, na medida de suas singularidades, tanto idosos quanto crianças e adolescentes gozam da mesma tutela integral.

d. O sub-princípio da absoluta prioridade outorgado às crianças, aos adolescentes e aos idosos

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º, *caput*:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

Na mesma esteira, o Estatuto do Idoso dispõe em seu art. 3º, *caput*:

“É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito à convivência familiar e comunitária.”

Percebe-se que os artigos são praticamente idênticos, com diferença no que diz respeito ao trabalho assegurado ao idoso, quando, às crianças e adolescentes, assegura-se o preparo para o ingresso nele por meio do acesso à profissionalização; e a referência à cidadania é feita somente em face do idoso, já que numa acepção clássica, esta é adquirida “com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do *título de eleitor* válido.”⁹² De outro modo, mesmo na concepção clássica, essa prerrogativa consta como direito fundamental constitucional do adolescente de dezesseis anos, na forma do art. 14, § 1º, inciso II, alínea c, da Constituição da República, que prevê o voto facultativo.

O que sobreleva em ambos os artigos consiste no abrigo do sub-princípio da absoluta prioridade atribuída tanto aos idosos quanto às crianças e aos adolescentes na efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária e a obrigação, na dicção do Estatuto do Idoso, ou o dever, na dicção do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público de assegurá-los.

A garantia de prioridade das crianças e dos adolescentes compreende, na forma do parágrafo único do art. 4º do seu Estatuto:

⁹² DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 348.

- “a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

Nesse ponto, há alguma assimetria e muitas similaridades na garantia de prioridade auferida à população infanto-juvenil e à idosa.

A criança e o adolescente gozam de primazia no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias na forma do art. 4º, parágrafo primeiro, alínea a, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal primazia no recebimento de proteção e socorro não foi garantida aos idosos pelo Estatuto do Idoso. Porém, não se entende que haja uma resposta apriorística a garantir às crianças e aos adolescentes primazia no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, quando os idosos sofrerem das mesmas necessidades de proteção e socorro num caso de colisão de interesses de crianças, adolescentes e idosos, pois ambas as categorias têm, numa interpretação constitucional, absoluta prioridade.

As aproximações estão contidas nas outras garantias de prioridade estabelecidas nos Estatutos. Assim como o menor possui precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública na forma do mesmo artigo e parágrafo, na alínea b; o idoso também possui atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço à população na forma do art. 3º, parágrafo único, inciso I, de seu Estatuto. Ressalte-se que os beneficiários dessas normativas possuem atendimento prioritário em relação às pessoas de outra faixa etária junto aos organismos públicos. Crianças e adolescentes também têm primazia nos serviços de relevância pública, que podem até ser privados. Idosos possuem, consoante a letra da Lei, preferência de atendimento também nos ambientes privados. Ao idoso garantiu-se ainda imediatez e individualização no seu atendimento.

Embora essas referências lingüísticas não estejam no Estatuto dos menores, parece que a precedência lhes concedida nos serviços públicos ou de relevância pública implica atendimento também imediato e individualizado.

Outras semelhanças relativas à prioridade dessas categorias vulneráveis dizem respeito tanto à preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas em seu favor contida tanto no art. 4º, parágrafo único, alínea c, do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 3º, parágrafo único, inciso II, do

Estatuto do Idoso, quanto a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a sua proteção, consoante art. 4º, parágrafo único, alínea d, do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 3º, parágrafo único, inciso III, do Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso foi ainda mais abrangente ao garantir aos anciãos a prioridade, seja consentido frisar, na viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio com as demais gerações, na priorização do seu atendimento por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, na capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços, no estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento, na garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, na forma dos incisos III, IV, V, VI, VII e VIII do parágrafo único do art. 3º. Além do mais, o Estatuto previu no art. 71, como reflexo do sub-princípio da absoluta prioridade outorgada ao idoso, que:

“É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução de atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 1º. O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova da sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2º. A prioridade não cessará com a morte do beneficiado estendendo em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3º. A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos serviços de Assistência Judiciária.

§ 4º. Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis.”

Essas prerrogativas, como efeito da absoluta prioridade atribuída especificamente às pessoas na terceira idade, não são concedidas às crianças e aos adolescentes, mas cada Lei, a seu modo, garante a ambos, na medida de suas necessidades, proteção prioritária.

3.3.1

A Análise Civil-Constitucional dos Princípios Assegurados Às Crianças, Aos Adolescentes e Aos Idosos

Apesar da disposição que consagra o sub-princípio da absoluta prioridade de crianças e adolescentes em nível constitucional não se pode dizer que pessoas dessa faixa etária tenham prioridade de proteção em relação aos idosos dentro do sistema jurídico brasileiro. Isso ocorre porque a interpretação do Direito vincula-se às escolhas e aos valores do ordenamento como um todo e é nesse sentido que “fragmentos do mundo”⁹³, como o dispositivo constitucional que tutela prioritariamente crianças e adolescentes só “podem ser entendidos se se conhece o mundo ao qual pertencem”⁹⁴, e que elege como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

A partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana extraída do princípio constitucional de sua dignidade torna-se possível asseverar que “o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas.”⁹⁵

É exatamente esse o caso do sub-princípio da absoluta prioridade que se compreende também atribuído ao idoso de acordo com a axiologia constitucional. Se, pela interpretação do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição exsurge o princípio do melhor interesse do idoso, do qual a absoluta prioridade é sub-princípio, resta claro que a Constituição também acampa a absoluta prioridade como princípio em favor do idoso, embora assim não disponha literalmente, pois “a negação do estar em si mesmo do direito positivo implica a recusa de métodos puramente lingüísticos da interpretação, como se a interpretação consistisse unicamente na análise da linguagem, puramente formal, do legislador.”⁹⁶

Isto posto, em caso de colisão de interesses atrelados a crianças, adolescentes e a idosos, há de se fazer uma criteriosa ponderação dos direitos e dos valores resguardados pelos princípios atribuídos a ambos, a fim de se decidir, de acordo com as especificidades do caso concreto, quem gozará da absoluta

⁹³ Expressão de PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 80.

⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 80.

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 155.

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 67.

prioridade; no ponto específico desse trabalho, quem gozará da absoluta prioridade no acesso à saúde. Logo, não há uma resposta apriorística de qual dos interessados terá uma resposta favorável num conflito de razões. O intérprete, nesses casos, deve adotar critérios para bem sopesar princípios, direitos ou interesses que estejam em jogo.⁹⁷

Já se sugeriu que a primeira etapa adotada no processo de ponderação fosse o arranjo dela, em que se analisariam todos os dados do caso e assuntos a ele relacionados para se aferir exatamente o objeto do balanceamento; a segunda etapa consistiria no desempenho da ponderação, quando se fundamentaria a relação entre as importâncias sopesadas; a terceira etapa versaria sobre a reconstituição da ponderação, com a elaboração de regras de preponderância entre os itens componentes do sopesamento com aspiração de validade para casos similares.⁹⁸ Ainda assim, advertiu-se que o intérprete poderá usar outros critérios para fazer o balanceamento, levando sempre em conta os princípios constitucionais.⁹⁹

Não há, por conseguinte, e nem pode haver, um resposta *a priori* para a situação de confronto de interesses, de direitos ou de princípios protetivos de crianças, adolescentes e idosos, a não ser que se trabalhasse com exemplos elaborados em abstrato, o que não se pretende, dadas as limitações deste trabalho. Dogmaticamente, tanto os infantes e púberes quanto os velhos são titulares da proteção especial proveniente da família, da comunidade, da sociedade em geral e

⁹⁷ Consoante AMARAL, Francisco. *O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro. Vol. 385. Maio/Junho de 2006, p. 98-99: “Não é demais repetir que a interpretação é hoje tema fundamental do pensamento jurídico, apresentando-se não mais como a investigação semântica das disposições normativas, visando à sua ‘aplicação’, mas como um problemático processo de realização do direito, ‘não sendo exagero afirmar que ‘no pensamento jurídico dos últimos decênios pode observar-se uma preocupação especial por todos os assuntos relativos à interpretação das normas jurídicas, centrando-se, ultimamente, quase todos os debates no processo de obtenção de decisões’. Verifica-se, assim, verdadeira mudança da perspectiva tradicional, que partia do sistema jurídico, por meio do raciocínio da subsunção, para o problema a resolver ou a própria decisão.”

⁹⁸ Essas são formulações de ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 87 e 88.

⁹⁹ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 88.

do Poder Público, segundo os sub-princípios da tutela integral e absolutamente prioritária, de acordo com o princípio do seu melhor interesse.¹⁰⁰

O princípio do melhor interesse do idoso, seja consentido frisar, é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, que não tolera um tratamento formalmente igualitário e materialmente desigual entre pessoas de idades díspares em virtude das vulnerabilidades acarretadas pela velhice. Logo, a pessoa humana é tutelada tanto pelo direito constitucional quanto pelas leis setoriais, em seus princípios e regras, levando-se em conta suas particularidades, seu momento de vida, em uma palavra: sua unicidade, para que não seja lesada em seus direitos, principalmente quando se trata da parte fraca de uma relação ou situação jurídica levada ao Poder Judiciário para apreciação e decisão.¹⁰¹

Nesse sentido, interpretar o direito dos idosos de acordo com o princípio do seu melhor interesse significa, em questões relativas à sua saúde, não só conceder-lhe esse direito fundamental de maneira prioritária em relação aos seus outros direitos, mas também de lhe conferir prioridade no acesso à saúde em face de direitos concorrentes da mesma estirpe de pessoas de outras faixas etárias.

Resta claro, portanto, que nas relações da pessoa idosa com o Estado ou com a iniciativa privada na prestação de sua saúde, vigora o princípio do seu melhor interesse como corolário de sua dignidade a guiar toda interpretação dessas relações. Assim, “viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e a relevância para as pessoas de mais idade de terem acesso a um plano de saúde privado ou receberem um digno tratamento da saúde pública.”¹⁰²

¹⁰⁰ Em sentido diverso, DE FREITAS JR. Roberto Mendes. *Direitos do idoso*, p. 138: “...Havendo conflito de interesses entre a priorização no atendimento da criança ou adolescente, e da pessoa idosa, a prioridade deverá ser concedida aos primeiros (por força de disposição constitucional), permanecendo, após, a prioridade do idoso em relação aos demais cidadãos (por força de norma legal infraconstitucional).”

¹⁰¹ Observe-se, pois, o magistério de AMARAL, Francisco. *O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo decisório*. In: Revista Forense. Vol. 385. Maio/Julho de 2006, p. 97: “A interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance de uma regra jurídica, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. Apresentando-se as regras jurídicas como proposições lingüísticas de caráter geral, deve o intérprete, a partir do seu texto, construir a norma-decisão específica para o caso em tela, tendo em vista o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade.”

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 390.

Afinal, “nada representa mais a dignidade do ser humano do que sua vida respeitada e a morte tranqüila.”¹⁰³

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 390.