

## 7 Conclusões

As conclusões desse trabalho foram expostas ao longo do seu desenvolvimento, por meio dos argumentos sustentados. Nesse momento pretende-se compilá-las de maneira resumida no intuito de dar arremate às idéias centrais defendidas.

1ª Considera-se juridicamente vulnerável todo ser humano com idade igual ou maior que 60 (sessenta) anos. Da vulnerabilidade de fato da pessoa idosa, por intrínsecas e peculiares condições de fragilidade física, psíquica ou social, decorre sua vulnerabilidade jurídica. A vulnerabilidade jurídica da pessoa idosa é razão para a Lei atribuir igualdade substancial, por meio de direitos especiais, onde há desigualdade de fato. Todavia, a vulnerabilidade dos anciãos não se coaduna com a restrição dos seus direitos de personalidade e da sua capacidade de fato, que permanecem incólumes.

2ª Apesar de haver várias teorias biológicas e psicológicas acerca do envelhecimento humano, o que torna impossível um conceito homogêneo de idoso; muito embora parte da doutrina já tenha se manifestado pouco à vontade com a determinação da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso, destinados a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, com o receio de cometer injustiças a partir da fixação de um critério meramente cronológico, pensa-se que, na seara legal, não estabelecer um marco para o início do gozo de direitos especiais em função da velhice seria mais problemático. A falta de uma determinação legal de quem seja idoso para os fins da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso daria azo a subjetivismos de toda ordem, o que acabaria por privilegiar uns em detrimento de outros, diante das novas legislações de cunho protecionista da pessoa idosa. O critério adotado pela Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso parece adequado posto que, além de informado por estudos da Organização Mundial de Saúde a respeito do envelhecimento, coadunar-se com a técnica legislativa brasileira de fixar a idade para o exercício de certos direitos e deveres compatíveis com um determinado corte etário.

3ª O idoso doente possui vulnerabilidade exacerbada, razão pela qual deve ser adequadamente informado sobre as intervenções nos domínios de seu corpo e mente a fim de optar pelo tratamento que lhe for reputado mais favorável. A informação acerca do tratamento proposto para o doente idoso será adequada se levar em conta também as vulnerabilidades oriundas de seu estado de saúde. Serão determinantes dos procedimentos médicos, as vontades manifestadas pelo idoso absolutamente e relativamente capaz, desde que assistido. O idoso incapaz será representado pelas pessoas a que o parágrafo único do art. 17 do Estatuto do Idoso faz referência.

Diante de doença terminal, defende-se a possibilidade de o idoso optar por tratamentos paliativos que não posterguem sua vida de maneira fútil, mas, ainda que ele queira, não há que deixá-lo doente sem qualquer tipo de tratamento para o alívio das dores e dos mal estares. Na certeza de doença incurável, o direito deve dar preponderância à qualidade de vida da pessoa idosa em relação à quantidade, aplicando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente privado. Porém, se o paciente idoso prefere a distanásia, é direito seu ter acesso a ela, pelo mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, que lhe dota de poder de autodeterminação.

Só a supremacia dos interesses coletivos limitará o exercício do consentimento informado do doente idoso em caso de ele ser portador de enfermidade transmissível a outras pessoas.

4ª Proclamar saúde de acordo com o critério da Organização Mundial de Saúde: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social além da ausência de afecção ou doença” parece utópico na terceira idade, pois – ressalvados casos raros de anciãos a gozar da saúde referida, que deverá ser preservada pela Medicina e pelo Direito – comumente faz parte do envelhecimento um processo biológico intrínseco, declinante e universal, no qual se podem reconhecer marcas físicas e fisiológicas inerentes, não mais possíveis de apagar.

Na maioria dos casos, considera-se mantido o estado de saúde da pessoa idosa em termos médicos e jurídicos se, apesar de possuir determinada afecção, ela experimenta qualidade de vida, capacidade funcional e preservação de sua autonomia.

5ª Dentre os direitos fundamentais de todas as pessoas, a saúde desponta como direito de natureza prioritária da pessoa quando idosa. Identifica-se a saúde

como direito prioritário da pessoa idosa por três motivos. Em primeiro lugar, pela frequência e pela rapidez em que, na terceira idade, a saúde se esvai; tornando o idoso mais suscetível aos agravos psicofísicos e ao alijamento social que colocam em xeque a vida saudável, sem a qual não há uma existência envolta pela dignidade. Em segundo lugar, pelo fato de o direito à saúde – aliado aos direitos à previdência ou à assistência e à moradia, todos de índole fundamental social – funcionar como pressuposto para que se exercitem outros direitos dos idosos, tanto individuais, quanto sociais. Em terceiro lugar, pela necessidade de se conferir às pessoas idosas prioridade no acesso à saúde em face de direitos concorrentes da mesma estirpe de pessoas de outras faixas etárias, em virtude da menor capacidade de resistência do idoso para aguardar o tratamento de saúde.

6ª O art. 12 do Estatuto do Idoso inaugura uma nova regra de prestação de alimentos às pessoas idosas a fim de melhor protegê-las.

Enquanto o Código Civil, em seu art. 1.696, determina que a obrigação alimentícia recai, entre ascendentes e descendentes, nos parentes mais próximos em grau e o art. 1.697 complementa que, só na falta de ascendentes a obrigação alimentar caberá aos descendentes, de acordo com a ordem de sucessão e também que, só na falta dos descendentes, a obrigação caberá aos irmãos; o referido art. 12 dispõe que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.”

Desse modo, o idoso é senhor da opção de acionar o cônjuge ou o parente melhor abastado como seu alimentante para que obtenha, o mais brevemente possível e com maior certeza, a prestação da qual necessita sem justificar por que.

De certo modo, o alimentante também resulta beneficiado por esta regra, pois não sofrerá grave prejuízo em sua fortuna já que, contrariamente ao regime de alimentos do Código Civil em que não cabe solidariedade, na forma proposta pelo Estatuto do Idoso ela consta instituída entre pais, filhos, netos, irmãos e cônjuge. Portanto, o alimentante poderá, na forma do art. 283 do Código Civil, usar de seu direito de regresso em face dos demais devedores solidários.

7ª Critica-se a inexistência de um conceito legal de idoso no Brasil, o que dá ao legislador o arbítrio de fixar a idade que queira para a aferição dos direitos da pessoa idosa sem um critério científico que justifique porque aquela idade foi escolhida para o início da fruição de determinado direito. Esta situação merece críticas mais severas quando impõe uma idade acima dos 60 (sessenta) anos para

o gozo da assistência social por pessoa idosa não só vulnerabilizada em razão da idade, mas também em razão de sua condição miserável, na forma do art. 34 do Estatuto do Idoso.

8ª Todos os diversos direitos atribuídos aos idosos devem ser constantemente perseguidos pelo Direito. Compreende-se que o gozo de outros direitos contribuem para que o idoso afaça condições ainda mais saudáveis de vida. Entretanto, em circunstâncias extremas, esses outros direitos podem até faltar, mas a saúde, no sentido oposto ao da doença, não. Sem saúde não há vida em condições mínimas de dignidade para o idoso, razão pela qual se reafirma que ela é direito prioritário da pessoa idosa.

9ª O direito de amparo da pessoa idosa previsto pelo art. 230 da Constituição da República brasileira, pelo seu conteúdo de significado e por sua relevância atual, pode ser equiparado aos direitos fundamentais e ter, em seu favor, o mesmo tratamento destinado a esses pela interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição, já que objetivo desse artigo é o de expandir e aperfeiçoar o catálogo de direitos fundamentais por meio do critério da atipicidade.

10ª A discussão sobre princípios é relativamente recente, iniciada no segundo quartel do século passado. Desse modo, o Direito ainda não alcançou homogeneidade na definição de princípios e se encontra em desenvolvimento a construção dos seus significados e das suas possibilidades de aplicação na interpretação jurídica. Portanto, mesmo que suscetíveis à crítica, as proposições acerca dos princípios apresentadas nesse trabalho, contêm critérios desenvolvidos pelos teóricos a direcionar o intérprete na visualização e na aplicação dos princípios, haja vista a necessidade inarredável de encontrá-los no âmbito do ordenamento e de aplicá-los na tarefa de interpretação do Direito dos dias atuais.

11ª Três princípios podem ser extraídos da interpretação do Estatuto do Idoso iluminada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: os sub-princípios da proteção integral do idoso e da absoluta prioridade outorgada ao idoso que conformam o princípio do melhor interesse do idoso.

12ª O princípio do melhor interesse do idoso constitui critério teleológico-objetivo da interpretação a justificar a tomada de decisões em benefício do idoso, possui dimensão de peso, a qual ganhará relevância no sopesamento com outros princípios que com ele colidam, apresenta-se na modalidade de comando de otimização, ou seja, ordena que o melhor interesse do idoso se realize na maior

medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas dadas por um caso concreto ou formuladas em abstrato que envolvam o idoso. O referido princípio possui como qualidade a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, o melhor interesse do idoso, que só será realizado se adotado certo comportamento: sua interpretação e aplicação demandam avaliação da correlação entre o estado de coisas colocado como fim – o melhor interesse do idoso – e os efeitos decorrentes dessa conduta tida como necessária, isto é, a efetividade do princípio na prática.

13<sup>a</sup> O sub-princípio da proteção integral e o sub-princípio da absoluta prioridade consubstanciam um só princípio: o do melhor interesse do idoso. Isso ocorre porque os princípios precisam, para se realizar, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio. Mas o princípio do melhor interesse do idoso é a idéia diretiva que serve de base a estes sub-princípios. Assim, da mesma forma que a proteção integral e a absoluta prioridade compõem o princípio do melhor interesse do idoso, este indica a direção dessa proteção e dessa prioridade, num movimento de junção de significados que gera uma aceção compatibilizada: a pessoa idosa faz jus à tutela integral e prioritária de acordo com seu melhor interesse.

14<sup>a</sup> A regra do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de que “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 60 (sessenta) anos” contraria o princípio do melhor interesse do idoso, na medida em que contraria o sub-princípio da sua proteção integral por desrespeitar sua capacidade de fato e o desenvolvimento livre de sua personalidade nas decisões acerca de sua vida privada. O princípio do melhor interesse do idoso, extraído de Lei posterior ao Código Civil e especialíssima na tutela do idoso ilumina a interpretação acerca dos interesses dessa pessoa incidindo em face Lei ordinária anterior. Na ponderação da referida regra do Código Civil com o arcabouço axiológico do princípio do melhor interesse do idoso – que visa a preservar a saúde física e mental do idoso, além de seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade – prevalecerá esse que, em última análise, tutela a integridade psíquica do idoso, substrato de seu direito à saúde, tornando, pois, inválida a regra do art. 1.641, inciso II, do Código Civil.

Ademais, a normativa constitucional, hierarquicamente superior às leis ordinárias, elege como objetivo fundamental da República promover o bem de

todos, sem preconceitos de idade, na forma do art. 3º, inciso IV, razão derradeira pela qual se defende a invalidade da regra do art. 1.641, inciso II, do Código Civil, por sua inconstitucionalidade.

Com base nessa assertiva também se considera materialmente inconstitucional e, por conseqüência, inválido, o dispositivo do art. 40, § 1º, inciso II, da própria Constituição da República ao prescrever que o idoso, quando servidor público, terá de se aposentar, compulsoriamente, aos setenta anos.

15ª Os direitos das crianças, dos adolescentes e dos idosos, conforme se extrai das legislações pátrias, possuem várias aproximações. O princípio do melhor interesse do idoso se constrói em analogia com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, porque crianças, adolescentes e idosos compartilham a mesma característica que os particulariza: a vulnerabilidade jurídica em razão da idade.

16ª Os princípios do melhor interesse da criança, do adolescente e do idoso são construções doutrinárias extraídas do art. 5º, § 2º da Carta Constitucional, mas provêm de momentos diferentes do mesmo dispositivo. O princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes decorre de tratado internacional ratificado pelo Brasil. O princípio do melhor interesse do idoso decorre da não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Compreende-se que o princípio do melhor interesse do idoso é garantia de proteção das pessoas idosas, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana idosa em sua unicidade de ser encanecido e, portanto, recepcionado pelo art. 5º, § 2º da Constituição.

17ª A Constituição da República dispõe em seu art. 227 que:

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

Note-se que o dispositivo constitucional não faz referência à absoluta prioridade do idoso no gozo desses direitos. Mas, se pela interpretação do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição exsurge o princípio do melhor interesse do idoso, do qual a absoluta prioridade é sub-princípio, resta claro que a Constituição também

acampa a absoluta prioridade como princípio fundamental a favorecer o idoso na interpretação jurídica.

Destarte, em caso de colisão de interesses atrelados a crianças, adolescentes e a idosos, há de ser feita criteriosa ponderação dos direitos e dos valores resguardados pelos princípios atribuídos a ambos, a fim de se decidir, de acordo com as especificidades do caso concreto, quem gozará da absoluta prioridade. Nesse estudo, sobreleva a decisão de quem gozará da absoluta prioridade no acesso à saúde a partir de um caso concreto.

18ª As dimensões dos direitos civis e políticos e as dos direitos sociais, econômicos e culturais se inter cruzam de modo que a satisfação dos primeiros não obsta a dos segundos e vice versa. Ambos consubstanciam direitos de índole fundamental. Não só os direitos sociais demandam ações positivas do Estado, pois os civis e políticos também requerem atuações dessa natureza.

A diferença entre direitos civis e políticos e direitos sociais prestacionais consiste no fato de que os custos dos segundos destinam-se às obrigações estatais distributivas, que visam ao alcance da justiça social, como ocorre na prestação pública do direito à saúde às pessoas idosas.

19ª Ciente da posição doutrinária que não considera os direitos sociais legítimos direitos fundamentais, defende-se tese oposta: os direitos sociais são direitos fundamentais porque princípios do Estado de Direito que fazem parte do núcleo do constitucionalismo hodierno a possibilitar que as pessoas afirmem um grau de humanização cabível no momento histórico atual. Os direitos sociais – por sua fundamentabilidade – possuem um núcleo irreduzível, isto é, um limite ao alvedrio do legislador, por constituírem prestações sem as quais os indivíduos não podem sequer desenvolver sua liberdade. A liberdade é o principal argumento em favor dos direitos sociais, pois a liberdade jurídica, para fazer ou deixar de fazer algo, não possui qualquer valor se não acompanhada da liberdade real (fática), de eleger o que fazer dentro do que se permite. Tal liberdade depende, essencialmente, de prestações estatais.

A Constituição brasileira de 1988 trata dos direitos sociais no seu Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, portanto, eleva-os à posição de legítimos direitos fundamentais. A saúde é direito social fundamental previsto pelo art. 6º, *caput* da Constituição da República.

20<sup>a</sup> A teoria da “reserva do possível” para os direitos a prestações estatais trata-se da principal objeção apresentada pela doutrina à sindicabilidade dos direitos sociais fundamentais perante o Poder Judiciário. Parte da doutrina compreende que a judicialização de questões concernentes aos direitos prestacionais gera deslocamento da política social do parlamento, responsável pela destinação orçamentária, para os tribunais.

Defende-se que, embora de acordo com o princípio da divisão de poderes e com o regime democrático adotado pelo Estado brasileiro a atribuição de decidir acerca do conteúdo dos direitos fundamentais seja do legislador diretamente legitimado pelo povo, cabe aos Tribunais o papel de deliberar de acordo com o que o legislador originário já tenha decidido, principalmente em nível constitucional, se provocado.

Por conseguinte, o critério da viabilidade orçamentária baseado na teoria da “reserva do possível” poderá ser relativizado quando a querela jurisdicional envolver a saúde da pessoa humana, direito constitucional fundamental cuja eficácia – a preservação da integridade psicofísica da pessoa – depende de condições materiais que devem ser oferecidas pelo Estado, mesmo que por mandamento do Poder Judiciário.

21<sup>a</sup> Defende-se que a destinação de um “mínimo existencial” para os direitos sociais não os enfraquece. Pelo contrário, ela aumenta as chances de que os desprovidos de condições de obtê-los por si, os recebam na estatura do essencial, com garantia de que sejam prestados com a máxima eficácia e sem desperdícios. Contudo, o “mínimo existencial” tem sua extensão maximizada na medida da essencialidade do bem prestado pelo Estado porque sua substância é parte do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, em matéria de saúde da pessoa idosa, direito de ordem prioritária e componente do teor do princípio da dignidade da pessoa humana, o “mínimo existencial” é, evidentemente, alargado.

Cabe asseverar que a transferência da dogmática do “mínimo social” para o Brasil, aqui desenvolvido pela doutrina como “mínimo existencial”, abarcando apenas os direitos sociais – dentre eles o direito à saúde – não parece de todo acertada, pois não há juristas que defendam que dificuldades orçamentárias possam restringir a um mínimo existencial a consecução dos direitos fundamentais de primeira dimensão que também podem ser custosos.

22<sup>a</sup> Os direitos sociais do art. 6º da Constituição da República, entre os quais se destaca o direito à saúde, estão sujeitos à aplicabilidade imediata dos direitos individuais previstos no rol do art. 5º da Constituição, por também conformarem direitos fundamentais.

23<sup>a</sup> O art. 15, § 2º do Estatuto do Idoso determina que: “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 e reabilitação”, razão pela qual não há motivo para que as decisões judiciais justifiquem a procedência de tais reclamos da pessoa idosa por conta da sua pobreza.

A Lei decidiu por conceder aos anciãos a prerrogativa de obter tais recursos por intermédio do Estado, independentemente de sua condição financeira. Aliás, o acesso à justiça só se justifica no caso da negativa do Poder Público de fazer o que a Lei lhe atribui. Portanto, é direito de todo idoso requerer ao Poder Público que lhe forneça, *gratuitamente*, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação e reabilitação.

A desigualdade de fato dos idosos é a principal motivação do tratamento jurídico diferenciado em seu favor, que se constitui por meio desse tipo de política pública.

24<sup>a</sup> Os contratos de planos de saúde são regidos pela Lei 9.656 de 1988, porém, como se tratam de contratos de consumo em que o fornecedor é a operadora do plano e consumidor o segurado, rege-se também pelo Código de Defesa do Consumidor. Todavia, a Lei de planos de saúde prescreve em seu art. 35-G: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de 1990”. Ora! Se as relações travadas entre as partes são relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica *subsidiariamente*.

Essa regra padece de inconstitucionalidade na medida em que a defesa do consumidor é direito de índole fundamental, promovido pelo Estado na forma de lei específica, consoante art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna brasileira. O Código do Consumidor, como Lei especialíssima na tutela de todas as relações de consumo, aplica-se prioritariamente aos contratos entre usuários e operadoras de planos de saúde e a Lei que os rege, também se aplica imediatamente em suas

especificidades, desde que não contrarie o referido Código. Outra interpretação feriria o titular de um direito fundamentalíssimo de ser defendido e protegido, tutelado ainda pelo art. 170, inciso V, da Constituição da República, como princípio da ordem econômica e financeira; previsto muito antes de a Lei 8.078, de 1990 entrar em vigor, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da aludida Constituição.

Portanto, em caso de antinomia entre os mandamentos da Lei de planos de saúde e os princípios ou as regras do Código de Defesa do Consumidor, prevalecerão os enunciados normativos do segundo, que regem todas as relações de consumo, haja vista sua ordem hierárquica superior, posto que oriundos de mandamento constitucional que incide com superioridade defronte às legislações setoriais.

25<sup>a</sup> Apesar da desigualdade material entre o consumidor de um plano de saúde e seu respectivo fornecedor a iniciativa privada que põe tais planos à disposição dos consumidores terá sua autonomia reduzida, posto que subordinada à jusfundamentalidade do direito à saúde. Trata-se da tutela objetiva dos direitos fundamentais, instituída para além da tutela subjetiva que cuida de identificar as pretensões do indivíduo contra o Estado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige que o Poder Público não só se abstenha de lesar direitos fundamentais, mas ainda que proteja aqueles que podem sofrer danos dessa ordem por agressões vindas de terceiros como as operadoras dos planos de saúde.

26<sup>a</sup> Nos contratos de planos de saúde o consumidor idoso busca um bem fundamental para si: a proteção da sua saúde, direito de ordem prioritária na velhice, razão pela qual, nesses casos, a tutela do Estado para o alcance desse objeto deve ser a mais incisiva.

Se a saúde não tivesse a qualidade de essencial para a pessoa, ou seja, se fosse supérflua, menor seria o intervencionismo estatal na relação privada. Mas, quanto mais essencial for o bem da vida sujeito a uma situação relacional, mais vulnerável também se encontra o consumidor, pois necessita dele. Quando se tem necessidade vital de um produto ou de um serviço, a pessoa humana não está livre para prescindir de tal bem. Por isso, entre outros fatores como a hipervulnerabilidade jurídica do idoso, o dirigismo estatal apresenta-se intenso nas relações entre privados nas quais a prestação da saúde é o objeto do contrato.

Em um pacto cujo objeto é a prestação da saúde a um ser humano idoso proporcionada pela livre iniciativa propõe-se, diante da incidência dos princípios nas relações interprivadas, que se dê menos intensidade ao princípio da liberdade negativa e da igualdade formal, nos quais se baseia a livre iniciativa, e, da mesma forma, menor densidade ao princípio infraconstitucional da autonomia privada, que, por sua vez, rege com primazia, as relações contratuais onde há igualdade entre os contraentes. Parte-se, para tanto, do seguinte entendimento: quando não há, em essência, igualdade entre os contraentes, terão proeminência os princípios fundamentais da igualdade substancial e da solidariedade social na interpretação de um caso concreto.

27<sup>a</sup> A saúde é direito fundamental social. Dada a fundamentalidade ao direito à saúde, é permitido aos atores sociais que exercem a livre iniciativa a obtenção lucro, considerando, contudo, que seus benefícios econômicos nesse tipo de negócio se reduzem pelos matizes existenciais do direito à saúde, estreitamente ligados às condições de vida do ser humano e ao princípio maior da sua dignidade.

Nesse sentido remonta-se também ao fundamento constitucional da livre iniciativa que se encontra nos valores sociais que ela provê. Ao tratar-se de obrigação contraída pelo consumidor de pagar periodicamente para que sua saúde seja assistida por um ator privado, o valor social da livre iniciativa encontra-se exatamente na prestação do sinalagma contratual, ou seja, o direito à saúde, que, além de fundamental é, nesses casos, o próprio objeto do contrato. O exercício da atividade econômica deve atentar não só para os lucros que visa a auferir, mas também para o alcance das necessidades existenciais e das expectativas esperadas em razão do tipo de atividade que executa, pois, quanto mais proteção constitucional recebem tanto o objeto de um contrato quanto o titular do direito subjetivo, tal como a pessoa idosa, mais atenta deve estar a livre iniciativa para que atinja os valores sociais, que a torna também merecedora da tutela constitucional.

28<sup>a</sup> Os princípios constitucionais fundamentais da igualdade substancial e da solidariedade social informam o princípio infraconstitucional do equilíbrio contratual, procurando tutelar a parte vulnerável da relação travada. A equalização das prestações trata-se de um mecanismo que visa à proteção da parte mais fraca. Dá-se, portanto, ênfase ao tratamento paritário entre contratantes materialmente

desiguais em detrimento da liberdade negativa de ambos. Cuida-se, nesse diapasão, de se fazer justiça no conteúdo do contrato por meio não mais da liberdade desmedida e da autonomia das vontades não situada no caso concreto, mas de reconhecer que, onde há diferenças, torna-se necessário que se busque o equilíbrio para se alcançar o direito justo nas relações contratuais. O dirigismo do Poder Público na esfera privada realiza-se, muitas vezes, pelo reconhecimento da lesão no conteúdo do contrato, fazendo com que pactos onde vigoravam a desigualdade no conteúdo das prestações sejam revistos de modo que se viabilize o reequilíbrio contratual em prol da pessoa idosa como demonstraram vários casos analisados.

29ª Pelo fato de o consumidor idoso ter reconhecidas suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico e, muitas vezes, até de embaraço social, recebe tutela privilegiada na forma da Lei, que incide sobre as relações privadas de toda ordem, e não poderá, pelo amparo legal que lhe é auferido, ser afastado do acesso à saúde privada. Na forma do art. 14 da Lei dos planos privados de assistência à saúde ninguém poderá, por motivo de idade, ser impedido de participar do contrato.

Com o Estatuto do Idoso, as pessoas idosas passaram também, pela exegese do art. 15, § 3º, a estar protegidas contra a cobrança de valores diferenciados pelos planos de saúde em razão da idade nas prestações periódicas que realizam, pelo fato de essa prática revelar-se discriminatória, portanto, vedada.

Contudo, é certo que pessoas idosas adoecem mais e usam mais do plano que as pessoas jovens. Por isso, se reconhece vivamente nos planos de saúde o elemento da solidariedade, que abarca a mutualidade, mas está além dela, pois possui valor moral que implica cooperação da população jovem que compõe o plano diante das idosas, respeitando e concretizando o princípio de seu melhor interesse.

30ª O art. 15 § 3º do Estatuto do Idoso disciplina: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

Isto posto, tem-se discutido a aplicação dessa regra do Estatuto do Idoso nos pactos anteriores a ele que previam reajustes de contraprestações pecuniárias por mudança de faixa etária. O vértice da questão encontra-se no entendimento de

alguns intérpretes de que, aplicado o Estatuto a esses contratos, haveria retroatividade da Lei que protege o idoso, o que ofenderia o princípio da irretroatividade das leis adotado pelo Brasil no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República e no art. 6º e incisos da Lei 4.657 de 1942, conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Defende-se que aplicar o estabelecido no art. 15, § 3º do Estatuto do Idoso a prestações de trato sucessivo não faz com que a Lei prejudique o ato jurídico perfeito. Compõem a categoria de atos jurídicos perfeitos todos aqueles que se realizaram antes da vigência do Estatuto do Idoso, os quais a Lei nova não visa a abarcar. Porém, ao completar 60 anos de idade, o consumidor de planos de saúde será discriminado e ferido, tanto no dever de amparo de ordem constitucional fundamental que lhe é assegurado, como no princípio do seu melhor interesse, se lhe cobram diferenciadamente e em razão da idade, as novas contraprestações pecuniárias que se estabelecem sob a vigência da nova Lei de ordem pública e reconhecido interesse social, mesmo que anteriormente a ela tenha-se pactuado de modo diverso.

31ª Concebe-se, atualmente, diminuída a extensão do princípio da autonomia privada pelos interesses de cunho social que estejam em jogo e, nesse diapasão, pode-se afirmar que, cada vez mais, a autonomia privada deve ser vista também numa perspectiva funcional.

O poder de contratar, como expressão da autonomia privada, segue funcionalizado às situações jurídicas existenciais que venha a estabelecer, com destaque para as operações contratuais cujo objeto é a prestação da saúde, situação digna da máxima tutela. Desse modo, a função social do contrato trazida a lume pelo Código Civil, insere-se no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos que não mais representam apenas o *facultas agendi*, um poder assegurado pela ordem jurídica. O direito subjetivo não é mais expressão ilimitada do poder individual, capaz de se exercer com o sacrifício dos outros indivíduos ou de maneira absoluta.

A função de um contrato de plano de saúde realizado com a pessoa idosa consiste em garantir adequadamente o acesso ao bem existencial que consubstancia a saúde. A utilidade existencial desse bem contratado com idosos apresenta-se como critério relevante no exame das questões contratuais. Portanto, o eixo para se alcançar a função social do contrato de objeto existencial encontra-

se na adequada prestação do bem da vida de que trata o ajuste. Esse raciocínio parte da idéia de que a função social do contrato também se realiza de maneira intrínseca, intersubjetiva, ou entre as partes.

Apesar de a função social do contrato constar de formulação recente, positivada pelo art. 421 do Código Civil brasileiro de 2002, cujos contornos demandam ainda muito trabalho da doutrina e dos Tribunais, defende-se, *a priori*, que a função social do contrato consubstancia um princípio infraconstitucional, portanto, um mandado de otimização onde o vocábulo *função* remete a um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em poder do próprio titular e o adjetivo social diz respeito a um interesse socialmente útil, no caso de contratos de planos de saúde pactuados com a pessoa idosa, de uma utilidade existencial baseada na essencialidade de seu objeto, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana.

32<sup>a</sup> A boa-fé objetiva também consubstancia um princípio, mandado de otimização do dever de informar adequadamente a pessoa idosa e se apresenta como essencial nos contratos de plano de saúde visto que, sobrelevam nesses ajustes, a causa fim do contrato e a necessária proteção contra condutas que firam o direito desse consumidor especial – hiper vulnerável em questões relacionadas à assistência privada de sua saúde e mais suscetível às práticas emocionais e agressivas de venda – de estar plenamente ciente de todas as condições do ajuste celebrado, para que não se deixe enganar e aufira a necessária tutela jurídica do seu direito fundamental prioritário à saúde na esfera privada.

33<sup>a</sup> 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 Direito, a inclusão para esse 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.

34<sup>a</sup> A partir do resgate teórico grego e republicano, propõe-se o debate público, por via da cidadania participativa dos idosos e das associações que os representam, 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.

35<sup>a</sup> A partir do legado da tradição liberal sustenta-se que 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 da liberdade no exercício da cidadania. No que tange especialmente às pessoas idosas, a preservação de sua saúde, mais do que para as jovens, garante sua participação na vida pública, pois se a idade, por si, já fragiliza o corpo idoso, 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 estarem definitivamente afastadas do exercício da cidadania, o que fere, em última análise, o direito à liberdade.

36ª Liberdade, igualdade e solidariedade são direitos fundamentais e princípios fundamentais no Estado brasileiro e compõem o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Todavia, não é possível que, como direitos, porque fundamentais, jamais se restrinjam e que, como princípios constitucionais, tenham o mesmo nível de intensidade em qualquer interpretação. 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.

A fim de alcançar a necessária preponderância do princípio da dignidade humana da pessoa idosa num caso concreto, sempre se estará ponderando liberdade, igualdade e solidariedade. 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.

Os ambivalentes direitos e princípios fundamentais da liberdade e da igualdade 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.

37ª Com o manancial decorrente dos princípios constitucionais da liberdade positiva, da solidariedade social e da igualdade substancial, sempre guiados pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, que se aplicam infraconstitucionalmente na interpretação de casos concretos a envolver a pessoa idosa, o Estatuto do Idoso possui ferramentas para fazer por ela, em situações relacionadas à saúde, muito em prol do dever de amparo extraído também da

Constituição. É que o próprio Estatuto compreende não ser bastante 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.” 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 salvguarde de privações ilícitas já ocorridas. A vida e saúde da pessoa idosa devem ser protegidas prioritariamente por meio da efetivação de políticas públicas e sociais de ação, conscientização e humanização da sociedade perante sua vulnerabilidade.

Portanto, só pelo implemento de novas políticas públicas prioritárias, por intermédio de ações afirmativas, 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 seu Estatuto. Assim, para manter e preservar o direito à saúde da pessoa idosa de ordem prioritária, o Poder Público deverá, também com prioridade: cadastrar a população idosa em base territorial, efetivar o atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatorios, 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.

38ª 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 seus interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, como instrumento democrático de persecução da efetividade dos direitos da pessoa idosa, dentre eles, do seu direito à saúde, de ordem prioritária.