

6

A Política Nacional do Idoso e Seu Estatuto como Precusores de Movimentos Democráticos a Serem Desenvolvidos no Estado Brasileiro Em Prol dos Direitos da Pessoa Idosa

6.1

O Exercício da Cidadania do Idoso no Estado Democrático de Direito

A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso constituem marcos legislativos para a tutela da pessoa idosa no Brasil.

O Estatuto, posterior à Política Nacional do Idoso, surge a partir de movimentos sociais que visam a garantir cuidado especial ao grupo de pessoas vulneráveis pelo estado adiantado da idade que lhes torna mais frágeis biopsicosocialmente.¹ Sua finalidade não é atribuir à pessoa idosa superioridade jurídica em relação às demais.² Pelo contrário. O que se objetiva é colocar a pessoa idosa no mesmo nível de possibilidades jurídicas das jovens, pois, com a

¹ Para GONH, Maria da Glória Marcondes. *Movimentos Sociais, ongs e terceiro setor: perspectivas para a solução das questões da velhice no Brasil*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermano, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 1023: “Movimentos sociais são ações coletivas de caráter sociopolítico, construída por atores pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva para o movimento, a partir de interesses comuns de seus participantes. Essa identidade que decorre da força do princípio da solidariedade é construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo.”

² Observe-se, seguindo o raciocínio de GONH, Maria da Glória Marcondes. *Movimentos Sociais, ongs e terceiro setor*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, que o Estatuto do Idoso provém de movimentos sociais com objetivo de inclusão de grupos vulneráveis de toda ordem, p. 1022 : “O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a Reforma Sanitária que levou à criação do SUS (Sistema Único de Saúde), a Política Nacional do Idoso, a criação de dos diferentes conselhos diretores de políticas dos direitos da mulher, das pessoas portadoras de deficiências e dos idosos, a criação dos conselhos nacionais, estaduais e municipais dos idosos e a implementação de outras estruturas de mediação entre o Estado e a sociedade civil são exemplos vivos da conquista e da força da participação organizada dos cidadãos. Trata-se, ademais, da geração de espaços de negociação e de equacionamento de conflito de interesses, reflexo do surgimento de uma cultura participativa nova na sociedade brasileira.”

idade avançada, o ser humano perde, em grande medida a vitalidade, tornando-se mais fragilizado não só no campo psicofísico, mas também socialmente.³ O Estatuto do Idoso pretende assegurar à pessoas dessa faixa etária, situação jurídica e social de igualdade em relação às demais e pretende, pelos procedimentos que contém positivados, dar eficácia social às aludidas situações.⁴

Ao tempo que o Estatuto protege o idoso dos agravos ocasionados pela idade avançada – que pode lhe acarretar debilidades pelo seu reduzido vigor físico, incluindo, por vezes, enfermidades; das agressões que lhes são dirigidas nos ambientes público e privado, nesse último, especialmente nas relações familiares e contratuais, – não pode ser considerado uma Lei assistencialista.⁵ Observa-se antes, que o Estatuto possui matizes protecionistas que, a fim de

³ A vulnerabilidade da pessoa idosa encontra-se não só na sua maior propensão física à doença, mas também na sua fragilidade psíquico-social que advém da certeza da proximidade da morte. Nesse sentido, PY, Ligia e TREIN, Franklin. *Finitude e infinitude: dimensões do tempo na experiência do envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 1013: “Apontamos para a velhice como um momento especial da vida do indivíduo, quando se encontra em condições de vulnerabilidade frente e a maiores possibilidades de adoecer, não mais com a consciência da finitude, apenas, que lhe consagrou a maturidade, mas, agora, com a consciência da própria morte.”

⁴ Segundo SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 223 a 225, a eficácia da norma vigente pode ser vista pelo viés jurídico e pelo viés social estando ambas, contudo, em íntima conexão: “... Podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – dessa aplicação. [...] Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica, quanto a social. Ambas – a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que situados em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.” Por meio dos mecanismos trabalhados nesse capítulo pretende-se alcançar não só a aplicabilidade da norma no sentido da eficácia jurídica, mas a aplicabilidade da norma no que tange aos direitos da pessoa idosa a lhe dar, como resultado concreto, eficácia social.

⁵ BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos: instrumento para a promoção da cidadania*. 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. 1037 defende posturas da sociedade compatíveis com o direito fundamental à liberdade e a autonomia das pessoas expressos na Constituição da República e também no Estatuto do Idoso, especialmente no art 10 § 2º. A autora diz: “Mudanças sociais significativas podem derivar da alteração de conceitos arraigados que, ao preconizar uma postura paternalista e assistencialista, dificultam a inserção do idoso na sociedade. Ao contrário, a busca da consolidação de uma política de direitos, onde o idoso é considerado como um cidadão com direitos e deveres, significa em investir em sua melhor adaptação social.” Dispõe o § 2º do art. 10 da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003; “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.” [grifou-se]

remover obstáculos ao efetivo desenvolvimento da pessoa idosa, atribuem a ela alto grau de autonomia para traçar os rumos de sua vida com liberdade de escolha na forma dos já analisados arts. 2º e 10 que implicam responsabilidade ainda que na doença, conforme dispõe o art. 17.⁶

Assim é que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, o referido Estatuto confirma tais princípios em seus arts. 2º e 3º, ao despertar e estimular os idosos a buscar tratamento compatível com sua dignidade de seres humanos numa atitude pró ativa que, no ambiente público, desenvolve-se a partir da democracia participativa, no exercício da cidadania.⁷

A obviedade de que o Estatuto do Idoso apresenta avanço legislativo nas questões referentes aos direitos das pessoas idosas não pode encobrir a necessidade de se desenvolver uma dogmática a partir dele, voltada especialmente para a eficácia social de seu conteúdo normativo, especialmente no cuidado em que o Poder Público e a Iniciativa Privada devem destinar à saúde da pessoa idosa. Considera-se errôneo supor que a vigência de uma Lei, por si, faça com que ela seja efetivada em sua amplitude teleológica e sistemática em prol das pessoas idosas. Note-se que tal grupo vulnerável mereceu específica atenção em sede legislativa pela evidente marginalidade na qual se encontra e a promulgação da citada Lei é fruto de movimentos sociais que visam, também por intermédio do

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 340: “As diversas normas, que se inspiram na idade avançada, devem para tanto ser dotadas de uma justificativa racional, de modo tal a assumir a devida relevância, nos diversos setores do ordenamento jurídico, como intervenções estatais destinadas a remover eventuais obstáculos de fato ao efetivo desenvolvimento do idoso.” [Traduziu-se livremente do italiano]

⁷ A concepção de cidadania para as pessoas idosas no ambiente contemporâneo é reconstruída para além do direito do cidadão de votar e ser votado. Trata-se de uma nova cidadania ou de uma cidadania redefinida, de forma que pessoas idosas participam de movimentos sociais (lutas políticas) em busca do direito à igualdade na sua alteridade em face das pessoas jovens, como mostra, a partir de um discurso genérico, ou seja, não elaborado especialmente para idosos, DAGNINO, Evelina. *Cultura, cidadania e democracia: a transformação dos discursos e práticas na esquerda latino-americana*. In: *Cultura e Política Nos Movimentos Sociais Latino-Americanos: Novas Leituras*. Organizadores: ALVAREZ, Sonia E., DAGNINO, Evelina, ESCOBAR, Arturo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 86: “A nova cidadania assume uma redefinição da idéia de direitos, cujo ponto de partida é a concepção de um direito a ter direitos. Essa concepção não se limita a provisões legais, ao acesso a direitos definidos previamente ou à efetiva implementação de direitos formais abstratos. Ela inclui a invenção/criação de novos direitos, que surgem de lutas específicas e de suas práticas concretas. Nesse sentido, a própria determinação do significado de ‘direito’, e a afirmação de algum valor ou ideal como direito, são, em si mesmas, objeto de lutas políticas. [...] Além disso, essa redefinição inclui não somente o direito à igualdade, como também o direito à diferença, que especifica, aprofunda e amplia o direito à igualdade.”

Direito, à inclusão desse segmento da população brasileira. Objetiva-se que, por meio do Estatuto do Idoso afinado com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade positiva, da igualdade material e da solidariedade social, outras ações sejam implementadas nas esferas públicas e privadas em busca da emancipação jurídico-social da pessoa idosa.⁸

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso apregoa em seu art. 46 que a política de atendimento ao idoso não será realizada apenas por meio de ações governamentais, mas pelo conjunto articulado delas com outras não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As políticas que visam a atender as necessidades dos idosos são dever do Estado e da sociedade, razão pela qual a Política Nacional do Idoso, que traçou pioneiramente as ações a serem desenvolvidas para esse fim, continuam em vigor na forma disposta pelo art. 47 do Estatuto do Idoso.⁹ E a Política Nacional do Idoso tem por finalidade claríssima, plasmada em seu art. 1º “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.” Essa perspectiva de pessoas idosas autônomas no que diz respeito às suas individualidade e socialidade é confirmada pelas diretrizes da Política Nacional do Idoso, que em seu art. 3º, inciso I, aponta para a garantia dos seus direitos de cidadania e de participação na comunidade como dever da família,

⁸ Dar eficácia social às Leis que preconizam mudança no *status quo* têm sido, há muito, preocupação de juristas e sociólogos. Antes do Estatuto do Idoso já havia a Constituição da República de 1988 e leis protecionistas dos vulneráveis pela idade avançada, como a 8.842 de 1994 que, na forma do art. 53 do Estatuto do Idoso, continuou a vigorar supervisionando, acompanhando, fiscalizando e avaliando políticas nacionais para as pessoas idosas, as quais sempre encontraram dificuldades em concretizar-se. Nesse sentido, BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos*, p. 1038: “A Constituição Federal de 1998 veicula um conceito de cidadão que não estava presente nas cartas anteriores, pois considera a assistência social, a previdência social e a assistência à saúde direitos de todo cidadão. A partir dos novos princípios constitucionais, tanto a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8742/93), como a Política Nacional do Idoso (PNI – Lei 8842/94) reafirmam estes conceitos, considerando o idoso como cidadão com direitos e deveres. Para que essa legislação possa efetivamente contribuir para a melhoria das qualidades de vida dos mais velhos, é preciso traduzi-la em políticas públicas e sociais que possibilitem o alcance dos objetivos de proteção e de inclusão social deste contingente populacional.”

Compreende-se que o grande desafio de agora, consiste em dar ampla e irrestrita eficácia social não só as políticas traçadas pela Lei 8.884 de 1994, mas também ao Estatuto do Idoso.

⁹ Dispõe o art. 47 do Estatuto do Idoso: ‘ São linhas de ação da política de atendimento: I – políticas sociais básicas, previstas na Lei n. 8.842 de 4 de janeiro de 1994; II – políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que necessitarem...’

da sociedade e do Estado. Mais: a referida Lei também elege como finalidade o dever do idoso de participar das políticas em seu benefício.

Significa que a pessoa idosa não é uma destinatária inerte das ações em sua promoção, mas sim participativa, capaz de argumentar, argüir, contra-argumentar, convencer e justificar suas proposições de forma atuante. Dessa maneira deve ser compreendido o inciso IV, do referido artigo 3º: “o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política.” Corroborando com essa diretriz, o 3º artigo do Estatuto do Idoso refere-se expressamente à efetivação, com absoluta prioridade, do direito à cidadania das pessoas idosas.

Nesse contexto, torna-se essencial preparar o espaço público para que o cidadão idoso nele possa transitar e se desenvolver.¹⁰ O Estado brasileiro constitui-se democrático¹¹ e de direito.¹² Mas a democracia não se revela de uma só maneira, haja vista que depende das características da sociedade em que se insere. E uma sociedade pode ser conservada ou modificada com base nos valores de uma época, da cultura de um povo e de um determinado momento histórico e social.

Faz-se necessário, então, apontar para o modelo democrático da Grécia, bem como das tradições republicana e liberal para, ao visualizar a complexidade

¹⁰ Para PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, as normas referentes às pessoas idosas existem também para evitar percalços que dificultem ou impeçam o desenvolvimento do idoso, p. 168: “As diversas previsões normativas, que se inspiram na idade avançada, devem sempre ter uma justificação em termos de razoabilidade, de maneira a assumir relevância, nos diversos setores do ordenamento, como intervenções voltadas a remover eventuais obstáculos de fato ao efetivo desenvolvimento do idoso.” [grifou-se]

¹¹ Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. In: Coleção Fundação Mário Soares. Direção de: SOARES, Mário. Edição Gradiva, s. d. p. 32, a teorização do Estado de direito encontra-se assentada em duas idéias básicas: “O Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o *direito interno* do Estado; o poder democrático é o *poder do povo* que reside no território do Estado ou está sujeito à soberania do Estado.”

¹² Convidado a participar dos chamados ‘cadernos democráticos’ dirigidos por Mário Soares CANOTILHO, José Joaquim Gomes, em *Estado de Direito*, debruça-se sobre a temática Estado de Direito e do Estado de não Direito e afirma que, embora seja possível definir ambos, há que se conceber o Estado de Direito a partir do conhecimento do que se configura Estado de não direito. Na p. 12 o autor esclarece: “*Estado de Direito* é um Estado ou forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo Direito.” Mas continua na p. 13 observando: “Tomar a sério o estado de Direito implica, desde logo, recortar com um rigor razoável o seu contrário – o ‘Estado de não direito’. Três idéias bastam para o caracterizar: (1) é um estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito identifica coma ‘razão do Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) é um estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.”

do sentido da democracia nesses quadros, seja possível construir a brasileira delineando as possibilidades da pessoa idosa no ambiente pátrio, concretizando seu direito à proteção integral e prioritária, segundo o princípio de seu melhor interesse que aponta para o livre desenvolvimento de sua personalidade, inclusive como cidadã.

É certo que as discussões sobre democracia são tão antigas como as civilizações e, ao passar em revista alguns modelos de democracia pontuando aspectos das experiências legadas, encontram-se dados para reflexão e proposição de uma democracia mais participativa, que permita, também mais, a inclusão social de seres humanos e grupos marginalizados na sociedade brasileira.

Nesse propósito, averigua-se que a Grécia antiga é considerada o nascedouro da política.¹³ Na *polis* grega, o Estado possuía autoridade maior e os cidadãos acatavam às lideranças porque “a pólis era, idealmente, uma comunidade de iguais, os *politai*, que determinavam a política em debate aberto e organizado”.¹⁴

Apesar do ideal de igualdade entre os cidadãos, a *polis* parece, de perto, menos isonômica do que se proclamava. Observam-se, antes, diferenças em relação à riqueza, que acarretavam, para os pobres, extrema dificuldade, senão impossibilidade, por falta de tempo, de finanças, de distância, entre outras, de participar dos debates nas assembleias que ocorriam apenas em quarenta dias durante todo o ano.¹⁵ Porém, a estrutura por meio da qual a política se desenvolve na Grécia, é parte do legado deixado para as civilizações posteriores, em suas múltiplas acepções.¹⁶ Pois, não obstante as diferentes posições que cada membro do povo gozava,¹⁷ para muitos estudiosos, na *polis* Atenas a democracia se

¹³ FINLEY, M. I. *Política*. In: O Legado da Grécia: Uma Nova Avaliação. Organizador: FINLEY, M. I. Tradução de: DE ALMEIDA, Yvette Vieira Pinto. Brasília: UNB, 1998, p. 32.

¹⁴ WINTON, R. I. e GARNSEY, P. *Teoria Política*. In: O Legado da Grécia: Uma Nova Avaliação. Organizador: FINLEY, M. I. Tradução de: DE ALMEIDA, Yvette Vieira Pinto. Brasília: UNB, 1998, p. 49.

¹⁵ FINLEY, M. I. *Política*. In: O Legado da Grécia: Uma Nova Avaliação, p. 38.

¹⁶ FINLEY, M. I. *Política*. In: O Legado da Grécia: Uma Nova Avaliação, p. 45.

¹⁷ Observe-se que HORNBLLOWER, Simon. *Creaciony desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia*. In: Democracia. El Viaje Inacabado, Organizador: DUNN J., Barcelona: Tusquets Editores, 1995, p. 25, atenta para o fato de que essa era uma democracia de excluídos, tais como as mulheres e os escravos.

desenvolveu de forma sofisticada e complexa, usando inclusive da via participativa, ideário complexo de, na prática, se desenvolver hodiernamente.¹⁸

Neste contexto, verifica-se outro legado de Atenas: o de uma igualdade formal, onde os homens, em verdade, não são iguais como participantes do processo deliberativo, bem como não apresentam condições de vida assemelhadas. Registra-se essa faceta da democracia ateniense, principalmente porque, ainda hoje, por volta de dois mil e quinhentos anos após a relatada experiência, várias formas de governo mantinham, ou ainda mantêm as mulheres fora do debate democrático. Os negros e pardos também sofrem por desigualdades explícitas, resquícios dos regimes escravocratas que, até pouco tempo, vigoravam no continente americano, inclusive no Brasil. Aliás, genericamente, a desigualdade entre os homens é problema enfrentado não só por mulheres e afro-descendentes, mas por um contingente muito maior de vulneráveis que se destacam em situações concretas nas democracias da atualidade. A fim de confirmar esta assertiva, basta lembrar da situação de inferioridade social enfrentada também por índios, homo-afetivos, deficientes físicos e mentais, desempregados, menores abandonados, e pessoas idosas, objeto específico desse trabalho, porque fazem parte de minorias qualitativas em virtude de suas fragilidades específicas no âmbito pessoal e também no contexto social do Brasil contemporâneo. Contra a pessoa idosa alia-se ao preconceito e à marginalização com que a sociedade oprime todas essas minorias, sua situação de vulnerabilidade psicofísica decorrente da própria idade.

Sobremaneira importante, e oriundo do legado grego, revela-se também a exaltação que os vivos faziam dos mortos de guerras, para preservar o civismo dos

¹⁸ HORNBLLOWER, Simon. *Creaciony desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia*, p. 13. Também MARCONDES, Danilo. *Iniciação da história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 41, aponta para a forma de democracia desenvolvida na Grécia por volta de 500 a. C. : “A democracia representa exatamente a possibilidade de se resolverem, através do entendimento mútuo, e de leis iguais para todos, as diferenças e divergências existentes nessa sociedade em nome de um interesse comum. As deliberações serão tomadas, assim, em reuniões de cidadãos, as *assembléias*. Isso significa que as decisões são tomadas por consenso, o que acarreta persuadir, convencer, justificar, explicar. [...] a linguagem, o diálogo, a discussão rompem com a violência, o uso da força e do medo, na medida em que, em princípio, todos os falantes têm no diálogo os mesmos direitos (*isegoria*): interrogar, questionar, contra-argumentar.”

vivos, e, nesse sentido, a virtude cívica aparece indissociável do regime político, ou seja, da esfera pública da vida das pessoas na *polis*.¹⁹

O civismo também está presente na tradição republicana renascentista, em que virtude significa patriotismo e espírito público, ou seja, o modelo republicano busca o bem da comunidade acima do bem pessoal e familiar.²⁰

Contemporaneamente, os axiomas republicanos têm sido repensados a partir do que foi chamado de “humanismo cívico”²¹, de modo a colocar “no espaço da vida pública o local privilegiado da manifestação dos valores mais elevados da condição humana”²², recuperando-se, ainda, a importância das discussões que envolvem temas do interesse da coletividade.²³ Compreende-se, assim, que a experiência republicana não deve ser resgatada materialmente, mas há uma apologia do resgate teórico.²⁴ Esse resgate visa, atualmente, a formular idéias de acordo com a capacidade de agir de nossos municípios, estados ou países, em nome dos interesses deles próprios.²⁵

Mas todo resgate precisa ser conjecturado com seu tempo. Portanto, considera-se acerca da “elaboração de um conjunto de proposições em torno das condições de manutenção da igualdade de direitos em uma sociedade cuja natureza é objetivamente competitiva”²⁶ e onde pessoas e grupos em situação de inferioridade social, como as idosas, encontram-se marginalizadas.

O que parece muito interessante na tradição republicana, revisitada à luz do atual momento histórico, social e ideológico, é estimular o homem a valorizar tanto o espaço quanto o bem público e a se preocupar com temas afeitos à

¹⁹ TUCIDIDES. *Historia da guerra do peloponeso*. 2 ed. Tradução de: CURY, Mario da Gama. Brasília: UNB, 1986, p. 100.

²⁰ HELD, David. *Modelos de democracia*, p. 63.

²¹ Expressão de BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 52.

²² BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*, p. 52.

²³ BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*, p. 52.

²⁴ BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*, p. 61.

²⁵ BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*, p. 63.

²⁶ BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*, p. 62.

comunidade, afastando o individualismo exacerbado, numa perspectiva solidarista.²⁷

Propõe-se, então, o debate público, pela via da cidadania participativa, acerca dos valores de uma sociedade que deve tender não para o individualismo, mas para o homem imerso numa esfera humanista e plural. Nesse ambiente, faz-se obrigatório não apenas existir, mas coexistir e, nesse sentido, cooperar, colaborar, compartilhar e participar por meio da cidadania, visando ao desenvolvimento e à emancipação da coletividade em geral e dos grupos vulneráveis na sociedade contemporânea marcada por diferenças de toda ordem.

O ideal de igualdade, ainda que meramente formal na Grécia antiga, até hoje é almejado não só em bases formais, diante da lei, mas também de maneira substancial, atenta às distintas necessidades de determinado grupo, que dependem de suas especificidades.

Note-se, pois, que há ideais que não se perdem no passar do tempo para a consecução de uma democracia desejável.

Nesse sentido, o legado da liberdade – maior apótema da tradição liberal – revela-se cada vez mais importante para uma democracia em sua acepção negativa (poder fazer ou não fazer)²⁸, mas, principalmente, na sua acepção positiva (possuir meios para fazer ou não fazer)²⁹, e a fraternidade, que, até muito depois

²⁷ Ensina TAVAREZ, Ana Lúcia de Lyra. *A Urbs e a noção de espaço público*. In: Direito Público Romano e Política. Organizadores: TAVAREZ, Ana Lúcia de Lyra, CAMARGO, Margarida Lacombe e MAIA, Antonio Cavalcanti. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 154-155, que: “Em seu sentido clássico, a expressão *espaço público* remete a locais específicos de manifestações que visam ao público ou aqueles em que são examinados, debatidos e decididos assuntos de interesse público. São espaços, institucionalizados ou não, na medida em que constituem lugares tradicionais de discussão e deliberação. Como notamos em trabalho anterior, os espaços públicos na Antiguidade identificam-se aos centros de decisão da *res publica*, ao foro, às assembleias, aos tribunais, às praças e aos mercados. Debruçando-nos com mais vagar sobre o assunto, podemos observar que, na verdade, não apenas os locais, mas determinadas atividades e/ou situações conduziram à construção de um verdadeiro espaço público.

Modernamente, a concepção de espaço público abarca não apenas os locais físicos das reuniões de interesse público (não necessariamente vinculados à idéia de poder público, visto que, por exemplo, os movimentos sociais não lhes são institucionalmente associados), mas o próprio procedimento que regula os debates de interesse público, as regras que presidem os processos de discussão e de propostas de interesse público.”

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. Tradução de: COUTINHO, Carlos Nelson. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 49. Veja-se também BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre liberdade*. Tradução de: FERREIRA, Wamberto Hudson. Brasília: UNB, 1981, p. 136-137.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*, p. 51. Veja-se também BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre liberdade*, p. 144.

da tradição liberal não passou de retórica, deve ser cultivada densamente, pois os seres humanos precisam, para conviver, de se ajudar de maneira recíproca.

Observe-se que a tradição se apresenta como marco para a democracia fundada em atitudes de não-sujeição do homem, em certas circunstâncias, frente ao próprio Estado, cujo poder passa a estar limitado pelo estímulo do exercício de direitos positivos pelo cidadão.³⁰ O legado da tradição liberal encontra-se, inclusive, na separação entre homem e Igreja³¹ e, ainda, no incentivo ao aproveitamento das oportunidades oferecidas pelo mercado, de acordo com o esforço pessoal de cada homem, portanto, não mais por meio de uma herança de sangue.³² Liberdade e igualdade para todos são os lemas do modelo liberal propagado não só pela França revolucionária, mas também, pelos Estados Unidos da América.

Tanto a Declaração americana de Direitos do povo da Virgínia de 1776, quanto a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reconhecem pioneiramente, a existência de direitos humanos fundamentais.³³ Há que se ressaltar ainda a influência de filósofos franceses como Rousseau e Montesquieu sobre os americanos revolucionários ao levarem o princípio democrático e a teoria da separação de poderes à Constituição Americana de 1787.³⁴ Com as Constituições de mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919, o segundo pós-guerra inaugurou a entrada significativa dos direitos econômicos, sociais e culturais nas cartas constitucionais.³⁵

Posteriormente, por meio da influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o valor da dignidade da pessoa humana passa a ser reconhecido nas constituições posteriores à 2ª Grande Guerra.³⁶ Com base em tal

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 29-30.

³¹ WALZER, Michael. *El liberalismo y el arte de la separación*. In: Guerra, Política y Moral. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 2001, p. 93.

³² WALZER, Michael. *El liberalismo y el arte de la separación*, p. 101.

³³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 52, 53 e 90.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.104.

declaração obtém-se também a afirmação universal e positiva dos direitos humanos em face do Estado que, porventura, esteja violando-os³⁷. Hodiernamente, através de movimentos sociais levados a cabo pelo exercício da cidadania, politizam-se lutas nos espaços públicos e privados. Caso travadas nesse último, tornam-se também lutas da coletividade, tendo como objeto garantir a dignidade da pessoa humana por meio não só da eficácia vertical, mas também horizontal dos seus direitos fundamentais, especialmente em relação à saúde das pessoas idosas.³⁸

É certo que os legados da Revolução Francesa e da Revolução Americana para a construção de um modelo democrático adequado à realidade atual apresentam-se imbricados, pois, tanto a revolução da burguesia francesa contra os privilégios medievais do clero, da nobreza monárquica e dos senhores feudais; quanto a revolução dos colonos americanos, partiram rumo à emancipação dos homens em busca da liberdade e, dessa maneira, correlacionam-se.³⁹ O impacto das duas revoluções no cenário ocidental repercute até os dias atuais. Principalmente a Revolução Francesa e seus princípios basilares “constituíram, no bem como no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, princípios invocados pelos primeiros e execrados pelos segundos.”⁴⁰

³⁷ WALZER, Michael. *El liberalismo y el arte de la separación*, p. 30.

³⁸ A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas, especialmente naquelas cujo objeto do contrato é a prestação da saúde merece atenção da sociedade já que os direitos fundamentais de índole constitucional não estão confinados à esfera pública. Nesse sentido, movimentos sociais que visam a assegurar a saúde da pessoa idosa em relações contratuais que ela trava com a iniciativa privada tornam-se políticos, e dizem respeito, portanto, ao que é público, pois que afetam a coletividade.

Essa assertiva parte da observação de DAGNINO, Evelina. *Cultura, cidadania e democracia: a transformação dos discursos e práticas na esquerda latino-americana*, p. 95: “Ao formular uma visão ampliada de democracia e operacionalizá-la em termos de luta pela cidadania, os movimentos sociais transmitem também uma visão alternativa do que é considerado político nas sociedades latino-americanas. A própria existência de movimentos sociais afetou as noções de sujeitos e espaços políticos [...] Na medida em que participam da disputa entre os diferentes projetos de democracia, junto com outros atores políticos que compartilham da mesma perspectiva, os movimentos sociais oferecem novos parâmetros para essa disputa e aragem contra as concepções reducionistas da democracia e da própria política. *Ao politizar o que não é concebido como político, ao apresentar como público e coletivo o que é concebido como privado e individual, eles desafiam a arena política a alargar seus limites e ampliar sua agenda.*” [grifou-se]

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 89.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 92.

A liberdade e o poder de autodeterminação dos homens mostram-se indispensáveis para o seu desenvolvimento e o alcance de melhores condições de vida para si próprios e para a coletividade de que fazem parte. Não pode haver crescimento baseado na escravidão e na opressão, porque seres humanos desenvolvem preferencialmente seus dons e aptidões num ambiente onde possuam ferramentas para que, efetivamente, possam ousar, experimentar, criar, por meio da liberdade positiva. O regime democrático também favorece o desenvolvimento social e, aliando o princípio da liberdade aos princípios democráticos da cidadania e da soberania popular, os povos podem, paulatinamente, conseguir avanços em prol de uma democracia cada vez mais forte em legitimidade, com vistas também a assegurar os direitos fundamentais constitucionais. Dentre tais, o direito à saúde de índole social, é condição para o exercício do direito à liberdade no exercício da cidadania posto que “os ideais deliberativos da igualdade, da liberdade e da abertura só podem se concretizar se determinadas condições sociais estão garantidas para todos os participantes.”⁴¹

Cidadania “é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política.”⁴² Compreende-se que o cidadão não possui somente o direito de participar do governo elegendo líderes representantes do povo, porque a cidadania, direito fundamental e político, lhe atribui certo grau de influência nas decisões do governo. O poder político não consiste apenas no direito de participar do processo eletivo votando e sendo votado. Se o cidadão elege seus representantes e só nas próximas eleições vota de novo, distancia-se por longo período do processo democrático, pois, nesse intervalo, idéias são debatidas, votadas, tornam-se leis. Portanto, afastar a população do procedimento deliberativo pode fazer com que as decisões do parlamento e do governo sejam apenas formalmente democráticas, mas essencialmente oligárquicas, já que o poder estará concentrado nas mãos de poucos que, embora eleitos pelo povo, decidem questões relevantes na vida de todos de maneira que não aquela que o

⁴¹ DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Organizador: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 324.

⁴² DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 346-347.

povo necessitaria ou desejaria. Trata-se da chamada democracia elitista na qual o Legislativo não representa grupos de pessoas e suas aspirações, mas uma elite detentora do poder econômico que se enriquece mais cada vez que as políticas públicas voltam-se para seus interesses.⁴³

Torna-se, nesse sentido, necessária a abertura do processo democrático pós eleitoral, de modo que o cidadão opine em audiências públicas, participando ativamente das questões que versem sobre seu direito à igualdade substancial, cobrando do Estado a concretização dessa igualdade por meio de ações positivas.⁴⁴ Só de tal maneira a democracia alcançará sua legitimidade ideal, uma vez que os valores considerados prioritários para a sociedade, de acordo com a ponderação casuística dos axiomas positivados como princípios fundamentais pela Constituição da República, nortearão a atuação do Estado em suas diversas dimensões, influenciando a vida dos cidadãos em situações singulares e plurais.⁴⁵

A cidadania, do modo mais extensivo que se propõe, trata-se, portanto, de condição indispensável para que a democracia se legitime, a fim de atender não só ao interesse da maioria, mas também das minorias, numa sociedade onde a

⁴³ Segundo DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Direitos humanos e exclusão social no Brasil*. In: Fórum: Debates Sobre Justiça e Cidadania. Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. N. 13. Ano. 4, Janeiro/Fevereiro, s. d., p. 37: “Na prática, a democracia brasileira – para uma grande parte da população – restringe-se ao ritual eleitoral. E, dessa forma, a democracia é limitada e está apoiada em um estado de direito que pune, controla e violenta as diferentes minorias – que, em seu conjunto, se transformam em imensas maiorias.” Também DE SOUZA NETO. Cláudio Pereira. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais*, p. 324-325: “As teorias democrático-elitistas possuem como um de seus elementos centrais o reconhecimento de que o poder econômico, em contextos de desigualdade social, mantém com o processo político uma relação tendente ao estabelecimento de elites políticas vinculadas às elites econômicas. Daí a importância de que a igualdade não e restrinja a sua dimensão formal, mas se projete também para o campo econômico-social.”

⁴⁴ Nesse aspecto são importantes as considerações CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva; elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49: “Quando o constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro observa, na Constituição Federal, o alargamento da positivação constitucional das aspirações por mais igualdade, não se refere, obviamente, aos direitos dos cidadãos à ações negativas por parte dos Estado e, portanto, ao *dever de abstenção*, mas sim aos seus direitos de ações positivas por parte do poder público, ou seja, *dever de ação*. Ao dever de ação corresponde, portanto, o direito à prestações.”

⁴⁵ Parece ser nessa linha de raciocínio que VIEIRA, José Ribas propõe ‘um constitucionalismo renovado, uma fundamentação democrática para o debate principiológico’ em: *A estrutura constitucional e a democracia deliberativa: o contexto brasileiro*. In: Temas de Constitucionalismo e Democracia. Organizado por: VIEIRA, José Ribas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147-151.

dignidade humana sobreleva como valor essencial e supremo, que dá unidade de sentido à Constituição.⁴⁶

Note-se, portanto, que o germe da ideologia da liberdade lançada pelos franceses revolucionários deixa importante e inafastável legado para as civilizações contemporâneas. Aliás, os apótemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade são axiomas que contêm vários direitos do ser humano.⁴⁷

Ressalte-se, entretanto, que o que tal revolução conseguiu, num primeiro momento, foi liberdade para a contratação e a aquisição da propriedade, logo, a necessária igualdade de todos perante a lei, algo bastante inferior ao que está contido na carga valorativa desses três axiomas.⁴⁸ Entretanto, para a época, tratou-se de um avanço. Cabe à sociedade atual adequar esse legado às necessidades atuais.⁴⁹ Afinal, não pode existir democracia sem liberdade e, ao mesmo tempo, a

⁴⁶ Atente, contudo, conforme DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Direitos humanos e exclusão social no Brasil*. In: Fórum: Debates Sobre Justiça e Cidadania. Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. N. 13. Ano. 4, Janeiro/Fevereiro, s. d., p. 37: “E se, apesar da existência de uma Constituição democrática, o exercício da cidadania plena é praticamente inexistente para a maior parte da população brasileira, nos encontramos diante de um paradoxo em que a exclusão, a injustiça social e o terrorismo de um não-estado de direito servem de base de sustentação para uma ‘democracia sem cidadania’, ou para uma cidadania de baixa intensidade.”

⁴⁷ Segundo BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 154: “Nós viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo dos seus triunfos, do pensamento dos seus filósofos, cujas teses, princípios, idéias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam [...] Aquela revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Uma vez universalizados e concretizados, hão eles de compor a sua política de todos os processos de libertação do Homem.”

⁴⁸ A assertiva é corroborada por PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 83, ao dissertar sobre a liberdade proclamada pelos burgueses e fruto da Revolução Francesa anota que: “O essencial a preservar para a sobrevivência da sociedade organizada capitalisticamente, não são todos os direitos de liberdade, mas apenas aqueles que são diretamente implicados pela organização econômica, isto é, a propriedade e a liberdade contratual.”

⁴⁹ PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, propõe o que chama de ‘reformulação da noção de liberdade jurídica’, de modo que a liberdade atinja a todos e não desconsidere a realidade social, funcionando como meio para que a dignidade da pessoa humana se realize. A autora diz na p. 84: “... O reflexo da contradição entre a concepção de homem como entidade individual e a inserção social real deste, e a sua resolução só pode passar por uma reformulação da noção de liberdade jurídica, que não aliene a realidade social, que tenha em conta o caráter instrumental da liberdade relativamente à realização da dignidade humana, que não ignore o confronto inelutável entre o exercício da liberdade por uns e a liberdade de todos numa comunidade.”

liberdade é o pilar mais forte sobre o qual se ergue qualquer regime democrático.⁵⁰

Desse modo é que se propõe crítica positiva ao liberalismo, pois a liberdade deve ser preservada, afinal, Estado liberal e Estado democrático estão entrelaçados: no sentido do liberalismo à democracia, porque são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático e, no sentido oposto, da democracia ao liberalismo, pela necessidade do poder democrático, que garante a efetividade das liberdades fundamentais.⁵¹ Essas últimas manifestam-se como “liberdades instrumentais”⁵², para que se alcancem igualdade política e, ainda, oportunidades isonômicas, – econômicas e sociais – envolvidas pela idéia de liberdade substantiva para todos os homens.⁵³

6.2

Sobre O Modelo Democrático no Brasil Pós Regime Ditatorial e Os Direitos Fundamentais da Igualdade, da Liberdade e da Solidariedade na Constituição da República Brasileira de 1988

Como vários países da América Latina, o Brasil conquistou o sufrágio universal imbuído da “esperança de que o fim das ditaduras significasse a consolidação do Estado de Direito”⁵⁴ e de que a proteção dos direitos humanos

⁵⁰ No entanto, faz-se importante a seguinte assertiva de DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Direitos humanos e exclusão social no Brasil*. In: Fórum: Debates Sobre Justiça e Cidadania. Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. N. 13. Ano. 4, Janeiro/Fevereiro, s. d., p. 37: “As expectativas de ampliação das liberdades públicas e de efetivação das práticas sociais e políticas democráticas são corroídas com a manutenção dos ‘pontos negativos oligárquicos’, das incivildades de um não estado de direito. É justamente esse quadro que possibilita o preconceito contra inúmeros segmentos sociais – pobres, favelados, trabalhadores sem terra, moradores de rua, prostitutas, homossexuais, jovens – principalmente das classes populares, *idosos*, afro descendentes, indígenas, portadores de deficiência física, etc. Esses segmentos sociais são entendidos como disfuncionais para o modelo capitalista neoliberal, chamados por Zygmunt Bauman de ‘consumidores falhos’ ou ‘lixo humano’. [Grifou-se]

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Tradução de: NOGUEIRA, Marco Aurélio. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 32-33.

⁵² Expressão usada por SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de: MOTTA, Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 11.

⁵³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 11.

⁵⁴ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Introdução: o estado de direito e os não-privilegiados na América Latina*. In: Democracia, Violência e Injustiça, O Não Estado De Direito Na América Latina.

fosse estendida a todos os cidadãos.⁵⁵ Todavia, a miséria e a marginalização de tantas pessoas fazem com que a cidadania no cenário nacional perca seu sentido para um grande número de excluídos, o que consubstancia, em última análise, um estado de não direito para os vulneráveis, discriminados ou marginalizados.⁵⁶

Dentre eles, apesar do avanço legislativo que se iniciou na Constituição de 1988 e atualmente abrange a Política Nacional do Idoso e seu Estatuto, encontra-se ainda o grupo de pessoas idosas, principalmente quando sem condições de arcar com a preservação do seu direito à saúde, tornam-se moribundas. A preservação da saúde da pessoa idosa garante sua participação na vida pública, pois, se a idade longeva já fragiliza o corpo, incapacita esse corpo se doente. Assim, até para que as pessoas idosas possam reivindicar melhores condições de saúde para si, é necessário que elas gozem de saúde, sob pena de estar definitivamente afastadas do exercício da cidadania, o que fere, em última análise, o direito à liberdade.

Acrescente-se que os idosos de hoje tiveram, em sua juventude num regime ditatorial, reduzidas oportunidades de se educar para o exercício da cidadania participativa com vistas à solução dos problemas que lhes afetam.⁵⁷

Portanto se reconhece que há óbices ao exercício da democracia participativa pelos idosos, que devem ser conhecidos e enfrentados tais como: pessoas com nível educacional apropriado para argumentar, formular perguntas, contra-argumentar, de modo a auferir convencimento pelo poder de persuasão; gozo de tempo para se empreender esforços; disposição para se esforçar; medidas adequadas para os fins objetivados entre outros, como a dificuldade imposta pela

Organizadores: MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio. Tradução de: PINHEIRO, Ana Luiza. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 11.

⁵⁵ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Introdução: o estado de direito e os não-privilegiados na América Latina*, p. 11.

⁵⁶ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Introdução: o estado de direito e os não-privilegiados na América Latina*, p. 14 e 22.

⁵⁷ Segundo BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos: instrumento para a promoção da cidadania*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 1040: "O processo de redemocratização que está em curso restabeleceu-se principalmente com a promulgação da Constituição de 1988, mas, na prática, não são muitas as mudanças na vida dos cidadãos brasileiros. Os que hoje têm 60 anos, em sua grande maioria, tiveram pouco acesso à educação formal e, por força do regime de governo vigente entre 1961 e 1984, tiveram pouquíssimas chances de encabeçar ou mesmo de fazer parte de propostas de gestão democrática ou participativa."

burocracia aos movimentos populares para desestimular os cidadãos da discussão e da deliberação.⁵⁸

E esses entraves não podem ser desconsiderados sob pena de se promover uma democracia participativa de grupos vulneráveis desarticulada, sem poder de convencimento em face da superioridade de preparo das elites que possuem o *status quo*.⁵⁹ Nesses quadros, é possível que se consiga participação formal dos grupos vulneráveis que não alcance, por conseguinte, a inclusão social dos seus marginalizados.⁶⁰

O grupo vulnerável das pessoas idosas brasileiras deve, antes, ser educado para o exercício da participação e, mais do que isso, incentivado a educar-se e a almejar a participação como meio não só de alcançar os resultados pretendidos, como também de promover sua auto-estima, sua integridade perante a sociedade e a capacidade de institucionalizar suas proposições.⁶¹

Convenha-se ainda que, proceder comparação dos mandamentos constitucionais que têm como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, com o deprimente palco de oprimidos pelas mazelas das grandes cidades e do campo em certos locais onde não há infra-estrutura para se viver, como serviços básicos de água potável, luz, esgoto, saneamento e um meio ambiente

⁵⁸ MATOS, Nelson Juliano Cardoso Matos. *Teoria do estado: uma introdução crítica ao estado democrático liberal (notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 204-208.

⁵⁹ Cf. BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos: instrumento para a promoção da cidadania*, p. 1040, a respeito da insuficiente educação formal dos idosos de hoje no Brasil.

⁶⁰ Para evitar esse resultado BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos*, p. 1039-1041, estuda minuciosamente o que chama de gestão participativa e examina um conjunto de comportamentos do grupo com vistas a consolidar o processo participativo. Destaca-se a observação que a autora faz na p. 1039: “A metodologia empregada para o alcance dos objetivos pode ter passos variados, mas deve guiar-se por participação ativa, realização de reuniões permanentes de planejamento e de avaliação por grupos, rotação de responsabilidades, tomada de decisões por consenso, socialização das informações, disciplina e vigilância coletivas, descentralização e integração, e formação de espaços fora do ambiente específico do projeto. *Os pilares do processo participativo são capital humano e social dos participantes.*” [grifou-se]

⁶¹ BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos*, p. 1040, manifesta-se nesse sentido: “Administrar serviços, programas e projetos direcionados aos idosos, a partir destes conceitos, pode otimizar resultados e proporcionar melhoria significativa na auto-estima e na qualidade de vida deste segmento, renovando a esperança e a motivação de enfrentamento das dificuldades.”

apropriado para uma existência saudável, revela-se, de todo, paradoxal.⁶² A gestão orçamentária da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios devia empenhar recursos para suprir esse mínimo de condições essenciais para a vida humana, pois, no espectro apresentado, não pode existir liberdade positiva e muito menos justiça social.⁶³ Os bens são tão mal distribuídos que o Brasil se afigura mundialmente como um dos países mais desiguais em qualidade de vida.⁶⁴ Uma das razões desse fenômeno encontra-se no fato irrefutável de o Brasil, em muitos aspectos, seguir o modelo econômico dos Estados Unidos, onde há concentração de riquezas produzida pela globalização neoliberal em proporções escandalosas.⁶⁵

66

São ainda muitíssimo discrepantes da realidade do dia-a-dia os objetivos, também constitucionais, de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, porque o contexto de grandes iniquidades

⁶² Aqui se faz cabível o resgate da concepção de *urbs*, consoante TAVAREZ, Ana Lúcia de Lyra. *A Urbs e a noção de espaço público*, p. 162: “Assim, do próprio termo *urbs*, designado inicialmente Roma, a cidade das cidades, derivam os vocábulos *urbano*, *urbanismo*, indicativos da vida nas cidades, dos sistemas de vida nelas em vigor. Estes últimos têm sido objeto de estudos cada vez mais numerosos, na medida em que a qualidade de vida nas grandes cidades se degrada, por fatores de natureza diversa e que levam muitas vezes a reivindicar um direito à cidade, *i. e.*, a condições dignas de vida urbana.”

⁶³ Aliás, é importante destacar que desde o ano de 1994 consta positivado no parágrafo único do art. 8º da Lei 8. 842, que: ‘Os ministérios da saúde, educação, trabalho, previdência social, cultura, esporte e lazer devem elaborar proposta orçamentária, no âmbito de suas competências, visando ao financiamento de programas nacionais compatíveis com a política do idoso.’

⁶⁴ FRY, Peter. “*Cor e estado de direito no Brasil*”. In: *Democracia, Violência e Injustiça, O Não Estado De Direito Na América Latina*. Organizadores: MÉNDEZ, Juan E., O’DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio. Tradução de: PINHEIRO, Ana Luiza. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 209.

⁶⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 34, que faz tal asserção referindo-se aos Estados Unidos. Considera-se pertinente usar a mesma colocação para o modelo brasileiro.

⁶⁶ A propósito manifesta-se DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Globalização, direitos humanos e a violência na modernidade recente (versão completa)**. In: *Temas Emergentes de Direitos Humanos*. Coordenador: GUERRA, Sidney. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 321: “Também o Estados Unidos, que serve de referência para as teorias evolucionistas, não pode servir de exemplo. O desenvolvimento econômico e a estabilidade da institucionalidade democrática, em uma sociedade liberal, não asseguram a diminuição das diferentes formas de violência. Os acontecimentos recentes na cidade de Nova Orleans, após a passagem do furacão Katrina, revelaram uma sociedade desigual, violenta e socialmente injusta. Para muitas correntes críticas ao modelo hegemônico, a sociedade capitalista liberal de massas favorece uma série e violências sociais, formas de exclusão, intolerâncias raciais, etc.”

econômicas só faz ampliar as disparidades entre ricos e pobres.⁶⁷ A Constituição também proclama a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, *idade*, e quaisquer outras formas de discriminação e, ao invés, convivemos com toda espécie de exclusão e violência por conta desses preconceitos que se mantêm.⁶⁸ Apesar de na Constituição da República Federativa do Brasil possuir, em seu artigo 1º, referência a um Estado Democrático de Direito que tem, nos incisos II e III, como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, sabe-se dos oceanos de exclusão na esfera da política e de indignidade social em que vários seres humanos subsistem.

Por tanta disparidade entre o conteúdo normativo e a prática “os pobres vêm a lei como um instrumento de opressão a serviço dos ricos e poderosos.”⁶⁹ E poderia ser diferente?

Parece que o caminho a ser trilhado a fim de modificar tais situações de descrença e de iniquidades sociais, ainda que paulatinamente, encontra-se na efetivação de uma democracia participativa dos membros das várias classes e grupos sociais.⁷⁰ As pessoas que se encontram à margem da dignidade humana precisam exercitar sua cidadania e ter voz ativa para reivindicar o que precisam

⁶⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Introdução: o estado de direito e os não-privilegiados na América Latina*, p. 22.

⁶⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Introdução: o estado de direito e os não-privilegiados na América Latina*, p. 23.

⁶⁸ Consoante DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Direitos humanos e exclusão social no Brasil*. In: Fórum: Debates Sobre Justiça e Cidadania. Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. N. 13. Ano. 4, Janeiro/Fevereiro, s. d., p. 36: “A democracia, em sociedades como a brasileira, apóia-se em um estado de direito formal que pune preferencialmente os segmentos vulneráveis, não lhes garantindo segurança e o acesso à justiça. São as ‘não-elites’. Os vulneráveis são aqueles a quem se dirige a violência sem lei.”

⁶⁹ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Introdução: o estado de direito e os não-privilegiados na América Latina*, p. 23.

⁷⁰ Segundo GUTMANN, Amy. *Identity in democracy*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2003, p. 193: “Em políticas democráticas são particularmente importantes as identidades dos grupos por causa dos números somados (pelo menos quando eles são meticulosamente contados). Sem habilidade para engajar num grupo de ação coordenado, maiorias singulares estão menos longe dos politicamente influentes e efetivos. Indivíduos desvantajados que são tratados injustamente não podem moldar um esforço bem sucedido, afastados de um movimento social, sem aliados à sua causa. Aliados podem tornar fácil organizarem-se baseados nas mútuas identidades preferíveis a interesses pessoais, especialmente onde haveres coletivos estão em jogo. Indivíduos que não se identificam com a causa não possuem razões pessoais para se sacrificar por um movimento social. A identidade com um grupo pode promover essa razão e promover benefícios intangíveis assim como inclusão social que motivam indivíduos a trabalhar juntos para combater a injustiça.” [traduziu-se livremente do inglês]

diretamente, e não só por representantes que elegem e depois os esquecem.⁷¹ A democracia meramente representativa constitui seu modelo elitista que só promoverá os grupos vulneráveis até onde convier às elites.⁷²

Por tais razões, os cidadãos idosos, como minoria qualitativa, têm que atentar para a necessidade de se unir a fim de implementar, por procedimentos institucionalizados, vias de participação que façam com que suas vozes sejam ouvidas.⁷³ Do mesmo modo, o processo de inclusão social passa pela conscientização de que os menos abastados de toda ordem, terão força política maior numa sociedade de mercado, se inseridos em associações ou sindicatos, bem mais próximos de um ideal comum, por isso, engajados na busca de soluções que atendam seus associados.⁷⁴ A partir da capacidade de organização, participação e de representação substantiva por seus pares, grupos socialmente vulneráveis como o formado pelas pessoas idosas ganham projeção pública, o que torna tangível a possibilidade de confirmação das suas posições e de suas

⁷¹ DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Direitos humanos e exclusão social no Brasil*. In: Fórum: Debates Sobre Justiça e Cidadania. Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. N. 13. Ano. 4, Janeiro/Fevereiro, s. d., p. 37: “Os governos democraticamente escolhidos, ao adotarem políticas restritivas, de acordo com o receituário neoliberal, foram incapazes de solucionar os problemas sociais, não aplicando políticas públicas com o objetivo de acabar com a incivildade social, o arbítrio, a violência e a ação desregulada e voraz do mercado. Prevalece uma histórica cultura oligárquica por meio das práticas sociais e políticas de negação da cidadania, baseadas no clientelismo, no assistencialismo e na intimidação da população mais pobre e miserável. O bem público acaba por se submeter às necessidades dos interesses particulares.”

⁷² Cf. COHEN. Jean L. e ARATO. Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Tradução de: MAZZONI, Roberto Reyes. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 24: “O modelo elitista de democracia orgulha-se de propiciar uma explicação operativa e empiricamente descritiva das práticas e dos estados cuja forma de organização política se considera democrática. Nele não há nenhuma pretensão de que os votantes estabeleçam a agenda política ou tomem decisões políticas eles não engendram os temas a tratar nem elegem as políticas. De sobra, os líderes (partidos políticos) agregam os interesses e decidem quais terão de ser relevantes politicamente. Ademais, eles selecionam os temas e estruturam a opinião pública. A verdadeira função do voto é simplesmente eleger elites políticas que aspiram ao poder e aceitar sua liderança.” [traduziu-se livremente do espanhol] [grifou-se]

⁷³ Para BORGES, Cláudia Maria Moura. *Gestão participativa em organizações de idosos: instrumento para a promoção da cidadania*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia, p. 1040: “Para que se possa propor um processo de gestão participativa ou democrática de serviços prestados a idosos, é preciso, antes de tudo, acreditar no potencial dos mais velhos e na sua capacidade de gerir a própria vida, considerá-los como cidadãos com direito e deveres e vê-los como sujeitos sociais que têm papéis sociais significativos.”

⁷⁴ Essa proposição é defendida por COHEN. Jean L. e ARATO. Andrew. *Sociedad civil y teoría política*, p. 9: “Não obstante, a legalização dos sindicatos, as negociações coletivas, a co-determinação e outros elementos similares atestam a influência da sociedade civil sobre a econômica e permitem que esta última desempenhe uma papel mediador entre a sociedade civil e o sistema de mercado.” [traduziu-se livremente do espanhol]

reivindicações.⁷⁵ Dessa maneira, pensa-se que o grupo vulnerável da terceira idade passaria a deter condições mais favoráveis para alcançar emancipação social e jurídica num regime capitalista – modelo econômico adotado pelo Brasil –, bem como na era da globalização – fenômeno inafastável em nossos tempos –, desde que numa moldura social e democrática, a qual proceda à “transformação de trocas desiguais em trocas de autoridade compartilhada”⁷⁶ assim como a “construção de mecanismos de controle democrático”⁷⁷ aliados à efetiva fundamentabilidade aos direitos do humanos, previstos para todos em sede constitucional e para os homens em suas situações singulares como prevêem legislações especiais, entre elas, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho para os assalariados, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para pessoas deixa faixa etária e o Estatuto do Idoso para as pessoas idosas.⁷⁸

Desse modo, parece haver condições a fim de que se constituam instrumentos para uma globalização contra-hegemônica, imbuída de valores sociais e humanistas.⁷⁹

No caso brasileiro deve considerar-se fortemente o que os princípios fundamentais contidos no artigo 1º da Constituição preceituam: o Estado

⁷⁵ DA ROCHA, Sônia Maria, GOMES, Maria das Graças Cunha e LIMA FILHO, João Batista. *O protagonismo social da pessoa idosa: emancipação e subjetividade no envelhecimento*. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia, NERI, Anita Libermano, CANÇADO, Flávio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 1034 assinalam que: “Os espaços públicos refletem a aglutinação da vontade pública, consolidada em formas de participação política horizontais (associativismo voluntário). Neste sentido, a sociedade civil, com seu conjunto de associações voluntárias independentes do sistema econômico e político-administrativo, absorve, condensa e conduz, de maneira ampliada, para a esfera pública, os problemas emergentes das esferas privadas do mundo da vida.”

⁷⁶ Expressão de SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*, p. 74.

⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*, p. 74 .

⁷⁸ GUTMANN, Amy, em *Identity in democracy*, p. 193, enfatiza que: “Além do mais, identidades dos grupos são, longe, tipicamente mais do que instrumentos de políticas públicas para seus membros. Elas provêm suporte mútuo e um senso de pertença que por outro lado poderia estar faltando na vida de muitas pessoas e algumas o fazem sem incutir injustiça aos outros. Isto significa que completamente a parte das demandas de justiça, nós podemos apreciar querereres das pessoas – de fato igualmente necessidades – de mútuo suporte e senso de pertencimento que a identidade de grupos pode prover. Identificando que grupos provêm mútuo suporte nas bases da mútua identidade também pode ajudar a mitigar as inseguranças da vida econômica e social em sociedades capitalistas competitivas.” [traduziu-se livremente do inglês]

⁷⁹ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. In: Reconhecer Para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Rio de Janeiro: Civilização, 2003, p. 438 e ss.

Democrático de Direito brasileiro ergue-se sobre pilares básicos: um de ordem internacional-pública, a soberania; dois de ordem político-democrática, a cidadania e o pluralismo político; outros dois de caráter humanista e social, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A dignidade da pessoa, como fundamento do Estado pátrio, redimensiona as construções jurídicas para o alcance prioritário do que afeta o ser humano, a lhe atribuir dignidade em qualquer situação. A livre iniciativa e o trabalho têm sua fundamentabilidade reconhecida desde que visem aos valores sociais, ou seja, sua qualificação como fundamentais decorre do fato de proporcionarem atendimento das expectativas e necessidades sociais.⁸⁰ E a cidadania, princípio fundamental da República na forma do inciso II do 1º artigo da Constituição é o instrumento do povo para manifestar sua vontade política não apenas para eleger representantes ou se fazer eleger. Ela deve ser antes, manifestação contínua do cidadão em quaisquer assuntos que afetem a dignidade humana de pessoas ou grupos vulneráveis.

Nesse sentido, formas de democracia representativa e formas de democracia direta e participativa devem se conciliar, a fim de mobilizar setores sociais para a implementação de políticas públicas prioritárias.⁸¹

Ademais, como já assinalado, o conceito de democracia representativa deve ser revisto. Torna-se, pois, necessária “a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão.”⁸² A representação política, por instrumento do voto, dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, mas a representação argumentativa dos cidadãos, cabe a eles diretamente – seja consentido frisar, desde que aparelhados com efetivo poder de negociação – e também ao Poder Judiciário.

⁸⁰ Essa perspectiva é trabalhada por LEITE, Fábio Carvalho. *Os valores da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro*, In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 16, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2000, *passim*, veja-se, especialmente, p. 81.

⁸¹ SADER, Emir. *Para outras democracias*. In: *Democratizar a Democracia: Os Caminhos Da Democracia Participativa*. Organizador: SANTOS, Boaventura de Souza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 649- 678.

⁸² ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado social democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Tradução: HECK, Luís Afonso. Vol. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 66.

Com o Poder Judiciário a atuar de maneira racional e argumentativa, oxigenam-se os excessos ou as lacunas dos outros poderes sujeitos a *lobbies*, acordos, pressões que o dinheiro e as relações de poder proporcionam e que afetam diretamente direitos do cidadão. O Judiciário tem o *munus* da pulverização da atuação desses dois poderes num Estado Democrático tripartite, por via da reflexão do processo político e pela interpretação constitucional dos direitos fundamentais. “Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático.”⁸³

Portanto, não há democracia sem uma forte estrutura de direitos fundamentais, já que eles são a base de um Estado de Direito e o Estado de Direito propicia, simultaneamente, a existência dos direitos fundamentais.⁸⁴

Note-se que, no Brasil, a dignidade humana é o princípio fundamental vetor e o maior dos direitos fundamentais, que dá unidade axiológica ao sistema de direitos humanos derivados dele.⁸⁵ A dignidade da pessoa humana trata-se do grande manancial conformado por outros valores essenciais numa democracia e assentados na Constituição brasileira de 1988: tratam-se da igualdade, da

⁸³ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado social democrático*, p. 66.

⁸⁴ Nesse sentido, PERES LUÑO. Antonio E. *Los derechos fundamentales*, p. 19: “O constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. As normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, junto àquelas que consagram a forma de Estado e as que estabelecem o sistema econômico, são as decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade. Sem que se queira considerar estas três questões como compartimentos estanques, toma-se conta de sua inseparável correlação. Assim, dá-se um estreito nexo de interdependência, genético e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito, para existir, exige e implica garantir os direitos fundamentais, principalmente porque esses exigem e implicam, para sua realização, ao Estado de Direito.” [Traduziu-se livremente do espanhol e se grifou]

⁸⁵ A abordagem da dignidade como princípio máximo constitucional e fonte dos direitos fundamentais é abordada por vários autores. Cf.: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, p. 1-22, *passim*, também BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*, especialmente na p. 61, também BODIN DE MORAES. Maria Celina, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, p. 109-146, *passim*, também SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*, p. 81-149, *passim*; também MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil*, In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 69-73, *passim*.

liberdade e da solidariedade.⁸⁶ Esses axiomas são ambivalentes, pois se apresentam, ao mesmo tempo, como direitos fundamentais e princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se, portanto, que o arcabouço axiológico dos apótemas da Revolução Francesa insurge como pilar para a contínua construção de um Estado de Direito democrático.

Embora em sua origem francesa o direito à liberdade tenha sido explorado principalmente na sua acepção negativa, com a não-intervenção estatal nos negócios mercantis, é imperioso que, numa democracia também participativa, ele funcione no seu modelo positivo, como autodeterminação. Assim, liberdade é atributo da cidadania, que tem como objetivo especial a discussão pública dos cidadãos acerca de temas afeitos à comunidade em que se inserem. Desse modo, afigura-se necessária a cultura de debate e deliberação pelos cidadãos do que lhes diga respeito direto (considerando as especificidades de um grupo, como, por exemplo, o das pessoas idosas) ou indireto (considerando as demandas de outros grupos que interessam os primeiros porque ambos convivem na mesma esfera social, como outros seguimentos da sociedade discutindo, por exemplo, questões que afetam a qualidade de vida das pessoas idosas). Nesse sentido, liberdade, na acepção democrática, consubstancia também direito fundamental político, que garante a participação de todos e que fortalece a cidadania e a legitimidade dos atos do governo, pois os interessados, diretos e indiretos, participam do processo deliberativo.⁸⁷ Revela-se, pois, indispensável uma “cidadania inclusiva”,⁸⁸ de modo que o processo de argumentação e deliberação gere inserção social, pela colaboração de todos os envolvidos, na medida de sua experiência.⁸⁹

A igualdade, outro ícone da Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele momento só no sentido do homem perante a lei, já que isso se fazia necessário, a

⁸⁶ Parte-se para análise dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da solidariedade como conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da colocação de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, que, na p. 56, explica: “...Na essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.”

⁸⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 24.

⁸⁸ Expressão usada por DAHAL. Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de: SIDOU, Beatriz. Brasília: UNB, 2001, p. 112.

⁸⁹ Cf. HABERMAS Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de: SPEBER, George e SOETHE, Paulo Astor. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 55.

fim de consolidar o capitalismo, desconsiderando, portanto, desigualdades de fato sempre existentes.⁹⁰

Mas atualmente, novas injunções demonstram pluralismo na vida das pessoas, pois, na alteridade que lhes faz únicas, experimentam realidades diversas, como a decrescência do vigor físico nas pessoas mais velhas em face da vitalidade juvenil. Porém, há identidade de todos na sua condição de humanos e é necessário que, não só, mas também por meio do Estado Democrático, lhes seja garantida igualdade material em situações de desigualdade substancial.⁹¹ Se há algo que une uma pessoa às outras é sua condição humana. Assim, o sentido de pertencer a uma comunidade de iguais, ainda que na alteridade, deve fazer com que todos percebam que ninguém é só e que não se pode estar sempre só. Precisa-se do outro e outro também precisa de outros tantos até por conta da pluralidade das pessoas e das atividades exercidas por elas. Nessa medida, é fundamental que cada ser e que cada agrupamento humano reconheça a necessidade peculiar *do outro*, para que a vida social possa se harmonizar e, até mesmo, para que as pessoas se complementem. Dessa compreensão advém o respeito por equiparações via determinação legal, por meio de ações afirmativas, de ações de classe, entre outros instrumentos que visam à igualdade real.⁹² Em verdade, o bem feito ao vulnerável é revertido num ambiente social favorável também aos mais

⁹⁰ O raciocínio elaborado para justificar a igualdade mesmo onde havia desigualdade contratual, especialmente nas relações de trabalho é bem desenvolvido por PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 87: “Porque todos os indivíduos são iguais, é possível aplicar-lhes a lei (hipotética, abstracta e geral), mas, simultaneamente, é a lei, com tais características, que assume como iguais os indivíduos, isto é, é porque são iguais à face da lei que são iguais entre si.”

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, corrobora com o que se sustenta e acrescenta conceber o princípio da igualdade atrelado não apenas a um Estado de Direito, mas a um Estado Social de Direito, p. 341: “O Estado social é enfim Estado produtor da igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a promover meios; se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.” Antes, na p. 341, ao expor a importância do princípio da igualdade, diz: “Conduzido para fora das esferas abstratas, o princípio da igualdade, inarredavelmente atado à doutrina do Estado social, já não pode ignorar o fator ideológico nem tampouco as demais considerações de natureza axiológica. Ideologia e valores entram assim a integrar o conceito de igualdade, provocando uma crise para a velha igualdade jurídica do antigo Estado de Direito.”

⁹² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5: “Essas políticas sociais, que nada são do que tentativa de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de ‘ação afirmativa’ ou, na terminologia do direito europeu ‘discriminação positiva’.”

abastados. Basta pensar não só, mas emblematicamente, nas questões de segurança. Note-se que a exclusão social é, em grande parcela, responsável pela violência dos pobres contra os ricos, efeito rebote da indiferença desses em relação àqueles.⁹³

A necessidade de harmonização e a possibilidade de complementação dos seres humanos advêm de sua própria condição de “animal político”⁹⁴. Se não é possível viver sem conviver, torna-se imperiosa a solidariedade nas relações sociais.⁹⁵

Nesse contínuo, se os direitos à liberdade e à igualdade apresentam-se mais antigos, embora essenciais no espaço político democrático, o direito à solidariedade social, que na Revolução Francesa recebeu o nome de fraternidade, com forte conteúdo moral e religioso, parece só ter sido valorizado em sua acepção política no final do século XIX e início do século XX em diante.⁹⁶ Apesar disso, atualmente “o discurso solidarista corresponde a uma nova forma jurídico-política.”⁹⁷ Já não se pensa mais numa democracia apartada da solidariedade social, porque “a democracia só pode encontrar sua verdadeira essência em suas múltiplas forças potenciais. Sua experiência repousa sobre a multiplicidade de suas faces e no seu caráter pluralista.”⁹⁸

⁹³ DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Globalização, direitos humanos e a violência na modernidade recente (versão completa)**. In: Temas Emergentes de Direitos Humanos. Coordenador: GUERRA, Sidney. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 315: “Direta ou indiretamente, a violência se alimenta das desigualdades. E a desigualdade em escala global ampliada e em ritmo acelerado, produzida pela globalização hegemônica neoliberal, expande a exclusão social, a precarização da vida, através da abstenção do Estado da responsabilidade pública social, sendo uma pré-condição para a generalização e da violência.”

⁹⁴ Expressão consagrada por ARISTÓTELES em, *Política*. Tradução de: GUIMARÃES, Torrieri. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 14, § 9 da obra de Aristóteles.

⁹⁵ Mais uma vez torna-se interessante o resgate da *Urbs* na concepção de espaço público dos dias hodiernos. TAVAREZ, Ana Lúcia de Lyra. *A Urbs e a noção de espaço público*, explica na p. 170 que: “Os diversos significados que a concepção do espaço público da *Urbs* faz emergir fortalecem a convicção de ser plural a noção que deles pode se deduzida. O espaço público urbano é um espaço de realização das atividades comunitárias, de natureza política, econômica, jurídica e religiosa, mas é também um espaço de projeção social, de desempenho de determinados ritos, de assunção de certos comportamentos, de busca da solidariedade social.”

⁹⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 187.

⁹⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*, p. 187.

⁹⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*, p. 276.

Outra faceta do solidarismo, essencial para a construção de uma democracia de inclusão, está contida no ideal de tolerância. E aqui, apesar das nuances morais desta virtude, seu enfoque é político. Assim, quando os homens não são capazes de sentir amor e respeito pela alteridade, resta-lhes fazer uso da tolerância.⁹⁹ Desse modo, compreende-se não ser possível exigir que os seres humanos sintam-se solidários, mas é admissível a exigência de que ajam solidariamente, de acordo com o Direito posto.¹⁰⁰ Portanto, o ato de solidarizar se impõe, para que a democracia dos Estados de Direito de hoje subsista fortificada pela inserção global de todos que fazem parte de dada sociedade.¹⁰¹

O processo de inclusão por via da solidariedade aproxima-se também da igualdade, porque, em vários sentidos “os indivíduos esperam uns dos outros uma igualdade de tratamento que parte do princípio de que cada pessoa considere cada uma das outras como ‘um dos nossos’.”¹⁰² No âmago do direito à solidariedade, encontram-se os ideais de proximidade, pertença, comunhão, partilha, reciprocidade.¹⁰³ A solidariedade também está relacionada com a liberdade, pois,

⁹⁹ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de: BRANDÃO, Eduardo. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 188.

¹⁰⁰ Como coloca BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da solidariedade*. In: Os Princípios da Constituição de 1988. Organizadores: PEIXINHO, Manuel Messias, GUERRA, Isabela Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 188, nota 77: “Não se quer exigir que alguém *sinta* algo de bom pelo outro; apenas que se *comporte como se o sentisse*. Um único exemplo será o bastante para demonstrar que não há dificuldades em se exigir, não apenas do Pode Público mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com o(s) outro(s). O patrão que dava a seu empregado favorito, além do salário, uma quantia a mais às vésperas das festas natalícias foi, durante algum tempo julgado bondoso, generoso, solidário. O legislador, entendendo que não deveria contar com esse comportamento voluntário, e que devia estendê-lo a todos os empregados, estabeleceu a obrigação de *ser solidário* aos empregadores, por ocasião do Natal, determinando o pagamento do chamado 13º salário.”

¹⁰¹ Observe-se, nesse particular, as críticas de ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Os princípios da vulnerabilidade e da autonomia no estatuto do idoso: pressupostos e aplicações*. Mimeo, 2008: “Não obstante a retórica habitual ressalte a velhice, na prática, a mesma é expressão de solidão, abandono e perda. O mesmo acontece em relação à solidariedade, onde se verificam déficits e distorções não só na medida vertical e, portanto, nas políticas públicas que tornem efetiva a cidadania ativa dos idosos, como também no plano horizontal, em que se constata a ausência de diálogo intergeracional.”

¹⁰² HABERMAS Jürgen. *A inclusão do outro*, p. 42.

¹⁰³ HÄRBELE, Peter atesta que o Tribunal Constitucional Federal alemão, baseado na Lei Fundamental compreende que a noção de dignidade humana está atrelada à idéia de igual dignidade do outro. Veja-se, a propósito. *El estado constitucional*. Tradução de: FIX-FIERRO, Héctor. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 171-172: “Os conceitos científico-sociais da identidade comprovam ademais outra idéia jurídica: na dignidade humana se concebe incluída também a relação com o tu. O reconhecimento da ‘igual dignidade humana do outro’ constitui a ponte dogmática em direção a adequação relativa ao tu da dignidade humana [...]

no “ ‘desenvolvimento como liberdade’, as liberdades instrumentais ligam-se umas às outras e contribuem com o aumento da liberdade humana em geral.”¹⁰⁴

Mas cabe ressaltar que, nem sempre, solidariedade e liberdade caminham de mãos dadas. Em certos momentos, para que o direito à solidariedade se implemente, não de ser afastadas liberdades negativas e a igualdade no sentido formal.

Observe-se que o conteúdo de liberdade, de igualdade e de solidariedade terá expressão mais ou menos restrita quando num caso concreto. Afinal, todos os vieses de um caso demandam sopesamento, por meio de uma ponderação racional e coerente.

A partir da Constituição de 1988 e de seu conteúdo democrático e emancipatório, o Brasil deu passos largos rumo ao desenvolvimento social, de modo que, em qualquer tempo vindouro, liberdade, igualdade e solidariedade serão sempre direitos fundamentais no estado pátrio pois compõem o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Firmada a fundamentalidade desses direitos e princípios do estado democrático, seja consentido frisar não ser possível que, como direitos, porque fundamentais, jamais se restringirão e de que, como princípios constitucionais, terão o mesmo nível de intensidade na interpretação de um caso concreto. Na hipótese de colisão entre eles, haverá balanceamento e um receberá peso maior que o outro, e este outro será relativamente ou absolutamente afastado, dependendo do juízo de ponderação e de proporcionalidade exigido em face da exata situação, concreta ou abstratamente elaborada, sempre em prol da preponderância do princípio da dignidade humana da pessoa idosa.¹⁰⁵ Observe-se que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre encontrada na ponderação casuística desses princípios que conformam o seu conteúdo. Porém, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é imponderável.

A referência ao ‘outro’, ao ‘tu’, ao ‘próximo’, ao ‘tu’ e ao ‘irmão’ (no sentido da fraternidade de 1789), hoje também ‘a irmã’, é uma parte integral do princípio jurídico-fundamental da dignidade humana.” [traduziu-se livremente do espanhol]

¹⁰⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 25.

¹⁰⁵ Segundo ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. In: Revista de Direito Administrativo. Tradução: HECK, Luís Afonso. Vol. 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 68, “Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir.”

Diante dessa realidade, percebe-se que “a ponderação como parte de um exame de proporcionalidade [...] é o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais e a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais.”¹⁰⁶

Cabe ressaltar ainda – pelo fato do que se está prestes a referir incrementar o exercício da ponderação, tornando-a mais sofisticada – que os ambivalentes direitos e princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da solidariedade possuem no universo contemporâneo, significados polivalentes.

A polivalência da liberdade e da igualdade relaciona-se com seus múltiplos sentidos: à liberdade negativa, em face da lei, adiciona-se o direito à liberdade positiva, autodeterminada, que se desenvolve por meio da cidadania argumentativa e participativa; à igualdade formal de todos perante a lei, alia-se o direito à igualdade substancial entre os homens, a fim de tornar equânimes suas oportunidades de desenvolvimento. No mesmo sentido de emancipação social, agrega-se à liberdade positiva e à igualdade substancial o que se conhece, hodiernamente, por solidariedade social, que induz à colocação de todos, com seus argumentos, identidades, alteridades e pluralismos, porque, apesar das diferenças que separam, a humanidade e a inserção na vida em sociedade impõem uma aproximação inclusiva dos homens.¹⁰⁷

Para arrematar numa palavra: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*, p. 63.

¹⁰⁷ Baseando-se em Michael Walzer, CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva, p. 88 arremata bem este ponto: “Mas é a tolerância política a regra da democracia. É ela que permite uma confrontação ativa das convicções, crenças e engajamentos singulares. Ainda que as identidades sociais sejam irredutíveis a qualquer padrão único ou universal, ainda que o particularismo seja a marca da natureza humana, nada disso inviabiliza uma coexistência humana pacífica. Se o consenso definitivo é inalcançável e se estamos condenados a viver em meio ao conflito, é a tolerância política que faz da política democrática uma atividade permanente. É ela que obriga os indivíduos a argumentar, deliberar e assumir responsabilidades permanentes.”

¹⁰⁸ Frase cunhada por SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*, p. 458.

6.3

Instrumentos Para Assegurar a Eficácia Social dos Direitos da Pessoa Idosa

Com vistas a alcançar para os vulneráveis situação de igualdade substancial e por meio da solidariedade social, ações afirmativas e de classe apresentam-se como instrumentos adequados a viabilizar a igualdade dos grupos sociais em situação de desigualdade de fato. A Política Nacional do Idoso e Estatuto do Idoso, cujos planos de ação e abertura incentivam o implemento de outros programas sociais em prol da pessoa idosa, são exemplos de ações afirmativas com vistas ao direito à igualdade material dos idosos e da superação de sua marginalização diante da sociedade utilitarista, sobremaneira ocupada com o custo-benefício, que privilegia a produção, a competitividade, a celeridade, a eficiência, a bela aparência de tudo que é novo. A velhice, por todas as suas vicissitudes, aproxima-se de outros valores como a experiência, a sabedoria, a certeza de não ser possível competir com o processo de envelhecimento, em virtude da sua naturalidade, porque envelhecer e morrer são inerentes à natureza do ser humano.¹⁰⁹

Nessa altura, conclama-se o direito à igualdade substantiva, por tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, o que induz ao oferecimento de oportunidades concretas para os grupos socialmente inferiorizados.¹¹⁰ Num mundo pluralista como o hodierno, a diversidade é algo comum, haja vista que as necessidades das pessoas não são as mesmas e também dependem de condições específicas em que cada agrupamento humano se insere.

Quando as diferenças são reconhecidas também pelo Poder Judiciário pode-se dizer que ele atua no sentido de promover políticas públicas a partir do conteúdo de igualdade e de solidariedade que emanam da sua decisão. Ademais,

¹⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 343: “Entre produção, efficientismo de um lado e tutela da pessoa do outro, freqüentemente verificam-se confrontos que o sistema tem resolvido a favor do personalismo e em detrimento de uma concepção fundada exclusivamente na análise econômica do direito e sua valoração de custos e benefícios.” [Traduziu-se livremente do italiano]

¹¹⁰ Ensina HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de: HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 330: “O princípio da igualdade proíbe uma relação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual; a questão é, quais fatos são iguais e por isso não devem ser regulados desigualmente.”

se sentenças judiciais dão efetividade ao princípio da igualdade material alcança-se justiça social.¹¹¹ Assim, é imperioso sejam as pessoas idosas colocadas em condições ideais de igualdade em relação às jovens para, a um só tempo, obter acesso universal e igualitário à saúde consoante mandamento constitucional. Observe-se que, “com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, faz-se necessário, muitas vezes, favorecer uns em detrimento de outros.”¹¹²

Significa que, em questões de saúde, pessoas idosas tal como crianças e adolescentes, possuem pelo princípio do seu melhor interesse, tutela prioritária em face de pessoas de outra faixa etária exatamente pelo fato da compleição psicofísica e social das últimas se apresentar mais favorecida enquanto a das primeiras mais frágil. Percebe-se, então, que para se concretizar o princípio de igualdade, é preciso promovê-la, não por meio de ações reparatórias cujo objeto é

¹¹¹ Há julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, efetivando os valores da Constituição brasileira, aplicam o princípio da igualdade para tutelarem, em certas medidas, alguns vulneráveis. Ao analisar o direito à igualdade das pessoas idosas opta por apresentar precedente que concretiza o direito à igualdade substancial julgando correto o incentivo à contratação de pessoas, já não tão jovens, portanto, mais vulneráveis no mercado de trabalho. STF. Ação direta de Inconstitucionalidade n.º 1276- São Paulo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgada em: 29.08.2002. Publicada no Diário de Justiça em: 29.11.2002.

Ementa:

“Ao instituir incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos, a Assembléia Legislativa Paulista usou o caráter extrafiscal que pode ser conferido aos tributos, para estimular conduta por parte do contribuinte, sem violar os princípios da igualdade, da isonomia...”

Ao que parece, o princípio da igualdade substantiva é que norteou a política emanada do Legislativo e confirmada pelo Judiciário.

Também acerca da ilegalidade do limite de idade no concurso de Fiscal de Tributos, STJ. Ação Rescisória n.º 1114- Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Felix Ficher. Publicada no Diário de Justiça em: 21.10.2002.

Ementa:

‘ Ação Rescisória. Acórdão rescindendo proferido em recurso em mandado de segurança. Administrativo. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. Concurso público. Requisitos. Limite de idade. CF, art. 7º, XXX.

Não se aplica a Súmula n.º 343 do STF, pois a *quaestio* envolve violação a artigos da Lex Máxima. II - A CF/88, em seu art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2º, proíbe a infundada diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil. Hipótese em que o limite máximo de idade de 35 anos fixado para o concurso público para Fiscal de Tributos Estaduais é ilegal por falta de razoável amparo jurídico. Tal exigência não se justifica por não ser indispensável para o bom cumprimento da função a ser exercida. Precedentes. Pedido rescisório procedente.”

¹¹² DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Princípio constitucional de igualdade. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 61.

indenizar um dano legado,¹¹³ mas sim por instrumento de ações distributivas, que objetivam oferecer igualdade de oportunidades às pessoas envelhecidas.¹¹⁴

Parece, portanto, mais fácil convencer a sociedade a solidarizar-se com as dificuldades de uma etapa da vida que, em princípio, todos hão de passar; o que não acontece no caso de discriminações positivas em razão de raça, deficiência psicofísica ou sexualidade. De fato, as conseqüências do envelhecimento a afetar diretamente as pessoas idosas poderão ser experimentadas por cada ser humano. É comum também que o sofrimento pela falta de saúde adequada na terceira idade toque os jovens cujos afetos a vivenciam e contribua para lhes dotar de uma consciência humanista acerca das dificuldades naturais da idade avançada a ponto de se conduzir para a efetivação dessas políticas legislativas, que, se não implementadas nada valem, assim como escritos numa folha de papel que não se concretizam.¹¹⁵

Se alguns agravos físicos ou psíquico-sociais próprios da velhice são inexoráveis à condição humana, ações afirmativas consagradas pela Política Nacional do Idoso e pelo seu Estatuto constituem conquista social brasileira, de

¹¹³ No sentido de reparar efeitos cumulativos de discriminações sociais vividas no passado por minorias raciais, étnicas, de crenças religiosas e outros, veja-se DOS SALES SANTOS, Augusto. *Ação afirmativa e mérito individual*. In: *Ações Afirmativas Contra As Desigualdades Raciais*. Organizadora: LOBATO, Fátima. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 96.

¹¹⁴ As ações distributivas baseiam-se na compreensão de que o comportamento ético – de um ser humano para com outro – abarca o conteúdo da justiça distributiva conforme postulado por Aristóteles em *Ética à Nicômacos*. Tradução de: CURY, Mário da Gama. 3 ed. Brasília: UNB, 1985, pp. 96-97: “...O justo nesta acepção é o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional. [...] O justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso um quinhão se torna muito grande e o outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno.”

¹¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena e DUPREE, A. Scott. *Reflexão acerca da sociedade civil e dos direitos humanos*. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1, Nº 1, 2004, p. 53: “Concedemos aos outros os direitos que desejamos que nos concedam. Teoricamente, reciprocidade se relaciona com a diferença. Ela nos dá uma razão para esperar que pessoas diferentes necessariamente devam ser tratadas como desejamos ser tratados. Portanto, ouvimos porque queremos ser ouvidos, e respeitamos a propriedade alheia porque queremos assegurar nossa propriedade. A reciprocidade não expressa qualidade transcendental alguma, de bem ou de mal. Ela não implica que assassinato, tortura, fome, analfabetismo e doenças evitáveis sejam maus em si mesmos. Reciprocidade significa que não posso aceitar certas coisas para os outros, a menos que as aceite para mim mesmo.”

sorte que não se referem a medidas temporárias, mas definitivas, em prol do bem estar das pessoas idosas.¹¹⁶

Logo, ações afirmativas apresentam-se na forma de instrumentos promocionais da igualdade substancial para grupos de pessoas vulneráveis que se afiguram como minorias, como são, no Brasil, os idosos.¹¹⁷ Nesse país é corriqueiro que, no sentido numérico, “minorias” seja o termo adequado para os mais abastados de toda ordem.¹¹⁸ Há de atentar, por conseguinte, que aqui o significado de minorias não quer fazer, necessariamente, alusão ao sentido numérico do termo.¹¹⁹ O que identifica as minorias para o Direito é o contexto concreto de vulnerabilidade, de marginalização, ou ainda de discriminação, em que se encontram os membros de um grupo ou uma pessoa em face das maiorias, dado pelas situações de desigualdade fática vivenciadas entre elas e não por meras questões numéricas. Quando se averigua que pessoas ou grupos sofrem por exclusão social a ponto de necessitarem da afirmação da sua igualdade material, torna-se possível pensar que se tratam de minorias a necessitar de políticas públicas que visem à sua emancipação. São, portanto, as situações postas que vão indicar quem gozará de prerrogativas por meio de ações afirmativas.¹²⁰

¹¹⁶ Embora dissertando exemplificativamente a respeito de outras minorias, a posição de MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, também defende a existência de políticas afirmativas perenes, p. 60: “É o caso, por exemplo, das comunidades indígenas e de quilombolas, cujas especificações, sobretudo as diretamente relacionadas a sua identificação, saúde, *habitat*, requerem, por certo, o implemento de programas e políticas governamentais de caráter permanente.”

¹¹⁷ Há autores que preferem o termo discriminação positiva de origem europeia, a ação afirmativa, de origem norte-americana como MAGRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Apesar da diferença do vernáculo tanto a ação afirmativa quanto a discriminação positiva visam a alcançar, na prática, os mesmos resultados de igualdade de oportunidades para os vulneráveis, marginalizados ou vítimas do preconceito.

¹¹⁸ O mesmo raciocínio é desenvolvido por PIRES, Maria José Morais. *A discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem*. In: Revista de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, nºs 63 e 64, 1995, p. 52, referindo-se ao caso da África do sul como o mais flagrante de minorias numéricas corresponde ao grupo dominante naquela sociedade.

¹¹⁹ No mesmo sentido, entre outros tantos, destaca-se MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, p. 82, pela simplicidade e clareza que dá à idéia de minorias: “Na identificação das minorias o critério quantitativo dá lugar a valores qualitativos dá lugar a valores qualitativos, tais como os elementos sociais, econômicos e políticos aos quais se submete o grupo social, tratado de forma desigual e injusta em comparação com os demais membros da sociedade.”

¹²⁰ MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, p. 64 também elege as pessoas idosas como grupo vulnerável sujeito às políticas afirmativas em virtude de sua saúde encontrar-se fragilizada perante as doenças que acometem principalmente pessoas dessa faixa etária.

Numa palavra: “...A ação afirmativa tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar.”¹²¹ Portanto, a definição de ações afirmativas deve abranger o seu caráter político, cujos objetos principais são a proteção do direito constitucional à igualdade em substância e o afastamento de vulnerabilidades, discriminações e preconceitos que afetam grupos compostos por seres humanos considerados minorias, visando também à conscientização pedagógica de toda a sociedade frente às intoleráveis desigualdades, de modo que essas, por meio dos procedimentos afirmativos, sejam afastadas e que o imaginário coletivo as considere mesmo execráveis.¹²²

Para colocar em prática o mecanismo afirmativo, revela-se essencial determinar quem serão os beneficiários das ações afirmativas e como elas serão operacionalizadas, de modo a não criar outras marginalizações e novas tiranias de valores e grupos.¹²³ Desse modo, os programas em prol de minorias não devem

¹²¹ DE MENEZES, Paulo Lucena. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

¹²² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 6 e 7: “Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de uma caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que sua concepção, implantação e delimitação participam todos os órgãos estatais essenciais, aí incluindo-se o Poder Judiciário, que ora se apresenta com o seu tradicional papel de guardião da integridade dos sistema jurídico como um todo, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Construção intelectual destinada a viabilizar a harmonia e a paz social, as ações afirmativas, por óbvio, não prescindem da colaboração e da adesão das forças ativas, o que equivale dizer que, para o seu sucesso, é indispensável a ampla conscientização da própria sociedade acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias.”

¹²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de: GASCÓN, Marina. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 125: “Os princípios e os valores devem ser controlados para evitar que, adquirindo caráter absoluto, se convertam em tiranos.” [traduziu-se livremente do espanhol]

provocar novas discriminações por conta de uma super proteção dos que estavam antes à margem da igualdade.¹²⁴

No que toca as pessoas idosas é possível afirmar que sua proteção privilegiada, a partir da exegese do Estatuto do Idoso imbricada com os princípios da Constituição da República de 1988, não causa a referida tirania das antigas minorias. É que, enquanto algumas pessoas idosas morrem, outras alcançam sessenta anos e passam a fruir da tutela especial atribuída pela Lei. Assim, as pessoas jovens nunca serão minorias qualitativas que sofrem pelos atributos conferidos às idosas. Note-se que essas possuem tutela preferencial em face das jovens por uma questão de necessidade. Atente que, também os jovens, já terão gozado da intervenção legal no sentido de seu melhor interesse quando crianças e adolescentes. E não há mais quem diga que o Estatuto dessas últimas fez com que se tornassem tiranas, porque efetivamente possuem condições de vulnerabilidade particularíssimas que, depois de determinada idade, cessam-se. A partir de então, os adolescentes que se tornam jovens terão responsabilidade social para com idosos que serão um dia, bem como para com crianças e adolescentes que foram.

O importante é cuidar da pessoa humana em suas circunstâncias e na medida de suas necessidades. Para o direito não importa se o homem inicia sua vida, encontra-se no meio dela ou no final. A vida está jungida ao princípio constitucional da dignidade e, para que todos usufruam de igual dignidade social, determinados instrumentos formulados pelo direito para as fases em que as vulnerabilidades são iminentes à condição humana, contribuem para o alcance de igualdade material entre as pessoas na sua alteridade de fato.

Saliente-se, pois, que o tratamento diferenciado na infância, na adolescência e na velhice é cíclico, de modo que não há possibilidade de se argumentar que as pessoas idosas exercem tirania em face das mais bem dotadas de atributos naturais inerentes à juventude. Nesse sentido, “a discriminação razoável é autorizada e se faz mesmo necessária, sob pena de se esvaziar o princípio, também constitucional, da igualdade substancial.”¹²⁵

¹²⁴ DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Princípio constitucional de igualdade, p. 64, afirma que, não se pretende com a ação afirmativa apenas trocar os beneficiários de uma estrutura excludente para, com isso, criar outra, formada agora por aqueles que eram considerados maiorias.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Minorias no direito civil brasileiro*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, Ano 3. v. 10 Abril /Junho/ 2002, p. 155.

Historicamente, as ações afirmativas objetivavam temas de interesse público em sentido estrito, como a experiência de haver quotas para negros nas universidades americanas, a fim de facilitar o acesso de todos à educação, uma vez que pessoas da raça negra eram – e ainda são – minorias, no sentido de se apresentarem marginalizadas, discriminadas, numa palavra: vulneráveis em relação à população de cor branca nos Estados Unidos da América.¹²⁶

Observa-se, na atualidade, que o mecanismo afirmativo também se constitui adequado para enfrentar situações privadas nas quais o desequilíbrio entre as partes não se mostra de interesse coletivo, como, por exemplo, a situação do sócio minoritário em face dos majoritários em sociedades e associações.¹²⁷ Esse alargamento de abrangência das ações afirmativas ocorre porque situações de desigualdade extrema, que atentam contra o princípio da igualdade, podem

¹²⁶ As pessoas da raça negra também sofrem marginalização e discriminação no Brasil onde já existem ações afirmativas com o intuito de corrigir essas distorções tais como: a Constituição do Estado da Bahia de outubro de 1989 que no seu art. 289 dispõe que sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas será assegurada a inclusão de uma da raça negra; projeto de Lei 650/99 que institui ações afirmativas em prol da população brasileira afrodescendente, com ênfase em campanhas educativas; destinação de cota de 20% no preenchimento de cargos e empregos públicos, nos acesso a vagas no curso superior e nos contratos do FIES, no prazo de 50 anos modificação, gratuita e a pedido, do registro civil e certidão de nascimento quanto à cor e características étnicoculturais; projeto de Lei 3.198/2000 que institui o estatuto da igualdade racial, com ênfase nas áreas de saúde, educação, terras de quilombos, do trabalho, dos meios de comunicação, além de e estabelecer sistema de cotas em concursos públicos e uma ouvidoria permanente; portaria 1.156/2001 do Ministério de Estado da Justiça que instituiu o programa de ações afirmativas do Ministério da Justiça, com ênfase no preenchimento de cargos de direção e assessoramento superior, com estabelecimento de metas (porcentagem) de participação de certos grupos como o composto por afrodescendentes; concorrência nº 3/2001 do STF que estabelece em edital a contratação de serviços a observância de 20% de negros e negras no recrutamento e seleção de profissionais pela contratanda; projeto de Lei nº 6.912/2002, que institui ações afirmativas em prol da população brasileira afrodescendente, com destaque para campanhas educativas, incentivo a candidaturas em cargos eletivos; destinação de cotas para o preenchimento de cargos e empregos públicos e no acesso às universidades públicas e privadas; Lei 4.151/2003-RJ, que institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para estudantes da rede pública de ensino, negros, minorias étnicas e pessoas com deficiências para o ingresso nas universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro; projeto de Lei nº 3.627/2004 com instituição de sistema especial de reserva de vagas para estudantes egressos das escolas públicas, em especial, negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior; Medida provisória 213/2004 que institui o programa universidade para todos, o PROUNI em prol de estudantes brasileiros não portadores de diploma de curso superior, dentre os quais alunos e professores da rede pública, alunos bolsistas da rede privada, pessoas com deficiência, negros e indígenas. Esses dados foram colhidos da obra de MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, pp. 127-129.

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Minorias no direito civil brasileiro*, p. 138.

ocorrer nos espaços públicos e privados e os princípios constitucionais incidem, segundo a melhor doutrina, em relações de natureza pública ou privada.¹²⁸

Anote-se que a situação de inferioridade das pessoas idosas encontra-se no ponto de congruência entre a esfera pública e a privada. Se, no ambiente privado, os velhos são maltratados ou enganados por sua vulnerabilidade que advém da idade, não se pode dizer que esse problema contempla uma situação desprovida de interesse coletivo.

Ao contrário da hipótese de sócios minoritários oprimidos pelos majoritários nas relações privadas de sociedade ou associação, onde inexistente interesse coletivo de intervir na situação de desigualdade embora sua equalização seja adequada pela circunstância de desequilíbrio entre eles,¹²⁹ nas questões dos idosos há amplo interesse particular deles mesmos, de sua famílias, mas também do Estado e da sociedade, posto que, amparar a pessoa idosa é mandamento constitucional e sua proteção é de interesse público imediato confirmado pela Política Nacional do Idoso e por seu Estatuto.

Note-se que quando o parágrafo único do art. 3º do Estatuto do Idoso expõe, exemplificativamente, dos incisos I a VIII, o que compreende a garantia de prioridade dada à pessoa idosa, refere-se a finalidades cujos contornos serão desenhados, na prática, por iniciativa de seus sindicatos, do Ministério Público, das sentenças judiciais, das proposições da sociedade, da comunidade em que se inserem e também da iniciativa privada.¹³⁰

¹²⁸ No sentido da incidência direta dos direitos constitucionais fundamentais nas relações entre privados destaca-se pioneiramente no Brasil TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*, p. 66: “... A proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais. [...] A constituição da República, ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas nacionais, oferece parâmetros para o exercício do necessário controle da atividade econômica privada. Seja por seu caráter compromissório, seja pela maior estabilidade do processo legislativo necessário à sua revisão, seja por sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, deve ser utilizada sem qualquer cerimônia pelo operador, aproveitando-se da opção do constituinte pela intervenção nos institutos de direito civil, como propriedade, família, atividade empresarial, relações de consumo.”

¹²⁹ Nesse sentido os próprios TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Minorias no direito civil brasileiro*, p. 136.

¹³⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 41, refere-se às ações afirmativas promovidas por diversos atores sociais: “Tratam-se de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência

Afastando-se um pouco da análise das ações afirmativas, mas tendo-as como pano de fundo, cumpre assinalar que o Estatuto do Idoso possui mandamentos de índole proibitória, bem como tipifica crimes contra a pessoa idosa do art. 96 ao art. 109 da Lei, estabelecendo sanções a quem praticá-los, acrescidos das alterações nos arts. 110, 121, 133, 140, 141, 148, 159, 183, do Decreto-Lei nº 2.848 de dezembro de 1940, no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688 de outubro de 1941, no art. 1º da Lei 9.455 de abril de 1977, no art. 18 da Lei nº 6.368 de outubro de 1976, de acordo com seus arts. 110 a 113. Nesses casos, o direito funciona como técnica social específica capaz de encorajar condutas lícitas e desencorajar condutas ilícitas por instrumento do princípio da imputação que persuade o ser humano a agir de acordo com o dever ser sob pena de sanção atribuída pela ordem jurídica.

Porém, tanto os enunciados normativos de índole proibitória quanto os que determinam penalidades aos infratores dos preceitos legais são reduzidos no referido Estatuto. O que sobreleva nesta Lei e na Lei da Política Nacional do Idoso são outros enunciados normativos que direcionam para o respeito, a conscientização e a humanização do Estado, da família, da sociedade, da iniciativa privada, para as vicissitudes da terceira idade, de modo que, retornando às políticas afirmativas, afirma-se que elas possuem ainda o condão de levar a sociedade à reflexão do seu porquê, o que, em última análise, gera críticas ou aplausos.¹³¹ O importante é que a partir de uma ação afirmativa promocional dos interesses de grupos socialmente inferiorizados, todos são tocados por ela, pois os debates acerca da sua juridicidade aparecem na mídia, há discussões sobre o tema, e as comunidades frequentemente não sabem se ela implanta realmente a justiça pois privilegia uns em detrimento de outros. O que se quer pontuar é que a

jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.”

¹³¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, esclarece a importância de as ações afirmativas não possuírem apenas conteúdo proibitivo e relaciona sua natureza multifacetária com a inculcação de novas questões como as anti-discriminatórias no imaginário coletivo, pp. 40-41: “Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral e específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.”

experiência de uma ação afirmativa não permite mais a indiferença em relação ao *outro*, o que já constitui grande avanço, além de outros em prol da igualdade que a política afirmativa alcança.¹³²

Com o manancial decorrente dos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade positiva, da solidariedade social e da igualdade substancial o Estatuto do Idoso possui ferramentas para fazer pela pessoa idosa em situações relacionadas com sua vida e a saúde, muito em prol do dever de amparo extraído também da Constituição. É que o próprio Estatuto compreende não ser bastantes os princípios e regras instituídos por ele para que as pessoas idosas alcancem patamar de igualdade social ao qual ele visa. Com os olhos voltados para a efetivação de suas normas o Estatuto impõe ao Estado a obrigação de “garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”¹³³ Este mandamento quer que a vida e a saúde dos idosos não seja tutelada somente quando já violados seus direitos humanos levados, assim, ao Poder Judiciário para que os salvasse de privações ilícitas já ocorridas: a vida e saúde da pessoa idosa devem ser protegidas *prioritariamente* por meio da efetivação dessas políticas públicas e sociais de ação, conscientização e humanização da sociedade perante sua vulnerabilidade.

Portanto, só pelo implemento de novas políticas públicas *prioritárias*, posto que se relacionam com a eficácia social do direito constitucional também prioritário de assegurar a saúde da pessoa idosa, é que se auferirá o estatuído em prol da saúde do idoso nos termos do art. 15, § 1º do Estatuto do Idoso. Assim, para manter e preservar a saúde da pessoa idosa prioritariamente, o Poder Público

¹³² Uma das mais influentes vozes na defesa do consumidor no Brasil atentou, antes da promulgação do Estatuto do Idoso para a necessidade de se formularem ações afirmativas em benefício da pessoa idosa consumidora de plano de saúde. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte*, p. 222: “Sem querer realizar uma conclusão *stricto sensu* para este trabalho gostaria, porém, de frisar que este estudo demonstrou de forma inequívoca a importância e a importância da ciência do Direito privado assegurar uma necessária e mínima ‘solidariedade na doença e na morte’ através de uma engenharia mais justa para estes contratos cativos de longa duração, de planos funerários e planos de saúde. A atuação de ‘discriminação positiva’ do consumidor idoso ainda é pequena no Brasil e o Direito do consumidor representa apenas um aspecto das necessidades de ações afirmativas em favor dos idosos na sociedade brasileira. Esperamos que o sistema jurídico brasileiro, em especial o Estado-legislador e o Estado-executivo, possam realizar as necessárias ‘ações afirmativas’ para a proteção do consumidor idoso...”

¹³³ Art. 9º da Lei nº 10. 741 de outubro de 2003.

deverá, entre outras ações: cadastrar a população idosa em base territorial, efetivar o atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, criar unidades geriátricas de referência com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social, propiciar ao idoso atendimento domiciliar, incluindo internação nos meios urbano e rural, possibilitar a reabilitação orientada pela geriatria e pela gerontologia no intuito de reduzir seqüelas decorrentes de agravo, além de legislar acerca do atendimento especializado que terão os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante, como ordena a Lei.

No seguimento da análise dos mecanismos democráticos que visam a assegurar o direito à igualdade substantiva das pessoas idosas, também as ações de classe devem ser apreciadas.

Observam-se, na tradição constitucional dos Estados Unidos da América, movimentos do povo, de maneira direta, no exercício do poder político e, nesse contexto, inclui-se a *class action*.¹³⁴

A *class action* norte-americana ainda pode ser definida como: “o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.”¹³⁵ Relata-se que a origem das *class actions* norte americanas remonta ao Direito inglês do século XVII¹³⁶, do chamado *Bill of Peace* que possibilitava, por instrumento da representatividade, propor ou sofrer ações provenientes de um interesse comum, portanto, cujo número de representados era tão grande que inibia ações individuais.

¹³⁴ PERIN JUNIOR, Ecio. *Aspectos Relevantes da tutela coletiva dos consumidores no direito italiano em face do direito comunitário europeu: 'class actions' norte-americanas e a experiência brasileira*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 38. Abril/Junho/2001, p. 48: “um dos institutos fundamentais do processo civil norte-americano, fundada sob a igualdade, pressupõe de fato a existência de um número elevado de titulares em posições individuais de vantagem sobre o plano substancial, permitindo um tratamento processual unitário e simultâneo em razão da presença em juízo de um único expoente da classe.”

¹³⁵ BUENO, Cássio Sacarpinella. *As class actions norte americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 93.

¹³⁶ Nesse sentido, ALVIM, Arruda. *A ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In: A Ação Civil Pública Após 20 anos: Efetividade e Desafios. Coordenador: MILARÉ, Edis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

No Brasil, as influências das *class actions* têm incidência na averiguação das possibilidades do mandado de segurança coletivo e da ação civil pública assegurarem igualdade para todos os membros de determinada classe a pleitear judicialmente a tutela de um interesse comum.¹³⁷

Para parte da doutrina que tenta fazer um paralelo identificando os pontos em comum da *class action* e do mandado de segurança coletivo brasileiro¹³⁸, seria possível ampliar seu sentido de modo que a expressão, entidade de classe, fosse entendida como “qualquer coletividade de pessoas que se reúnem em torno de objetivos comuns, exatamente no sentido que a common law confere às *class actions*.”¹³⁹

Esta proposta retrata modo plausível para o julgamento de questões que dizem respeito a grupos que, notadamente, não possuem instrumentos adequados de acesso à justiça por meio dos quais postulem seus interesses específicos. O mandado de segurança coletivo, interpretado desse modo extenso, poderia tutelar esses grupos de cidadãos vulneráveis, funcionando como meio de acesso à justiça e, simultaneamente, à democracia de inclusão.

Por outro lado, distintos posicionamentos doutrinários identificam na Lei da Ação Civil Pública, nº 7. 347 de 24 de julho de 1985, com os acréscimos que lhe conferiram a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, similaridade em relação às *class actions* norte-americanas, no sentido de ambas buscarem a tutela coletiva e o acesso à justiça com efetividade.¹⁴⁰

¹³⁷ BUENO, Cássio Sacarpinella. *As class actions norte americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. In: Revista de Processo. Ano 21, nº 82, Abril/julho/1996, p. 96:

“Parece que pode ser afirmado, neste contexto, que o vetor da *igualdade* justifica este tratamento como ação coletiva: com uma penada, estará definida qual a situação normativa que deve ser a prevalecente.”

¹³⁸ Cf. definição do art. 5º . LXX – “O Mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados”

¹³⁹ PERIN JUNIOR, Ecio. *Aspectos Relevantes da tutela coletiva dos consumidores no direito italiano em face do direito comunitário europeu*, p. 61.

¹⁴⁰ Assim, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: Ação Civil Pública – 15 anos. Coordenador: MILARÉ, Edis. São Paulo: Revista dos Tribunais/2001, p. 717: “A ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos é, *grosso modo*, a *class action* brasileira.” Também

Portanto, a tutela coletiva de direitos no Brasil inspirada nas *class actions for damages* norte-americanas, está presente na Lei nº 7.347, que disciplina as ações civis públicas, na Constituição da República de 1988, em seu art. 129, III, ao tratar da proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; no Código de Defesa do Consumidor de 1990, especialmente em seus arts. 81, 82, 87, 90, 91 a 100; no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, constando dos arts. 208 a 224 e também no Estatuto do Idoso de 2003, em seus arts. 78 a 92.

Os interesses concernentes à saúde e qualidade de vida das pessoas idosas consubstanciam direitos sociais e são agasalhados não só pelos arts. 6º e 196 ao 200 da Constituição da República, mas pelo mandamento constitucional do art. 230, que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever amparar os idosos assegurando sua participação na comunidade também por meio das ações de classes por danos ou ameaças de danos coletivos que estejam a sofrer.¹⁴¹ O dever de amparo extraído do referido dispositivo constitucional refere-se abertamente à preservação da dignidade e do bem estar das pessoas idosas, além da garantia do seu direito à vida.

Numa sociedade onde o risco prevalece num meio ambiente depredado pela selvageria do capitalismo, em contratos de prestação de saúde onde, via de regra, há cláusulas adesivas de conteúdo abusivo, só discutidas quando o contratante vulnerável necessita do serviço de saúde; onde esses mesmos pactos

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir o acesso à justiça com efetividade*. In: A Ação Civil Pública Após 20 anos: Efetividade e Desafios. Coordenador: MILARÉ, Edis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

¹⁴¹ Observe que a doutrina concebe a ação civil pública como instrumento para a implementação de políticas públicas e utiliza do mesmo vocábulo atribuído à ação afirmativa, qual seja, discriminação positiva, para se referir ao direito processual que visa ao acesso coletivo à justiça quando em jogo interesses comuns. Nesse sentido, MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ação civil pública, o direito social e os princípios*. In: A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios. Coordenador: MILARÉ, Edis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 560: “Como sabemos, o direito processual coletivo moderno alterou tais regras admitindo a tutela de interesses transindividuais, de grupos (não apenas individuais) por órgãos representativos, assegurando *discriminações positivas* visando à efetividade do acesso à justiça e redefinindo os limites da coisa julgada e ampliando o papel ativo do juiz na condução do processo.” [grifou-se] Adiante, na p. 565, baseando em princípios de índole social e acordos de solidariedade o autor assevera: “... A ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão de políticas públicas e que, em grande medida, o meio da sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. Significa também que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais.”

são realizados em massa, numa celeridade que implica um consentimento hesitante do consumidor e que cabe exatamente na rapidez em que todas as situações contratuais de consumo se dão na sociedade de massas, há, certamente, a necessidade de uma tutela coletiva que proteja os vulneráveis, e mais ainda, os hiper vulneráveis, que nem possuem condições de se aperceber do caráter ilícito dos atos atentatórios ao meio ambiente ou à justiça contratual.

Noutros casos, se os hiper vulneráveis se dão conta da injustiça contra si, mas não sabem como litigar ou não possuem condições econômico-sociais para fazê-lo, há mais um argumento em favor da justiça coletiva que beneficia todas essas pessoas fragilizadas pelas *leis* do mercado, sem que elas precisem acessar individualmente o Poder Judiciário.¹⁴² Nesse sentido, a eficácia social da tutela jurisdicional coletiva na sociedade massificada encontra-se intimamente ligada ao acesso coletivo à justiça e à instrumentalidade do processo, seu instrumento catalisador.¹⁴³

Outro argumento em prol da justiça coletiva está ligado à extensa legitimidade que lhe é atribuída. O Estatuto do Idoso, seguindo copiosa legislação que permeia tanto a Lei das Ações Cíveis Públicas, quanto o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente empresta, não só ao Ministério Público que tem a tutela coletiva como uma de suas funções institucionais, conforme inciso III do art. 129 da Constituição da República, mas também concorrentemente, na forma de seu art. 81, à União, aos Estados ao Distrito Federal, aos Municípios, à Ordem dos Advogados do Brasil bem como às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre os seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses da pessoa idosa, legitimidade para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos.

Manifestação pioneira em seus argumentos foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da legitimidade do Ministério Público para propor ação cível pública em favor da saúde da pessoa idosa, direito individual indisponível:

¹⁴² Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *A tutela dos interesses difusos*. Tradução de: AZEVEDO, Tupinambá Pinto. In: Revista Ajuris, nº 33, s. d., p. 169-182.

¹⁴³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, *passim*.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART 127 DA CF/88. ESTATUTO DO IDOSO. DIREITO À SAÚDE.

1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com pedido de tutela antecipada, objetivando que o Estado do Rio Grande do Sul fornecesse medicamento à pessoa idosa, sob pena de multa diária.

2. Recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear, via ação civil pública, em favor de menor, o fornecimento de medicamento.

3. Deveras o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

5. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

6. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 27 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

7. Sob esse enfoque, se destaca a Constituição Federal no art. 230: ‘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.’ Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

8. O direito à saúde, esculpido na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

9. Outrossim, o art. 74, inc. III, da lei 10.741/2003 revela a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como ‘substituição processual’.

10. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052/RS, Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 17.08.2006; REsp 822712/RS, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.04.2006; REsp 819010/SP, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 02.05.2006).

11. O direito à saúde assegurado ao idoso é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts, 2º, 3º e 15, § 2º do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), senão vejamos:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual, e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º 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 e à convivência familiar e comunitária.

(...)

Art. 15 É assegurada atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º (...)

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

12. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.”¹⁴⁴

Esse posicionamento tem sido corroborado por decisão mais recente do mesmo tribunal cuja ementa sucintamente assevera:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDICAÇÃO NECESSÁRIA AO TRATAMENTO DE SAÚDE. IDOSO. LEI 10.741/2003. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.

1. O STJ, recentemente, pacificou entendimento de que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde do idoso.

2. Recurso especial provido.”¹⁴⁵

Note-se que, de acordo com a Lei, não só o Ministério público possui legitimidade para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos. Tome-se em conta que a abrangência da legitimidade conferida aos movimentos em prol da pessoa idosa possui caráter inclusivo e democrático, pois os interessados diretos em sua tutela judicial, ou seja, elas mesmas por intermédio das associações que as representam, poderão pleitear em juízo, inclusive com maior conhecimento de causa, as necessidades do seu corpo coletivo, de acordo com suas demandas peculiares.¹⁴⁶ Sem desconsiderar a importância de ações visando à tutela de direitos individuais

¹⁴⁴ STJ. Recurso Especial nº 851.174- RS (2006/0104574-3). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 24.10.2006.

¹⁴⁵ STJ. Recurso Especial nº 878.960-SP (2006/0187015-1). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos. Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 21.08.2007.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir o acesso à justiça com efetividade*, p. 31.

indisponíveis de um idoso, faz-se importante salientar que parecem ainda mais vantajosas ações visando à tutela de interesses coletivos das pessoas idosas.

Observe-se que as ações de classe propostas por sindicatos de idosos ou entidades que visam à sua proteção pleiteiam judicialmente direitos fundamentais de natureza coletiva, e, também por isso, de ordem social, de modo que, se tais demandas judiciais forem julgadas favoravelmente a dada política pública em prol da pessoa idosa tal precedente fará também política nesse sentido.¹⁴⁷

Ademais, o art. 82 do Estatuto do Idoso dispõe que: “para a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes” o que corrobora o princípio norteador do melhor interesse da pessoa idosa.¹⁴⁸

Para finalizar, considera-se pertinente a seguinte observação:

“O Estatuto do Idoso, por si só, não é suficiente para concretizar e fazer cumprir as suas determinações, o que significa que cada vez mais o movimento social dos idosos, tendo estes como verdadeiros atores e protagonistas coletivos, deverá empenhar-se na luta pelos seus direitos, por conquistas sociais e pela cidadania. Enfim, essas conquistas só serão plenamente alcançadas se revertermos a participação tutelada do idoso para uma proposta de cidadania emancipada, onde o idoso se torne verdadeiramente a(u)tor protagonista – ‘sujeito testemunha’ – de sua própria história, com a co-participação de toda a sociedade, sem que os idosos dependam que se lute por eles, mas que estejamos aliados na luta com eles.”¹⁴⁹

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, registra na p. 742 o reconhecimento da judiciabilidade das políticas públicas.

¹⁴⁸ Nesse sentido, DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A tutela coletiva e o estatuto do idoso*. In: Revista da Emerj, nº 32, vol. 8/2005, p. 194: “O legislador quer deixar bastante claro que está disposto a defender o interesse dos idosos a qualquer custo. Não se deve obstar, portanto, com o amparo nesse dispositivo legal, qualquer argumento formal ou de natureza procedimental, devendo o juiz fazer uso do princípio da fungibilidade em prol do idoso. E mais, havendo dúvida, quer nos parecer que a interpretação deve ser sempre favorável ao idoso.”

¹⁴⁹ PAZ, Serafim Fortes. *Movimentos sociais: participação dos idosos*. In: Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Jeanete Liasch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: NAU, 2004, p. 249-250.