



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES BARRETO

**A METÓDICA CONSTITUCIONAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR PARA O
MINISTÉRIO PÚBLICO TUTELAR O DIREITO INDIVIDUAL DO IDOSO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES BARRETO

**SÃO CRISTÓVÃO / SE
2014**

CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES BARRETO

**A METÓDICA CONSTITUCIONAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR PARA O
MINISTÉRIO PÚBLICO TUTELAR O DIREITO INDIVIDUAL DO IDOSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Constitucionalização do Direito, pertencente à linha de pesquisa de Direito Público Contemporâneo.

Orientadora: Prof.^aDr.^aConstança Marcondes Cesar

Co-orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

**SÃO CRISTÓVÃO / SE
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

B273m Barreto, Cecília Nogueira Guimarães
A metódica constitucional como critério legitimador
para o Ministério Público tutelar o direito individual do
idoso / Cecília Nogueira Guimarães Barreto;
orientadora Constança Marcondes Cesar. – São
Cristóvão, 2014.
145 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade
Federal de Sergipe, 2014.

1. Direito constitucional. 2. Idosos – Direitos
fundamentais. 3. Acesso à justiça. I. Brasil. Ministério
Público. II. Cesar, Cecília Terezinha Marcondes, orient.
III. Título.

CDU 342.726-053.9:347.921.5(81)

Cecília Nogueira Guimarães Barreto

**A METÓDICA CONSTITUCIONAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR PARA O
MINISTÉRIO PÚBLICO TUTELAR O DIREITO INDIVIDUAL DO IDOSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Constitucionalização do Direito, pertencente à linha de pesquisa de Direito Público Contemporâneo.

Aprovada em 04 de dezembro de 2014:

Prof.^a Dr.^a Constança Terezinha Marcondes Cesar
Orientadora-PRODIR / UFS

Prof.^a Dr.^a Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva
Co-orientadora - PRODIR / UFS

Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná
MACKENZIE

Dedico este trabalho ao meu amor, Marcelo Menezes Barreto. Meu companheiro e confidente de todas as horas.

Dedico ao meu pai amado, Eraldo José Pinho Guimarães, que está no céu e cuida de mim todos os dias, conduzindo-me na determinação de enveredar nos estudos por uma missão jurídico-social de fazer o bem.

Dedico, ainda, a todos que se interessam pelos idosos como uma causa de amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estes dois anos que se passaram, permitindo-me cursar o Mestrado em Direito da UFS com comprometimento, o que redundou num aumento de fluxo cognitivo de Direito e na convivência com pessoas que agregaram ideias transformadoras ao meu viver.

Ao meu esposo, Marcelo Menezes Barreto, com quem no decorrer do curso namorei, noivei e casei e, numa prova de imenso amor, aceitou me dividir com o trabalho profissional, os variados livros e aulas, abdicando da vida social que o fervor da paixão impõe, orgulhando-se de meus esforços.

Agradeço também a minha mãezinha Edith Nogueira Guimarães e à minha irmã e madrinha Luisa Nogueira Guimarães que, mesmo vindo morar em Aracaju há um ano (setembro/13), tiveram a compreensão pelo meu isolamento, por conta das metas acadêmicas impostas por professores e, na maioria das vezes, por mim mesma.

Aos meus professores e aos servidores do PRODIR que sempre me acolheram muito bem diante da minha limitação de compreensão e me ensinaram pacientemente a encarar desafios. Em especial às Professoras Dra. Constança Marcondes Cesar e Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva que me passaram não só o conteúdo filosófico e jurídico, mas a ser mais humana e humilde com o próximo; e à competente servidora Catiuscha Pitombo que me surpreendeu a todo instante com sua capacidade de organização e gentileza de tratamento.

Saio muito diferente do que entrei, não apenas pela maturidade cronológica, mas porque paradigmas do que seja democracia foram reconstruídos no meu ser. Em que pese lidar com argumentos na vida profissional, foi na sala de aula do Mestrado em Direito da UFS que vivenciei o brilho da opinião divergente qualificada, não por um cargo ou poder econômico, mas pela singeleza de respeitar o que o outro sustenta.

Por fim, deixo o registro que meus frutos são muito superiores ao suado título de mestre, que almejo com tanto esforço, porque fiz de colegas amigos do coração, como Brielly Santana de Melo e Paulo Roberto Fonseca Barbosa, de quem fiz citações de destaque no primeiro capítulo deste trabalho, e principalmente Layanna Maria Santiago Andrade que é uma irmã de alma, companheira de absolutamente todas as fases deste curso. Obrigada! Amo, verdadeiramente, a todos vocês!

A juventude é a época de se estudar a sabedoria; a velhice é a época de a praticar.

(Jean-Jacques Rousseau)

RESUMO

Na presente dissertação de Mestrado, examina-se o direito da pessoa idosa sob a ótica do neoconstitucionalismo. Destaca-se a força normativa da Constituição e o princípio da dignidade humana como argumento na efetivação de direitos dos idosos. Analisa-se a efetivação do direito dos mais velhos com o objetivo de se atingir uma sociedade mais justa. Compreende o método jurídico normativo estruturante do direito de Friedrich Müller como meio para se chegar à concretização da norma decisão de proteção à terceira idade. Adota-se a pequena ética de Ricoeur como norte para uma sociedade justa, feita de regras capazes de promover a estima pessoal e a solicitude ao próximo. Dirime-se, ainda, a questão de como impregnar a hermenêutica jurídica com os ensinamentos éticos da Filosofia e compreender a atuação do Ministério Público para que se alcance, na contramão do pensamento majoritário, ainda que indiretamente, a proteção aos direitos individuais disponíveis no intuito de fortalecer a proteção estatal à terceira idade. Por fim, estuda-se a nova tendência processual, fazendo a autora sugestão própria de alteração legislativa, bem como se examinam alguns atos administrativos que delimitam a atribuição do Ministério Público brasileiro na sua tutela do direito individual e a evolução jurisprudencial pertinente.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; Idoso; Ministério Público; Acesso à Justiça; Direitos Individuais; Concretização;

ABSTRACT

In this Master's thesis examines the right of the elderly from the perspective of neoconstitutionalism. Highlights the normative force of the Constitution and the principle of human dignity as an argument in enforcing rights of the elderly. Analyzes the realization of the right of elders with the goal of achieving a fairer society. Comprises the normative structuring of the legal method of Friedrich Müller as a means to arrive at the realization of the decision rule to protect seniors. It adopts the small ethics of Ricoeur for a just society, made up of rules that promote self-esteem and concern for others. It settles, still, the question of how to imbue the legal interpretation of the ethical teachings and philosophy to understand the role of the prosecutor in order to reach, against the majority thought, albeit indirectly, the protection of individual rights available in order to strengthen state protection for the elderly. Finally, we study the new procedural trend, making the very suggestion authored legislative change, as well as examining some administrative actions that limit the award of the Brazilian Public Ministry in its supervision of individual rights and the relevant case law evolution.

Keywords: Neoconstitutionalism; Elderly; Prosecutors; Access to Justice; Individual Rights; Achievement;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – O DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDOSO.....	14
1.1. Breves notas sobre o Neoconstitucionalismo como paradigma hermenêutico-metodológico.....	14
1.2. O direito humano da pessoa idosa	20
1.3. Abordagem sobre os idosos no direito constitucional ibérico	26
1.4. A proteção constitucional do direito do idoso no Brasil.....	33
CAPÍTULO II – A BUSCA DA INSTITUIÇÃO JUSTA PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO DO IDOSO SEGUNDO A "PEQUENA ÉTICA" DE RICOEUR.....	44
2.1. O dever de cuidado do Estado para com os idosos.....	47
2.2. A pequena ética de Ricoeur como fundamento da busca da instituição justa para a proteção dos vulneráveis.....	52
CAPÍTULO III – A METÓDICA JURÍDICA NORMATIVO-ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO.....	64
3.1. Os métodos de interpretação constitucional da Nova Hermenêutica.....	64
3.2. A Metodica Constitucional de Friedrich Müller.....	74
3.3 O enfoque institucional da concretização do direito.....	81
CAPÍTULO IV – A TUTELA PROTETIVA INDIVIDUAL DO IDOSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	86
4.1. Aspectos gerais do acesso à justiça do idoso.....	86
4.2. O Ministério Público e sua promoção da concretização dos direitos individuais do idoso segundo a metódica jurídica normativo-estruturante de Friedrich Müller.....	97
4.2.1. Análise jurisprudencial do problema.....	109
4.2.2. A aplicação prática do deslinde nas Promotorias do Idoso no Brasil: uma análise das resoluções que delimitam suas atribuições.....	114

4.3 Novas tendências de proteção ao idoso.....	120
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

O idoso necessita de um fortalecimento da tutela de interesses para a preservação de sua cidadania, pois este é um segmento etário a que pouco se tem destinado importância, seja no plano normativo, seja na implantação de políticas públicas específicas ou na seara estrutural como a criação de varas judiciais e promotorias exclusivas para tutela do idoso.

O Ministério Público, instituição permanente destinada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na dicção do art. 127 da Constituição Federal, deve atentar para uma hermenêutica apropriada ao efetivar o direito dos mais velhos.

Sabe-se que a tutela coletiva e difusa é o principal foco do Membro do Ministério Público que funciona como advogado da sociedade, mas como se deve proceder quanto às reclamações individuais que se acumulam nos gabinetes?

Busca-se, no presente trabalho, dirimir a questão de qual a melhor ação para o Membro do Ministério Público adotar quando se depara com reclamações individuais de idosos em seu mister, como as elencadas na dicção de constitucionalidade duvidosa no do art. 74, I a IV da Lei nº 10.741/2003.

São pedidos de tutela cuja repercussão é limitada à família do idoso, que inicialmente, não denotam interesse do Ministério Público, por ausência de literal previsão constitucional, mas tem sido verificada instauração de procedimentos administrativos para acompanhamento de situações que podem repercutir na investigação da existência de ofensa à dignidade humana e de crimes contra idosos.

O intuito é demonstrar se em tais casos há ou não legitimidade constitucional de tutela individual, mesmo disponível, pelo Ministério Público e em quais limites, necessitando-se encontrar a solução científica através da análise crítica da doutrina que se dedica à atuação do Ministério Público em demandas individuais e da jurisprudência sobre o tema, adotando a metódica constitucional como critério hermenêutico para alcançar o resultado do estudo.

O trabalho em desenvolvimento visa, através do método constitucional eleito, a metódica estruturante de Friedrich Müller, enaltecer a cidadania dos idosos ao fortalecer o campo de tutela de seus direitos.

Por meio de Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD, 2012) divulgada em seu sítio da internet em setembro de 2013 e do Censo Social de 2010, promovidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sabe-se que a população idosa está vivendo mais.

Conforme dados estatísticos explanados no corpo deste trabalho, o IBGE contabiliza que as pessoas com mais de 60 anos são hoje 12,6% da população, ou 25 milhões de indivíduos; em 2011, tratava-se de uma fatia de 12,1% e, em 2002, 9,3%.

Em que pesem esses dados, comparativamente, a criação normativa e a atuação do Estado não têm recebido a dinamicidade e atualização que esse crescente titular de direito merece.

Perfaz-se a necessidade de que as demandas dos idosos sejam tratadas de maneira diferenciada, de forma que o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana e que o respeito ao regime democrático sejam afeitos à luz da isonomia material a todos os brasileiros em qualquer idade.

Para compensar a precariedade da atuação do Estado para esses destinatários, o presente trabalho busca ampliar os instrumentos e sujeitos que concretizem os direitos dos idosos, dando atenção especial ao papel do Ministério Público nas tutelas individuais que tenham algum reflexo de indisponibilidade.

A pesquisa emprega método de pesquisa preponderantemente dedutivo, comparativo e quantitativo (*survey*), uma vez que se utiliza de dados gerais da literatura jurídica e instrumentos normativos; compara e quantifica informações existentes na jurisprudência e nas resoluções dos Ministérios Públicos Estaduais pelo Brasil. Essa se destina aos estudiosos do Direito como um todo, em preponderância aos Membros do Ministério Público e do Judiciário, a fim de que se delineie o limite constitucional de atuação do Membro do Ministério Público em reclamações, judicializadas ou não, de interesse familiar ou pessoal de idosos.

Observa-se, ainda, que o tema abordado, a metódica constitucional como critério legitimador para o Ministério Público tutelar o direito individual do idoso é afeto a linha de pesquisa de Direito Público Contemporâneo pertencente ao mestrado em Direito, na área de concentração Constitucionalização do Direito, pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), uma vez que se trata de pesquisa da hermenêutica constitucional apropriada para salvaguardar, pelo Ministério Público, a proteção de um crescente segmento de titulares de direito: o idoso.

Frise-se que os estudos desenvolvidos serão úteis para a vida profissional da pesquisadora, que exercendo suas atribuições junto à 4ª Promotoria de Direito do Cidadão de

Aracaju, cuida, dentre outras atribuições, de idosos, trabalhando com uma grande quantidade de reclamações individuais de maus tratos a sexagenários que concorrem com demandas coletivas, cuja dedicação requer tempo, monitoramento social de famílias por meio de audiências públicas e acompanhamentos de pareceres técnicos de cunhos assistenciais, psicológicos e de saúde, caminhando na contramão das demais curadorias do Estado de Sergipe que tratam de demandas de abrangência transindividual.

O objetivo geral pretendido com o presente estudo para a dissertação de mestrado é investigar se o critério da metódica constitucional legitima ou não o Ministério Público a tutelar o direito individual do idoso.

Os objetivos específicos almejados por este trabalho são: a) analisar a proteção do idoso como direito humano fundamental e a crescente constitucionalização da matéria, com enfoque nas Constituições ibéricas e nacional; b) discorrer sobre o embasamento filosófico do cuidado com alteridade segundo a pequena ética de Ricoeur: vida boa, com e para os outros em instituições justas; c) descrever a atribuição do Ministério Público na proteção da pessoa idosa e as novas tendências de atuação; e d) discutir a legitimidade da tutela protetiva do direito individual do idoso pelo Ministério Público segundo a metódica constitucional de Friedrich Müller.

São feitas análises de resoluções e atos normativos de Promotorias de Justiça que lidam com idosos nas capitais de alguns Estados do Brasil para investigar o acerto da regulamentação da ação do Membro do Ministério Público, a fim de verificar se é possível a tutela de direitos individuais até mesmo disponíveis.

Também foram analisados todos os dispositivos constitucionais que referenciam a proteção ao idoso e referente à atuação do Ministério Público, possibilitando o desenvolvimento da dissertação sob a ótica normativa.

No que tange ao desenvolvimento da presente pesquisa, temos, ainda, a seleção e leitura de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema, possibilitando a defesa da dissertação com farto referencial teórico.

Assim no capítulo I, trabalhou-se o enfoque constitucional do direito da pessoa idosa.

Tendo em vista que os fatos sociais são dinâmicos e que as leis devem seguir a mesma velocidade da realidade, buscou-se no neoconstitucionalismo uma quebra de paradigma para que o Poder Público concretize a norma constitucional sem a sobrecarga legislativa.

Preocupados com a hodierna situação mundial de crescente inversão piramidal etária e com a marginalização social da pessoa idosa, é feita uma abordagem da necessidade de

repaginação hermenêutico-metodológica de bases éticas para atualizar a ordem jurídica.

Após, é apresentada a progressiva proteção da terceira idade como direito humano fundamental pela seara internacional, na sua tímida trajetória e no enfoque da não discriminação pela idade, levando-se em conta os motivos capitalistas de desvalorização do “velho” improdutivo em contraposição ao princípio da isonomia material e preservação da dignidade da pessoa idosa.

Por fim, faz-se uma análise do tema nas constituições ibéricas e brasileira, destacando-se nesta última a fixação do critério contemporâneo de interpretação constitucional para que o Estado assegure o direito social ao envelhecimento com prioridade absoluta, como preconizado no art. 227 da CF/88 para crianças, adolescentes e jovens.

Quanto ao capítulo II, o estudo se concentra nas bases filosóficas que caracterizam a permanente busca do homem por uma instituição justa, encarada essa como uma escolha racional própria do homem, dotado de sabedoria prática, quanto aos aspectos de sua vida.

Neste, adota-se o marco teórico de Paul Ricoeur a fim de entender que o *cogito* ético-jurídico da mediação institucional que fortalece a capacidade do homem, a ponto de colocá-lo na posição de cidadão real, ao enaltecer sua auto-estima e auto-respeito em todos os momentos de sua vida.

A fim de corrigir o lado abstrato da lei de abandono da pessoa idosa pelo Estado, a pequena ética de Ricoeur consistente em “viver a vida boa, com e para os outros, em instituições justas” serve de fundamento hermenêutico do político e do justo, em que a pretensão universalista das regras deve ser inscrita nos contextos históricos e comunitários das pessoas vulneráveis.

Ao exercitar a interpretação, moral e direito se imbricam para compreender que o que se dá de construção jurídica na temática sobre terceira idade hoje, servirá como construção cultural para a vivência deste mesmo intérprete no amanhã.

No que diz respeito ao capítulo III, o objeto de trabalho é de delimitação do método hermenêutico pós-positivista que protegesse melhor os anseios sociais, tendo em vista que o Direito Constitucional passa por uma metamorfose social que traz reflexos imediatos sobre a normatividade que dele exala.

Nele se fará uma abordagem sobre os métodos de interpretação constitucional da Nova Hermenêutica para se eleger a metódica jurídica normativo-estruturante de Friedrich Müller como a de melhor cientificidade jurídico-social para aplicar na interpretação constitucional de tutela das pessoas idosas pelo Estado.

Finalmente o capítulo IV trabalha como o Ministério Público, instituição do regime democrático, pode contribuir para uma hermenêutica apropriada ao zelar o direito individual dos mais velhos.

A abordagem se inicia com foco no acesso à Justiça da pessoa idosa, como sujeito de direitos que corre contra o tempo de sua existência, no seu aspecto mais completo, englobando o Estado como um todo na solução de salvaguarda de sua proteção.

O capítulo propõe uma releitura do direito ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, utilizando-se da metódica de Müller, visando a ordem jurídica efetiva ao idoso, principalmente em seu caráter preventivo de proteção contra ameaça de lesão por meio do Ministério Público em seu papel preconizado na Constituição.

Observa-se que existem situações fáticas e legais que revelam apenas reflexamente o risco ao idoso ou indisponibilidade do direito individual e que o contexto de preconceito social quanto ao “sexagenário” deve ser levado em conta quando da análise do âmbito normativo da concretização do justo.

No mais, são analisadas várias decisões judiciais que tratam do direito individual do idoso, diagnosticando a visão judiciária sobre o tema e investigadas as atribuições institucionais nas diversas promotorias especializadas em idoso pelo Brasil através das resoluções.

Por fim, são expostas alternativas para atuação do Membro do Ministério Público nas demandas individuais da terceira idade de baixa complexidade, como a tendência de autocomposição através da mediação, prevista na Resolução 125 do CNJ.

Em sua essência, esta dissertação visa ao combate jurídico ao desprezo, de base sociopolítica e econômico-cultural, à pessoa idosa, a fim de que demandas individuais e coletivas, em geral, possam ser entregues com a garantia constitucional devida.

Pesquisa-se o novo rumo para alterar a ineficiência do Estado das coisas sob a vertente (extra) processual ou de atuação do Ministério Público na tutela individual com o intuito de consagrar a dignidade da pessoa idosa em seus direitos, pois falar em cidadania para o idoso requer mais do que leis que pontuem direitos, e sim uma nova conotação de seus exercícios, porque na medida em que aumenta o número de idosos no Brasil devem-se repensar as estruturas sociais e sua mudança de mentalidade para recepcioná-los satisfatoriamente.

CAPÍTULO I – O DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDOSO

1.1. Breves notas sobre o neoconstitucionalismo como paradigma hermenêutico-metodológico

O nascimento do Estado se confunde, de forma geral, com o nascimento do Direito e pode ser retratado pela historicidade dos anseios dominantes de um contexto social.

Assim, o Estado pré-moderno foi marcado pela queda do feudalismo e ascensão do absolutismo, no século XVI, fundado no jusnaturalismo, no direito divino dos reis e nas práticas jurídicas romanas com pluralidade de fontes normativas.

Por sua vez, o Estado Legislativo de Direito, iniciou-se no século XVII, período em que o Estado absolutista se assentou no monopólio estatal da produção normativa, foi marcado pelo positivismo tradicional, estendeu-se até a consolidação do Estado Liberal, teve influência das concepções racionalistas e iluministas das Revoluções Francesa e Americana para proteção dos direitos individuais.

O positivismo tradicional do (Estado Legislativo) possuía o caráter de pureza científica, em que o objeto (lei) era analisado sob a neutralidade do indivíduo (intérprete) com emprego da lógica formal (subsunção), sem levar em conta os valores que dele poderiam advir (racionalidade), tendo em vista que o Direito não possuía lacunas.

O autoritarismo se serviu dessas características de cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude para encobrir a sua “(i) legítima” dominação.

Paulo Roberto Fonseca Barbosa (COELHO NETO, 2013, p. 254) explica essa passagem histórica e seus reflexos na estrutura de Estado quando aduz que:

Com efeito, o Estado Nacional Socialista (eufemismo para o Estado Nazista) mostrou para o mundo a falência do princípio da legalidade como único mecanismo de legitimação do poder. Na referida modalidade de Estado, a lei obtinha validade pela sua forma de nascimento, sem guardar nenhuma obediência ao conceito material de justiça. Assim, amparado pela lei, o governo nacional socialista alemão cometeu o extermínio de milhões de pessoas politicamente indesejadas, sob argumentos pífios e jamais aceitados.

Era necessário um novo perfil de pensamento constitucional em reação ao positivismo exegético que serviu de fundamento para cometimento de violações dos direitos humanos em regimes totalitários do pós-guerra, tendo em vista que foi sob o manto da dogmática jurídica, desvirtuada da filosofia jurídica, que regimes totalitários realizaram tantas atrocidades com o ser humano.

Na segunda metade do século XX, no pós-guerra (1939-1945), o Estado Liberal tomou a roupagem de Estado Constitucional de Direito (neoconstitucionalismo), em que diversas posturas críticas buscaram reintroduzir os “valores” no direito. A norma jurídica constitucional não só impunha limites ao legislador e ao administrador, mas também, deveres de atuação que tinham como norte a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.

Precisava-se, então, de repostas às indagações como as feitas por Lênio Streck (2014, p. 122) para se “fazer democracia a partir ‘do’ e ‘pelo’ direito”:

Definitivamente, o novo constitucionalismo – seja qual for o seu (mais adequado) sentido – não trouxe a indiferença. Na verdade, houve uma pré-ocupação de ordem ético-filosófica: a de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio “neoconstitucional” (*lato sensu*) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático?

O termo neoconstitucionalismo, segundo Comanducci (CARBONELL, 2003, p. 75), é polissêmico e pode ser utilizado, fazendo-se referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Diante do fato de existirem diversas acepções do termo Miguel Carbonell fala em “neoconstitucionalismo(s)”,

O doutrinador italiano Riccardo Guastini (2007, p. 52) usa a expressão “Constitucionalização do Ordenamento Jurídico” para se referir ao fenômeno do neoconstitucionalismo; já Lênio Streck (2014, p.46)¹ prefere o termo “Constitucionalismo Contemporâneo” à denominação Neoconstitucionalismo, pois entende que este último revela

¹ A partir da quarta edição da obra *Verdade e Consenso*.

contradição do que se pretende (redemocratizar o novo direito pós-bélico) e o que se tem (realização do direito pela “loteria” do protagonismo judicial).

O neoconstitucionalismo² pode ser conceituado como uma repaginação do direito constitucional ocidental onde se enfatiza a força dos princípios normativos constitucionais em sua técnica de ponderação de interesses, a estrutura aberta da Constituição que possui termos vagos e lacunosos, além da reinserção da razão prática na metodologia jurídica, sendo a decisão individual do jurista imersa num processo de fundamentação dialógica e argumentativa. Logo, o magistrado deve se valer de uma atuação mais ativa, de criatividade equânime, para atingir concretização da norma-decisão.

No mesmo sentido Lênio Streck (2014, p. 115) esclarece que:

(...) é preciso ter presente que o termo neoconstitucionalismo incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. A ciência política norte americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então.

Sob esse ponto de vista, o propósito deste tópico não é de estudo aprofundado do tema em suas diversas acepções, mas tão somente ressaltar, sob o prisma explicitado, a produção intelectual do uso de métodos normativos contemporâneos para análise do direito constitucional.

Buscou-se um novo modo de pensar o direito constitucional, com marco filosófico assentado na construção do pós-positivismo, onde não bastava a subsunção fria da lei, sem as impressões morais presentes no texto e no contexto de aplicação, mas uma atuação concreta do intérprete em que o objeto e o sujeito já não estariam estanques e a análise do dever ser estaria conectada à do ser.

² Termo utilizado com frequência nas doutrinas espanhola e italiana.

A propósito Luís Roberto Barroso (2012, p. 263) assevera que:

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo- isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar.

Inexiste uma superação do positivismo ou do jusnaturalismo, mas a formulação de um *tertium genus* na confluência dos paradigmas opostos, porque, conforme entende Brielly Santana de Melo, “esta teoria constitucional contemporânea visa analisar o direito além da legalidade estrita sem retirar a importância do direito positivado” (COELHO NETO, 2013, p. 82).

Há uma superação do modelo puro para a existência de um arquétipo de características mistas, em que a letra da lei está associada aos princípios de justiça universalmente válidos, por meio da revalorização da razão prática e da legitimação democrática, através do retorno da ética ao Direito sem perder de vista o texto positivado. Nesta via constitucional, os conceitos de direito, moral e política se interpenetram e se influenciam mutuamente para a formação de uma nova hermenêutica.

Assim, o marco teórico dessa nova visão constitucional do direito significou a mudança de paradigmas a fim de se: a) reconhecer a força normativa da Constituição; b) expandir a jurisdição constitucional; e c) desenvolver uma nova dogmática de interpretação constitucional.

A interpretação constitucional irradia os comandos para todo o sistema normativo, devendo os operadores do direito aplicá-lo e construí-lo, tecnicamente, de forma estável e segura, conforme a concretude dos fatos fenomênicos pela sobre-interpretação aos demais ramos.

Este fenômeno consiste no preenchimento de eventuais espaços vazios da Constituição pelo intérprete através de normas implícitas, a fim de disciplinar qualquer aspecto da vida social ou política. A doutrina esclarece o conceito da seguinte forma:

Sobre-interpretação da Constituição é o movimento interpretativo que tende a desconsiderar que o Direito Constitucional seja lacunoso e, portanto, evita as lacunas ou de qualquer modo elabora normas implícitas para preenchê-las. (GUASTINI, 2007, p. 277)

Exemplo característico da sobre-interpretação é entender que a Constituição Federal de 1988 possui limites implícitos ao poder reformador, dentre eles está a intangibilidade da titularidade do poder constituinte e do procedimento de reforma na tese da dupla revisão (MOREIRA, 2012, p. 79/90).

Sob esse enfoque, a compreensão dada às leis de proteção aos idosos deve ser permeada por uma interpretação adequada, com vinculação às relações políticas.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 288) sintetiza as mudanças nessa seara:

Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucionais delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. Nesse universo em movimento e em expansão, incluem-se categorias que foram criadas ou reelaboradas, como os modelos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento da normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisão de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Diante dessa visão hermenêutica³, o neoconstitucionalismo toma a feição de formatar teorias interpretativas que levem em conta a razão prática, diferentemente do positivismo exegético que adotava a razão teórica, para conhecimento do objeto (regulação de conduta).

Preocupado com o futuro da Constituição frente a tantos anseios do mundo globalizado Carlos Bernardo Pulido (2013, p. 225) assevera que a Constituição não especifica os métodos para obter o progresso e o bem-estar, apenas institui objetivos estatais, por meio de princípios programáticos, para serem desenvolvidos progressivamente pelos poderes públicos.

³ Hermenêutica possui uma perspectiva mais ampla e complexa do que a interpretação. Hermenêutica é formada por um conjunto de teorias que leva à interpretação ou compreensão de algo.

Levando-se em conta que o mundo atual é cada vez mais globalizado e que as vicissitudes de políticas econômicas e sociais integram as necessidades de diferentes sociedades, somente um método democrático interpretativo, através da análise do contexto social, pode salvaguardar a liberdade, onde falha a Constituição.

Sintonizado com esse raciocínio, Pulido (2013, p. 217) mais uma vez reflete sobre o assunto:

A pergunta fundamental que se propõe responder é se a Constituição tem ainda capacidade para regular a política; se ainda dispõe de brios suficientes para fazer frente às mutações sociais que têm lugar no alvorecer do milênio, nos países nos quais ela vem desempenhando a tarefa capital de regulamentar do poder político. Em concreto, interessa saber até que ponto a Constituição logra conservar sua eficácia no ambiente forjado pela moderna atividade estatal de promoção do bem-estar, que não era ainda previsível na época em que ela teve sua origem.

As mudanças sociais e políticas são mais rápidas do que a resposta dada pelo Estado através do ordenamento jurídico e necessita de mecanismos hermenêuticos para reciclar sua substância sem modificar o seu texto.

Dessa forma, o Direito é uma ciência convencional que admite a mutação de sua própria interpretação, admitindo uma margem de atualização decorrente da simples incompletude lingüística da Constituição, em outras palavras “a sistematização, a hierarquia de fins, não é historicamente fixa, mas depende da assunção de ‘metavalores’ por parte da interpretação ‘adequada aos fatos’ emergente” (ZAGREBELSKY, 1998, p. 83).

Nesta dissertação, o foco desenvolvido será quanto ao aspecto metodológico de análise do direito, tendo em vista que a hermenêutica jurídica sofreu grande impacto com o constitucionalismo democrático, normativo e compromissório ao revelar o papel criativo e concretizador do direito, sendo a esperança de um avanço na tutela da pessoa vulnerável envelhecida.

Assim, o idoso como “novo sujeito” de direitos será o enfoque trabalhado daqui para frente.

1.2. O direito humano da pessoa idosa

Os direitos humanos resultam numa construção histórica de luta contra a dominação e a favor da liberdade, possuindo como seu centro ideológico do existir a proteção da dignidade da pessoa humana.

Esses direitos, embora inerentes ao homem, expressam-se como fruto de lutas e conscientização do reconhecimento universal, à medida que países da comunidade internacional vão os incorporando aos seus ordenamentos jurídicos naquilo que Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 54) chama de patrimônio cultural comum da humanidade:

A luta sempre deve ter consideração às novas conquistas, não sendo aceitável a defesa de teses consoante as quais cada sociedade tem etapas a vencer. Se etapas já foram queimadas por outras sociedades, não parece correto submeter-se as demais a sacrifícios idênticos ou piores para a conquista de direitos já reconhecidos em outros países. A luta deve ser pela atualização das garantias dos direitos já incorporados ao patrimônio cultural comum da humanidade, daí a importância da garantia do direito ao desenvolvimento e à democracia a todas as sociedades.

Assim, uma vez os direitos humanos conquistados, estes se tornam interligados entre si e servem de parâmetros para as demais conquistas, impedindo o retrocesso social como no caso da vedação a qualquer discriminação ao homem, seja esta biológica ou social.

E no que consistem esses direitos humanos?

O conceito de direitos humanos é permeado de historicidade, então ele é dinâmico e genérico, devendo ter nele a positividade internacional e por foco o desenvolvimento integral da pessoa.

Podem ser definidos como aqueles princípios ou valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plenamente da vida.

Apenas a título de ilustração, tem-se que o melhor conceito é o formulado por Pérez Luño (2005, p. 23) para quem:

Direitos humanos é o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Com isso, aqueles aparecem como um instrumento de proteção do sujeito contra todo tipo de violência. Pretende-se, com isso, afirmar que eles têm, pelo menos teoricamente, um valor universal, ou seja, devem ser reconhecidos e respeitados por todos os homens, em todos os tempos e sociedades.

Friedrich Müller esclarece, na XV Conferência Nacional da OAB (1994, p.536-537), que:

... direitos humanos não podem ser vistos apenas como um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e Constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana.

Desta forma, os Estados de Direito não colocam óbice ao reconhecimento dos direitos humanos e os absorvem internamente como direitos fundamentais em seu ordenamento.

No período do segundo pós-guerra, como mencionado no tópico anterior, os documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, buscavam pela ideia de defesa da sua dignidade, reduzir a vulnerabilização do homem ocasionada pela sua discriminação, provocados no Estado legislativo. Fernanda Bragatto (STRECK, 2014, p.126) sintetiza que:

A definição moderna de ser humano é a de indivíduo racional, onde racionalidade (poderes e capacidades cognitivas) é considerada o elemento definidor da essência humana e o que lhe concede um valor superior. Porém, a insuficiência do conceito liberal-individualista está em que a racionalidade acabou servindo não para justificar um mesmo valor entre os seres humanos, mas para diferenciá-los e hierarquizá-los entre si, gerando os atuais processos de vulnerabilização.

O direito fundamental do homem deve ser protegido até a sua morte, em seus aspectos individuais, políticos e sociais, merecendo atenção especial a dignidade humana nos estágios de vulnerabilidade presumida como a infância e a terceira idade.

O Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU conceituou vulnerabilidade como “um estado de alta exposição a certos riscos e incertezas, em combinação com uma reduzida capacidade de proteger ou defender-se contra esses riscos e incertezas e lidar

com as suas conseqüências negativas” (STRECK, 2012. P. 128).

O envelhecimento é um fenômeno que atinge o ser humano na plenitude de sua existência, modificando suas relações consigo mesmo e com o mundo. Este período de vida merece ser mais bem apreciado pelo Estado e permitido que haja uma compensação das permanentes perdas, rotineiramente, apresentadas, como o do suporte familiar, do status ocupacional ou do declínio físico e emocional do sujeito de direito.

Assim, a velhice se inscreve no âmbito da defesa dos direitos humanos fundamentais, posto que sua proteção “representa a própria garantia do direito à vida e do direito à dignidade dos seres humanos” (RAMOS, 2014, p.72).

Deve-se colocar a maturidade etária em favor do coletivo e dignificar o espaço social de quem já muito contribuiu e ainda pode modificar o espaço do outro. Não é porque se chega à sexta década de vida, que os ombros do ser devem se encolher por etarismo⁴, mas pelo peso da vivência de sua história.

Jádina Ceccone (2004, p.83), analisando a dignidade do idoso menciona que sua “cidadania lhe permite atuar de forma participativa e opinativa no sentido de contribuir para a coletividade, seja através de um trabalho produtivo, seja participando de grupos, partidos ou outras organizações”. Para isso precisa-se delimitar os aspectos de direito, diferenciadores, que permitam uma isonomia material.

Ninguém defende a dignidade da pessoa humana jovem ou produtiva, mas de fato é isso que acontece.

Para alguém ser pessoa idosa precisa ter passado pelos demais estágios de vida como criança, adolescente e adulto sob o total manto protetivo estatal; no entanto o que se tem notado é que quanto a esta fase, a sociedade influenciada pelo sistema capitalista, descarta socialmente este segmento etário, por inutilidade produtiva, e desqualifica seus membros, deixando de considerá-los como pessoa.

Este fato precisa mudar, tendo em vista a perspectiva demográfica auferida nos últimos tempos em que “a marginalização das pessoas idosas em uma época em que o curso histórico é cada vez mais acelerado resulta num dado impossível de ignorar”⁵ (BOBBIO, 1996, p. 27).

O crescimento percentual de pessoas idosas é maior do que o de pessoas jovens, o que

⁴Termo utilizado para significar o ato de discriminar pela idade, vendo o idoso como uma espécie de cidadão de segunda classe.

⁵Segundo texto original: *La marginación de los viejos en su época en la que el curso histórico es cada vez mas acelerado, resulta um dato de hecho, imposible de ignorar.*

redunda numa preocupação pela segregação tutelar em que aquelas se encontram.

Sob o ponto de vista mundial, em que pese o assunto ser delicado para qualquer país, a situação é dramática para os países pobres e em desenvolvimento, pois nestes a questão não se concentra apenas nas lutas políticas de melhora da qualidade de vida da pessoa idosa, mas na questão estrutural financeira familiar e de diminuta atenção dos serviços estatais especializados referentes a tal faixa etária.

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 44) esclarece o fato no seguinte trecho:

Consoante os levantamentos da Organização das Nações Unidas, em 1970 existiam no mundo 300 milhões de pessoas com mais de 60 anos. Em 2000, esse número já alcançava a cifra de 610 milhões de pessoas. De acordo com as últimas projeções dessa organização, a população com mais de 60 anos será de 1,1 bilhão em 2015 e de 2 bilhões em 2050, bem distante da cifra de 200 milhões de 1950. (...) Desta forma fica claro que discutir o envelhecimento, tendo em vista suas causas e conseqüências, é de fundamental importância para que se possa pensar o futuro das sociedades atuais (...) torna-se essencial a gestação de políticas públicas corretas, racionais, acompanhadas de políticas de desenvolvimento econômico, comprometidas com a geração de recursos para a implementação dessas políticas.

O mesmo se depreende dos ensinamentos de Diego Blázquez Martín (2006, p. 18) sobre essa tendenciosa inversão etária da pirâmide social:

É um fenômeno tão importante e tão novo, podemos dizer, com base na ONU, que é uma verdadeira "Revolução Silenciosa" que inverte as tendências demográficas históricas (e quase naturais, pode-se dizer); de maneira que se dá por certo que as pessoas com mais de 60 anos excederão em números a dos menores de 14 anos em 2050. (...) a expectativa de crescimento 1950 a 2050: 200 milhões a 2 bilhões de pessoas com mais de 60 anos. Nos países desenvolvidos em 2050: 33% com mais de 60 anos; 9% com mais de 80 anos. Em países em desenvolvimento em 2050: 19% acima de 60 anos; 3% superior a 80 anos.⁶

Tendo em vista que a longevidade é fenômeno recente, os instrumentos jurídicos internacionais de proteção à pessoa idosa ainda são tímidos.

A Magna Carta de 1215, a *Petition of Rights* de 1628, a Declaração da Virgínia de

⁶Segundo texto original: *Es un fenómeno tan importante y tan nuevo que podemos decir con Naciones Unidas que se trata de una verdadera "Revolución Silenciosa", que invierte la tendencia demográfica histórica (y casi natural, podríamos decir); de manera que se da por hecho que las personas mayores de 60 años superarán en número a los menores de 14 años en el 2050 (...) Expectativa de crecimiento de 1950 a 2050: de 200 a 2000 millones personas mayores de 60 años. Estados Desarrollados en 2050: 33% mayores de 60 años; 9% mayores de 80 años. Estado en Desarrollo en 2050: 19% mayores 60 años; 3% mayores 80 años.*

1776, a Declaração Norte-Americana de 1787 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁷, que previam a igualdade e liberdade como vetor burguês de luta social contra o feudalismo e o absolutismo, não proibiam explicitamente a discriminação com base na idade.

Mesmo sem diferenciar tais direitos, apenas pelo direito dos idosos se tratarem de pessoa humana já merecem o caráter de universalização, conforme preconiza passagem a seguir transcrita (ROCHA, LIMA, 2013):

Ainda que de forma indefinida o conceito de direitos humanos, há um viés de sua institucionalização internalizada, para que não fique ao alvedrio de cada um a sua garantia. Observa-se um movimento no sentido de preservar os valores do ser humano, numa perspectiva de coletividade, a liberdade, a igualdade, e a fraternidade observadas em sua forma plural. Garantir o acesso à justiça interna e externamente ao contexto brasileiro, de maneira mais ampla possível sem ferir a soberania nacional. Assim culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 que objetivou traçar uma ordem pública mundial embasada no respeito à dignidade humana, consagrando valores básicos universais.

Apenas em 1982, em pleno século XX, contando com a participação de 124 Estados, a Organização das Nações Unidas começou a abordar a questão do idoso formalmente, o que resultou no Plano de Ação de Viena na primeira Assembléia Mundial sobre Envelhecimento, com 66 recomendações, tendo por objeto enfatizar a necessidade de formulação de políticas públicas específicas para idosos nas áreas de saúde, nutrição, moradia, meio ambiente, família e bem-estar social.

Passadas duas décadas, a comunidade internacional chamou sua atenção novamente para a temática: em 2002, com a II Conferência Internacional sobre Envelhecimento, tendo aprovado a Declaração Política e o Plano Internacional de Madri, dedicando especial atenção ao envelhecimento em países em desenvolvimento.

A partir dessa percepção, houve um resgate do princípio internacional da igualdade e da não discriminação, voltado à realidade da pessoa idosa, colaborando, assim, para o aprimoramento da conscientização de seus direitos, que geraram a possibilidade de a pessoa envelhecer com mais segurança, dignidade e participação, reconhecidos os idosos também como beneficiários do desenvolvimento econômico e social.

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 81) revela que somente dois tratados

⁷ O art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e garante a todos eles os mesmos direitos sem distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, nascimento ou qualquer outra condição.

internacionais aduzem, claramente, a proibição por motivo de discriminação em razão da idade: a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Imigrantes e de seus Familiares (Resolução 45/158, de 18 de Dezembro de 1990, da Assembléia-Geral da ONU, que entrou em vigor em 01 de julho de 2003) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que entrou em vigor pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Inobstante a maioria das tratativas internacionais não serem vinculantes (com exceção dos mencionados tratados), houve interesse pelos debates e negociações. A embaixadora Glaucia Gauch (BRASIL, 2013. p. 85), festejando os dez anos do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, aponta também a falta de consenso sobre o instrumento de proteção, pois países mais desenvolvidos, como Canadá, Estados Unidos, Suíça, Japão, e a União Européia, em geral, entendem que essa zona de proteção já estaria inserta nas demais convenções internacionais.

Sob o aspecto regional, o Grupo de Trabalho (GT) sobre o direito do idoso em 2011 da Organização dos Estados Americanos (OEA), os Estados Unidos e o Canadá se opuseram às tratativas de proteção específica dos direitos humanos da pessoa idosa com o argumento de que a ONU já se ocupara do assunto.

Assim, Pérola Braga (2011, 97) pontua que:

O envelhecimento populacional experimentado hoje em dia tornará acentuadas as disparidades do modo de vida dos idosos em nosso planeta. Nos países ricos, como já vemos hoje, a velhice vai passar a ser cada vez mais uma das melhores fases da vida, pois os que envelhecem possuem proteção legal, boas aposentadorias, seguro social com direito a serviço de saúde, meio ambiente agradável e muitas oportunidades de lazer. Esta é uma realidade que não será vivida nas nações em desenvolvimento, particularmente no Brasil, se nada for feito para minimizar esse quadro díspar.

Dessa forma, nos países desenvolvidos⁸, a exemplo de Portugal, Itália, Espanha, Suíça, Suécia, Austrália, Alemanha e Estados Unidos, as disposições normativas que cuidam dos idosos já são de longa data e essa proteção especial do Estado é efetiva, garantindo que as mais variadas esferas das áreas do poder acobertem as necessidades dos mais velhos.

Culturalmente eles acolhem o idoso numa visão globalizada, seja preservando-o no mercado de trabalho, garantindo a sua segurança social ou, em casos extremos, arcando com suas despesas habitacionais ou de subsistência sem caráter de caridade, mas de dignidade, ao

⁸ Estudo da legislação comparada realizado por BRAGA (2011, p. 97-106).

lhe oferecer uma aposentadoria coerente.

O que é necessário não é tanto a existência do direito material, mas que o Estado priorize de verdade a proteção ao idoso na implementação de políticas públicas. Hoje a realidade é que idosos contam com sua família, quando podem, e lutam contra a sociedade e o Poder Público para angariar algum reconhecimento.

Desde a Declaração de Brasília de 2007, há um forte movimento da OEA para que se materialize a igualdade mediante remoção de barreiras sociais e institucionais que impedem a realização de direitos da pessoa idosa.

Diante dessa dinamicidade mundial, em setembro de 2012, na Cidade de Buenos Aires, o GT da OEA, para o qual o Brasil deu significativas contribuições, negociou, dentre outros aspectos, a definição referencial na formulação e aprimoramento de normas legais internas relacionadas ao idoso e conferir, no plano doméstico e internacional, maior visibilidade e reconhecimento à necessidade de proteção e promoção dos direitos e dignidade dos mais velhos (BRASIL, 2013. p. 87).

Vê-se, portanto, que é singela a previsão internacional dos direitos humanos da pessoa idosa, mas paralelamente é patente o seu contínuo reconhecimento substancial que já se manifestam nas constituições estrangeiras e na brasileira.

É neste perfil de abordagem que se pretende desenvolver o assunto a seguir.

1.3. Breve abordagem sobre os idosos no direito constitucional ibérico

O enfoque do direito humano fundado no envelhecimento digno é incorporado ao ordenamento interno de cada país, na maioria das vezes, por meio da norma material escrita em sua Constituição.

A característica desse direito reflete na imprescritibilidade e inalienabilidade do conteúdo, tendo em vista que o seu respeito reflete diretamente no avanço da sociedade.

Embasada no direito à vida e na proteção integral (jurídica, legal e social) ao ser humano, principalmente nas circunstâncias biológicas que o tornam mais propenso a ameaças sociais como a velhice, a Constituição dos povos enfoca a dignidade da pessoa idosa como norte de transformação.

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 86) registra que:

Assim, tendo a própria Constituição de todos os povos, que infelizmente ainda não possui efetividade na maioria dos países, registrado que a velhice traduz a

própria força do direito à vida, que precisa ser vivida com dignidade, alguns países consideram adequado inscrever também em suas próprias Constituições normas claras concernentes à proteção dessa etapa da vida.

Como o texto acima ressalta, é com pesar que se tenha o tratamento retórico na maioria das Constituições. Em que pese essa realidade, não deixa de se visualizar um gradativo avanço no processo de conscientização da importância do tema.

Antes de tratarmos da regulação constitucional da pessoa idosa, precisa-se definir de qual faixa etária estamos tratando quando o assunto é sua proteção no estrangeiro.

Juan Ignacio Gorospe (BERMÚDEZ, 2014, p.40) define o ancião segundo os critérios da ONU e da União Européia da seguinte forma:

As Nações Unidas utilizam a expressão pessoas de idade (*personas de edad*) em referência aos maiores de 60 anos. A Constituição espanhola usa a expressão terceira idade (*tercera edad*) sem fixar a idade, se bem que quando se referem às pensões indiretamente se referem aos maiores de 65 anos. A Comissão Européia usa o termo pessoas maiores (*personas mayores*) a partir dos 65 anos. (Tradução livre)⁹

Desta forma, para efeito de proteção constitucional européia adotar-se-á o critério etário de sessenta e cinco anos para fins de proteção dos idosos.

A adoção desse critério cronológico se deve, também, ao fato de que a Organização Mundial da Saúde – OMS considera pessoa idosa nos países desenvolvidos aquelas com sessenta e cinco anos ou mais de idade e nos países em desenvolvimento, aquelas pessoas com sessenta anos ou mais, levando-se em consideração a expectativa de vida como fator determinante para a diferenciação.

No tópico anterior, observou-se que o desenrolar das conquistas ocidentais dos direitos humanos ocorreram primeiramente no antigo continente, nos países mais afetados com as seqüelas das violações de direitos do homem o que redundou em revoluções e declarações de bases principiológicas que irradiam seus efeitos até hoje.

Conseqüentemente, foi nessa mesma base territorial européia que se viu uma primeira preocupação em proteger socialmente o idoso.

Desta forma, tendo em vista que as Constituições latino-americanas são recentes, e

⁹Segundo texto original: *Naciones Unidas utiliza La expresión “persona de edad” referida a los mayores de 60 años. La Constiución española usa La expresiín “tercera edad” sin fijar La edad, si bien AL referirse a lãs pensiones indirectamente se refiere a los mayores de 65 años. La Comisión Europea usa El término “persona mayores” a partir de los 65 años.*

estas são frutos da colonização de Portugal e Espanha, foram eleitas neste tópico apenas as Constituições ibéricas para estudo mais aprofundado, reveladoras da tradição protetora à pessoa idosa.

Diego Blázquez Martín (2006, p. 29) recorda que a dinâmica social do Direito debilita o idoso, estereotipa-o e o constrange em seu âmbito de atuação, mas que em países desenvolvidos, como os da Europa, têm sido rotineira a preocupação com a qualidade de vida da terceira idade motivada pelo aumento da expectativa de vida e decréscimo da natalidade.

Em idêntica referência bibliográfica, o autor (*idem, ibidem*) cita a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de dezembro de 2000, que preconiza os direitos dos idosos, a seguridade social e ajuda social da seguinte forma:

Artigo 25: A União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural.

Art. 34: 1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais

Sobre as Constituições européias, Ana Maria Viola de Sousa (2011, p. 28) aduz que dos quarenta e seis países independentes que compõem a Europa, tão somente as Constituições da Espanha, Itália, Portugal e Suíça fazem referência expressa aos idosos.

Isso não quer dizer que os demais países da Europa não protejam seus idosos, mas que não os tutelam constitucionalmente de maneira formal e direta. Prova disso é que a Suécia, país sem a mencionada previsão escrita de proteção constitucional, foi eleita pela *HelpAgeInternacional* (órgão que estuda a terceira idade e é financiado pela ONU e União Européia) como País-modelo no atendimento aos idosos (Revista VEJA n.38), em que o governo subsidia médicos, cuidados, refeições, corridas de táxi para os que já não mais conseguem se utilizar de serviços de transporte público e até auxílio em atividades básicas do cotidiano.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), de 02 de abril de 1976, após suas revisões de 1982, 1989, 1992, 1997 e 2005, dispõe sobre a terceira idade no Título III (Direitos e deveres Econômicos, Sociais e Culturais), Capítulo II (Dos Direitos e Deveres Sociais),

artigos 63¹⁰, 64¹¹, 67¹² e 72¹³.

A Constituição da República Portuguesa é a constituição europeia que melhor aborda o direito à velhice.

O sistema de segurança social português protege, expressamente, os cidadãos na doença, velhice, invalidez e viuvez, bem como no desemprego ou situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

¹⁰ Segundo texto original: Artigo 63.º (Segurança social e solidariedade) 1. Todos têm direito à segurança social. 2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários. 3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. 4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado. 5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º.

¹¹ Segundo texto original: Artigo 64.º (Saúde) 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

¹² Segundo texto original: Artigo 67.º (Família) 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

¹³ Segundo texto original: Artigo 72.º (Terceira idade) 1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social. 2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.

Tal preceito constitucional serve de amparo a inúmeros idosos, quer quando sejam os mesmos que tenham seus rendimentos reduzidos, quer o de seus familiares quando colaborem na sua manutenção, tendo em vista que podem sofrer com reflexos financeiros de sua atuação protetora.

A proteção à saúde na velhice engloba a criação de condições econômicas, sociais, culturais e ambientais pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

É clara a visão holística de saúde na CRP que ultrapassa as barreiras da preservação das condições físico-orgânicas do idoso, mas abrange todos os setores que importem na melhoria da sua qualidade de vida, inclusive culturais e ambientais, desportiva e educacional.

Outro aspecto de curioso regramento diz respeito à previsão do dever do Estado em ofertar à família o acesso a uma rede nacional de equipamentos sociais de apoio à terceira idade.

Não só crianças precisam de creches para que os filhos possam trabalhar; idosos também necessitam de política assistencial correlata para que os filhos possam desempenhar suas atribuições sociais ou para que a comunidade envelhecida que viva sozinha possa ser amparada publicamente.

Por fim, a Constituição Portuguesa prevê que as pessoas idosas têm direito à autonomia pessoal, a fim de superar o isolamento ou a marginalização social, englobando medidas de carácter económico, social e cultural tendente à realização pessoal, através de uma participação ativa na vida da comunidade.

Este é o ponto fulcral de proteção do idoso que tem na discriminação social ocasionada pela improdutividade económica a marginalização do seu ser.

A CRP deixa claro que idoso é sujeito de direitos, ao retirá-lo de uma situação passiva e prestigiar sua participação comunitária, integrando-o com os demais seres na perspectiva sócio-cultural e económica. Significa dizer que esse foi “o primeiro passo em direção à efetiva inclusão desse segmento na sociedade em que vive” (RAMOS, 2002, p. 56).

Ana Maria Viola de Sousa (2011, p. 86-87), comentando a tutela jurídica do idoso nos ensina que em Portugal, por meio do Ministério da Saúde e do Trabalho e Solidariedade, instituiu o “Programa de Apoio Integrado aos Idosos” que desenvolve vários tipos de projetos destinados a cobrir as necessidades das pessoas idosas com mais de 65 anos de idade, favorecendo sua autonomia e uma melhor inserção social comunitária que englobam serviços como: a) utilização gratuita de transporte pela terceira idade sem restrições pelas áreas urbanas

e rurais; b) serviço de tele-alarme colocado no domicílio do assinante idoso para que fortaleça sua segurança e possa acionar para pedido de apoio; c) serviço de apoio domiciliar, visando à melhoria das condições de vida autônoma do idoso; d) centro de apoio a idosos dependentes; e) formação de recursos humanos que lidam com idosos, seja profissional, voluntário ou familiares, objetivando a habilitação para prestação de cuidados específicos a idosos; e f) serviços de saúde a idosos em tratamentos termas que recebam rendimentos mensais iguais ou inferiores ao salário mínimo mensal.

No que diz respeito à Espanha, sua Constituição (CE), promulgada em 1978, é mais sucinta que a portuguesa no que se refere à proteção à velhice, mas trata do essencial.

No Título I (Dos Direitos e Deveres Fundamentais), Capítulo Terceiro (Dos Princípios reitores da Política Social e Econômica), art. 50¹⁴ determina que as autoridades públicas devam garantir através de pensões adequadas, periodicamente atualizadas, uma renda suficiente para os cidadãos na velhice e, independentemente das obrigações familiares, promoverem seu bem-estar através de um sistema de serviços sociais que vão resolver os seus problemas específicos de saúde, habitação, cultura e lazer.

O texto da norma constitucional espanhola também estabelece a promoção do bem-estar pelo Estado, valorizando a dignidade da pessoa humana idosa pela previsão de serviços sociais que abranjam saúde, habitação, cultura e lazer, capazes de contribuir no desenvolvimento da sociedade como um todo.

Mencionado artigo se revela numa norma-princípio programática, exigindo uma atuação posterior do Estado espanhol no desenho de políticas públicas adequadas aos direitos sociais do idoso.

Ana Maria Viola de Sousa (2011, p. 35) nos ensina quem são os idosos naquele país:

Na Espanha, as pessoas de 60 anos são tidas como pessoas *mayores*, a idade da jubilação é a partir dos 65 anos, momento em que ingressa na terceira idade, e aos 80 atingem a longevidade.

Assim, o direito espanhol não define a velhice, servindo a aposentadoria como fato social de identificação do ancião. É a força de trabalho, funcionando como parâmetro para a exclusão social.

¹⁴Segundo texto original: *Artículo 50. Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.*

Em que pese rápida regulação constitucional, Martín (2006, p.31-33) cita que, em 2005, o VII Congresso Nacional de Organizações de Idosos definiu bases para a realização de uma Carta espanhola de direitos e deveres dos idosos a fim de especificar direitos da terceira idade, fundados nas exigências de caráter moral e político a que são submetidos os idosos. O autor classifica o caráter axiológico de tais direitos como de quarta dimensão¹⁵, pela vinculação à solidariedade, focando o compromisso que os membros de uma sociedade devem ter em garantir a todos os seus indivíduos o *status* de membros.

Na Espanha, conforme preconiza seu artigo 124 da CE¹⁶, o Ministério Público (Ministério Fiscal) desempenha importante papel na proteção do idoso, como órgão interventivo aos vulneráveis, devendo apurar agressões, abandono, maus-tratos, além de fiscalizar asilos. Funciona em simetria de atribuições à proteção dos “menores” espanhóis.

Ana Maria Viola de Sousa (2011, p. 40-44) elenca algumas das ações do governo espanhol dirigidas aos idosos como: a) Centros Residenciais, estabelecimentos destinados a acolher de forma permanente maiores de 60 anos de idade e que não podem satisfazer suas necessidades, desde que não possuam doenças infecto contagiosas ou enfermidades graves; b) Centros Diurnos, estabelecimentos abertos onde se prestam aos usuários idosos serviços sociais e assistenciais, objetivando a realização de atividades tendentes à atualização de informações, à participação social e comunitária, estimular as ações de intercâmbio, ajuda mútua domiciliar; e c) Centro Experimental de Atenção a pessoas idosas em regime de estâncias diurnas nos centros do Estado, estabelecimento que oferece atenção integral durante o dia no centro Gerontológico a pessoas idosas carentes no aspecto físico e emocional, com o objetivo de melhoria em seu nível de autonomia pessoal e sua manutenção no seio familiar.

Os gastos públicos espanhóis atendem as prestações básicas de saúde, pensões, educação e assistência social, percebendo-se pela informação acima que este último setor é altamente descentralizado, contando inclusive com gestões majoritariamente privadas para amparar não só os idosos como a família destes, ao dar condições de autonomia à terceira idade e promover, segundo Gorospe (BERMÚDEZ, 2014, p.56) uma “cultura do envelhecimento”.

¹⁵Para a doutrina constitucional brasileira os direitos de primeira dimensão seriam os civis e políticos; os de segunda dimensão os sociais e econômicos; os de terceira dimensão são os ligados à solidariedade; e os de quarta dimensão os ligados à globalização dos direitos. Diego Blázquez Martín não explica em seu texto por que entende que o direito à solidariedade seja a quarta dimensão.

¹⁶Segundo texto original: *El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.*

Diante do exposto, vê-se que as realidades de Portugal e Espanha são uma meta social possível a ser alcançada pelos países em desenvolvimento, servindo a sua dicção constitucional como parâmetro de regulação do que se deseja na aplicação de políticas públicas destinadas ao idoso.

Neste contexto, tutelar a pessoa idosa nos países ibéricos está longe da realidade que se encontra em nosso País. Tratar-se-á no próximo item em como se apresenta esta proteção no Brasil, a fim de tentar compreender as razões da sua (dis) similitude com o que foi até agora apresentado.

1.4. A proteção constitucional do direito do idoso no Brasil

O Brasil, assim como o mundo, passa por uma mudança de perfil etário de sua sociedade, tendo em vista que a porcentagem de idosos e a expectativa de vida¹⁷ aumentam a cada ano.

Alguns fatores sociais como a melhora no saneamento básico, a queda da mortalidade, o controle da natalidade e o avanço tecnológico da Medicina fizeram com que o acelerado processo de envelhecimento fosse percebido na Síntese de Aplicadores Sociais pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE (BRASIL, 2012, p. 28) da seguinte forma:

Fator importante que reflete características do envelhecimento populacional é o índice de envelhecimento, medido pela razão entre o número de pessoas de 60 anos ou mais de idade para cada 100 pessoas de menos de 15 anos de idade. Como reflexo da diminuição da participação do grupo com menos de 15 anos de idade e do aumento de participação das pessoas de 60 anos ou mais de idade, o índice de envelhecimento no Brasil se elevou de 31,7, em 2001, para 51,8 em 2011, ou seja, atualmente há aproximadamente uma pessoa de 60 anos ou mais de idade para cada duas pessoas de menos de 15 anos de idade.

Pode-se considerar o Brasil como um país de idosos, pois segundo dados da Pesquisa de Amostra por domicílio de 2012¹⁸, referente ao ano de 2011, as pessoas com mais 60 anos já são mais de 23,5 milhões no país. A cada ano 1,1 milhão de pessoas completam 60 anos no Brasil, representando uma projeção de aumento entre 2010 e 2020 de 1,02% da população total

¹⁷ Segundo dados do IBGE a expectativa de vida avançou de 33,7 anos em 1900; para 73,4 anos no ano de 2010.

¹⁸ Ao tempo da feitura deste trabalho o resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - Brasil 2013 ainda não estava disponível pelo site do IBGE.

e 3,80% de idosos.

Isso significa dizer, segundo o último censo do IBGE (2010), que enquanto o País possuía 11 milhões de idosos em 1991, no final de 2014 contará com cerca de 25 milhões; e em 2025, cerca de 32 milhões.

A OMS indica que, entre 1950 e 2025, a população de velhos no Brasil crescerá 16 (dezesesseis) vezes contra 5 (cinco) vezes da população total (BERQUÓ, 1996, p. 19).

O reflexo dessa preocupação também é recente com a constitucionalização da matéria, tendo o Direito percebido, tardiamente, que cuidar do envelhecimento é focar sua atenção no indivíduo desde o seu nascimento, período em que começa a envelhecer.

Fazendo-se uma trajetória histórica pelas normas constitucionais brasileiras, observa-se que a Constituição Política do Império de 1824, bem como a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1981 não dedicou uma palavra sequer à proteção do idoso, apenas esta última ainda chegou a regular aposentadoria por invalidez para serviço público (art. 75¹⁹) e magistrados (art. 6º das Disposições Transitórias²⁰), sem mencionar a referência à idade.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934, influenciada pelos movimentos sociais do mundo ocidental pós-guerra de 1916-1918, foi a primeira a amparar, de alguma forma, a velhice. Em seu Título II (Da Ordem Econômica e Social), no art. 121, §1º, “a” e “h”²¹ disse que a legislação laboral deveria proibir a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade e garantir a assistência previdenciária a favor da velhice.

Idêntica postura foi adotada pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967 e pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1969.

Foi tão somente a Constituição Federal de 1988 (CF/88) que se revelou comprometida

¹⁹Art. 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

²⁰Art. 6º DT- Nas primeiras nomeações para a magistratura federal e para a dos Estados serão preferidos os Juizes de Direito e os Desembargadores de mais nota. Os que não forem admitidos na nova organização judiciária, e tiverem mais de trinta anos de exercício, serão aposentados com todos os seus vencimentos. Os que tiverem menos de trinta anos de exercício continuarão a perceber seus ordenados, até que sejam aproveitados ou aposentados com ordenados correspondentes ao tempo de exercício. As despesas com os magistrados aposentados ou postos em disponibilidade serão pagas pelo Governo federal.

²¹Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

com os ideários de uma sociedade capaz de maximizar a justiça, a liberdade, a igualdade, o desenvolvimento e a democracia, inclusive na proteção do idoso.

Observa-se que no Título I (Dos Princípios Fundamentais) os valores se irradiam para a constitucionalização do Direito, estando presentes em seus fundamentos²², objetivos²³ e princípios²⁴, dos quais se destacam: os fundamentos da cidadania e da dignidade humana como epicentro do ordenamento jurídico (Art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º I, III e IV) e o princípio internacional da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Com base nesse conteúdo que a CF/88 operará o processo de constitucionalização do Direito, que nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 376):

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, para todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional.

Sendo a Constituição de 1988 um documento dialético e de tutela pluridimensional, traz no seu corpo comandos voltados para vários titulares de direitos, dentre eles, o que se tem como de peculiar atenção: a proteção da dignidade da pessoa do idoso.

Esta pode ser entendida seguinte forma:

²²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

²³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁴Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva. Aquela significa que a pessoa não venha a ser objeto de ofensas ou humilhações. A última presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa que supõe, de um lado, o reconhecimento da total auto-disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos e das possibilidades de atuação próprias de cada homem; e, de outro, a auto-determinação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza. (LUÑO, p. 318)

Não se admite que a humanidade seja composta de homens de primeiras e segundas categorias e muito menos que haja uma divisão de importância baseada na produtividade e utilidade capitalista.

Não é porque o idoso passa a ser aposentado que deixa de ser útil socialmente, até porque se estes possuem condições de miserabilidade e sofrimento hoje é porque, possivelmente, foram crianças, adolescente, jovens e adultos abandonados pelo Estado no passado, ou seja, deve se pensar em assegurar a dignidade durante todo o processo de envelhecimento, antes mesmo de as pessoas se tornarem velhas.

Com este viés axiológico, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a inserir no seu texto a expressa vedação a discriminação por idade (art. 3º IV), fato este que não beneficia apenas aos idosos, mas que os marcam pelas suas peculiaridades de provocar a sua marginalização social pelos motivos aleatoriamente escolhidos por Paulo Ramos (2014, p. 107-108) como: baixo nível de escolaridade, o que impede que os mais velhos sejam capazes de defender seus próprios direitos por ausência de qualificação e educação (32% não possuem instrução, 16,4% têm entre um a três anos de escolaridade, 32,6% possuem de quatro a oito anos de escolaridade, sendo 19%, pois, com nove a mais anos de escolaridade); a sua situação de mercado de trabalho, que deixa de ser valorizado com a idade; a sua situação familiar de dependência (cerca de 85% dos idosos vivem com suas famílias, das quais a grande maioria é considerada pobre), dentre outros fatores que tiram os velhos do sistema.

O art.5º, *caput* e inciso III da CF/88²⁵ pregam a isonomia no conteúdo da lei a todos indistintamente, a qual deve ser analisada a pertinência lógica de qualquer fator exclusivo ou inclusivo, de acordo com a peculiaridade do tratamento humano cabível ao segmento social.

²⁵Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sendo o idoso considerado, culturalmente, como sujeito improdutivo, na grande maioria das vezes, tendo em vista que raros foram os momentos históricos em que o idoso foi visto sob o prisma da “mais valia”, estando o descrédito moral ligado à ideia de ociosidade, o *discrímen* legal que o favoreça é critério de justiça.

Para se melhor compreender o problema, em diversas passagens de seu pensamento, Pérola Braga (2011, p.27) ensina que:

... a sociedade sempre foi aferida em função de sua produção e, por isso, quem produz muito é respeitado e quem pouco produz é ignorado. Entre o idoso, despojado da potencialidade de produzir (ou, pelo menos, tendo esta bastante reduzida), e o trabalhador jovem e sadio, ainda com muita força para o trabalho, a sociedade optou por eleger este último como sendo o mais importante para a produção e o respeito. Neste entendimento, a proteção à criança e ao adolescente nada mais é do que um investimento na produção e na sociedade futura. É evidente, no entanto, que não se pode partir para a solução fácil de culpar a construção cultural e o capitalismo por todos os males das pessoas de idade avançada.

Sobre a isonomia material, Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 128) aduz que:

Como o Brasil ainda não produziu os resultados desejáveis tendo-se em vista a garantia dos direitos humanos fundamentais a partir da implementação de políticas públicas, o tratamento diferenciado aos velhos não constitui qualquer lesão ao princípio da igualdade

Quanto ao art. 6º da CF/88²⁶, em que pese não faça menção expressa ao idoso sua leitura deve ser sistemática em consonância com o art. 5º, §§ 1º e 2º, em que a igualdade material, ao lado do respeito e da dignidade humana, constitua-se em vetor hermenêutico de expansão do rol dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Exemplo disso é o disposto no art. 7º, XXX, da CF/88²⁷ que prevê a proibição de

²⁶Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁷Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

trabalhadores urbanos ou rurais serem diferenciados em seus salários, exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade.

Dessa forma, o direito do idoso deve ser classificado substancialmente como direito fundamental deslocado do Título II (pertencente formalmente ao Título VIII - Da Ordem Social, Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), dentro do próprio texto normativo constitucional, encarado em sua dimensão subjetiva de proteção individual e ordem objetiva de valores, que visa proteger o processo de envelhecimento da sociedade em geral.

Não é outro o entendimento de Paulo Ricardo Schier (2007, p. 263) que preconiza:

Assim, então, é de se afirmar que o especial regime jurídico de proteção e realização dos direitos fundamentais, criado pela Constituição de 1988, não se aplica apenas aos direitos fundamentais do catálogo do Título II, definidos assim, como fundamentais, pelo critério formal topográfico. Ao contrário, mais do que qualquer aspecto formal, a Lei Fundamental, aqui, possibilita a substancialização do conceito de direitos fundamentais, passando a aderir, claramente, a um conjunto de valores materiais plasmados, certamente, em princípios democraticamente positivados pelo constituinte.

Neste tópico não será trabalhada legislação infraconstitucional, sob pena de perda de foco, mas cabe registrar que os direitos sociais da pessoa idosa à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, e à assistência aos desamparados estão previstos de forma mais detalhada no Título II (Dos Direitos Fundamentais) do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), onde o art. 8º expressamente diz que o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos da lei.

A Constituição Federal faz, também, referência direta à velhice²⁸ em algumas normas-texto tais como o art. 201²⁹, ao cuidar da previdência para amparar as pessoas de idade

²⁸ A CF/88 não obedece a uma uniformidade de tratamento à idade avançada, ora fala velhice ora em pessoa idosa, o que tem permitido uma imprecisão etária por parte dos legisladores infraconstitucionais. Neste trabalho adotaram-se indistintamente os termos, velho, terceira idade, idoso, pessoa idosa, ancião, melhor idade, sem vinculação técnica ou pejorativa de significado, adotando-se o critério objetivo de 60 anos utilizados pela OMS e art. 1º do Estatuto do Idoso.

²⁹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

avançada após certo período de trabalho e contribuição; e o art. 203, I e V ³⁰, com a previsão de assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, para proteção à velhice e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A seguridade social une três direitos sociais: saúde, previdência³¹ e assistência, a Constituição de 1988 os especificam aos idosos quanto aos dois últimos itens na previsão de aposentadoria por idade e recursos de sobrevivência aos idosos necessitados. Segundo Zélia Pierdoná (2008, p.249), “ambos os direitos protegem aos seus destinatários e, no conjunto, todos são protegidos”.

A assistência representa a aplicação do princípio da solidariedade entre os membros da coletividade social, enquanto a previdência social é condicionada à existência de emprego; à assistência, à condição humana de vulnerabilidade.

E mais especificamente, como já mencionado, no Título VIII (Da Ordem Social), no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso) trata no art.229³² e no art. 230³³ o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; e o dever de amparar as pessoas idosas por parte da família, da sociedade e do Estado, assegurando a participação dos mais velhos na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida; além de que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares e que aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O direito à participação social do idoso pode ser percebido pelo exercício da sua cidadania por meio das capacidades eleitorais ativa e passiva, além do direito de contribuir pelo

³⁰Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

³¹A previdência social brasileira representa hoje um delicado problema social, pois sofre de um grande déficit público em seus cofres, tendo em vista que o decrescente número de contribuintes aliado ao envelhecimento acelerado provocou uma desproporcional demanda por beneficiários e dependentes do sistema, cujos recursos arrecadados se tornaram insuficientes para todos.

³²Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³³Art. 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. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

seu acúmulo de experiências e percepções com a seara social a que pertença como, por exemplo, no desempenho do serviço público remunerado.

Acontece que o direito político (art. 14, §1º, II, da CF/88³⁴) dos idosos e o direito ao labor público (art. 40, §1º, II, da CF/88³⁵) não deveriam sofrer qualquer tipo de restrição de participação apenas pelo critério etário, mas funcional, pois o ancião que está em pleno gozo de suas faculdades mentais e tem o direito ao voto de forma facultativa ou é obrigado a se aposentar aos setenta anos de idade³⁶, torna-se apático e descomprometido com o processo político que deveria desenvolver metas de governo que assegurem a efetivação dos seus direitos.

Neste sentido convergem os seguintes pensamentos:

Sabe-se que a velhice é visualizada pela sociedade brasileira de forma negativa. Em regra, as pessoas fazem tudo para evitá-la, apesar de a natureza empurrar os homens, salvo motivo de força maior, para essa etapa de vida. A visão consoante a qual a velhice é um ciclo faz com que homens e mulheres abdicuem, quando chegam a essa fase da existência, de seus direitos, como se a velhice acarretasse a perda da condição humana. A incorporação dessa idade faz dos velhos seres que ruminam o passado e digam, dia após dia, que seu tempo já passou, esquecendo-se de que é o tempo que está no homem e não o contrário. Disso tudo decorre uma série de conseqüências: a apatia política dos velhos. Se o tempo de quem é velho já passou, não há mais como interferir no presente. Assim os velhos são sutilmente excluídos da sociedade em que vivem. (RAMOS, 2014, p. 120)

Neste século (XXI), a previsão da aposentadoria compulsória por idade, e não por inadequação funcional (como era à época do Império) configura uma excrescência constitucional a erodir o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, contribuindo para a conservação da imagem incapacitadora do idoso. (...) essa regalia constitucional do voto facultativo se traduz a rigor, em fator de exclusão social do idoso, e só pode ser explicada pela menor valia a ele atribuída pelo ordenamento jurídico, uma vez que, sob o pretexto de

³⁴Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: (...) II - facultativos para: (...) b) os maiores de setenta anos;

³⁵Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, são assegurados regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

³⁶A constituição não mantém harmonia de quem seja o idoso, ora fala em 65 anos, com a previsão de transporte coletivo urbano, ora em 70 anos ao prever o voto facultativo e a aposentadoria obrigatória. Tão somente a lei 10.741/2003, no art.1º coube dizer que o idoso é aquele que tinge 60 anos ou mais.

amparo, desde o idoso da própria condição de cidadania. (SILVA, 2012, p. 135)

Chama atenção, ainda, o fato de que a proteção ao idoso não está definida como prioridade absoluta, como o fez em relação às crianças, aos adolescentes e ao jovem no art. 227, da CF/88³⁷, trazendo, às vezes, numa leitura rápida, consequências imutáveis à terceira idade que precisa de rapidez, pela presunção de menos tempo de vida, na análise de suas demandas.

Numa releitura sistemática e neoconstitucional da Lei Maior, situa-se o direito dos idosos no mesmo patamar dos direitos das crianças, adolescentes e jovens, aplicando o adágio “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”, o Poder Público deve corrigir este equívoco interpretativo, porque a urgência da proteção está tanto para quem tem que se estruturar para começar a viver quanto para quem precisa de respostas estatais para se manter vivo, pela ordem cronológica, no final da vida.

Assim, a constitucionalização do direito do idoso, fruto do neoconstitucionalismo, faz com que o legislador ordinário busque a finalidade maior da Constituição Federal, a roupagem isonômica material da Lei Maior, permeado pelo fundamento da dignidade humana e ordene na leitura do art. 3º³⁸ do Estatuto do Idoso a tutela deste com prioridade absoluta.

Não se trata aqui de uma expansão do direito da pessoa idosa pela lei ordinária de um direito previsto por uma lei hierarquicamente superior apenas à criança, ao adolescente e ao jovem; pelo contrário, neste caso, sendo o feitor das leis conhecedor da essência e valores constitucionais, prevê de forma correta a eleição da prioridade absoluta aos direitos sociais da melhor idade.

É desnecessária a disputa de qual direito tem primazia constitucionalmente, o da criança, do adolescente, do jovem ou do idoso, mas entender que dentro das realidades postas, a concretização do direito do idoso é tão importante quanto à dos demais titulares.

Assim, nos dizeres de Nilson Tadeu Silva (2012, p. 134) “os condicionantes que definem a pessoa como merecedora de maior ou menor proteção jurídica não devem ser singularizados desde sua condição etária, mas sim objetivados pela capacidade e autonomia”.

³⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁸ 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.

Nota-se, assim, um avanço do processo civilizatório da construção da sociedade brasileira mais justa, livre e solidária (prevista no art. 3º, I, da CF/88), em que todos colaboram para a defesa do direito humano fundamental da pessoa idosa (art. 5º, §2º, da CF/88), mas que ainda pende de aplicabilidade imediata.

Neste sentido, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (BERMÚDEZ, 2014, p.178) pontua:

Apesar da generosidade da legislação brasileira de proteção social das pessoas idosas, há uma enorme distância entre a lei e a realidade social.³⁹

A pessoa idosa não possui uma dignidade diferenciada dos demais seres humanos, não implica tratá-lo como incapaz, mas de acordo com o contexto (mundo fenomênico) em que se encontra deve possuir um amparo maior de valorização e reinserção social.

Em comparação com o que prescrevem as constituições de outros países, visto no “item 1.3”, tem-se que não é a quantidade de comandos constitucionais (artigos) destinados à pessoa idosa que faz com que a proteção jurídica seja superior, mas o viés hermenêutico que o intérprete adota para compreender a realidade do envelhecimento.

Desta forma, Ana Regia de Oliveira Aragão (SILVA, 2009, p. 199-200) esclarece que:

O grande desafio das políticas públicas para o século XXI constitui na garantia de uma sobrevivência digna para todos aqueles que tiverem suas vidas prolongadas. A busca de soluções adequadas exige que se coloque prioritariamente uma visão interdisciplinar do envelhecimento da população brasileira como um elemento fundamental nas investigações científicas do novo milênio.

Assim, interessante decisão⁴⁰, apontada por Nilson Tadeu Silva (2012, p. 138), foi prolatada em ação de interdição motivada por problema de restrição física de idoso, que não conseguia se locomover a fim de exercer seus direitos sociais de percepção de aposentadoria, pelo magistrado que interditou o idoso parcialmente, apenas para fins previdenciários.

O juiz da decisão soube construir a norma jurídica dispositiva com base no vetor axiológico de dignidade da pessoa humana e da análise da situação social dos idosos no Brasil,

³⁹Segundo texto original: *A pesar de la prodigalidad de la legislación brasileña de protección social de las personas avanzadas, hay una enorme brecha entre la ley e la realidad social.*

⁴⁰BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul. Comarca da Parnaíba. 2ª vara Cível. Auto de interdição 018.02.001793-8/000.

ou seja, evitar a maior marginalização desse segmento etário, deixando-o ativo na sua vida social para outros fins que não os previdenciários.

Com a desenvoltura desse raciocínio, partindo-se da concepção neoconstitucionalista, tem-se uma releitura das normas constitucionais, obedecendo aos ditames democráticos de direito, do pós-positivismo e numa inovadora interpretação que implique no fortalecimento dos direitos do idoso na Lei Maior, elevando sua proteção à categoria de cláusula pétrea por análise de similar regime jurídico que impregna ao assunto de relevância e substância social.

É sob esse prisma, que suplanta a necessidade de esgotar a normatividade constitucional por meio do seu texto, mas que leva em conta o método hermenêutico para a transformação da visão social do idoso, que se desenvolverão os próximos capítulos.

CAPÍTULO II – A BUSCA DA INSTITUIÇÃO JUSTA PARA PROTEÇÃO DO DIREITO DO IDOSO SEGUNDO A “PEQUENA ÉTICA” DE RICOEUR

O Direito existe para permitir a convivência social, padronizando regras formais de ação, a fim de que a concepção coletiva não seja relegada apenas aos interesses egoístas dos sujeitos.

Cabe, então, indagar: Quem é esse sujeito de direitos digno de respeito? Quem é o sujeito do discurso? Quem é o sujeito do fazer? Quem é o sujeito da narrativa? Quem é o sujeito da imputação moral?

Identificar a quem se imputa a norma redonda verificar o desdobramento do “eu” em se habilitar de capacidade plena no plano moral, jurídico e político, tanto nas relações interpessoais como institucionais, fazendo com que decorra dessa função o seu nexos íntimo com a noção de identidade pessoal ou coletiva.

Essa capacidade do agente humano do poder-fazer e agir (em inglês *agency*) caracteriza-se por princípios éticos e morais que revelam ao homem o que é bom e obrigatório.

Paul Ricoeur (2008, p.24) nos ensina que “juntos, auto-estima e auto-respeito definem a dimensão ética e moral do ‘si-mesmo’, na medida em que caracterizam o homem como sujeito de imputação ético-jurídica”.

O filósofo sugere que por sermos capazes de narrar nossas próprias histórias há uma implicação mútua entre a auto-estima e a avaliação ética de nossas ações que visam a vida boa (segundo Aristóteles⁴¹), assim como há um nexos entre o auto-respeito e a avaliação moral dessas mesmas ações submetidas à prova da universalização das máximas da ação (no sentido de Kant⁴²).

Segundo Aristóteles (1984, II, 1107 a), “a virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consiste numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática”.

⁴¹O apelo a experiência comum, a importância da equidade, a necessidade de evitar os extremos, a compreensão da ética intrinsecamente ligada à política são convicções partilhadas entre Ricoeur e Aristóteles.

⁴²Kant considera a lei como inequivocamente dada e não um fato empírico, mas um único *factum* da razão pura, que deste modo se proclama como originariamente legislativa e universal, a que chamamos de lei moral.

Essa ação virtuosa deve emergir de uma ação refletida, numa mediania relativa ao indivíduo baseada num princípio racional da sabedoria prática, onde o excesso é uma forma de erro para escolher entre o bem e o mal.

Para fins de atualização da aptidão para avaliar algo como eticamente bom ou moralmente obrigatório é necessária uma mediação contínua de formas interpessoais de alteridade e de formas institucionais de associação.

Em outras palavras, há uma estrutura dialogal e institucional ternária do sujeito de direito que suplanta a relação interpessoal, ou amizade, entre o eu e o tu, e que permita a relação com o terceiro desconhecido não anônimo, o “cada um”, o “qualquer um”, a “certa distância” eqüitativa que impede o desejo de vingança, ou seja, implica a própria noção de instituição.

A mencionada relação institucional também é imbuída de valores éticos, pertencente ao nível político, em que a justiça⁴³ aparece como primeira virtude.

Ricoeur, em *O Justo 1*, (2008, p.30-31) nos revela que:

A aplicação da regra de justiça às interações humanas supõe a possibilidade de considerar a sociedade como um vasto sistema de distribuição, ou seja, de partilha de papéis, encargos e tarefas, muito além da simples distribuição de valores mercantis no plano econômico. (...) Sem a mediação institucional, o indivíduo é apenas um esboço de homem; para sua realização humana é necessário que ele pertença a um corpo político; nesse sentido, essa pertença não é passível de revogação. Ao contrário. O cidadão oriundo dessa mediação institucional só pode querer que todos os humanos gozem como ele essa mediação política que, somando-se às condições necessárias pertinentes a uma antropologia filosófica, torna-se uma condição suficiente da transição do homem capaz ao cidadão real.

A melhor interpretação do direito leva em conta um *cogito* ético-jurídico da mediação institucional que fortalece a capacidade do homem a ponto de colocá-lo na posição de cidadão real com auto-estima e auto-respeito, a fim de corrigir o lado abstrato da lei.

Ainda sobre o aspecto da vertente filosófica ricoeuriana, Heleno (2001, p. 297) assevera que:

⁴³ Ricoeur aplica a noção de justiça a pessoas, ações e instituições e apresenta sua concepção a partir da teleologia do bom e da deontologia do obrigatório e do legal.

O direito enraíza-se num horizonte de valores. Interpretar o direito é interpretar os seus textos. Mas é fundamental interpretar tendo em vista o contexto que faz apelo a um juízo determinado. Se há vários argumentos possíveis, a tarefa hermenêutica assenta na escolha daquele que se considera apropriado para dar conta de uma singularidade, de um caso. Uma questão essencial são os novos problemas que não cessam de surgir, a exigir uma autêntica tarefa hermenêutica. É assim que, ao rever o kantismo, Ricoeur considera que a pretensão universalista das regras deve ser atenuada pelos contextos históricos e comunitários em que nos situamos.

Precisamos da noção aristotélica de justiça para conviver em sociedade, colocar o eu entre parênteses, adotando o texto da lei apenas como paradigma⁴⁴, não como a prática social mais adequada, porque, como veremos no capítulo IV, a noção de norma é mais abrangente.

Para Ricoeur, a vertente teleológica do justo, que se relaciona com o desejo de uma vida boa, deve estar aliada à vertente deontológica de regras e procedimentos que visem a instituições justas, numa espécie de pré-compreensão que subjaz a qualquer escolha ou decisões tidas por justas ou eqüitativas.

Destaca Heleno (2001, p.312) que:

Pelas razões expostas, compreende-se então a passagem de uma hermenêutica baseada num paradigma textual para uma noção mais *lata* que toma em consideração o homem que age, sofre, decide ou julga. Diríamos, assim, que a questão dialética da identidade e a importância inegável da noção *ipse* e de alteridade conduziu Ricoeur a aprofundar a sua noção de hermenêutica e a enraizá-la assim numa ontologia da ação.

Conforme aduzido, essa hermenêutica do político e do justo considera que a pretensão universalista das regras deve ser inscrita nos contextos históricos e comunitários.

Sendo a experiência trágica consubstancial a história humana, Ricoeur (1991, p. 281) nos ensina que “a sabedoria trágica reenvia a sabedoria prática para a prova do único julgamento moral em situação”.

Assim o filósofo francês (2008, p.208) associa à idéia de norma ou lei à consciência que procura a vida boa, ou seja, o juízo moral prudente, quando em outra passagem aborda o tema:

Que dizer da relação entre lei e consciência? Seria um erro acreditar que a idéia

⁴⁴Deve-se ter como pressuposto pensar a legalidade a partir da justiça e vice-versa sem subjugar uma à outra

de lei desapareceu do juízo em situação. Trata-se, na realidade, de proferir o direito numa circunstância determinada. Nesse aspecto, a sentença proferida não teria significado jurídico se não fosse considerada eqüitativa, no sentido que Aristóteles dá ao termo eqüidade quando a norma é investida de uma singularidade igual à do caso considerado. Quanto à consciência, nada mais é que a íntima convicção que habita a alma do juiz ou do júri, ao pronunciar o julgamento com eqüidade. Nesse aspecto, pode-se dizer que a eqüidade do julgamento é a face objetiva cujo correspondente subjetivo é constituído pela íntima convicção.

Assim se denomina sabedoria prática, convicção, adesão forte, *phrónesis*⁴⁵, essa difícil tarefa de dar solução aos conflitos, obrigando o homem a definir-se e a orientar-se enquanto age, na dialética entre ética e moral para enfrentar o rigor e imparcialidade da moral abstrata e enfrentar o trágico da ação.⁴⁶

Dentro desse contexto, caracterizado pelo surgimento dos novos problemas, merece destaque o desafio da melhor interpretação sobre a tutela do direito do idoso, tendo em vista a situação de abandono público em que o mesmo se encontra.

2.1. O dever de cuidado do Estado para com os idosos

Sabe-se que o idoso necessita de um fortalecimento da tutela de interesses para a preservação de sua cidadania, pois este é um segmento etário a que pouco se tem destinado importância, seja no plano normativo ou de execução de leis, seja na implantação de políticas públicas específicas, ou na seara jurídica com a criação de varas judiciais e promotorias exclusivas para tutela do idoso⁴⁷.

As normas permeadas por seus comandos morais, que remontam ao seu aspecto deontontológico, do universo do dever-ser e pela essência principiológica, ao se vislumbrar os valores que regem as obrigações, protegem o ser humano em sua dignidade como um todo. Da

⁴⁵ Termo que os latinos traduzem por *pudentia* e que pode traduzir uma sabedoria prática ou sabedoria de julgamento.

⁴⁶ A insistência de Ricoeur na *phrónesis* e na sabedoria prática é devedora ao pensamento de Aristóteles, sendo conhecida como neoaristotelismo sua filosofia.

⁴⁷ Investigando os sites oficiais do Ministério Público de cada unidade da Federação, vê-se que nenhum possui promotoria com exclusividade sobre o tema e que 10 (dez) deles inserem na curadoria de defesa do idoso em um núcleo de cidadania que possui temática constitucional aberta.

concepção até o término da personalidade humana⁴⁸.

Essa desarmonia entre cidadão e Estado, pela sua ausência, deve-se à equivocada dicotomia entre política e ética no exercício da hermenêutica jusfilosófica.

Porém, a ideia de caminhar para a morte é assustadora para a grande maioria das pessoas e num comportamento psicossocial há um bloqueio dessa trajetória na rotina habitual, pelo horror diante do vazio, o nada, pela subjetividade aniquilada e pelo temor ao inesperado e ao inexplicável.

Constança Marcondes Cesar (2013, p. 168) explica que temos acesso indireto à ideia de morte, quando se tem a percepção desse acontecimento apenas em relação ao outro. Essa distância do sujeito em relação a sua finitude nos torna vulneráveis. Prossegue a autora ao afirmar que:

Em resumo, constitutivamente vulnerável, frágil, precária, a vida se expressa como impulso dessa vulnerabilidade essencial, de ultrapassamento e afirmação do ser, apesar da morte. Toda existência humana está marcada por essa característica. Em alguns momentos, como os do nascimento e da morte, e em algumas situações, como às da doença, da incapacidade, do sofrimento físico ou moral, o homem se acha exposto à consciência de sua vulnerabilidade. Esta é reconhecida então como um componente de toda existência finita, quer seja à do próprio constatador quer seja a de outrem, impondo, como exigência ética, o cuidado: estima de si, solicitude em relação aos demais, para favorecer a expressão do ser, no tempo.

Assim se dá também com o Estado na implantação de políticas públicas de cuidado à população envelhecida, que na ordem natural está mais próxima da morte, pois o idoso é posto em segundo plano na preocupação social, como se os próprios governantes não fossem vítimas de sua precariedade existencial.

Corroborando esta percepção, Pérola Braga traz relevante trecho de pesquisa que elucida o acima exposto:

Outro dado social interessante é que, dentre os países pesquisados pela empresa francesa Sodexho, Alemanha, Bélgica, Brasil, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Holanda, Reino Unido e Suécia, o Brasil surge como aquele onde o idoso é mais assistido pela família, eis que 51% dos idosos recorrem à assistência dos filhos, enquanto o atendimento público representa apenas 1% das assistências. Já nos demais países, todos com a

⁴⁸ Pode-se pensar que a proteção existe mesmo após a morte da pessoa, como se dá no respeito a quem já faleceu, exemplo com o que ocorre no art. 209 e seguintes do Código Penal ao prever crimes contra o respeito aos mortos, entretanto há na verdade proteção à honra de seus familiares por entender que a personalidade finda não gera direitos, art. 6º, do Código Civil.

característica de serem desenvolvidos, os idosos que recorrem aos serviços públicos representam um percentual bem mais significativo: na Suécia, 30%, no Reino Unido, 12%; e na França, 15%, apenas para exemplificar com esses três. (2011, p.21)

Quando se trata do envelhecimento, nota-se a ausência efetiva do Estado, não na proteção legislativa, mas sim na aplicação de tudo que está previsto em lei. (2011, p.58)

Depreende-se que países subdesenvolvidos, como o Brasil, necessitam de um investimento estatal em políticas voltadas para idosos e da implantação de destinação orçamentária a sua execução.

Observa-se que o Estado subdesenvolvido nega a íntima relação entre virtude ética e sabedoria prática no exercício de seu mister, inexistindo o hábito de cuidar dos mais velhos.

Perfaz-se a necessidade de que as demandas dos idosos sejam tratadas de maneira diferenciada, de forma que o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana e que o respeito ao regime democrático, sejam afeitos à luz da isonomia material a todos os brasileiros em qualquer idade.

Em que pese esse titular sofrer um aumento, o tratamento do texto constitucional revela que a vulnerabilidade do ser humano apesar de estar, de regra, no início e no fim da vida, quando retornamos ao estágio de crescente perda de vitalidade, a prioridade absoluta em assegurar direitos básicos, no texto normativo constitucional, faz-se somente à criança e ao adolescente.⁴⁹

Dado fático, exemplificativo, chama atenção: devem existir creches/abrigos para crianças de até cinco anos de idade, como prescrito no texto da Constituição Brasileira⁵⁰ e se o direito à moradia é um direito social⁵¹, ao idoso resta a esperança da existência de agentes do Estado sensíveis para criar abrigos ou modalidades de cuidado de longa duração intermediários (ILPI), previstos apenas no Decreto nº 1.948/96⁵², condizentes com a sua necessidade, bem

⁴⁹Art. 227, CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵⁰Art. 7º, CF. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

⁵¹Art. 6º, CF. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵²O Decreto nº 1.948/96, que regulamentou a Política Nacional do Idoso, previu que as formas de organização dos serviços de atenção ao idoso não se restringem à modalidade asilar de assistência social, pois existem aquelas

como contar com pessoas que tenham o sentimento de harmonia em seu núcleo familiar para que não abandonem seus pais.

Esse caso denota que assim como o ascendente tem o dever de trabalhar para garantir o sustento de seus filhos, estes têm a mesma responsabilidade em relação aos seus pais, restando em aberta a lacuna fática de um local de colaboração pública no dever para quem cuida dos seus pais e não pode arcar com os custos desse idoso.⁵³

A deficiência da existência de Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI) é agravada pelo dado estatístico levantado pelas autoras CAMARANO, KANSO (2010):

A maioria das instituições brasileiras (65,2%) é de natureza filantrópica, refletindo sua origem. Apenas 6,6% são públicas, com predominância das municipais, o que corresponde a 218 instituições, número bem menor do que o de instituições religiosas vicentinas, aproximadamente 700. Não há informações sobre a variação no tempo do número de instituições e sua composição. Inferindo-se a partir dos dados sobre o ano de início das suas atividades, pode-se concluir que, das instituições criadas entre 2000 e 2009, a maioria é privada com fins lucrativos (57,8%). Isto aponta para uma tendência de mudança no perfil das instituições.

O maior problema que se vê nessa informação é que apesar de a Lei nº 10.741/2003 prevê no art. 3º, parágrafo único, V,⁵⁴ que há obrigação de todos, inclusive do Poder Público, ao direito a habitação para o idoso, muitas famílias sem condições financeiras de arcarem com a sobrevivência de seu parente, sem prejuízo próprio, abandonam a pessoa de terceira idade e este vulnerável não encontra respaldo de ILPI pública para acolhimento.

De fato, seja pela falta de criação suficiente de casas públicas de serviços de cuidado de longa duração intermediário, como as casas lar, específicas aos sexagenários,

consideradas não-asilar, que são modalidade de cuidados de longa duração intermediários, tais como o centro de convivência, o centro de cuidados diurno (centro-dia), a casa-lar, a oficina abrigada de trabalho, o atendimento domiciliar ou outras formas que visem à promoção e à integração da pessoa idosa na família e na sociedade que se encontram inseridas (como por exemplo, tele-assistência, sistema de cuidadores pagos pelo governo, hospital-dia ou leitos de cuidados prolongados destinados a idosos, centro de cuidados noturnos, serviço de atenção domiciliar-SAD).

⁵³ Art. 229, CF. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade

⁵⁴ Art. 3º, V, Lei 10741/2003. 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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.

regulamentadas na Lei Maior, seja pela ausência de preocupação em estruturar um Conselho de Direitos do Idoso e lhe destinar recursos adequados, ou pela existência de lacuna na criação de um direito fundamental específico à terceira idade e pela carente especialização dos estudos jurídicos nesta área, percebe-se um maior descaso para com o idoso do que para com o mais jovem, provocando um receio da ausência de preparo estatal quanto às necessidades sociais desse segmento no futuro, provado pelo aumento estatístico de sua existência no decorrer do tempo.

Se se resolvesse tal situação, teríamos uma ampliação da proteção pública em relação ao idoso que, preocupando-se com o seu bem-estar, seu direito de inserção social, seu direito de sair do estágio de isolamento e abandono familiar, traria significativa melhora na valorização da cidadania dos mais velhos.

Sem compreender essa realidade, que se mostra injusta e assustadora, em coisificar a pessoa no final de vida, tornando-a descartável, chama-se atenção para a necessidade de o Estado ter que se concentrar neste segmento de sujeito de direitos, seja legislando, seja dando efetividade aos direitos ou adotando princípios estabelecidos aos vulneráveis de outras idades. Não há respeito aos mais velhos, ao princípio da isonomia material, conforme o tratamento dado, levando-se em conta o *discrímen* similar aos demais segmentos sociais frágeis.⁵⁵

Há uma obrigação em se pensar como se deve elastecer a concretização dos direitos dos idosos e qualificar melhor a sua norma de proteção, integrando as mudanças sociais ao âmbito textual, inclusive levando-se em conta o aspecto do aumento da expectativa de vida da pessoa.

A reflexão permanece no seio de quem se preocupa com a questão: se o Estado é uma figura universal, por que há países desenvolvidos em que idosos mantêm uma qualidade de vida e cidadania qualificadamente positiva e o Brasil toma rumos tão diferentes? Talvez pelo fato de que o Estado absolutamente neutro não nasce no vazio, mas *secundo* Ricoeur “se liga a uma cultura que, ao mesmo tempo, ele exprime e protege” (1995, p. 181).

Essa história do povo de um país no trato de seus idosos se caracteriza por questões desde as tributárias (no volume da carga atribuída aos habitantes) por um expressivo lapso da vida, quer residam em um mesmo espaço territorial e que facilitem a contraprestação de

⁵⁵Em pesquisa realizada junto aos Centros de Apoio da Criança e Adolescente e ao de Direitos Humanos, que engloba a tutela dos idosos, do Ministério Público de Sergipe, tem-se que os dados no Estado são: não há contabilidade de creches destinadas a crianças, dado ao elevado número, há 23 (vinte e três) unidades de acolhimento/abrigos para crianças e adolescentes, e em contrapartida quase a metade de acolhimento/abrigo para idosos, número de 12 (doze). Os dados têm por fonte a Secretaria do Estado da Inclusão, Assistência e Desenvolvimento Social (SEIDS).

políticas públicas, até apenas a critérios de civilidade de tratamento, perpassando com critério de educação cidadã.

O que se necessita é de uma mutação cultural de justificação política do tolerável ao idoso, pesando prós e contras da inércia do Estado que o abandona apenas à iniciativa privada/familiar e o segrega socialmente em direitos, aumentando a crise do cuidado em relação ao número crescente deste sujeito. Ou seja, o critério do que não pode ser tolerado pelo Estado é a sua indiferença à noção de pessoa vulnerável merecedora de uma melhor regulamentação sobre sua situação; entre elas está, certamente, o idoso.

Diz Constança Marcondes César, sobre a ética do cuidado que:

Associada a idéias de respeito, estima, solicitude e reconhecimento, a noção de cuidado acolhe, nas obras de Paul Ricoeur, um denominador comum a essas noções: a afirmação do amor como atenção a si e ao outro, e a valorização da justiça. (2011, p. 43)

Centrada nas noções de pessoa, ipseidade, alteridade analisadas sob as categorias do respeito e do reconhecimento a ética de Paul Ricoeur põe em jogo, num primeiro momento a questão da descoberta de si mesmo como fonte de todo agir responsável, em confronto com os paradoxos do involuntário e do outro em nós, o inconsciente. E num segundo momento, desdobra o reconhecimento de si mesmo no reconhecimento do outro, visto como um *alter ego*, uma pessoa, fazendo desembocar a ética numa ontologia. (2006, p. 127)

Seguindo esta vertente de raciocínio, adota-se o estudo de Paul Ricoeur como parâmetro filosófico para a busca de uma instituição justa para proteção de vulneráveis, a exemplo do idoso, que será trabalhado em tópico a seguir.

2.2. A pequena ética de Ricoeur como fundamento da busca da instituição justa para proteção dos vulneráveis

Apresentada a problemática da ausência do Estado na proteção dos idosos, vê-se na filosofia de Ricoeur a possibilidade de interpretar as leis que os regem imbuídas de intenção ética, em que se complexifica a noção do ser em sua precariedade existencial, reformulando o próprio conceito de pessoa de quem e para quem se destina a tutela.

Assim é que o filósofo correlaciona narratividade, identidade e ética numa hermenêutica do “si”, muito além da afirmação de uma consciência imediata, como o trecho de autoria de Constança Cesar (2009, p.226-227):

Saber quem se é para poder agir; saber a que a ação conduz, ou melhor,

entender como a apreensão da totalidade do existir, expressa na totalidade das ações executadas no tempo, permitem ao sujeito identificar a si mesmo, reconhecendo sua permanência, através das mutações temporais (*identidade-idem*) e reconhecendo a si mesmo, coincidindo consigo (*identidade – ipse*).
(...)

Há uma dialética entre a ipseidade e a mesmidade, que conduz o sujeito à sua identidade, pela narração. É pela narração também que o sujeito pode vivenciar, pela imaginação e a simpatia, a aproximação com a alteridade do outro e perceber a responsabilidade em relação a si e ao outro.

Na obra *O si-mesmo como o outro* (1991, p.199), Ricoeur define a perspectiva ética, no sétimo capítulo, por uma regra essencial de recomendação: “Viver a vida boa, com e para os outros, em instituições justas”.

Conforme exposto em outras obras, Ricoeur entende ética e moral separadamente. Ao distinguir moral e ética, ressalta que nada na etimologia ou na história do uso das palavras justifica a distinção. Pode-se, todavia, evidenciar, pela distinção: uma parte, o que seria estimado como bom; de outro, o que se imporia como obrigatório na lei.

Paul Ricoeur é esclarecedor em suas palavras que estabelecem a diferença entre ética e moral quando aduz (1991, p. 200- 2001):

Que acontece agora com a distinção proposta entre ética e moral? Nada a impõe na etimologia ou na história do emprego dos termos. Um vem do grego, o outro do latim; e os dois remetem à idéia intuitiva de costumes, com a dupla conotação, que iremos tentar decompor, do que é tido como bom e do que e do se impõem como obrigatório. É, portanto, por convenção que eu reservarei os termos ‘ética’ para a perspectiva de uma vida concluída, e ‘moral’ para a articulação dessa perspectiva em normas caracterizadas ao mesmo tempo pela pretensão à universalidade e por um efeito de constrangimento (diremos chegado o momento, o que liga esses dois laços um ao outro). Reconhecemos facilmente na distinção entre perspectiva e norma a oposição entre duas heranças, uma herança aristotélica, em que a ética é caracterizada pela perspectiva teleológica, e uma herança kantiana, em que a moral é definida pelo caráter de obrigação da norma, portanto, por um ponto de vista deontológico. Propomo-nos estabelecer, sem preocupação com a ortodoxia aristotélica ou kantiana, mas não sem uma grande atenção aos textos fundadores dessas duas tradições: 1) o primado da ética sobre a moral; 2) a necessidade, para a perspectiva ética, de passar pelo crivo da norma; 3) a legitimidade de um recurso da norma à perspectiva, quando a norma conduz a impasses práticos que lembrarão nesse novo estágio de nossa meditação as diversas situações aporéticas que nossa meditação teve de enfrentar sobre a ipseidade.

Sob esse aspecto, a palavra ética será abrigada no significado de uma intenção de uma vida realizada sob o signo das ações estimadas boas. Já o sentido de moral estará ao lado do que é assinalado pela obrigação, isto é, penderá para a obrigatoriedade das normas e das interdições caracterizadas ao mesmo tempo por uma exigência de universalidade e por um

efeito de constrição.

Contribui para esse entendimento Corá (2011, p. 320):

Neste sentido, o movimento da ética para a moral e vice-versa é, ao mesmo tempo, um movimento progressivo e circular. Assim, a ética tem a ver com a moral em um mundo em que não é concebível o acordo sobre os fins, mas a ética designa, simultaneamente, uma interação sem a qual a moral não possui significado. Ainda que a ética esteja em um nível superior, visto que tem um caráter dinâmico de intenções, pode ser entendida como sendo a orientação da ação por excelência, pelo bem e para a realização feliz da vida.

Assim, a ética será reconhecida por um sentido de vida boa, e a moral, por um senso de obediência às normas; a primeira é uma herança aristotélica e a segunda um legado de Kant, mas ambas não revelam dicotomia, mas uma essência em que o ser e o dever-ser estão numa relação de subordinação e complementaridade, em que o ponto de vista deontológico é subordinado à perspectiva teleológica.

Essa é a definição de sua intenção ética, que muito contribui quando se pensa em Estado destinado à pessoa vulnerável, onde determinações éticas e morais da ação funcionam como uma mediação no caminho de volta para si-mesmo, através, respectivamente, da estima de si (no mundo do ser) e respeito de si (no mundo do dever-ser).

Importante delinear cada elemento de definição de sua perspectiva ética⁵⁶ para compreender o contexto e a relação que se faz com as pessoas vulneráveis.

Sobre o primeiro momento ético, visar à vida boa, segundo Ricoeur, é “dar à norma moral seu justo lugar sem lhe deixar a última palavra” (1991, p.202).

Observa-se que se deve ao fato de existir o mal no mundo que a busca da vida boa tem que ser submetida ao teste da obrigação moral, mas com ela não se identifica em sua exclusividade.

Só teremos a compreensão do sentido desse primeiro componente após a análise completa da perspectiva, entretanto pode-se observar que o autor capta a ideia aristotélica de opção em viver bem, de aspirar à vida verdadeira como vida realizada pela concretude de uma ação final, através de escolhas (meios) prudentes que redundam em decisões marcantes em nossa existência (amores, carreiras, lazeres, religião etc.), a imagem do que cada um faz para si de uma vida realizada e a deliberação dos fins e meios escolhidos para atingi-la.

Para tanto esse caminho a ser traçado deverá ser prudente, permeado da hierarquização da práxis, de sabedoria prática, da integração ética sobre a ideia de vida boa, no que é chamado

⁵⁶Chamamos de perspectiva ética, a perspectiva da “vida boa com e para os outros, nas instituições justas”.

por MacIntyre (2003, p. 190) de “padrões de excelência”⁵⁷, regras de comparação aplicadas aos resultados diferentes, em função de ideais de perfeição comuns a uma certa coletividade.

Esses padrões permitem dar sentido de bens imanentes à prática, de teleologia interna à ação, referem-se à perspectiva ética do bem-viver pela estima de si, pela apreciação de nossas próprias ações como autor.

Nas palavras de Ricoeur (1991, p. 210) “o que se pensa aqui é a idéia de uma finalidade superior que não deixaria de ser interior ao agir humano”, ou, numa linguagem mais moderna, um trabalho contínuo de interpretação (círculo hermenêutico) entre o que nos parece melhor para o plano de vida e as escolhas particulares.

No que pertine ao segundo estágio da definição da perspectiva ética: Visar à vida boa deve ser “com e para o outro”, significa que o sujeito tem que ter além de auto-estima, deve apresentar solicitude em reflexividade com aquela⁵⁸.

Ricouer estabelece uma ponte entre a poética do amor e a prosa da justiça, entre o hino de louvor e a regra formal, estando ambas num contexto da práxis individual ou social. O filósofo (2012, p.23) estabelece que:

O mandamento de amar os inimigos não se basta: ele é expressão supraética de uma vasta ‘economia de doação’, que tem outros modos de expressão que não essa reivindicação do homem pela ação.

O amor, assim, é tido como uma visão de aprimoramento da justiça, onde o poder de cuidado ao outro representa uma supraética que deve permear a essência da norma.

Visa-se compartilhar com a alteridade do outro o que nos afeta em nossas escolhas⁵⁹, num percurso do reconhecimento, de modo que a estima do outro é semelhante à de si-mesmo e a estima de si-mesmo ao do outro.

A solicitude representa uma continuidade de segundo grau da estima de si, superando a diferença entre o “eu” e o “tu” pela similitude de sujeitos, numa espécie de dimensão dialogal

⁵⁷ Mais conhecido por sua tradução para o inglês como *standards of excellence*. Para o autor as práticas sociais são atividades cooperativas que correspondem no domínio padrões de excelência da história de vida do executante solitário.

⁵⁸ É o mesmo que encontramos expresso pela antiga regra de ouro: não faças ao outro o que não gostarias que te fizessem presente nos textos bíblicos (Lucas, 6, 31 – “Assim como quereis que os homens vos façam, do mesmo modo lhes fazei vós também”).

⁵⁹ Ricoeur na mesma obra *O si-mesmo como o outro* ressalta que não há que se pensar num si sem um outro, colocação que se torna importante para compreender que podemos pensar em nossa velhice de amanhã se nos espelharmos no idoso de hoje, em suas condições e percepção de sua dignidade.

implícita entre eles⁶⁰.

Constança explica que “o bem viver é solicitude, reconhecimento, no outro, um outro eu; é amizade, que se reflete na justiça, na mutualidade, na recusa da violência, no respeito ao diverso de si” (2009, p. 227).

Há uma noção de atestação do homem como o espelho do outro homem, em que Ricoeur em *Outramente* aprofunda a ideia “do outro do outro” (2008, p.44), onde sua polissemia de capacidades é reconhecida em outro ser individualizado, numa espécie de ontologia da alteridade ou alteridade hiperbólica.

Só que o paralelo da mutualidade entre um pequeno número de conhecidos, insubstituíveis na afeição, cede lugar à pluralidade de partes, que convivem numa comunidade política, necessitando de uma norma de comando para implementar uma obrigação.

A ação virtuosa que deve ser empregada ao “si” e ao “outro si” é facilmente compreendida pela amizade-igualdade, em que cada um devolve o que recebe, levando-se em conta a reversibilidade dos papéis e insubstituibilidade das pessoas.

Essa insubstituibilidade das pessoas é denominada por Ricoeur (1995, p. 163) de o segredo da solicitude, visto que a reciprocidade entre o “eu” e o tu” não exclui certa desigualdade existente entre eles, que é superada pela compaixão, restabelecendo a igualdade entre os sujeitos.

Ricoeur diz que a perspectiva da “vida boa com e para os outros” faz a transição entre a amizade e a justiça ao asseverar que:

A amizade não é todavia a justiça, uma vez que esta rege as instituições, e aquela, as relações interpessoais. É por essa razão que a justiça envolve numerosos cidadãos, enquanto que a amizade só tolera um pequeno número de parceiros; além disso, na justiça a igualdade é essencialmente igualdade proporcional, levando em consideração a desigualdade das contribuições, enquanto que a amizade só reina entre pessoas do bem, de classe igual; nesse sentido, a igualdade é pressuposta pela amizade, enquanto que, nas cidades, ela permanece um alvo a se alcançar (1991, p. 216).

Quanto ao corolário da mutualidade, a saber, a igualdade, ele põe a amizade no caminho da justiça onde a divisão de vida entre um pequeníssimo número de pessoas cede o lugar a uma distribuição de partes numa pluralidade na escala de uma comunidade política histórica (1991, p.220).

Todas essas ações que importam em amizade e justiça buscam a consciência da vida pelo homem e neste aspecto o “outro si” convoca a sua responsabilidade ética, reiterando da

⁶⁰ Essa dimensão não comporta entendimento egológico de consciência, mas de reciprocidade entre o “eu” e o “tu”, como sujeitos de experiência a mesmo título.

obrigação deontológica o respeito ao outro no sentido ético.

Mais uma vez o filósofo francês (1991, p.222) é enfático ao estabelecer que:

Nossa aposta é que é possível cavar sob a camada da obrigação e juntar um sentido ético que não está a esse ponto dissimulado sob as normas, que não possa ser invocado como recurso quando essas normas se tornam por sua vez mudas diante dos casos de consciência indetermináveis. Motivo por que nos importa tanto dar à solicitude um estatuto mais fundamental que a obediência ao dever.

Com esse pensamento, Ricoeur reafirma sua defesa do primado da ética sobre a moral; a necessidade, para a perspectiva ética, de passar pelo crivo da norma; e introduz a legitimidade de um recurso da norma à perspectiva da meditação às diversas situações aporéticas que nossa meditação teve de enfrentar sobre a ipseidade.

Desta forma, complementando a mencionada regra ética, viver a vida boa, com e para os outros “nas instituições justas”, traz à baila a noção do outro que desconhecemos, longe do face a face, envolvendo de algum modo o sentido de justiça.

Nesta órbita, encontra-se coesão entre os componentes individuais, interpessoais e sociais do conceito ricoeuriano de perspectiva ética.

A justiça, vista como virtude e não como poder, equivale no plano das instituições ao que significa o respeito e igualdade no plano das relações interpessoais. Assim o viver bem não se limita às relações interpessoais, mas estende-se à vida das instituições. Nas palavras de Paul Ricoeur (1995, p.164):

Com efeito, uma instituição tem uma amplitude mais vasta do que o face-a-face da amizade e do amor: na instituição, e por meio dos processos de distribuição, a intenção ética estende-se a todos os que face-a-face deixam fora a título de terceiros. Assim forma-se a categoria do ‘cada um’, que não é o ‘se’, mas o partidário de um sistema de distribuição. A justiça consiste, precisamente, em atribuir a ‘cada um a sua parte’.

Precisa-se da figura da instituição para se ter a imparcialidade nos tratos sociais porque não se pode ser amigo de todos no plano interpessoal.

É através dela que cada grupo histórico, através de seus valores, apropria-se de sua realidade técnica e econômica pela dinâmica político-social e pelo modo normativo.

Mais uma vez, Constança Marcondes César nos facilita a compreensão da pequena ética quando aponta o significado de justiça para Ricoeur:

No plano individual, a justiça é liberdade; no plano interpessoal, respeito; no

plano coletivo, expressa-se pela norma (2009, p. 227)

Contemporaneamente, a palavra significa a busca do bem viver na relação com os outros, seja no plano interpessoal, seja no plano social. Consiste na boa partilha de bens, garantindo a igualdade entre os desiguais, superando os conflitos inevitáveis na vida em comum. Expressa-se, no plano das instituições pelas leis escritas, pelos tribunais, que buscam superar a violência no âmbito das relações inter-humanas. Implica, assim, a existência de um Estado de Direito e no exercício da cidadania, na garantia dos direitos civis e das pessoas. (2009, p. 232)

Cabe-nos definir o que são instituições para Ricoeur, para melhor chegarmos à compreensão da intenção ética (1991, p. 227) que se define como estrutura do “viver-junto” numa comunidade de rostos jamais vistos, ligada por laços históricos, costumes comuns, prescindindo da seara deontológica, ou seja, o aspecto “bom” do justo (ética) é diferente do aspecto “normativo” (moral), mas deontologia e norma complementam uma à outra.

As instituições sociais regulam a repartição de papéis, tarefas, vantagens e desvantagens entre os membros da sociedade e possui como primeira virtude a justiça. Esta se diferencia dos indivíduos portadores dos papéis e se acresce à solicitude, uma vez que o campo de igualdade é dilatado para a humanidade inteira.

Tratando sobre a ética de Ricoeur, Sônia del Carmen Vásquez Garrido (1998, 126-127) aplica a pequena ética à questão da educação, ao asseverar que:

Estabeleceremos a primazia da ética sobre a moral, refletindo sobre os componentes do ponto de vista ético. (...) No presente desenvolvimento, a educação continuará a ser uma ferramenta necessária para desenvolver a sabedoria prática, buscando esta o próprio fim ético: alcançar uma vida feliz, que é dada em instituições justas (...) no plano ético da ipseidade dá-se um jogo dialético que está entre as alternativas: o desejo e obrigação, na objetivação e universalidade da norma. Adaptação que a cultura propõe dá-se pela reflexão, pelo desejo e pela busca do que não se tem, do que está faltando, o diverso de si.⁶¹ (Tradução livre)

Segundo a autora, faz parte do processo educacional o homem aprender a lidar com sua sabedoria prática permeada de igualdade e valores éticos para chegar à vida feliz.

A autora entende que se precisa passar pelo imperativo da norma para chegar aos questionamentos reveladores de reconhecimento e de desejos, ou seja, Garrido traça um

⁶¹Segundo texto original: *Estableceremos la primacía de la ética sobre la moral, refelexionando sobre los componentes de la perspectiva ética. (...) En el desarrollo se mantendrá presente la educación como instrumento necesario para desenvolver la sabiduría práctica, buscando ésta su propio fin ético: el de alcanzar una vida feliz, la cual se da junto a los otros y para los otros en instituciones justas (...) En el nivel ético de la ipseidad, se da un juego dialéctico entre las alternativas: el deseo y la obligatoriedad, en la objerivación y universalidad de la norma. La adaptación que la cultura nos propone se da por la reflexión, por el deseo y por la búsqueda de lo que no se tiene, de lo que falta, de lo diverso de sí.*

processo de aprimoramento da aspiral ético-educativa: a pessoa parte das opções que encontra na vida, passa pela obrigação e chega a uma etapa de interrogação, que reflete o sentido ético no mundo fenomênico.

A pequena ética de Ricoeur expressa-se em mais uma obra, sua última contribuição: *O percurso do reconhecimento*⁶²(2006). Nessa obra, chega ao entendimento de que a relação com o outro é essencialmente ética. O filósofo francês lança uma ponte entre as capacidades e formas sociais suscetíveis de fazer a transição entre o reconhecimento de si e o reconhecimento mútuo.

A busca de nossa identidade mais autêntica reside em destinar à sociedade, ao ser sem face, a ética que desejamos. E quem de nós não deseja envelhecer com dignidade? Desta forma, conforme apregoa Ricoeur (2006, p. 147) as capacidades individuais e práticas sociais são agora reivindicadas por coletividades e submetidas à apreciação e à aprovação públicas.

Em suas palavras, o filósofo explica que:

(...) a reflexão sobre as identidades coletivas não pode escapar a uma sofisticação de grau mais elevado que a identidade-ipseidade dos sujeitos individuais da ação. O tipo de reconhecimento explícito que atores de categoria societal esperam de suas capacidades próprias suscita uma reflexão no segundo grau de ordem de construção (2006, p. 152)

A revolução conceitual introduzida com o par ‘direitos’ e ‘capabilidade’ só pode ser compreendida se oposta à avaliação da ação em termos de utilidade e bem-estar. É como capacidade real de escolha de vida que a capabilidade é promovida à categoria de critério para avaliar a justiça social. (2006, 158)

Ricoeur durante esta última obra se empresta de conceitos econômicos como de capabilidade⁶³ ao se referir à responsabilidade social, passa-se da idéia de capacidade individual, uma vez que a liberdade individual positiva está desgastada, para a de capabilidade social como uma ideia multívoca de capacidades sobre o fundo estável do tema antropológico do poder de agir, a *agency*.

Dessa forma, Ricoeur entende que a liberdade individual, compreendida como liberdade de escolha de vida, torna-se uma responsabilidade social.

Esta “apreensão analogizante” do que se pretende entre o indivíduo e outro pertencente à comunidade, ou o que se chamou de instituição que se quer justa, passa assim por

⁶² O autor em sua obra esclarece que percurso significa explorar o caminho da semântica filosófica da palavra.

⁶³ Capabilidade, em seu sentido literal é o conjunto de capacidade de um equipamento, a exemplo de uma máquina que tem uma peça desgastada, sua capabilidade não é satisfatória. Paul Ricoeur adota o conceito de capabilidade ao reintroduzir considerações éticas na teoria econômica unido ao conceito de direito.

um percurso a referida passagem do reconhecimento-identificação para o reconhecimento-mútuo ou o desconhecimento-mútuo, na dissimetria entre o “eu” e o “outro”.

Por fim, sobre apreensão analogizante entre o “eu” e o “outro”, Ricoeur (2006, p. 169) nos ensina que:

Entretanto, a noção de ‘apreensão analogizante’ faz sentido a título não de raciocínio por analogia, mas de transposição pré-categorial, pré-intelectual, por remissão a uma primeira criação de sentido que faz da relação do eu com o estranho uma relação do modelo com a cópia. (...) Qualquer que seja sua denominação, essa apreensão analogizante recebe um triplo esforço: em primeiro lugar, o de uma relação que pode ser chamada de ‘apareamento’ (Paarung), da qual podem ser encontrados exemplos na experiência sexual, na amizade, na conversação comum, no comércio de ideias, todas elas experiências que conferem uma espécie de preenchimento existencial à noção de origem lógica de Paarung, de criação de pares; temos, por outro lado, uma confirmação da coerência consigo mesma da existência estranha na concordância das expressões, dos gestos das posturas, que enuncia a unidade de um mesmo estilo; acrescenta-se, por fim, um fraco recurso à imaginação: o outro está ali onde eu poderia estar se eu me deslocasse. Desse modo, a imaginação faz coincidir o ‘aqui’ para ele com o ‘ali’ para mim.

Nesse sentido, o “eu” e o “outro” não comparecem verdadeiramente, apenas o outro é apercebido, no campo do *ego cogito*, pela importância de colocação em comunidade, retirando a assimetria da reciprocidade pela linguagem da justiça.

É necessário, ainda, submeter a intenção ética à prova da norma. A aspiração à vida boa corresponde, do lado moral, à exigência de universalidade da razão prática kantiana, mas sem se esquecer da solicitude quando se exerce uma vontade sobre a outra.

A moral, assim, é a figura que a solicitude assume diante da violência e da ameaça da violência, sem perder o elã teleológico da ipseidade.

A ética que começa quando o sujeito olha para si, pela auto-estima, deve permear os comandos normativos da vida em grupo, somar-se à moral da norma numa espécie de transcendência, mesmo se sabendo que o conceito de sociedade suplanta a idéia de aglomerado de indivíduos.

Nas palavras de Ricoeur (2006, p.271) “é no modo ético da interpelação que o eu é chamado à responsabilidade pela voz do outro”

Observa-se que em estado de vulnerabilidade a pessoa permite esse pareamento com o outro de forma mais rápida e profunda, porque a fragilidade é elemento que nos identifica, redundando numa busca do realinhamento do ágape social, por meio da ética.

José Manuel Morgado Heleno também contribui com o assunto ao dizer que:

Por hermenêutica do político e do justo entendemos a tendência de Ricoeur em pensar o agir, o justo, as instituições e, numa palavra, o homem que age e sofre. (2001, p. 300)

(...) a insistência de Ricoeur na *phrónesis* e na “sabedoria prática” é devedora do pensamento aristotélico. Num e noutro há a necessidade de corrigir a lei e de ver na justiça equitativa algo que se superioriza à bondade (2001, p. 308)

Diante da análise supra, poder-se-ia questionar se o pensamento de Ricoeur sofreu modificações na reflexão ética de 1990 a 2001, ou seja, entre *O si-mesmo como um outro* e *O Justo 2* no capítulo “Da moral a éticas e às éticas”.

Na primeira obra, Ricoeur deixa claro que a distinção entre ética e moral é convencional, mas que o que importa é falar em dois termos distintos para falar globalmente da problemática ética: teleologia e deontologia.

Quando se fala em ética na segunda obra há a mesma preocupação. O que muda é o ponto de partida da análise reflexiva que em 1990 é a “busca da vida boa”, enquanto que no século XXI o pensamento ricoeuriano provém do “reino das normas”, examinando o sentido moral existente no fato empírico encontrado em cada sociedade pela presença de obrigações.

A ética, na segunda obra, está situada dentro do conceito objetivo da norma, a liberdade prática ou imputabilidade, que remete aos conceitos trabalhados de capacidade individual e capabilidade social.

Michael Renaud confirma que Ricoeur possui uma “ordem simbólica” prática, que retrata a transição da moral para a ética, denominada agora de ética anterior. Sobre o assunto, Renaud (2013, p. 89) diz que:

Ela tem o mérito, segundo nosso autor, de estabelecer a ligação do si próprio à norma, isto é, de compreender o que é a autonomia, mas a descrição que se faz dela mostra – em nosso entender – que já estamos no momento de sutura da moral com a ética. Com efeito, a “ordem simbólica” incorpora, sob a figura da obrigação, não apenas as normas propriamente ditas, mas um conjunto de realidades que o sujeito moral descobre em sua comunidade cultural; desse modo, além das normas que a educação e a sociedade nos fazem interiorizar, estão também presentes “conselhos, pareceres, costumes partilhados, narrativas fundadoras, vidas edificantes de heróis da vida moral, elogios de sentimentos morais (...)”. A norma dilata-se, assim, ao ponto de incorporar não apenas deveres propriamente ditos, mas um conjunto de “exigências” que surgem da socialidade de nossa existência.

Observa-se que apesar de o ponto de partida desse segundo momento ser a vertente subjetiva da moral, o que está em análise é o mesmo sentimento ético da primeira visão de buscar a vida boa: o sentimento de ser obrigado, do discurso estruturado na práxis aristotélica.

O que se tem de novo na reflexão de Ricoeur em 2001 é em pensar em éticas compartimentadas, principalmente quando se fala em ética médica e ética judicial.

Assim, tomando-se por base o idoso, se nos colocarmos em sua vida, com suas escolhas, transcenderemos o mundo da sociedade jovem, reclamando uma instituição verdadeiramente justa que supere o conflito de seu abandono.

O que se busca é a autonomia do ser frágil através do exercício da hermenêutica jusfilosófica, ou seja, se as normas e ações estatais não condizem com o que se tem por proteção ao idoso, deve-se impregnar a hermenêutica social com ensinamentos da pequena ética a fim de se oferecer uma tutela mais efetiva a este sujeito de direito.

Nas palavras de Paul Ricoeur, em seu estudo “Autonomia e vulnerabilidade”, em sua obra “O Justo 1” (2008, p.99):

(...) a autonomia e a vulnerabilidade se cruzam, paradoxalmente, no mesmo universo do discurso, o do sujeito de direito. Acrescentaremos apenas que, na falta de solução especulativa, continua aberta uma solução pragmática, que repousa numa prática das mediações.

A sabedoria prática deixa de ser uma questão pessoal e passa a ser, através da equidade, na forma de correção da lei, uma *phrónesis* de muitos, ou seja, pública.

Dentro da regulamentação moral do que é tolerável eticamente, que emprega a ideia limite de justiça, há o bom senso da hermenêutica jusfilosófica.

Paul Ricoeur mais uma vez elucida a questão do que seja o justo quando assevera que(1995, p. 181):

E o ‘intolerável’ em tudo isso? Quando ele não é apenas o grito do intolerante, para quem é simplesmente intolerável o que difere da sua crença e da sua prática – digamos, a diferença como tal – o intolerável institucional, se posso dizer, é precisamente a confusão no nível das instituições entre a justiça e a verdade (ou a pretensão à verdade). (...) Neste sentido, as regras de ordem limitam a liberdade de expressão. Não podemos fazer uso da palavra em todas as circunstâncias em que teríamos desejo de fazê-lo.

Resta assim um critério ao tolerável⁶⁴, o que merece respeito no plano cultural, porque fundado no que merece adesão à crença adversa pela sua justificação teleológica e não política.

Assim, para compreensão do conflito de deveres do Estado com relação à vulnerabilidade de pessoas idosas, tem-se que é intolerante sua omissão no trato da temática, devendo-se levar em conta os três componentes éticos da sabedoria prática: estima de si,

⁶⁴ O intolerável institucional é a confusão entre justiça e verdade.

solicitude e sentido da justiça para sua solução.

Após breve esclarecimento sobre a compreensão filosófica do tema, em que se delimitou de dentro para fora, do indivíduo para a coletividade, a compreensão do si, do vulnerável, do velho, através da pequena ética de Ricoeur, passa-se à referida solução pragmática, à análise do aspecto hermenêutico da norma sobre a tônica filosófica trabalhada de ausência do Estado no cuidado com o idoso, bem como sobre a sua tutela pelo Ministério Público.

CAPÍTULO III– A METÓDICA JURÍDICA NORMATIVO-ESTRUTURANTE DE FREDERICH MÜLLER COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

3.1. Os métodos de interpretação constitucional da Nova Hermenêutica

O Direito não é uma ciência estanque, ela se inter-relaciona com as demais como a Filosofia e a Sociologia. Assim, interpretar é buscar um sentido atualizado ao conteúdo da norma jurídica para que o direito opere sobre o mundo fenomênico.

Esse é o novo paradigma do direito: a edificação da norma através da lei, acompanhando as transformações epocais na ciência jurídica.

No entendimento clássico de Savigny (1951, p. 18), há uma reconstrução e elucidação deste conteúdo de modo a restituir o sentido ao texto viciado ou obscuro.

O pano de fundo teórico-político da interpretação da Constituição se subdivide em interpretativistas e não-interpretativistas.

Para os primeiros, ao interpretar uma Constituição, deve-se captar o sentido claramente expresso da decisão político- legislativa, tendo como limite a textura semântica e a vontade do legislador.

A corrente não-interpretativista defende a necessidade dos intérpretes de aplicarem valores e princípios substantivos da justiça, liberdade e igualdade ancorados ao *ethos*⁶⁵ social.

O processo de interpretação é inerente ao próprio mecanismo de averiguação se uma norma é clara ou não, donde se conclui, conforme ensinamentos de Carbone (1951, p.13) que a própria clareza não cessa a interpretação.⁶⁶

Assim a corrente não-interpretativista faz parte de um processo de argumentação principal, devendo ser aplicada de forma objetiva e juridicamente concretizadora, de modo a encontrar uma norma de resultado justo e de fundamentação racional.

Lênio Streck (2002, p. 170) entende que com o uso da linguagem o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo, metafísico e passa a ser produtivo, pois o intérprete compreende a partir da fusão de horizontes para si mesmo⁶⁷, do seu modo-de-ser no mundo, da

⁶⁵ *Ethos*, segundo a Sociologia, é uma espécie de síntese dos costumes de um povo.

⁶⁶ A aporia utilizada em latim se traduz para : *in claris non fit interpretatio*.

⁶⁷ Lênio Streck se utiliza dos ensinamentos filosóficos de Heidegger e Gadamer ao asseverar que o processo de interpretação requer uma fusão de horizontes.

verdade ontológica.

A questão do método justo em direito constitucional deve ser definida a fim de se delimitar com qual deles se priorizará a apreciação da tutela individual do idoso pelo Ministério Público.

Os principais métodos de interpretação são: a) método jurídico ou hermenêutico clássico, que se utiliza de cânones tradicionais da hermenêutica como o textual, sistemático, histórico, teleológico e o genético; b) método tópico problemático, que possui como base os *tópoi* ou esquemas de pensamentos práticos de caráter aberto do texto na discussão do problema jurídico em questão; c) método hermenêutico-concretizador, em que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do intérprete, que preenche, por mediação com o contexto social, com criação o sentido jurídico; d) método científico espiritual, cujas premissas de interpretação ressoam no sistema de valores subjacente ao texto constitucional, numa captação espiritual do seu conteúdo axiológico; e e) a metódica jurídica normativo-estruturante, que alia todos os métodos acima, no entendimento de que o intérprete deve contar com o texto normativo para aplicação da hermenêutica clássica, sem perder de vista o caráter aberto da norma constitucional, que apresenta espaços a serem densificados⁶⁸ pelos fatos sociais e pela pré-compreensão do intérprete, levando em consideração o aspecto axiológico que a sustenta.

Descabe aqui esmiuçar a classificação do método tradicional da interpretação, tão somente recordar que, quanto às fontes são classificadas como: autêntica (do legislador), judiciária (do juiz) e doutrinária (do jurista); quanto aos meios como: a gramatical (literal), lógica (alcance e modificação da legislação anterior) e analógica; ou quanto ao resultado como: declarativo, extensivo ou restritivo.

Com esse corte epistemológico, não se aprofundarão os métodos modernos, mais preocupados com o espírito do que com a letra das leis, como o lógico-sistemático, em que a norma é vista como parte de um sistema; o histórico-teleológico, em que o juiz deve adaptar o conteúdo da norma às exigências posteriores emanadas da própria existência da norma; e o da escola pura do direito, em que flui do pensamento de Kelsen que interpretar é um ato em que norma representa uma moldura de enquadramento.

Sabe-se que não há método puro, pois nenhum oferece uma solução objetiva pronta, mas complexa, em que o início de raciocínio só se completa com a personalidade do intérprete

⁶⁸ Densificação significa preencher o espaço normativo de um preceito constitucional para tornar possível a solução de um problema concreto.

e sua bagagem social ricoueriana de buscar a vida boa conforme os ensinamentos do capítulo II.

Passa-se a compreensão histórica e técnica dos métodos acima explanados a fim de eleger o que é mais adequado à temática constitucional.

A Alemanha e o mundo sentiram os reflexos após a Primeira Grande Guerra pelo positivismo formal e legalista, a fim de evitar mudanças do *status quo* político e social do antiliberalismo de Bismarck.

Já foi mencionado no capítulo I que o positivismo kelseniano ruiu diante dos fatos históricos e sociais do século XX que exigiam da interpretação da norma constitucional um maior cuidado, tendo em vista que o edifício constitucional estremecia quando o sistema entrava em crise e exigia reformas.

A natureza das normas constitucionais é de preponderante influxo político e social, o que permite um reflexo sobre a norma e o método interpretativo aplicável. Neste sentido os ensinamentos de Paulo Bonavides (2012, p.476):

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático.

Percebe-se assim que a tarefa de estabelecer cânones universais de interpretação é complexa, pois cada sociedade e ordenamento jurídico se sujeitam à abertura interpretativa das variações do fator político particulares, responsáveis pela discricção constitucional, a fim de ser encontrada a norma decisão que se ajuste ao maior interesse público que exprime o sentimento de uma coletividade.

No século XX, os juristas alemães perceberam que o positivismo lógico-formal era visto apenas como o texto literal da norma e ignorava a tensão entre Constituição e os fundamentos espirituais da realidade constitucional.

Observa-se, então, a passagem de um Estado de Direito clássico para um Estado de Justiça, ou seja, da interpretação do legislador para a vontade do intérprete, formatando uma hermenêutica material da Constituição.

Nesse contexto histórico, o método integrativo ou científico-espiritual teve a sua frente

o jurista alemão Rudolf Smend e tinha como ideia central de que a Constituição é interpretada como um todo, com percepção global ou captação de sentido da realidade vivencial do Estado.

Segundo Smend (1988, p.239), o intérprete deve prender-se sempre à realidade da vida, à concretude da existência, compreendida esta, sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade.

Fortalece-se, dessa forma, o aspecto político em detrimento do jurídico da Constituição, ganhando incomparável elasticidade do seu conteúdo pela análise integrativa dos mais distintos sentidos, conforme época e circunstâncias que emanam do sistema de valor ou da cultura.

O método integrativo é crítico ao conteúdo da Constituição ao ponto de a valorização excessiva da realidade abater o prestígio da Lei Maior.

Ainda no mesmo século, surge outro importante método interpretativo encabeçado por Konrad Hesse: o da concretização.

Segundo esse método, toda interpretação constitucional era considerada concretização, de modo que o teor da constituição só se completa na operação interpretativa da compreensão prévia, fundamentada e não arbitrária, do intérprete ao problema cuja solução se busca.

Para Hesse (1998, p. 26), não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos, ou seja, se não houver uma questão constitucional a ser respondida não haverá o que analisar.

Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 497), ao explicar a contraposição dos métodos concretistas e integrativos:

Os intérpretes concretistas têm na Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos adeptos de outros métodos, porquanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-axiomático, como os positivistas mais modernos. Ao contrário, rejeitam o emprego da ideia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um procedimento tópico de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chaves, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização.

Tem-se uma metodologia positivista de teor empírico, inspirado na tópica de Viehweg, analisada a seguir, que não se deduz de uma norma genérica, mas da atuação inventiva do intérprete.

A preocupação excessiva com o casuísmo interpretativo na jurisprudência de alguns países, como a Alemanha, decorre das falhas dos métodos tradicionais, que não podem ser

descartados, mas somados a uma solução hermenêutica que não apague o conteúdo jurídico-normativo.

Paulo Bonavides (2012, p.499) critica os modernos métodos de interpretação constitucional em duras, mas pertinentes palavras:

Acontece, porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.

Vê-se assim, o perigo do afã de priorizar a politização da norma constitucional e ocasionar uma insegurança e incerteza na aplicação pelos governantes do Direito Constitucional na leitura de suas formas, técnicas, institutos e conceitos, atribuindo-lhe um viés autoritário.

Neste trabalho, foi eleita uma metódica constitucional de crise que não sacrificasse a juridicidade pelo social, contudo permitisse o convívio estruturado de ambos, onde o subjetivismo aparente do intérprete não sucede o objetivismo ideológico do sistema, mas com ele se complementa.

Importante ressaltar que, neste momento, em que pese a ligação intrínseca da percepção das consequências político-sociais, há uma diferenciação entre eficácia e interpretação constitucional, a primeira está no plano da realização do direito (CANOTILHO, 1996, p. 201) e a segunda como etapa da concretização, em que se atribui significado a símbolos a fim de obter uma decisão de problemas. O que ambas têm em comum é que as tarefas de dar efetividade e concretização às normas jurídicas pertencem a todos os órgãos constitucionais e aos cidadãos que se fundamentam na Lei Maior.

Assim, exemplifica Ingo Sarlet (2001, p. 326):

... em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocadamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental. Também no direito lusitano se parte do pressuposto de que o art. 18/1 da CRP assume a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais, que ressalta o dever

específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais.

É através da concretização das normas de eficácia limitada que se consegue atingir os efeitos sociais da norma, ou seja, a concretização é o meio para atingir o fim da eficácia normativa.

Os métodos clássicos de Savigny, de origem civilista, não são totalmente esquecidos, mas deixaram espaços em branco na hermenêutica marcada pelas pressões renovadoras do pós-guerra, com a existência de uma nova realidade social.

Importante compreender, ainda, rapidamente, a tópica, pertencente à essência da nova hermenêutica constitucional, para que se chegue à eleição do método mais apropriado para a leitura das normas constitucionais de acesso à Justiça pelo idoso, problema perquirido neste trabalho.

Theodor Viehweg marcou, em 1953, com a publicação de *Tópica e Jurisprudência*, o pensamento jurídico racional da interpretação.

Cansados do positivismo racionalista, o método tópico busca a verdade, por meio da *endoxa*, do consenso, da razão, que remonta a Aristóteles⁶⁹, para a construção da teoria material da Constituição da escola livre do direito.

Alguns juristas alemães se inclinaram por este método, fixando novos rumos ao Direito Constitucional, além de Viehweg, dentre eles: Konrad Hesse, com *A força normativa da Constituição*, em 1959; Martin Kriele, com *Teoria da Produção Jurídica*, de 1967; Joseph Esser, com *Pré-Compreensão e Escolha dos Métodos na Aplicação do Direito*, de 1970; Friedrich Müller, com *Metódica Jurídica*, de 1971; e Peter Häberle *Hermenêutica Constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, de 1975.

Há, assim, uma contraposição do pensamento sistêmico ao aporético. O primeiro está presente no argumento dedutivo e lógico que para a tópica não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pois traz a incerteza do problema na interpretação volitiva, posto que a solução é peculiar a cada caso.

Baseado em pontos de vista pragmáticos da justiça material, tem-se na tópica a função instrumental da busca da solução concreta das questões abertas na esfera do direito, analisando prós e contras para cada grupo de decisão interpretativa.

⁶⁹ Aristóteles define a *endoxa* como as opiniões que são aceitas por todos, pela maioria ou pelos sábios, isto é, por todos, ou pela maioria, ou pela maioria dos mais respeitáveis entre eles.

Este método corre o risco de menosprezar a congruência sistemática do ordenamento jurídico, visto que a letra da lei é considerada um simples *tópoi*⁷⁰, sem hierarquia quanto aos demais, mas apresenta grande utilidade em caso de lacunas na lei e de equidade de aplicação de casos isolados da justiça.

Segundo Bonavides (2012, p.511), com a hermenêutica tópica, a Constituição se torna politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos e serve de tronco de onde partem, na Alemanha, as ramificações renovadoras da metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais.

A reação ao excesso de formalismo do positivismo jurídico clássico fez da tópica uma técnica de investigação de premissas, em que a *inventio*⁷¹ consiste numa tarefa implicitamente lícita ao intérprete.

Dentre os juristas alemães influenciados pela tópica, destaca-se Friedrich Müller, decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, que desenvolve um método racionalista de interpretação constitucional e trabalha uma hermenêutica estruturada para explicar seu conteúdo sem se preocupar com a diferenciação entre a Constituição formal e material.

Para Müller (2009, p.121), a superação do positivismo não é um fim legítimo em si mesmo, em suas palavras:

Como concepção sistematicamente pós-positivista, a teoria estruturante do direito não aposentou apenas a redução da norma ao seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo, mas desenvolveu, partindo da estruturação de normas jurídicas, a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a dogmática, a metódica, a teoria do direito e a teoria constitucional e não continua devendo a resposta ao positivismo. .

Assim como o método integrativo de Rudolf Smend e o método concretizador de Konrad Hesse, o método estruturante também tem por base a tópica de hermenêutica material e racionalista da Constituição, mas se revela como ponto de equilíbrio entre a sistematicidade da primeira e a aporia da compreensão prévia e excesso de influência política da segunda.

Müller (2009, p. 151) define concretização da seguinte forma:

⁷⁰Os *tópoi* são, nas palavras de Aristóteles, procedimentos padrão que se podem usar a discutir qualquer assunto no âmbito de uma controvérsia. São lugares comuns ou argumentos, pontos de vista de livre escolha, estandardizados aceitos por todos ou pela maioria ou pelos mais qualificados.

⁷¹Termo utilizado para a criatividade do intérprete para solucionar o problema.

O “sistema de direitos fundamentais” assim compreendidos não é fechado, nem passível de ser concluído pela concretização da Constituição. Ele está decisivamente relacionado ao objetivo de unidade do ordenamento fundamental livremente democrático. Uma “unidade” das estruturas reais da vida social, estruturas essas materialmente determinadas e paralelamente asseguradas pelos direitos fundamentais e que, sob o ponto de vista metódico, aparecem como âmbitos normativos, está fundamentada nisso e também no princípio do Estado de Direito e em sua diferenciação e correlação de funções que articula e assegura aos cidadãos sua liberdade.

A teoria estruturante do direito não pretende corrigir apenas os fenômenos de superfície, mas superar o seu axioma de ordenamento jurídico coeso através de uma concepção global pós-positivista de geração do direito a partir de exigências do Estado de Direito.

O jurista português J. J. Gomes Canotilho (2001, p. 215) explica o método estruturante da seguinte forma:

Os postulados básicos desta metódica são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa “decisão prática” (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para compreensão da estrutura normativa uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da mão identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, um pedaço da realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (=elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)

O Estado Democrático de Direito necessita de racionalidade e de transparência no uso de seus métodos de interpretação, a fim de possibilitar a determinidade do trabalho jurídico.

Müller (2009, p. 216) ao questionar em que consiste a função da racionalidade pretendida pela metódica jurídica no âmbito do Estado de Direito, responde que esse método instrumental dá à sociedade econômica a calculabilidade, transparência e regularidade necessárias, produzindo um efeito legitimador na medida em que produz decisão constitucional no Estado Democrático de Direito, cujas razões são acessíveis à atualização, à crítica e ao

controle.

Este método faz reparo nos demais, apoiando-se em reflexões críticas acerca da jurisprudência firmada pelo Tribunal constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, construindo um processo de concretização para encontrar a norma, não numa atividade interpretativa aberta como nas demais, mas estruturada no teor normativo da regra.

Não se trata da utilização de um pragmatismo genérico, mas operacionalizado pelos conceitos e *modus operandi* teórico-metodológicos.

Bonavides aponta a sua diferenciação com a tópica concretista (2012, p. 515):

O erro daquela jurisprudência é intentar a concretização da norma constitucional por via dos métodos voluntaristas, prendendo-se aos cânones de hermenêutica clássica, que se volta, por todos os seus métodos, para a determinação da vontade objetiva da lei.

O erro se agrava na medida em que o Tribunal contraditoriamente se arreda dos esquemas tradicionais e introduz, nos arestos dos seus juízes, componentes extraídos da teoria material da Constituição e das vias concretistas, quais, por exemplo, alguns *tópoi* ou pontos de vista, como princípio da unidade da Constituição e a chamada natureza das coisas, estes ainda compatíveis com as regras interpretativas formuladas por Savigny. Mas há outros inteiramente afastados dessa hermenêutica, conforme os que Müller a seguir declina: a necessidade de um resultado conforme a coisa, a possibilidade da mudança de importância de uma norma constitucional com base em alterações fáticas do mundo social, a importância constitutiva com base na matéria a ser regulada pela norma e pela decisão, a consideração de concatenações históricas, políticas e científico-sociais reputadas as mais importantes para alcançar afinal a decisão.

Müller (2009, p. 158) chama de pragmatismo caótico a mistura metodológica aplicada pela Corte Alemã antes de sua estruturação, pois a mesma se confessava adepta da metodologia tradicional e quando malogravam se utilizavam de regras artificiais da hermenêutica clássica

Em todos os métodos há subsunção, o que muda é o parâmetro de encaixe, que por vezes será a letra da lei, outras um *tópoi*, uma concepção integradora da Constituição ou um conjunto de etapas estruturantes; sendo que nesta última, pelo misto de elementos analisados, não se deseja mais um resultado objetificante, mas que tenha também o hermeneuta concretizador de valores dos fenômenos sociais.

A estrutura do problema do caso a ser solucionado ou do tipo de caso é tratada como fator pertencente e indispensável à aplicação do direito, como fator co-constitutivo para a compreensão da norma, mas não como ponto de orientação em última instância decisivo da aplicação do direito como acontece na tópica de Viewegh. Há desta vez uma combinação do pensamento tópico com o pensamento metodológico.

Esclarecedoras são as palavras de Lênio Streck (2002, p. 2017-218) ao aduzir que:

É possível exprimir a firme convicção da fragilidade dos assim denominados métodos ou técnicas de interpretação. (...) Afinal, toda interpretação sempre será gramatical (porque, a evidência deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente teleológica (seria inviável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a conseqüente violação à firme determinação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (SIC Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum?); será obrigatoriamente sistemática (porque impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo, para usar as anteriores palavras de Friedrich Müller), e assim por diante... Não é desarrazoado afirmar, nesse diapasão, que os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar pelo sentido do Direito em nossa sociedade.

Não se quer com isso desvaler os demais métodos, mas suplementá-los, de modo que não se está diante de um metacritério, mas de um paradigma antimetafísico de superação do pensamento dogmático do direito tradicional.

Assim é que Müller (2009, p. 114) diz que “a ciência jurídica deve examinar os seus pressupostos, racionalizá-los tão amplamente quanto possível e expô-los sem lançar um véu sobre o método”.

Observa-se desde já, em reforço ao já exposto, que a utilização pura dos demais métodos é incompleta frente ao método jurídico-estruturante, uma vez que: a) o método jurídico clássico serve de ponto de partida e como limite, no sentido de não provocar condição ao seu resultado, para captação do sentido da norma pelos concretizadores; b) o método tópico conduz a um casuismo sem limites, em que se deve partir da primazia do norma sobre o problema; e c) os métodos concretizador e científico-espiritual devem ter sua força criadora fundada no próprio texto da norma, uma vez que aquele dá mais importância ao problema (catálogo tópico) e este à sistematicidade da norma, quando deveriam pensar os dois elementos em conjunto.

A metódica estruturante de Müller não é axiomática, mas relativa, pois assim como a exegese de Savigny, a concretização racional da norma é oriunda da aplicação de um procedimento conforme a regra.

Uma vez explicada a escolha do parâmetro metodológico jurídico-estruturante a ser utilizado no presente trabalho, faz-se mister a análise desse método de modo específico e sua aplicabilidade à questão que se pretende analisar.

3.2. A Metodica Constitucional na lição De Friedrich Müller

Os direitos constitucionais irradiam seus comandos ao ordenamento jurídico como um todo, recebendo a influência da hermenêutica filosófica mais recente de atualizar toda compreensão

A Constituição revela mandamentos individuais e coletivos, sendo de exigência de uma só pessoa ou de uma coletividade numa justaposição do social ao liberalismo. Nela, costuma-se vislumbrar valor que serve de base para compreender o direito.

A exemplo da Constituição Democrática de 1988⁷², os direitos sociais possuem, na grande maioria das vezes, regras de aplicação diferida, dependentes da vontade política do Estado-Administração para sua implementação.

Os comandos constitucionais precisam acompanhar a realidade social e devem ser permeados de toda criatividade e intelectualidade poética que um ato humano permite atingir. Busca-se, dessa forma, entender a Lei Maior da forma mais abrangente possível, de modo a abarcar o conteúdo inarticulado.

Nesse sentido, aduzem os seguintes autores:

A tarefa do constitucionalista deve correlacionar o sistema de norma e a realidade constitucional na área da constituição de tal modo, que a tensão dialética existente entre a norma e a realidade constitucional seja superada *in concreto* tão amplamente quanto possível através de uma interpretação criativa da constituição, sem que ao mesmo tempo se viole com isso a realidade política. (LEIBHOLZ, 1958, p. 277)

Se a partir da ideia de ordenamento objetivo devemos obter um argumento que conduza a alguma parte, então tal argumento não será de um sistema de direitos fundamentais, logicamente fechado, pretensamente sem falhas e abstratamente nivelador da particularidade material própria dos âmbitos normativos, nem tampouco argumento de uma hierarquia de valores absolutos que é determinada, dada de antemão de um modo superpositivo ou, então, possuidora de natureza extra-histórica. (MÜLLER, 2011, p. 280)

A mudança social, ao acarretar a mudança constitucional tácita, decorrente do fator tempo, só se explica à luz de uma interpretação da Constituição em sentido amplo. (BONAVIDES, 2012, p. 527)

A hermenêutica constitucional passa por quebra de paradigmas. O publicismo que permeia a Constituição torna insuficientes os clássicos cânones de interpretação *savigniano*

⁷²Neste artigo, não se pretende aprofundar o conteúdo dos direitos fundamentais sociais, mas tão somente caracterizá-los como objeto de concretização pelo Ministério Público.

como se expressou acima, posto que seus elementos auxiliares são inconclusos frente a um caso individual.

Pensa-se numa Constituição aberta a problemas concretos, em que o *non liquet* se desfaz pela singularidade da demanda.

A hermenêutica do pós-positivismo evidencia a politização da causa, pois o ponto de partida da argumentação é a compreensão prévia do problema na Constituição, ou seja, a lei formal da visão de Laband, Kelsen e Schmitt é apenas o início da compreensão do que se quer regulamentar.

Para Müller (2009, p. 18), a hermenêutica se conceitua da seguinte forma:

“Hermenêutica” não se entende aqui como problemática geral da interpretação, senão como um conceito técnico de um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel que desempenha a realidade normatizada em relação ao conteúdo de validade que há na norma jurídica.

Para a metódica estruturante, a hermenêutica não trata de substancializar a coisa para em seguida colocá-la em relação com uma norma substancializada, mas um processo de independência relativa entre “direito” e “realidade” no momento da concretização do direito. Visa-se na estruturação do método hermenêutico que a atividade estatal se evidencie não só como realização do direito, mas também como realização do “não direito”.

Paulo Bonavides (2012, p. 514), ao analisar o método concretista de Friedrich Müller, aduz que:

Compreende ele a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação e a concretização de uma norma transcendem a interpretação do texto, ao contrário, portanto do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico. A concretização possui assim um raio de abrangência muito mais largo e a respectiva “metódica”, na linguagem do autor, abraça todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito.

Para Müller sem a *praxis*, o texto legislativo é pré-normativo. A Metódica Estruturante do Direito entende que interpretação implica concretização como um processo estruturado que fundamenta uma teoria da norma jurídica que não está contida no código legal, pois esta só seria produzida em cada processo individual de decisão jurídica.

Assim preceitua o jurista alemão (2009, p. 151/152) que:

Concretizar não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. E também não, como no positivismo de Kelsen, “individualizar” uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual “mais restrito”. Muito pelo contrário, “concretizar” significa: produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.

O conceito de concretização refere-se à inexistência de uma *lex ante casum*, mas da geração metodicamente verificável de uma norma.

Mesmo Müller asseverando que interpretação e concretização se equivalham, o autor entende que a peculiaridade da concretização pertence nomeadamente aos direitos fundamentais e às cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional que dá um tom de acréscimo construtivo ao que se entende por mera interpretação.

Entende-se, então, que interpretar é uma etapa da concretização que coincide com a compreensão lingüística da norma-programa, cujo conceito ainda será estudado, sendo aquela atividade mais restrita que esta.

No dorso da antítese entre a velha (de paradigma liberal-individualista) e a nova hermenêutica (cujo paradigma é o Estado Democrático de Direito), passa-se da subsunção do decadente positivismo formal à concretização do pós-positivismo material do Direito Constitucional Contemporâneo, ou seja, respectivamente, da norma unidimensional, que é a norma-texto, para a norma pluridimensional de Müller seqüenciada de elementos analíticos: norma-texto, norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão.

Em que pese tal divisão didática em etapas da nova hermenêutica constitucional, ela se opera com a aplicação, no movimento de circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica.

Entender a Constituição como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade significa não olharmos o novo com os olhos do velho, ou nas palavras de Lênio Streck (2002, p. 188) “desvelar o que provoca angústia e estranhamento, suspendendo os ‘pré-juízos’ que cegam o intérprete no campo da tradição”.

A fim de compreender Müller, devem-se definir alguns conceitos de seus elementos estruturantes, que podem ser caracterizados como etapas sucessivas das dimensões acima delineadas.

Norma-texto é o escrito da lei, a lingüística positivada em seu texto. Segundo Müller (2009, p. 166) não é o texto da norma constitucional que regula o caso concretista, mas o

corpo legislativo, o órgão de governo, o administrador, o juiz, o aparelho judiciário que anuncia, fundamenta e executa a decisão normativa.

O enfoque da teoria pós-positivista é de que a lei não contém normas, mas tão somente textos de normas, que representam um dado de entrada (*input*) do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente.

A normatividade é uma propriedade dinâmica que a norma jurídica possui para influenciar a realidade que lhe é correlacionada (normatividade concreta) e por ela ser influenciada (normatividade material).

Os dois conceitos novos desenvolvidos por Müller na operação interpretativa através da norma jurídica *in praxi*, enquanto *Law in action*, são os de norma-programa e norma-âmbito.

Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, a letra da lei necessita de uma averiguação de seu conteúdo semântico com a ajuda dos dados lingüísticos, pois a norma constitucional não apresenta identidade com texto. Essa tarefa coincide com a etapa da norma-programa.

Norma-programa, então, é o resultado da interpretação de todos os dados lingüísticos, caracterizando-se por ser provisório, pois ausentes os dados reais da norma. Ela se efetua segundo os cânones de interpretação desenvolvidos pela ciência jurídica, tem valores de signos.

O resultado dessa investigação é uma operação complexa, pois a densificação de conteúdo (mediação semântica) possui, muitas das vezes, conteúdo polissêmico, através de enunciados vagos, cheios de conceitos de valor que merecem o preenchimento pelo intérprete concretista de conceitos extra textuais, possuindo texto a função negativa de limite externo para as variações de sentido jurídico-constitucional.

Segue-se ao âmbito normativo ou norma-âmbito com atribuição do significado do sentido do texto, passa-se a mediação do conteúdo semântico com a realidade em que se encontra o problema carecido de decisão. Esta etapa é efetuada mediante a divisão funcional do trabalho com as ciências sociais em que o jurista tem responsabilidade na formulação do problema, através da desocultação dos teores materiais.

Trata-se do âmbito fático, conjunto parcial de todos os fatos relevantes. Dessa forma, na análise da norma-âmbito não possui a dicotomia de mundos do Ser e do Dever-Ser, encontrando-se na mesma dimensão ou domínio normativo.

Frederich Müller explica a relação hermenêutica hiperbólica entre programa normativo e âmbito normativo pelos seguintes trechos:

No entanto, assim como um programa normativo não pode ser tratado como

algo normativo se não possuir um âmbito normativo possível no mundo real – o programa normativo é, então, como no caso da disposição obsoleta, apenas texto lingüístico -, o peso material intrínseco do âmbito normativo não pode ser usado contra o programa normativo e, com isso, também contra a normatividade jurídica positiva no todo. (2001, p. 283-284)

O jurista constitui o âmbito normativo ao submeter os fatos a um duplo exame com base no programa normativo: primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida, podem ser justificadamente incorporados na decisão. Isto deve ser passível de controle do Estado democrático de direito, graças à apresentação clara dos argumentos (2011, p. 291)

O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma em frases que formulam os argumentos determinantes nos considerandos da sentença ou da peça jurídica que fundamenta uma decisão. Essa norma jurídica é individualizada num último passo na parte dispositiva.

Sobre esse aspecto, Paulo Bonavides (20012, p. 626) analisa a originalidade da teoria de Müller:

Em verdade, a obra de Müller é a teorização jurídica da *praxis* e sua estruturação por via hermenêutica. Nessa assertiva inserem-se duas originalidades de seu pensamento: a primeira, a natureza jurídica de sua teoria, que não é sociológica nem filosófica, mas estritamente científica; a segunda, a unificação pragmática do *sein* com o *sollen*, isto é, do ser com o dever-ser, na linha de um largo e abrangente realismo, dissolvendo e ultrapassando, assim, a dualidade clássica do positivismo formal mediante o emprego de uma metodologia hermenêutica que se percebe de cunho nitidamente indutivo e que importa a rejeição de todos os elementos dedutivistas, cuja aderência essencial ao texto, supostamente normativo em si mesmo, sempre foi o timbre das correntes formalistas tradicionais.

Para se passar da primeira ideia de norma jurídico-constitucional, normatividade mediata, para a normatividade concreta, precisa-se que esta encontre a medida de ordenação nela contida, a norma-decisão.

Norma-direito e norma-decisão é o resultado da somação de norma-texto e norma-âmbito, sendo o meio de operação utilizado a norma-programa. Assim, a norma-direito é fruto da formulação geral da decisão (silogismo) e a norma-decisão a construção individual da decisão, possuindo uma qualidade dinâmica.

A fórmula geral da norma-direito, gerada da relação acima descrita, é constituída por uma arena de combates semânticos, em que várias soluções são juridicamente sustentáveis, responsável muitas das vezes pela silenciosa mutação constitucional, servindo de parâmetro para a norma individualizada.

Portanto, concretizar uma norma é atividade complexa, podendo ser destrinchada da seguinte forma: analisar texto escrito (norma-texto) e sua interpretação (norma-programa), aliar aos dados da realidade (norma-âmbito) e produzir a decisão geral (norma-direito) e a decisão individual (norma-decisão).

Com efeito, o novo enfoque é indutivo, a norma jurídica é criada pelo jurista *decidendi*, não com base no virtual, mas partindo-se dos textos das normas para elucidar problemas do próprio universo jurídico.

Após o delineamento dos conceitos acima, compreende-se o pensamento de Müller (2011, p. 283/284) quando assevera que:

No entanto, assim como um programa normativo não pode ser tratado como algo normativo se não possuir um âmbito normativo possível no mundo real – o programa normativo é, então, como no caso da disposição obsoleta, apenas texto lingüístico –, o peso material intrínseco do âmbito normativo não pode ser usado contra o programa normativo e, com isso, também contra a normatividade jurídica no todo. Para um modo desestruturado de tratamento, sobretudo em âmbitos normativos fundamentalmente não produzidos pelo direito ou moldados pelo direito em maior ou menor escala, como crença e culto, casamento e família, ciência e arte, isso pode estar proporcionalmente próximo. Como componentes de normas jurídicas válidas, esse deve ser o objetivo comum das idéias normativas fundamentais dos direitos fundamentais (como também das de outras normas), e não, por exemplo, reservas anteriores, externas ou sobrepostas do ordenamento jurídico positivo.

Dessa forma, a hermenêutica tradicional só se preocupava até a etapa da norma-programa, já a teoria estruturante de Müller une dogmática, metódica e teoria da norma jurídica através de uma análise dinâmica do problema, em uma dinâmica complexa de raciocínio, onde o âmbito da norma fundamenta a normatividade através do conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social.

Um operador do direito precisa mais do que conhecer os textos das leis ou se limitar a interpretações gramaticais ou sistemáticas, é imprescindível compreender o contexto social e a particularidade da realidade de quem exerce a cidadania, a fim de ter-se a norma em seu traçado *datiloscópico*.

Não se quer com essa colocação tornar irrelevante o texto da lei, pois Müller considera, em diferentes passagens, o texto como diretiva e limite da concretização possível.

Como a interpretação do texto da norma forma uma parte importante, mas não a única, de conversão de sinais de ordenação normativa aplicada a

determinados casos, é mais apropriado falar-se de concretização de normas e não de interpretação ou exegese. (2009, p.522)

As distinções entre âmbito material, âmbito normativo e programa normativo, suas subdistinções em cada caso concreto e o trabalho com esses conceitos estruturais não podem, em resumo, nem garantir sozinhos que as decisões sejam corretas, nem substituir os “métodos” tradicionais e recentes da aplicação do direito. Oferecem sim, contudo, novos pontos de vistas auxiliares, elementos adicionais para a racionalização, fundamentação e exposição, necessárias e minuciosas, que em numerosos momentos da análise jurisprudencial demonstram sua utilidade para o direito constitucional. (2009, p. 32)

Assim, convivem na concretização de normas constitucionais elementos clássicos numa acepção estrita (interpretação gramatical, histórica, teleológica) e elementos adicionais da análise estrutural (os do âmbito da norma, dogmáticos, teóricos, técnicos de solução e os político-jurídicos).

Müller esclarece (2009, p. 205) que existe uma limitação à concretização da norma, ao prevalecer alguns elementos sobre os demais:

A função da limitação jurídico-estatal do texto da prescrição que se vai concretizar (e do texto da norma sistematicamente tirado de outras prescrições) prevalece sobre os resultados empíricos provenientes do âmbito da norma.

A norma-texto é relevante na metódica estruturante, porque é o ponto de partida inarredável da operação interpretativa e em torno desta que se completa a primeira fase do processo hermenêutico que se empregam as velhas e novas técnicas para se chegar à norma-programa e, por conseguinte, à norma-âmbito.

Para a metódica estruturante, há uma hierarquia dos elementos clássicos diretamente relacionados com a norma, metodológicos tomados numa acepção estrita, os de interpretação gramatical e de genética sistemática frente aos adicionais acrescentados pela metodologia estrutural. Isto se deve ao fato de que estes elementos estão intrinsecamente ligados ao texto da norma, enquanto os demais a textos que não são da norma.

Idêntico mecanismo se dá no catálogo tópico dos princípios de interpretação constitucional, relevantes para a resolução do problema prático, metodicamente operativos no campo do direito constitucional em que princípios jurídico-funcionais (princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (princípio da unidade da constituição e princípio da efetividade dos direitos fundamentais) não podem suscitar

antinomias entre o texto e os espaços de tensão que permitem a densificação normativa.

Relembra Ricoeur (2009, p. 161) em importante passagem que teoria e prática no direito não são senhora e escrava, mas equivalentes, sendo a prática a irmã mais velha da teoria.

Todo esse arcabouço técnico de Müller tem como efeito, segundo Bonavides (2012, p.649) o fortalecimento da positividade, da materialidade e da racionalidade desses direitos, atingindo o ponto auge da função normativa o fortalecimento da legítima democracia.

Após o traçado da concretização do direito, resta saber quais os responsáveis pela nobre tarefa exposta de construir a norma jurídica que o rege.

3.3. O Enfoque institucional da concretização do direito

Toda teoria de hermenêutica material constitucional é sobre valores e sua origem tem como centro de gravidade o homem como titular de direitos, ao qual giram ao seu redor Estado e sociedade.

Quando se muda o enfoque dos direitos individuais para os sociais, com essa transladação a instituição entra no plano das idéias, percebidas principalmente na segunda dimensão de direitos fundamentais.

Esta deve ser entendida da mesma forma que Ricoeur estabeleceu em sua pequena ética, como virtude social, ou seja, um complexo de expectativas de comportamento social oferecidos ao intérprete para o exercício de uma liberdade dirigida através da objetividade material.

Transparece a dessubjetivação exagerada, no perigo pelo mau uso do enfoque institucional, redundar numa estatização da liberdade, pois o processo de construção da norma depreende cuidado com os fatores políticos externos que a permeiam.

Política é entendida aqui como elemento essencial do Estado, inerente ao homem, que pode sofrer desvirtuamento ou não.

Nesse compasso de ideia o professor Henrique Ribeiro Cardoso (2006, p. 4) explicita seu raciocínio aliado ao conceito elaborado por Groppalli de que:

O Estado pode ser conceituado como caso histórico de existência política. Realçando seus elementos constitutivos, “é a pessoa jurídica soberana constituída de um povo organizado, sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social”. A existência política configura a manifestação do social. É comunidade e poder organizados.

É através da política que os fatos do âmbito da norma fazem-se presentes na formação da norma jurídica. Aquela é responsável por “pulsar” o âmbito no corpo do texto da lei.

A decomposição concretizadora da norma jurídica, em elementos interdependentes, nas etapas acima delineadas, faz com que o destinatário da norma, as pessoas afetadas por ela, os titulares de funções estatais e a ciência jurídica controlem sua construção.

Nessa percepção, de transparência do processo para averiguar sua correta construção, os desafios de se concretizar as normas constitucionais não passam despercebidos por J. J. Gomes Canotilho (2001, p. 190), ao ressaltar que:

(...) se a uma teoria da constituição se pergunta, em geral, pelas condições de concretização de uma lei fundamental (debate sobre a faticidade e normatividade do direito constitucional e sobre os pressupostos da força normativa da constituição), à metódica constitucional interessa, sobretudo clarificar o processo de concretização (aplicação, interpretação e controle).

Na averiguação institucional dos titulares da concretização do direito constitucional, aprofunda-se o funcionalismo⁷³ estrutural com o objetivo de se manter o bom ordenamento da sociedade.

Talcott Parsons, conhecido sociólogo norte-americano, autor da Teoria Social da Ação (1968), estuda a noção de divisão de tarefas⁷⁴ na busca da estabilidade ótima (*homeostasis*) e a construção identitária, numa reformulação do conceito de sistema social, como base para aplicar a teoria social da ação a outros campos de conhecimento das ciências sociais, rompendo com o modelo de sujeito cartesiano e com individualismo do sujeito iluminista (VARES, 2013).

Tal perspectiva não foge a seara das ciências sociais aplicadas como é a Jurídica.

Assevera o mencionado sociólogo que é a reciprocidade de expectativas do individual e do coletivo que cria normas e valores a guiar os indivíduos, elaborando “um modelo teórico para que melhor possamos compreender as ações sociais concretas” (MELO, 2013).

Como visto no capítulo I, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, buscando-se a justiça de proteção como instituição e virtude, segundo explicitado no capítulo II, por Paul Ricoeur, e não como sujeito.

⁷³ Funcionalismo é entendido como o caminho que o processo social e os arranjos institucionais contribuem para a efetiva manutenção da estabilidade da sociedade.

⁷⁴ Talcott Parsons refletiu sobre o campo das profissões na sociedade norte-americana de 1950 a 1960.

Explica Paulo Bonavides (2012, p. 655) que:

Com a tese institucional, segundo seus defensores, a lei muda, porém, de figura e se converte, com respeito aos direitos fundamentais, num instrumento positivo que não possibilita como promove a liberdade. Confere-lhe conteúdo, se necessário; pois, de antemão, já se tem o entendimento de que a liberdade possui sua morada na instituição, nela se constitui, nela se desenvolve, nela se concretiza.

O Estado de Direito, nessa perspectiva é concreto, real e efetivo e aufere sua legitimidade democrática das relações mútuas entre os lados subjetivo-individual e o objetivo-institucional do direito fundamental, regulando por meio da “lei democratizada, porém em moldes institucionais de consenso social apurado na autoridade de uma consciência de cidadania, e não aquela lei passada pelo egoísmo do legislador como privilégio de classe.” (BONAVIDES, 2012, p. 658)

Tem-se por objetivo concretizar a norma, segundo a pequena ética ricoueriana, em instituições justas.

Várias são as feições estatais que lidam com a nobreza da tarefa de concretizar direitos dos idosos.

Nesse sentido, vislumbra-se a necessidade de se repartir esta missão entre vários perfis estatais que no Brasil pode ser definido, dentre outros, o Poder Legislativo, o Poder Executivo, a Defensoria Pública, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

No Poder Legislativo, existem comissões temáticas de análise de projetos de leis das Assembléias Legislativas dos Estados, como a Comissão Permanente da Mulher, da Família e do Idoso no Amazonas e a Comissão Permanente de Assuntos da Criança, do Adolescente e do Idoso no Rio de Janeiro.

O Poder Executivo protege o idoso através da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Secretarias estaduais e municipais de direitos sociais, dos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal dos Idosos.

Importante ressaltar que a Defensoria Pública é instituição importantíssima na concretização dos direitos individuais e coletivos dos idosos, sendo expressamente elencada no art. 134⁷⁵, da Constituição Federal, após a emenda Constitucional 80, de 04 de junho de 2014,

⁷⁵Art. 134, da CF. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

como instrumento do regime democrático, na defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

Esta instituição, co-irmã do Ministério Público, possui núcleos especializados no atendimento ao idoso em alguns Estados como os existentes em São Paulo, no Distrito Federal e no Ceará, em que cuida de grande parte das demandas individuais dos idosos no Brasil tendo em vista a porcentagem expressiva de pessoas com mais de sessenta anos de idade com insuficiência de recursos financeiros.

Não é outra a conclusão do estudo feito por Paula Ribeiro (2009, p. 253) quando afirma que:

Como visto anteriormente, 83% da população brasileira pode ser potencialmente assistida pela Defensoria Pública, haja vista perceberem rendimentos de até 5 salários-mínimos. A tabela 3 demonstra que praticamente o mesmo percentual se aplica à população idosa brasileira, haja vista que 73% possuem renda de até 5 salários mínimos e apenas 11% auferem rendimentos superiores a 5 salários mínimos.

No estudo sobre o acesso à justiça aos idosos pela Defensoria Pública a autora se utiliza de dados colhidos do IBGE e do II Diagnóstico da Defensoria Pública e expressa o alto nível de responsabilidade jurídica da nobre tarefa institucional em tutelar individualmente os idosos.

Sobre o Poder Judiciário e o Ministério Público, reservam-se as considerações mais detalhadas para o capítulo IV, quando será trabalhado o acesso à justiça ao idoso, a fim de que não se torne repetitivo o seu conteúdo.

Desta forma, não existe predileção de poderes ou de instituições para a justa concretização do direito dos idosos. Todos devem aceitar o dever constitucional e zelar pela melhor forma de cumpri-lo, utilizando-se da teoria estruturante do direito de Müller.

Canotilho (2001, p. 151) nos ensina que a tarefa de uma possível concretização do justo implica uma atividade mediadora a partir da base da norma-programa, de valoração constitucional, que revela consenso e compromisso normativo-material como fundamento da ordem jurídico-constitucional.

O método jurídico, na lição de Friedrich Müller (2010, 44), é “tanto expressão quanto também instrumento de uma posição jurídica materialmente determinada”, com a teoria estruturante não se visa transformar um Estado de Direito em Estado do Judiciário, num assenhoreamento da Constituição, até porque o estágio atual, da grande maioria dos Estados é classificada como Democrático de Direito, preocupados em politizar a constituição de forma

saudável, tornando os fatos sociais de abrangência constitucional atualizada.

Assim é que Friedrich Müller (2009, p. 214) assevera que:

Só se pode falar sobre a ciência jurídica como ciência na medida em que a dogmática exhibe uma metódica científica; só se pode falar sobre a metódica jurídica como práxis metódica, i. e., como modo de trabalhar cotidiano efetivo de “trabalhadores jurídicos”, titulares profissionais de funções (juízes, funcionários administrativos, promotores públicos, membros de órgão legislativo etc.); não se pode falar, portanto, da metódica jurídica “como tal” no sentido de uma área de análise socialmente localizada, que exhibe correspondências objetuais conforme o seguinte esquema: função-estrutura-métodos de trabalho. Por esses motivos é de pouca serventia determinar o lugar da metódica jurídica com base num tableau “epistemológico” de disciplinas, v.g., no sentido de uma distinção entre ciências naturais e ciências humanas. A metódica jurídica refere-se aos modos efetivos de trabalho de um setor da práxis social com determinadas tarefas, determinados procedimentos, possibilidades específicas de modificação e de controle

Assim, como já asseverado, a responsabilização metódica e política oriunda da teoria estruturante de Müller, requer que a tarefa de concretização da norma seja cumprida por juristas cujo perfil seja diferenciado, mais ativo, com raciocínio apurado interligado às necessidades sociais da “vida boa” preconizada por Ricoeur, sabendo interpretar resultados parciais de estudos empíricos.

A investigação filosófica a que se propõe não consiste em saber quais das funções ou poderes estatais suso mencionadas possui o perfil mais adequado para concretizar o programa constitucional, em que o direito assume a função institucional, pública e objetiva de garantia, da realidade social transformadora, mas refletir de que forma o Ministério Público poderá melhor desempenhá-la.

Este é o cerne do presente trabalho e que será estudado no próximo tópico.

CAPÍTULO IV – A TUTELA PROTETIVA INDIVIDUAL DO IDOSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. Aspectos gerais do acesso à justiça ao idoso

O direito fundamental ao acesso à justiça⁷⁶ está consagrado nas Constituições democráticas mundiais e visa à forma igualitária e universal de tratamento digno aos direitos do homem, por meio da tutela jurídica.

Como visto no capítulo I, os países em crescimento necessitam de uma legislação que implante a política de respeito e apoio ao idoso, num nível de cidadania superior ao existente, num incentivo de autonomia pessoal de estilo de vida, tornando-o igualmente acessível ao Estado, pelo saudável viés de observância de suas peculiaridades, seja demandando judicialmente ou sendo resguardado socialmente de forma espontânea por suas instituições.

No Brasil, a Lei Maior irradia seus comandos quando prevê expressamente em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade humana, elevando à categoria de direito fundamental (art. 5º, incisos XXXV, LXXVIII, da CF) a prestação jurisdicional eficaz em caso de lesão ou ameaça a direito.

Apresenta-se tímida o que a letra da lei oferece, quantitativa e qualitativamente, para proteção almejada, mas ainda assim, percebe-se que os idosos nos países desenvolvidos são titulares de políticas públicas que fluem com prioridade e atenção merecidas, saindo o Estado da situação passiva para a atuante, possibilitando de fato o acesso do idoso à justiça em sua acepção mais larga.

E qual a melhor conceituação de acesso à justiça?

Para José Cichoki Neto (1999, p. 61), a expressão acesso à justiça pode ser compreendida da seguinte forma:

Acesso à justiça engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo perpassa por aquela que enfoca o processo como um instrumento para a realização dos direitos individuais e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado, a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas principalmente proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

⁷⁶ Acesso à justiça não está no sentido de acesso ao Poder Judiciário, mas ao Estado como um todo para pacificação de conflitos.

Em similar vertente, o raciocínio se traduz no seguinte pensamento jurídico:

Por muito tempo, o termo “acesso à justiça” foi visto com os olhos de acessar unicamente ao Poder Judiciário, sendo este com o poder de ouvir as pessoas e solucionar os conflitos que as fizeram procurar o Estado representado pelo juiz. Hoje isso tudo mudou. Não basta apenas o legislador trabalhar para melhorar a forma de ajuizar ações, mas sim de colocar essas ações nas “mãos” de uma ordem jurídica justa, que atenda aos princípios constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. (VALLE, COSTA, 2013)

A acessibilidade ao Poder Judiciário no sistema brasileiro é realizada de forma pontual, autorizada sempre pela legislação, e não constitui o único caminho para se resolver um conflito ainda que eminentemente se provoque o Estado para que ele possa dizer o direito através das “vozes” dos juízes nos processos ou nas lápides das histórias de vida que suplicam e clamam por uma chance de serem ouvidas e de que alguém perceba a verdade escondida pelas provas, pelas provas e outras 'súplicas'. (ROCHA, LIMA, 2013)

Assim conceituar o acesso à justiça é uma tarefa difícil que pode ser considerada como um instrumento estatal de realização do direito ao cidadão, tomando por vezes a feição de processo; em outras, de função facilitadora da justiça.

Neste momento será tratado o primeiro aspecto: do processo como um instrumento para a realização dos direitos individuais dos idosos para no próximo tópico focar a função estatal do Ministério Público, como defensor do ordenamento jurídico e do regime democrático, para ampliar esse acesso à justiça individualmente aos idosos.

O conceito de acesso à justiça sofre mutação, inclusive quando se diz respeito ao Processo Civil em sua cultura demandista individual.

A justiça, ainda no século passado, consistia para o Estado, essencialmente, na capacidade de um sujeito se tornar parte numa ação, mas Capelletti e Garth já se preocupavam com o que chamam de “afastamento da pobreza no sentido legal”⁷⁷, ou seja, a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições” (1988, p. 9).

Movimentos fizeram com que o governo reconhecesse direitos e deveres sociais básicos, numa atuação positiva do Estado, sendo o acesso à justiça ponto central da moderna processualística.

Demandas individuais se proliferaram e ganharam repercussão coletiva, gerando a implantação de técnicas instrumentais que visam a uma resposta célere do Estado às demandas sociais.

⁷⁷ O conceito de pobreza em sentido legal não coincide com desprestígio financeiro ou econômico, mas em vulnerabilidade, ser o mais fraco numa relação.

Tantas reformas processuais de contenção da crise numérica dos processos judiciais mostraram-se inócuas com o decorrer do tempo, pois o ponto de estrangulamento apenas mudava de instância, sem entrega qualitativa da prestação.

Sob o ponto de vista processual, inúmeras foram as tentativas de facilitar o acesso à justiça, multiplicando os instrumentos processuais.

Percebeu-se que o aglomerado de processos e as inúmeras reformas processuais não importavam na concessão de uma tutela efetiva, pois muitas das vezes julgamentos em massa, como por exemplo, de efeito repetitivo, provocavam uma avalanche de decisões injustas.

Sob essa ótica, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2013, p. 161) preleciona:

A nossa realidade é caracterizada por uma “cultura demandista”, uma vez que as pessoas se acostumaram a confiar a decisão e suas contendas a um terceiro imparcial, como se fosse mais capaz do que os próprios conflitantes de promover a justiça no caso concreto. Além disso, o magistrado, em regra, adota uma postura direcionada para solução impositiva do conflito, através da sentença, e não para a sua pacificação por meio da promoção do diálogo. Conseqüência disso é o grande volume de processos, com longos prazos de duração, que constitui um entrave para a concessão de uma tutela efetiva e justa pelo Judiciário.

Tornou-se imperiosa a necessidade de se buscar alternativas suasórias para uma verdadeira mudança de paradigma, necessitando partir para a auto e a heterocomposição a fim de se desobstruir o Poder Judiciário.

Mancuso (2011, p.186) nos revela que:

A experiência tem mostrado que não adianta focar apenas a “produção de respostas jurisdicionais”, sem atentar para o *input*, ou seja, para a entrada massiva e crescente de novos processos, os quais, em sua grande maioria, poderiam e deveriam ser endereçadas a outros órgãos e instâncias, inclusive os parajurisdicionais, capazes de recepcioná-los e resolvê-los em modo justo e tempestivo. Ai, sim, se estaria a lidar com a causa ao invés de apenas tentar combater as conseqüências, como até hoje, basicamente, se tem feito.

A apreensão estrita desse princípio deve ter a conotação prospectiva de se tentar a resolução dos conflitos por meios alternativos que não o Poder Judiciário, sabendo-se de antemão que essa via se encontra preservada e aberta, em caráter subsidiário e seletivo para pacificação social, como se dá nos conflitos desportivos (art. 217, §1º, CF) e nas lides arbitrais (art. 267, VII do CPC).

Nesses termos que o Conselho Nacional de Justiça publicou em 29.11.2010 (DJE

01.12.2010) a Resolução 125⁷⁸, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências com o seguinte teor:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

A releitura do aludido direito fundamental diz respeito a uma ordem jurídica justa, efetiva, donde a entrega processual tenha qualidade de conteúdo, atenda às suas especificidades e não seja vista apenas como uma tese jurídica abstrata, de conteúdo repetitivo, e de resolutividade atemporal.

Rodolfo Camargo Mancuso traz interessante raciocínio que reforça o aqui dito:

Em verdade, o inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, ao vedar que a lei venha a excluir do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, não foca o jurisdicionado como seu precípua destinatário, e sim o legislador; de outro lado, tampouco aquele enunciado garante que venha sempre examinado o mérito dos históricos de danos temidos ou sofridos, sabido que a resolução do fulcro das demandas depende do atendimento das condições de admissibilidade da ação, e, ainda, que o processo que lhe serve de instrumento atenda aos pressupostos de existência e validade. (2011, p. 24)

Deve o analista da questão judiciária brasileira não se deixar seduzir pelos brilhos falsos de uma singela lógica de resultados (v.g. julgamentos em massa de recursos repetitivos; trancamento liminar de ações replicadas; enfim, redução, a qualquer preço, da pletora de processos), expedientes que, sem embargos do que possam contribuir para aliviar o estoque de processos, não atingem o escopo daquilo que realmente conta para o jurisdicionado, a saber, a qualidade da prestação jurisdicional, a qual, para se legitimar como tal, deve-se revestir de seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a efetiva fruição do bem da vida, valor ou direito reconhecidos na decisão. (2011, p.36)

O legislador, em vão, através da nomocracia⁷⁹, busca, incessantemente, um filtro para conter a contenciosidade social, ataca apenas a consequência, olvidando-se de investigar a

⁷⁸Esta Resolução 125 possui como *consideranda* “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e execução de sentenças”.

⁷⁹Tendência a responder aos problemas com novas normas.

causa da situação, ou seja, foca apenas em restringir a quantidade de processos nos tribunais e se esquece de trabalhar, culturalmente, a cidadania extrajudicial.

Assim, deve-se pensar no artigo 5º da CF de forma harmônica e integrada, donde os direitos e garantias fundamentais do acesso à justiça (inciso XXXV) mereçam inter-relação com o devido processo legal (inciso LIV) e prestação jurisdicional em tempo razoável (inciso LXXVIII) sob pena de substituir a morosidade excessiva pela injustiça célere.

Ainda no último quartel do século passado, são elencadas por Cappelletti e Garth (1988, p. 68) algumas barreiras de acesso à justiça como custas judiciais excessivas ou uma isonomia desconexa pela existência de litigantes organizacionais, sendo apontado pelos autores acima como soluções práticas ou ondas: assistência judiciária para os pobres, representação dos interesses difusos e a representação em juízo como um novo enfoque de acesso.⁸⁰

Tendo observado que as técnicas obstativas de recursos não solucionam o problema numérico das demandas e que algumas vezes o meio suasório não logra êxito, ainda assim, teremos outro caminho de acesso à justiça a seguir, trata-se das duas últimas ondas elencadas acima, às quais cuidaremos a seguir, dando ênfase ao papel do Ministério Público no cumprimento do estimular a verdadeira cidadania dos idosos, visto que estes, no Brasil, assumem um papel de hipossuficientes devido ao sentimento de segregação, desvalorização e perda de espaço social.

O Legislativo editou algumas leis em defesa do idoso, destacando-se a 8.842/94 (Política Nacional do Idoso - PNI) e 10.741/03 (Estatuto do Idoso - EI), com as alterações proporcionadas no Código de Processo Civil, sendo estes os principais instrumentos legais de realização da cidadania do idoso, com destaque para o trabalhado no Título V (O Acesso à Justiça) da mencionada lei de 2003.

Não nos atendo aos direitos em espécie, mas a algumas regras processuais que viabilizam a efetividade daqueles, vemos que as diferenças objetivas e subjetivas de complexidade dos litígios dos maiores de 60 anos merecem respostas específicas da Justiça.

Sob o enfoque instrumental, prevê o art. 69 do EI aplicação subsidiária do procedimento sumário naquilo que a lei não dispuser em contrário.

Busca-se, dessa forma, tutelar o direito, levando-se em conta a peculiaridade da idade da parte tutelada.

Tudo que não se enquadra como procedimento ordinário é considerado por boa parte

⁸⁰Essa terceira onda centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas .

da doutrina como tutela diferenciada⁸¹, sendo imperioso ao Judiciário empregar a melhor técnica nas relações processuais concretas.

Sobre o tema há duas passagens esclarecedoras na obra de Godinho que expressam o entendimento esposado.

A importância da tutela jurisdicional diferenciada está no reconhecimento da necessidade de o processo adaptar-se a diferentes situações decorrentes do direito material, que, exatamente por serem variadas, não são adequadamente tuteladas por um único procedimento comum ou ordinário. (2010, p.66)

O Estatuto do Idoso- e os microssistemas em geral – não é ele próprio uma tutela diferenciada, mas prevê e depende de tutelas diferenciadas para a efetiva proteção dos idosos. Entretanto, e como não poderia deixar de ser, no Estatuto do Idoso trabalha-se com o procedimento plenário, chegando o legislador até mesmo a tentar incluir uma alínea no inciso segundo do artigo 275 do Código de Processo Civil, para generalizar o procedimento sumário para causas envolvendo idosos, o que acabou sendo vetado. Além disso, o art. 69 do Estatuto do Idoso prevê a aplicação subsidiária do procedimento sumário, o que demonstra que não estamos diante de uma tutela diferenciada em sua plenitude. (2010, p.68)

Uma melhora na especialização da rede de proteção do idoso, como já preconizado no capítulo III, aprimorará o seu acesso à justiça, tanto pela assistência jurídica da Defensoria Pública, pelas Delegacias especializadas, pelos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de Proteção à pessoa idosa, quanto pelo Ministério Público e Judiciário, com formação de quadro técnico que subsidiará a implementação de direitos.

O Estado precisa desenvolver e disponibilizar às pessoas idosas serviços capazes de assegurar o combate à violação ou ameaça à lesão dos direitos fundamentais dos idosos, levando-se em conta (RAMOS, 2006) que aduz:

A rede de proteção deve ser formada, nos municípios maiores, por Promotoria do Idoso, Vara do Idoso, Defensoria do Idoso, Conselho de Direitos do Idoso, atendimento domiciliar do idoso, residência temporária para idosos que são vítimas de violência, centro-dia para atendimento de idosos que necessitam de atendimento diário especializado e contínuo, oficina abrigada de trabalho para que o idoso complemente sua renda, casas-lares, capacitação de cuidadores de idosos e conselheiros, reserva de leitos em hospitais gerais, atendimento especializado nos consultórios dos hospitais públicos, os quais devem possuir médicos geriatras.

⁸¹ A classificação tutela diferenciada caiu em desuso pelos incontáveis ritos especialíssimos que se desenrolam no ordenamento jurídico.

Nesse sentido que a sociedade necessita da implantação das varas especializadas e exclusivas para idosos, nos termos do art. 70⁸² do EI, similar ao que acontece nos arts. 145⁸³ e 148⁸⁴ do ECA.

Pode-se criar uma vara específica para tutelar o direito dos idosos, que não permita o julgamento de pretensões apenas pela faixa etária das partes, mas que diga respeito também à competência para oferecer uma prestação jurisdicional que atenda a um contexto social de melhora na qualidade do envelhecimento.

Depreende-se que delimitar a competência exclusiva de uma vara apenas para idosos pelo fato de o tutelado ser sexagenário, redundará na instalação do caos, já que, conforme anteriormente informado, a população envelhecida só cresce no Brasil, sendo necessária a delimitação temática do assunto aliada ao aspecto etário de proteção, sob pena de hipertrofia da tutela de idosos.

Algumas iniciativas já foram cumpridas como a que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em atitude pioneira, criou a Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, através da Lei Estadual 4.504, de 11 de janeiro de 2005, com a competência para fiscalizar, orientar e apurar irregularidades em instituições e abrigos para idosos, além de garantir medidas de proteção e atendimento à terceira idade.

Nilson Tadeu Silva (2012, p.174 e ss.) informa, exemplificativamente, que idêntico posicionamento teve o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através da Resolução 224/2005, que criou a Vara da Infância, da Juventude e do Idoso na Comarca de Santos; o

⁸² Art. 70. O Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso.

⁸³ Art. 145. Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.

⁸⁴ Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente; VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis. Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder familiar; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimimento dos registros de nascimento e óbito.

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que criou em 26 de março de 2009 a Vara do Idoso da Comarca de São Luís; e o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que em 2010 atingiu a marca de dois Juizados Especiais Cível e Criminal de Idosos na Comarca de Belém.

Na esfera federal, houve uma experiência única do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4ª) que criou, pela Resolução 27, de 07 de março de 2005 (DJU de 11.03.2005, p.251), em Maringá, Paraná, uma Vara do Idoso e do Sistema Nacional de Habitação, mas que não deu certo, nem tanto pela inadequação da via resolutiva de constituição ao invés da legal, pelo fato de que as questões envolvendo interesse de idosos na esfera federal se restringem, na maioria das vezes, à natureza previdenciária.

Essa unidade jurisdicional de julgamento foi transformada, em 27.10.2006, em Juizado Especial Federal Cível, sob a alegação de que a prioridade de atendimento aos idosos se daria em qualquer vara.

Para Nilson Tadeu Silva (2012, p. 176), há um equívoco na criação de varas exclusivas para idosos, ou junto às de criança e adolescentes, porque a população de idosos não é homogênea, inclusive em termos patrimoniais.

Contudo, tem-se que nenhum segmento social é homogêneo, posto que assim como preceituado no capítulo I que há velhices, também há infâncias, de contexto multifacetário diverso, tendo sentido sua crítica de que a faculdade de criar a vara especializada do idoso deve estar atrelada às matérias delimitadas, afetas ao próprio juízo.

Nesses termos, Rosmar Rodrigues Alencar (PINHEIRO, 2012, p. 417) comenta o artigo 70 do EI:

É que, para o caso específico da criação de varas especializadas, para o processamento e julgamento de causas envolvendo direitos de pessoas idosas, as leis de organização judiciária, para que bem dimensionem a competência de cada órgão jurisdicional – não perdendo de vista que a população idosa no Brasil vem aumentando –, deverão adotar como critério não só o relativo à qualidade da pessoa – com idade igual ou superior a sessenta anos –, mas aquele conjugado em razão da matéria, como, por exemplo, varas de família, da fazenda pública, de direito da seguridade social (saúde, assistência e previdência social) e de interesses difusos e coletivos das pessoas idosas, sendo prevalente, em caso de conflito, o foro da pessoa idosa, quando tal critério não prejudicar a solução eficaz do litígio.

E nem se valha da idéia de agregar na mesma vara interesses de crianças, adolescentes e idosos, pois a prioridade absoluta de atendimento de um fará a do outro prejudicada.

Esse é o entendimento de GODINHO (2010, p. 146):

Não nos parece ser este o caminho mais adequado, ao menos pelos seguintes motivos: 1) as varas de infância e juventude já possuem imenso volume de trabalho e agregar-se competência não contribuirá para a efetividade da prestação jurisdicional; 2) embora o Estatuto do Idoso tenha estrutura bastante semelhante à do estatuto da Criança e do Adolescente, chega a ser intuitivo que cada um possui especificidade própria e necessita de tratamento diferenciado, não havendo nada que indique que o juiz da infância esteja mais apto para julgar causas envolvendo idosos em situação de risco; 3) não se sabe como será respeitada a prioridade na tramitação dos processos, já que as crianças e adolescente possuem a garantia constitucional da “absoluta prioridade” (art.227).

Portanto tem-se que a hipertrofia da tutela do idoso se dá não pela previsão legal da criação de uma vara exclusiva a idosos, mas desta sem delimitação material, posto que apenas levar em consideração de critério etário para fixação de competência pode redundar numa discriminação vedada pelo art. 3º, IV, da CF.

Sobre a possibilidade do Tribunal de Justiça criar varas com competência para julgar criança, adolescente e idoso, o STF de forma reflexa (por via oblíqua ou *obiter dictum*, que não integra o dispositivo da decisão) já se posicionou pela possibilidade, conforme trecho transcrito:

A impetração de *habeas corpus* objetivando o reconhecimento da incompetência do juízo processante. Ausência de juízo natural. Ilegitimidade. Falta de ataque à liberdade de ir e vir. HC não conhecido. A legitimidade do Ministério Público para impetrar *habeas corpus* deve-se restringir aos casos em que haja interesse do paciente, especialmente relacionado à liberdade de ir e vir. O ato normativo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que fixou vara específica para a apreciação de processos penais envolvendo os delitos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no estatuto do Idoso, não ofende a liberdade do paciente (HC 90.303, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12.06.07, DJE de 11.04.08).

Outra mudança simbólica ocorrera quando da implementação da prioridade na tramitação dos autos que o sexagenário seja parte ou substituto processual, conforme art. 71⁸⁵ do Estatuto do Idoso, pois tal preceito incorporou, através da Lei 12.008/09⁸⁶, a alteração

⁸⁵ Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância. § 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. § 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos. § 3º A prioridade se estende aos processos e

dos arts. 1211-A, 1211-B, 1211-C⁸⁷, do CPC, fazendo-se necessário, tão somente, o requerimento seguido da prova da idade pela juntada do registro geral no processo.

Importante ressaltar que o art. 71, §2º, do EI de 2003 foi derogado pelo art. 1211-C, tendo em vista que a prioridade de tramitação dada à parte idosa não cessa com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do sucessor cônjuge ou companheiro.

Esta modificação do artigo, pelo critério cronológico, também não retrata o acesso à justiça que o idoso merece porque a transmissão do direito de prioridade a quem não tenha originariamente a proteção pelo fim social do *telos* legislativo, transforma a proteção efetiva do vulnerável num adorno procedimental.

Segundo levantamento realizado nos *sites* do STJ e STF, durante os meses de janeiro a julho de 2012, desenvolvido no trabalho de Sheila Rocha e Isabel Lima (2013), sobre as demandas que tenham como alvo direito do idoso, dão conta de que as matérias mais recorrentes foram as ligadas ao consumidor como gratuidade em transporte coletivo e aumento abusivo de planos de saúde pela mudança de faixa etária, medicamentos, empréstimos consignados, pagamento preferencial de precatórios, atendimento prioritário, prescrição penal pela metade, adequação de estabelecimento para cumprimento de pena, e incorporação de gratificações, sendo lamentável o resultado de inexistência de estatística específica em relação a esse público jurisdicional, impossibilitando a análise da duração razoável do processo.

As autoras concluíram que não há como exercer o controle da garantia de prioridade de tramitação dos feitos judiciais e o apontamento estruturado dos principais problemas reclamados pelos idosos, dificultando a implantação de políticas públicas voltadas para o acesso à justiça a esse segmento social.

Confunde-se, portanto, atendimento prioritário na prestação jurisdicional com a

procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária. § 4º Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis.

86Referida alteração no CPC leva em conta como prioritária a tramitação dos processos não só aos que contam com mais de 60 anos de idade, mas também às pessoas com limitações e/ou graves problemas de saúde previstas no art. 69-A da Lei 9.784/99.

87 Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias. Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. § 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. § 2º (VETADO) § 3º (VETADO) Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável.

simples aposição de tarja na capa dos autos de trâmite mais célere.

Rodolfo Mancuso (2011, p. 315-316) tece crítica sobre o tema, apontando como privilégio a prioridade de tramitação dos autos para os idosos, no trecho a seguir transcrito:

O só fato de “ser idoso”, isolado de qualquer outra circunstância agravante, não pode significar (ou, ao menos, não necessariamente) algum tipo de carência, deficiência ou vulnerabilidade, bastando ter presente os numerosos e notórios casos de pessoas longevas que inobstante, continuam fruindo de suas capacidades mentais e físicas (condição dita agerazia), compondo a parcela ativa e produtiva da população; não raro, a capacidade mental até se exala, com tantos exemplos dentre intelectuais, escritores, cientistas, compositores, políticos, empreendedores. (...) a virtualidade de uma parte vir a falecer durante o trâmite do processo não se restringe, por óbvio, somente às pessoas idosas, mas a quem quer que dele participe, independentemente da idade; aliás, justamente por isso, prevê o CPC, para tal eventualidade, a suspensão do processo para a devida habilitação de herdeiros (art. 265, I e 1.055).

Dessa forma, considera o aludido autor que a idade cronológica, prevista abstratamente, sem somação a outro critério justificador, caracteriza-se numa vulnerabilidade putativa, merecendo o cotejo da proporcionalidade em cada caso concreto.

Percebe-se que os arts. 1211-A, 1211-B e 1211-C se encontram em harmonia com a diretriz de política nacional do idoso consistente na “priorização do atendimento ao idoso órgãos públicos e privados prestadores de serviços”, prevista no art. 4º, VII, da Lei 8.842/94.

De certo que não há condicionamento para a concessão do benefício, mas tão pouco é privilégio. Considerando essa situação peculiar do idoso de pessoa presumivelmente mais perto do fim da vida e o fato notório da sobrecarga de processos nos tribunais, essa é uma solução que favorece o princípio da igualdade e da dignidade humana assegurada no art. 230 da CF.

Diz Rosmar Rodrigues Alencar (PINHEIRO, 2012, p. 421-422) inclusive que:

A exigência do requerimento é justificada, porquanto nem todo processo em que figure pessoa idosa como parte ou interveniente a tramitação prioritária vem a favorecê-la. Em algumas situações, notadamente quando haja indicação de que o provável resultado final da demanda lhe será desfavorável – a exemplo da execução fiscal, cujos embargos ajuizados pelo devedor idoso tenham poucas chances de êxito e estejam suspendendo o processo executivo -, a tramitação prioritária não lhe trará benefícios.

Outro ponto que chama atenção diz respeito ao caráter personalíssimo do pedido, a pessoa que detém o interesse jurídico deve fazer o pedido e uma vez aceito pelo juiz, não se revoga nem mesmo com a morte da parte idosa.

Percebe-se, portanto, que essa prerrogativa de trâmite célere é das demandas

individuais, podendo o processo coletivo gozar de tal benefício apenas se existir a vara especializada e exclusiva para tramitar os feitos dos idosos, pois nesse caso o idoso não ocuparia o pólo ativo da ação.

Quanto ao aspecto processual coletivo, outro artigo que se destaca é o de número 80, que prevê que a ação coletiva deve ser proposta no foro do domicílio do idoso, como critério fixador de competência absoluta, excepcionando a Justiça Federal especializada e Tribunais Superiores, diferentemente da do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública (LACP) e art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que prevê o local do dano como competência funcional.

Esta regra deixa sem resposta a indagação de que aos idosos de diferentes domicílios pode interessar o ajuizamento da ação no local do fato, mas se o réu suscitar a incompetência absoluta ou se o juiz a declarar de ofício lhe trará prejuízo.

Ensina Oscar Hugo de Souza Ramos (PINHEIRO, 2012, p. 494) que no texto originário do projeto de lei a competência era fixada nos moldes da ação civil pública, mas após os debates no Legislativo, entenderam que o correto seria o domicílio do idoso.

Certo que a Lei 8.069/90, no art. 209, prevê a competência absoluta o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou a omissão, o que também não se harmoniza com a dicção do CDC e LACP, entretanto o mais adequado, no caso do Estatuto do Idoso, seria a lei prever uma competência relativa, na esteira do art. 101 do CPC.

Se o processo coletivo está permeado de relevância social que o torna *ultraparte*, não é coerente adotar nesse caso um critério de competência de interesse particular.

Importante compreender que a legislação referente ao idoso está em transformação, mas toda reforma acaba por desembocar em novas reformas. Pensando neste aspecto, é necessário vislumbrar de que maneira o Ministério Público possa facilitar seu acesso à justiça.

4.2. O Ministério Público e sua promoção da concretização dos direitos individuais do idoso segundo a metódica jurídica normativo-estruturante de Frederick Müller

Para se realizar o “resultado conforme a coisa”, norma segundo os fatos sociais, é necessário que haja um responsável pela tarefa metódica de concretizar.

Friedrich Müller (2010, p. 28) afirma que:

Uma metódica do direito constitucional diz respeito à concretização da

constituição pelo governo, administração pública e legislação em medida não inferior da concretização operada pela jurisprudência e pela ciência do direito. Só a didática do direito constitucional, enquanto campo *sui generis*, fica excluída do âmbito de análise. Onde normas constitucionais estão em jogo, a legislação, a administração pública e o governo trabalham, “em termos de metódica da constituição”, em princípio do mesmo modo o Poder Judiciário e a pesquisa da ciência jurídica. Uma metódica do direito constitucional diz, portanto, respeito a toda ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais. O estilo de trabalho de todas essas instâncias pode ser apreendido de forma estruturalmente unitária na matéria fundamental e em larga escala “cientificizada” do direito constitucional.

O sujeito particular estranho à relação de poder estatal-indivíduo, nas suas relações entre pares também tem sua ação constitucionalmente orientada, mas isso se dá de forma indireta. É o que é chamada por Sarlet (2001, p. 337) de eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais oriundo da concretização dos indivíduos entre si.

Resta a delimitação de quem são os sujeitos concretizantes da verdadeira normatividade ou os sujeitos que colocam a norma em contato com a realidade de forma ordenada.

Nesse sentido questiona-se: quais as funções estatais que se alinham a um Estado pós-positivo?

Ultrapassando-se a função tripartite do Estado consagrada na posição de Montesquieu, Eduardo Ribeiro Moreira (2012, p. 51/52) nos ensina que:

O constitucionalismo contemporâneo acerta quando explica que as funções do Estado estão para muito além das tradicionais, advindas de uma divisão tripartite. Remetemos à função clássica apresentada por Montesquieu, em que o Poder Judiciário julga (e interpreta as leis nos EUA), o Poder Executivo administra e o Poder Legislativo elabora leis. Seja pela expansão das funções do Estado, seja pelo desenvolvimento dos freios e contrapesos, a posição defendida por Montesquieu nos parece superada. Por isso devemos olhar para além das funções tradicionais do Estado.

Sem grande esforço, poder-se-ia destacar a função julgadora, a função legislativa, a função administrativa, a função fiscalizadora, a função intervencionista, a função promocional dos direitos fundamentais, a função internacional harmonizadora e a função ponderadora.

Em que pese haja a possibilidade de a norma ser concretizada por qualquer operador jurídico⁸⁸, destaca-se a função estatal fiscalizadora da ordem jurídica e de defesa do regime democrático, a função promocional dos direitos fundamentais e a função ponderadora

⁸⁸Não há hierarquia entre esses operadores, estando, inclusive, a Defensoria Pública, como mencionado no subtópico “O enfoque institucional da concretização do direito” está habilitada a tutelar o direito individual do idoso de forma apropriada.

desempenhadas com excelência, no Brasil, pelo Ministério Público.

Mazzilli (2007, p. 11) assevera que há uma estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente.

Faz parte da essência da democracia, como visto no Capítulo III, atualizar as leis por meio do âmbito normativo, levando em conta para construção da norma das estruturas reais da vida social.

Müller (2001, p.284) em sua Teoria Estruturante do Direito diz que:

O “sistema de direitos fundamentais” assim compreendidos não é fechado, nem passível de ser concluído pela concretização da Constituição. Ele está decisivamente relacionado ao objetivo de unidade do ordenamento fundamental livremente democrático. Uma “unidade” das estruturas reais da vida social, estruturas essas materialmente determinadas e paralelamente asseguradas pelos direitos fundamentais e que, sob o ponto de vista metódico, aparecem como âmbitos normativos, está fundamentada nisso e também no princípio do Estado de Direito e em sua diferenciação e correlação de funções que articula e assegura aos cidadãos sua liberdade.

Desta forma, tem-se que o ordenamento jurídico objetivo apenas fornece os parâmetros para o início dos argumentos jurídicos, mas depende do sujeito concretizador para densificar o sistema de direitos fundamentais aberto, por meio da mediação com os fatos sociais, a fim de que atinja a justiça como instituição.

Relembrando o já mencionado art. 127 da Constituição Federal, vê-se no Ministério Público um papel de supremo destaque constitucional ao preceituá-lo como: “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático”.

Paulo Roberto Barbosa Ramos ressalta a importância dessa Instituição:

Reconhecendo a importância das outras especializações do Ministério Público, todas voltadas para defender os cidadãos dentro de um contexto social extremamente complexo, onde ao mesmo tempo que se é regido por uma Constituição democrática, na medida em que elege o ser humano como a primeira de suas primeiras prioridades, convive-se com um contexto internacional radicalmente nefasto ao homem como ser portador de direitos, gravadas de forma luminosa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que todos os povos civilizados do pós-guerra assentaram sua organização social, a especialização voltada para a defesa das pessoas idosas sobressai sobre as demais, em razão de objetivar o respeito aos direitos daquelas pessoas que são sempre vistas como necessitadas de piedade e ajuda. (2014. p. 173)

Diante disso, salta aos olhos a importância do Ministério Público na defesa desse segmento social, porquanto tem a tarefa principal de reverter esse quadro de desrespeito a seus direitos, especialmente através de ações que despertem a atenção da sociedade para a necessidade de sua garantia, lançando

mão de todos os instrumentos jurídicos à sua disposição, especialmente o inquérito civil, a ação civil pública e a ação penal como forma de demonstrar a sociedade que se transitou da barbárie à civilização, traduzida pela efetividade das normas que reconhecem os direitos humanos como imprescritíveis e invioláveis. (2014. p. 175)

Refletindo o redesenho do poder estatal através das funções explicitadas, as figuras institucionais presentes na Constituição Democrática do Brasil e as lições de Müller sobre concretização dos direitos fundamentais, vê-se o Ministério Público como uma das configurações mais adequada do Estado em desenvolver a tarefa da metódica estruturante do direito social.

Configurado como Estado-Ação, diante do denso arcabouço constitucional, o Ministério Público oxigena a veia democrática de defesa de interesses sociais e funciona como a instituição indicada na perseguição assecuratória da concretização dos direitos pelo Poder Executivo.

Robson Godinho (2010, p.82) aduz que “não soa excessivo afirmar que o Ministério Público otimizou o acesso a uma adequada tutela dos direitos, fortalecendo a democracia e contribuindo para a realização do Estado de Direito”.

Na prática, o fortalecimento do regime democrático se dá quando o Ministério Público desenvolve papel importante no processo de conscientização dos direitos dos idosos, sendo esse um dos principais legados de seus esforços.

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 176) foi iluminado ao escrever que:

Nesse ponto, o Ministério Público pode dar uma grande parcela de contribuição às pessoas idosas, especialmente através da conscientização de seus direitos, da orientação sobre os mecanismos judiciais de garantia de sua cidadania, cobrando do Estado, dos particulares e dos demais cidadãos uma nova postura diante desse segmento social, que segundo as mais atualizadas pesquisas, já corresponde a mais de 11% da população brasileira. Assim, conscientizados e, e, razão disso, exercendo pressão sobre os centros de poder do estado, provocarão a materialização dos direitos que lhes assistem fato que chamará a atenção do resto da sociedade civil para os resultados que ela poderá alcançar se devidamente organizada. Em isso ocorrendo, os representantes do Ministério Público terão colaborado decisiva e definitivamente para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, meta maior dessa instituição.

A consciência nacional de Ministério Público retrata a sua presença social nos mais diferentes rincões, tendo como justa a criação da norma, na acepção de Müller, ao caso concreto, no amplo espectro difuso e coletivo das liberdades públicas.

Dessa forma, a Administração, quer omitindo-se à concretização de direitos sociais,

quer violando-os, a sociedade tem no Ministério Público o porto-seguro institucional para exigir o cumprimento da hermenêutica contemporânea ora estudada, de forma a fortalecer o Estado como um todo.

Ao analisarmos as atribuições previstas no art. 129, incisos III e IX ⁸⁹da Constituição Federal, observa-se a abertura constitucional de suas atribuições condicionada à pertinência teleológica da Instituição Ministerial.

Não há como se falar em promoção de concretização do direito individual do idoso se não se falar da atuação por excelência do Ministério Público na tutela transindividual dos sexagenários.

No que diz respeito à defesa coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público, a sua legitimidade é prevista no art. 74, I, da Lei 10741/2003⁹⁰ para proteção dos direitos difusos e coletivos dos idosos.

Campo fértil de atuação reside na omissão administrativa da implantação de políticas públicas para salvaguarda da dignidade dos idosos.

Segundo Mancuso (2011, 401), “o processo coletivo previne a judicialização dos mega conflitos e prefere ao manejo massivo de demandas repetitivas”, sendo preferencial a jurisdição coletiva ao invés das vias individuais para solução de conflitos intersubjetivos, atomizados, de mesma *causa petendi*, propagada a ação civil pública, como resposta molecularizada, em defesa de interesses individuais homogêneos de forma mais célere e isonômica.

A legitimidade para agir nessas ações está intrinsecamente ligada à relevância social do interesse do portador judicial, suplantando demandas singulares que se tornam desiguais pela presença do poder de capital em apenas em um dos lados do conflito, que provocam a formação de uma decisão-quadro sobre o assunto.

Godinho (2010, p. 197/198) elenca, novamente, as questões coletivas mais freqüentes a serem propostas por um Membro do Ministério Público, além do acesso ao lazer e cultural, como a seguir transcrito.

Assim, poderá ser ajuizada ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos; ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos (art. 79, I e II, do Estatuto

⁸⁹Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

⁹⁰Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

do Idoso); ação coletiva para fornecimento de medicamentos; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade), conforme art. 38, II e III, do Estatuto do Idoso, etc.

Outros casos corriqueiros são trazidos por Iadya Maio (2009, p. 231) que também retratam o combate coletivo à violência aduzida no art. 4º⁹¹ do EI, cujo teor se segue:

Pode-se detectar tal violência na peregrinação por diversos serviços que, muitas vezes, impõe-se ao idoso até receber o atendimento devido, na falta de atendimento preferencial e nas longas filas para recadastramento ou percepção de benefício ou aposentadoria, na burocracia para obtenção de direitos, na falta de acesso aos transportes e ao direito à gratuidade ou quando os motoristas “arrancam” sem aguardar que os idosos se acomodem em seus assentos, na omissão e inexistência dos serviços de saúde, educação, segurança e até mesmo de atendimento jurídico para aqueles idosos mais necessitados economicamente e, ainda, na falta de qualidade no atendimento, humanização e eficácia dos serviços públicos, entre tantas outras formas de mau atendimento que são dispensadas àqueles, entre tantos outros que podemos observar.

Questão de deslinde duvidoso diz respeito ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que será tratado no tópico 4.2.1, sobre a ilegitimidade do Ministério Público nas ações para a defesa de direitos individuais homogêneos, sem que tenha cunho de relação de consumo, como as de fundo previdenciário.

Segundo Godinho (2010, p. 200) a pretensão veiculada na ação é que revela qual direito está sendo tutelado e não a matéria (objeto jurídico) que é tutelado no processo, assim se pede revisão de benefício, se está diante de direito coletivo; se se reclama repetição de pagamento, direito individual homogêneo.

Soma-se a esse argumento, como já exposto na abordagem de direitos individuais, o fato de o art. 74, I, do Estatuto do Idoso, atribuir ao Ministério Público o dever de ajuizar ações de defesa de interesse individual homogêneo de idoso.

Dessa forma, o óbice se esvai. Há legitimidade *in re ipsa* desta Instituição Permanente para a defesa dos direitos dos segurados da previdência social conforme será visto no tópico jurisprudência.

Ainda sobre a tutela coletiva sabe-se que com o advento da Lei 11.448/07 a legitimidade para propositura da ação civil pública ganhou mais um legitimado: a Defensoria Pública.

⁹¹Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Acontece que a interpretação de toda lei merece a sistematicidade constitucional e diferentemente do que prevê a Constituição Federal em seu art. 127, III, para o Ministério Público, para a Defensoria a defesa das pessoas necessitadas, art. 134.

Como cada instituição guarda em si sua essência, através das finalidades e objetivos definidos em lei, entende-se que, apesar de a sociedade ter sido presenteada com essa ampliação de acesso à justiça, a Defensoria apresenta limites ligadas ao desejo da Lei Maior, qual seja, proteger o economicamente hipossuficiente.

Coerente é o pensamento de Godinho (2010, p. 208-209) quando aduz que:

Não se pode negar que há uma disputa de poder nessa discussão acerca dos limites da legitimidade, o que provocou uma compreensível reação corporativa do Ministério Público, mas, tecnicamente, não há como se considerar a Defensoria Pública como um legitimado universal, a ponto de igualar o campo de atuação das duas Instituições.

Constitucionalmente isso é impossível, o que não afeta em nada o reconhecimento da fundamental relevância da Defensoria Pública para o acesso à justiça e a tutela de direitos, mas o processo coletivo não é uma panacéia ou uma ação entre amigos, em que a técnica deve ser afastada em nome de uma ampliação de legitimidade pretensamente benéfica aos titulares de direitos. Há limites constitucionais que devem ser respeitados, não sendo ocioso recordar que a regra de competência não é um cheque em branco.

Se for certo que as pessoas possuem características próprias no ato de envelhecer que influenciam a velocidade da incapacitação física e emocional, não é menos verdade que a morte é o termo final que se presume mais próximo de quem se enquadra como idoso.

Por isso, a necessidade de se procurar ampliar o acesso da demanda individual pela função estatal do Ministério Público, mesmo que esta tenha apenas reflexos de indisponibilidade.

A Constituição Federal legitima extraordinariamente a atuação social de acesso à justiça dessa Instituição nas situações previstas nos arts. 127 e 129, incisos III e IX ⁹² da Constituição.

Trata-se de uma autorização genérica de substituição processual para a tutela de

⁹² Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

direitos indisponíveis decorrente de uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata de conteúdo muito mais específico do que o art. 82, III, do CPC ⁹³, em que se atribui a competência ao Ministério Público para intervir em todas as causas em que há interesse público.

Em que pese a prescindibilidade de previsão em lei ordinária do dever de atuar do Ministério Público nas situações elencadas, o Estatuto do Idoso, expressamente consagra em seus arts. 74, I e III ⁹⁴ e 81, I ⁹⁵, que o Ministério Público atuará na tutela individual dos idosos em situação de risco, buscando a maior efetividade do processo pela satisfação do direito do jurisdicionado na conformidade do art. 43 ⁹⁶.

Entretanto o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que decidido no Recurso Especial nº 664.978/RS, rel. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005, p.266, já decidiu, ignorando o art. 462 do CPC, que o Ministério Público é ilegítimo para propor ação, antes da vigência do Estatuto do Idoso, para pleitear fornecimento de medicamentos para pessoa idosa.

⁹³ Art. 82, III, do CPC. Compete ao Ministério Público intervir: (...) III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

⁹⁴ Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco; III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei; IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar; V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo: a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso; VII – zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis; VIII – inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas; IX – requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições; X – referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei. § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei. § 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público. § 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a toda entidade de atendimento ao idoso.

⁹⁵ Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente; I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; III – a Ordem dos Advogados do Brasil; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária (...)

⁹⁶ Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III – em razão de sua condição pessoal.

Robson Renault Godinho (2010, p.127) tece argumentos sobre essa decisão com o seguinte jaez:

Não concordamos com esta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, pelas seguintes razões: 1) legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público decorre do art. 127 da Constituição; 2) o Estatuto do Idoso reforça essa legitimidade e poderia ser aplicado ao caso concreto; 3) o fornecimento de medicamentos relaciona-se com o direito à vida e, portanto, deve ser buscado pelo Ministério Público ante a evidente indisponibilidade do direito; 4) o Ministério Público não possui legitimidade ativa apenas para causas coletivas; 5) o fato de uma ação ser rotulada de ação civil pública não interfere em nada com a questão de legitimidade, especialmente porque o direito de ação prescinde de pia batismal.

A efetiva tutela dos direitos materiais está atrelada ao correto manuseio da técnica processual adequada, sendo admissíveis todas as espécies de ação pertinentes aos idosos, conforme o art. 82 do Estatuto.

Segundo Ivan Luís Marques (2013, p. 91), “... o Estatuto do Idoso não adicionou funções ao Ministério Público, apenas ratificou suas atribuições constitucionais”.

A melhor hermenêutica traça o entendimento de que se a Constituição Federal legitima o Ministério Público para ação judicial de direitos individuais indisponíveis (art. 127 da CF) e outros previstos em lei (art. 129, III e IX, da CF) e se o Estatuto do Idoso, portanto a lei ordinária que a Lei Maior exige, por meio dos arts. 43, 74 e 81, permite a compreensão que até mesmo o direito individual homogêneo está acobertado por tal legitimidade extraordinária, do tipo substituição processual, tanto em causas em que o Estado é omissor como em razão da condição pessoal do idoso, por qual razão o Ministério Público não teria a legitimidade para propor a referida ação civil pública de demanda, tutelando o idoso individualmente em situação de risco?⁹⁷

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, através do REsp 822712/RS, DJ 17.04.2006, p.196, Rel. Min. Teori Albino Zavascki e o Supremo Tribunal Federal, através do RE- AgR 554088/SC, Rel. Min Eros Grau, DJe 112, 20.06.2008, firmou orientação contrária e por se tratar de direitos individuais indisponíveis aceitaram a legitimação do Ministério Público.

Segundo Godinho (2010, p.134), o Ministério Público poderá atuar como substituto processual em outras ações, que enumera, casuisticamente:

⁹⁷ Como argumento de reforço, vê-se que o art. 15 § 2º do Estatuto do Idoso dispõe 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 ou reabilitação”.

Além da ação judicial para fornecimento de medicamentos, do tratamento adequado de saúde e da ação de alimentos, que já mencionamos anteriormente, o Ministério Público é legitimado, exemplificativamente, para as seguintes ações individuais em favor dos idosos: registro tardio de nascimento – ação fundamental para o resgate da cidadania e da qual decorrem diversos direitos; interdição; revogação de instrumento de procuração; anulação de negócio jurídico; afastamento do lar, de parentes que causem maus-tratos aos idosos; ação, para garantir internação hospitalar para tratamento do idoso, contra planos e seguros de saúde; *habeas corpus* para fazer cessar constrangimento decorrente de internação indevida em clínicas; ajuizamento das medidas de proteção previstas nos arts. 43/45 do Estatuto do Idoso etc.

E completa o suso mencionado autor (GODINHO, 2010, p. 137), citando Sérgio Shimura, em uma espécie de diálogo tardio e virtual com Cappelletti:

Mencione-se, nesse mesmo sentido, a afirmação de Sérgio Shimura: “limitar a legitimidade do Ministério Público é limitar o acesso da pessoa – pobre⁹⁸ – à justiça. É ir contra toda a filosofia criada em favor da defesa dos cidadãos, fechando as portas do Judiciário na prestação da tutela jurisdicional”. Sabe-se que a tutela dos direitos dos idosos em muito se assemelha com a preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) pela semelhança da rede de proteção à pessoa vulnerável que se diferencia, principalmente, pelo aspecto cronológico, merecendo, ambos, tratamento especial de proteção.

Assim, chega-se ao problema prático que requer um desenrolar neste trabalho: como se deve proceder quanto às demandas individuais dos idosos, até mesmo com aparência disponível, que se acumulam no gabinete do Ministério Público? O Membro do Ministério Público deve arquivar e remeter o procedimento administrativo ao órgão executivo competente para que adote a medida adequada ou tutelar o direito através da concretização da teoria estruturante de Müller?

Para se chegar à resposta da primeira indagação, cabe a análise do aporte justificador dos textos constitucionais já mencionados, arts. 127 e 230, que imputam ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo estes últimos, dentre outros, o previsto no dever da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁹⁸ Pobre é utilizado no sentido de vulnerável.

O próprio Estatuto do Idoso (arts. 43, I; 45⁹⁹; 74, I a IV) prevê a aplicação de medida de proteção individual específica pelo Ministério Público mesmo quando, exemplificativamente, ofenderem sua condição pessoal, como a que leve a promoção da revogação de instrumento procuratório dado pelo idoso por absoluta necessidade de cobertura para sua manutenção financeira.

Pela dicção legal acima, vê-se que seria possível ao Ministério Público tutelar individualmente o idoso nas suas demandas mesmo nas que possuam aparência de disponíveis.

No entanto, essa conclusão não soa inconstitucional por ferir o art. 127 da CF, tendo em vista que não se trata de direitos individuais homogêneos ou indisponíveis e que não há interesse público inerente a todas as hipóteses protetivas elencadas no art. 74 do Estatuto do Idoso?

São inúmeros os casos de demandas desse jaez que se acumulam nos gabinetes dos Promotores de Justiça e que merecem uma concretização adequada.

Nesse sentido, Nilson Tadeu Silva (2012, p. 192) aduz que:

A sobreposição de barreiras socioambientais e atitudinais, aliada à equivocada (se não deficiente) legislação embasada em critérios de assistencialismo e paternalismo, impede a inclusão do idoso e exige do Poder Judiciário interpretação tópico-sistemática da Constituição asseguradora as efetivação de garantias jusfundamentais ao mesmo, permissiva da integração das duas dimensões conceituais do tempo, *kronos* e *kairos*.¹⁰⁰

Apenas pela hermenêutica positivista teríamos a resposta pela inconstitucionalidade do problema, mas esta seria uma resposta apressada frente ao uso da metódica estruturante de Friedrich Müller.

Conhecer a realidade dos idosos no mundo e no Brasil, conforme elencado no capítulo I, requer a estruturação da norma constitucional segundo os ensinamentos de Müller como previsto no capítulo III e a pequena ética de Ricoeur estudada no capítulo II.

O simples texto, conforme assinalado no item 3.2, é apenas o início da compreensão

⁹⁹Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação; V – abrigo em entidade; VI – abrigo temporário.

¹⁰⁰Segundo o autor em mesma página da citação, *Kronos* é o conceito formal de tempo desvinculado da influência humana, como a chegada do crepúsculo e *Kairos* conceito material de tempo, ligado à ideia de produtividade.

da norma, em que contará com a hermenêutica de entrelace hiperbólico do programa do âmbito normativo.

A compreensão do problema alcança, portanto, a interpretação de que o Ministério Público pode tutelar outras situações lacunosas legalmente, desde que o âmbito fático, de vulnerabilidade exacerbada do idoso, como no caso dos países subdesenvolvidos como o Brasil, necessite do reforço de proteção aos mais velhos.

Limitar os casos que a condição pessoal ou a ameaça de risco ao idoso possa levar à sua tutela individual pelo Ministério Público é tarefa que importa ao jurista de construir a norma-decisão.

Para cada particularidade ter-se-á uma norma, mas a fim de manter-se a estabilidade e segurança jurídicas cabe-nos pensar no que seria a norma direito dos tempos hodiernos.

O fato de a pessoa ser idosa, por si só, não a faz vulnerável pela própria condição, mas qualquer situação de risco que a exponha a torna ao menos reflexamente sob a alçada da tutela ministerial, isto porque faz parte do regime democrático de uma sociedade a proteção da condição social isonômica.

Tem-se, desta forma, que o Ministério Público devendo zelar pelo regime democrático (art. 127, da CF) da República Federativa do Brasil, constituída como Regime Democrático de Direito pelos próprios termos da Lei Maior (art. 1º, *caput*, da CF), tem que levar em conta nessa estruturação da norma a influência do fundamento da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e do objetivo fundamental de promover o bem de todos sem o preconceito de idade (art. 3º, IV, da CF) quando da análise do programa normativo.

Este argumento aliado ao contexto social de abandono do idoso, como já explicitado no item 2.1, responde à indagação de que mesmo nas demandas individuais dos idosos, aparentemente disponíveis, que se acumulam no gabinete do Ministério Público, deve o Membro do Ministério Público tutelá-lo.

Em se tratando de idosos no Brasil, o perfil desse direito individual disponível possui influência de interesse público que direciona o papel do Ministério Público frente ao binômio programa e âmbito normativos.

Assim é possível ao Ministério Público tutelar individualmente o idoso nas suas demandas mesmo nas que aparentemente disponíveis, tendo em vista que atividade hermenêutica é complexa e leva em consideração fatores extra e além da simples subsunção positivista que pode levar ao entendimento de que mesmo aquele direito disponível, como o financeiro, possa implicar uma situação de risco.

4.2.1. Análise jurisprudencial do problema

Em que pese, no decorrer do trabalho, já se tenha citado alguma jurisprudência sobre o tema acesso à justiça ao idoso, é no decorrer deste tópico que se pretende analisar a repercussão nos tribunais da legitimidade do Ministério Público para tutelar seus direitos individuais.

Paulo Bonavides (1984, p. 263) aduz que a jurisprudência, na teoria estruturante de Müller, visa o argumento mais próximo ao texto da norma, rompendo com o pressuposto apriorístico de uma norma jurídica previamente dada como pronta para ser aplicada e procura compreender, no quadro de uma teoria da geração do direito, a produção prática como um processo retrovinculado aos princípios do Estado de Direito.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já julgou que a atuação do Ministério Público em favor dos interesses individuais indisponíveis do idoso depende da autorização expressa da lei, declarando a ilegitimidade ativa do MP em ação que foi proposta antes da vigência da Lei 10.741/2003 (RESP 66978/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005).

Tal concepção não corresponde à melhor concretização de direito constitucional, pois fere a própria norma-texto prevista no art. 129, III e IX, da Constituição Federal, aliado ao art. 5º, III, “e” da LC75/93¹⁰¹, e ao art. 25, VI, “c” da Lei 8.625/93¹⁰², não possuindo a melhor aplicação do direito.

Outra orientação do STJ¹⁰³ é no sentido de que não é em qualquer caso envolvendo

¹⁰¹LC75/93. Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: (...) III - a defesa dos seguintes bens e interesses: (...) e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso.

¹⁰²Lei 8.625/93. Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público (...) VI- exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência.

¹⁰³PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDICAÇÃO NECESSÁRIA AO TRATAMENTO DE SAÚDE. IDOSO. LEI N. 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. (STJ. REsp 878.960/SP, Rel. Mini. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJe 13.09.2007) (Grifamos)

Só o fato de ser pessoa idosa não denota parâmetro suficiente para concretizar a relevância social a exigir a intervenção do Ministério Público, pois ela somente é obrigatória, sob pena de nulidade, quando estiverem em litígio direitos dos idosos em condição de risco (art. 74, II da Lei nº 10.741/2003 c/c art. 43 da mesma Lei). (AgRg no REsp nº 1.182.212/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23.08.2011).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. DIREITO DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA. PESSOA IDOSA. COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO. NECESSIDADE. ART. 43 DA LEI Nº 10.741/2003. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO. I - Conforme entendimento desta Corte Superior, o direito à Previdência Social envolve direitos disponíveis dos segurados. Portal motivo, é possível que o segurado renuncie à aposentadoria, como objetivo de aproveitamento do tempo de

interesses de idosos que o Ministério Público deve intervir, mas tão somente naqueles casos em que ficar comprovada a situação de risco para o idoso.

Prima o julgado pela legitimidade do MP nas ações caracterizadas por relevância social ou interesse público no feito, sob pena de ausência de interesse jurídico da ação.

Diferentemente foi o entendimento quando se trata de direito individual homogêneo e defesa dos interesses difusos, coletivos e sociais sob o ângulo material ou imaterial como se deu com os idosos prejudicados na atualização de dados de 2003 em que o Ministério Público Federal (MPF) foi considerado parte legítima para pedir indenização em favor dos idosos que foram obrigados pelo INSS a se recadastrar para continuar recebendo suas aposentadorias e pensões, em virtude do desconforto e humilhação gerados a nonagenários ao enfrentar filas nos postos de atendimento da autarquia¹⁰⁴.

contribuição e posterior concessão de novo benefício, muitas vezes mais vantajoso. II - **O só fato de ser pessoa idosa não denota parâmetro suficiente para caracterizar a relevância social a exigir a intervenção do Ministério Público. Deve haver comprovação da situação de risco, conforme os termos do artigo 43 da Lei nº 10.741/2003, sob pena de obrigatória intervenção do Ministério Público, de forma indiscriminada, como custos legis em toda e qualquer demanda judicial que envolva idoso.** III - É inviável, em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, tendo em vista o óbice contido no verbete Sumular nº 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." IV - Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp 1235375/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12.04.2011, DJe 11.05.2011) (Grifamos)

¹⁰⁴ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127, 'CAPUT', E 129, II E III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ART. 1º, IV, DA LEI 7347/85. ARTS. 74 E 75 DA LEI 10.741/03. DANOS MATERIAIS E MORAIS. BENEFICIÁRIOS NONAGENÁRIOS ECENTENÁRIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. MEMORANDO/CIRCULAR/INSS/DIRBEN Nº 29, DE 28.10.2003. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso, ante a *ratio essendi* dos arts. 127, 'caput'; e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; e arts. 74 e 75 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Precedentes do STJ: EREsp 695.665/RS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 12/05/2008; REsp 860.840/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/04/2007; e REsp 878.960/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 13/09/2007.

2. Os arts. 127, 'caput'; e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; e arts. 74 e 75 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), dispõem que: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...)

129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Art. 74. Compete ao Ministério Público: I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; II - promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco; III - atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei; IV - promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar; (...) Art. 75. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis. 3. **In casu, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública quanto à condenação dos demandados ao pagamento de indenização, por danos morais e materiais,**

No caso em comento, o juiz de primeira instância chegou a extinguir a ação sem entrar no mérito, por considerar que o MPF não detinha legitimidade para representar os idosos no caso. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) manteve a sentença do juiz sob o argumento de que se tratava de direitos ou interesses que, embora homogêneos, eram individuais e disponíveis.

Para o Ministro-Relator Luiz Fux, as ações que versam interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas. Segundo o ministro, a ação em si não se dirige a interesses individuais, embora o resultado do julgamento possa ser aproveitado pelo titular do direito individual que não tenha promovido ação própria.

Tem-se que o entendimento de que o Ministério Público tenha legitimidade para tutelar direito individual homogêneo, como indenização por dano material e moral do desarrazoado critério de recadastramento de pessoas com mais de 90 anos de idade, mas há uma discordância quanto ao fundamento.

O direito individual homogêneo se caracteriza por possuir um objeto jurídico divisível e titulares determinados ou determináveis, diferentemente do que consta nas ações difusas e coletivas que adota a indivisibilidade do objeto.

em favor dos idosos, com mais de 90 (noventa) anos de idade, atingidos pelos efeitos do Memorando-Circular/INSS/DIRBEN 29, de 28.10.2003, o qual determinou a suspensão do pagamento dos benefícios previdenciários àqueles beneficiários, obrigando-os a comparecerem às agências do INSS para recadastramento, revela hipótese de proteção de interesse transindividual de pessoas idosas, portanto, legitimadora da atuação do Parquet (arts. 127, 'caput', e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; art. 1º, IV, da Lei 7347/85; e arts. 74 e 75 da Lei 10.741/03).4. 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.5. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 6. O Parquet sob esse enfoque legitima-se a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos, coletivos e sociais sob o ângulo material ou imaterial. Precedentes do STF: **RE 554088** AgR/SC, Relator Min. EROS GRAU, julgamento: 03/06/2008, Segunda Turma, Publicação DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC20-06-2008; e **RE 470135** AgR-ED, Relator Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007.7. As ações que versam interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.8. **A ação em si não se dirige a interesses individuais, mercê de a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.**9. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. **O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.**10. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.11. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal. (REsp 1005587/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.12.2010, DJe 14.12.2010) (Grifamos)

Não é impossível saber quantos aposentados nonagenários tiveram seus benefícios previdenciários suspensos por falta de atualização de dados cadastrais e fixar o valor de danos materiais e morais. Basta ter acesso ao sistema do INSS, fato este que aproxima esta tutela da de feição individual do idoso.

A relevância social que possui o contexto do direito do idoso aos danos materiais e morais é que tornam o Ministério Público apto a acionar a União e o INSS para fins de pleitear direito individual disponível: indenização pecuniária.

Não se quer com isso que quando se trate de direitos dos idosos em demandas individuais sempre haja intervenção do Ministério Público, mas tão somente quando o binômio programa normativo e âmbito normativo o exigir. Não é o caso, por exemplo, da demanda do idoso que pleiteia danos materiais e morais por lesão de consumo por atraso de voo.

Cabe ao Ministério Público, como Estado, adotar a postura de agir para minimizar a violência institucional à qual o sexagenário está submetido. Esse é o pensamento de Iadya Maio (2009, p. 238) ao asseverar que:

Na omissão ou negligência do Poder Público, na falta de políticas públicas e de prestação de serviços, ou no caso de seu oferecimento insatisfatório, há de se reconhecer a existência de violência institucional praticada contra o idoso, com a impensável atuação do Ministério Público no seu enfrentamento.

Assim, mesmo nas ações que tutelam direito individual disponível do idoso deve o Membro do Ministério Público lançar seu olhar estrutural mülleriano a fim de perceber se o âmbito normativo de abandono estatal permeia a proteção da pessoa idosa, transformando aquele direito disponível em reflexamente indisponível pela relevância social circundante.

Num raciocínio lógico, tem-se que o STJ se equivoca nos REsp Nº 1.030.065/PI e REsp n. 770.741/PA, ao aduzir que MP não tem legitimidade para pleitear direito individual disponível do benefício previdenciário.

Mais uma vez se tem que não a lei seca e pura que dá o viés hermenêutico concretizador, mas somente diante da análise completa dos elementos estruturais da metódica constitucional de Friedrich Müller que se saberá da legitimidade ou não do Ministério Público.

Com esse entendimento, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵ ao firmar que o MP tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos

¹⁰⁵ **1. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Ativa. Caracterização. Ministério Público. Ação Civil Pública. Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH.**

dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Neste mesmo sentido, menciona-se também o Recurso Extraordinário 635109/DF, da lavra do Min. Relator Luiz Fux, julgado em 06.04.2011, publicado no DJe-065.¹⁰⁶

Infelizmente alguns tribunais a exemplo do TRF 4ª Região¹⁰⁷, TJMG¹⁰⁸, TJSP¹⁰⁹ entendem abstratamente que o MP não tem legitimidade para pleitear direito individual disponível de idoso, sem análise nenhum do âmbito normativo.

Tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do MP. Inteligência dos art. 127 e 129, incs. II e IX, da CF. Precedentes. O Ministério Público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação. 2. RECURSO. Embargos de declaração. Acórdão. Correção de erro material na ementa. Revogação de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Embargos acolhidos, em parte, para esses fins. Embargos de declaração servem para corrigir erro material na redação da ementa do acórdão embargado, bem como para excluir condenação ao pagamento de multa, quando descaracterizada litigância de má-fé.(RE-AgR- ED/ MT 470.135, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 22.05.2007, DJe 29.06.2007) .

¹⁰⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS E SOCIAIS RELEVANTES. POSSIBILIDADE.1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ações na defesa de direitos que, embora individuais, possuem relevante interesse social. Precedentes: RE 163.231, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 29/06/01, RE 472.489, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 29/08/08, AI 383.919-AgR, 1ª Turma, DJ de 11/04/03, AI 516.419, Min. Gilmar Mendes, DJe de 30/11/10, RE 514.023-AgR, 2ª Turma, DJe de 05/02/10 e RE 470.135-AgR- ED. Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 29/06/07.2. In casu, o Ministério Público está deduzindo relevante interesse de segurados da previdência social cujos benefícios assistenciais e/ou previdenciários foram suspensos sem prévia notificação, sem processo administrativo e sem direito de ampla defesa e contraditório; vale dizer: sem que lhes fossem permitido defender a legalidade dos seus benefícios através do devido processo legal. 3. Recurso extraordinário provido.

¹⁰⁷ EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. IDOSO. DEMANDA INDIVIDUAL. DIREITO DISPONÍVEL. A Terceira Seção deste Tribunal já assentou o entendimento segundo o qual o Ministério Público não detém legitimidade para intervir no processo em que idoso capaz pleiteia direito individual disponível. (TRF-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 195 PR 2004.70.12.000195-7 (TRF-4) Data de publicação: 19/10/2009).

¹⁰⁸ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO INDIVIDUAL - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR A AÇÃO EM NOME DE OUTROS QUE NÃO MENORES E IDOSOS - ORDEM GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE. O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando a defesa de direitos individuais *strictu sensu*, e, portanto, divisíveis. Pode agir, entretanto, em ação civil pública que visa pleitear o fornecimento de remédios, mas apenas em nome de idoso e de menor, em razão das disposições dos respectivos estatutos. (TJ-MG - 102200700714480011 MG 1.0220.07.007144-8/001, Data de publicação: 28/03/2008).

¹⁰⁹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ministério Público - Prestação de serviço público e obrigação de fazer - Determinação ao Estado para que forneça fraldas descartáveis geriátricas ao interessado - Sentença procedente - Interesse individual - Necessidade de se tratar de direito indisponível e homogêneo - Inocorrência no caso - Ilegitimidade do Ministério Público - Paciente que não é menor nem idoso - Sentença reformada - Recursos providos.Encontrado em: 2ª Câmara de Direito Público 23/02/2012 - 23/2/2012 Apelação / Reexame Necessário REEX. (TJ-SP - Apelação / Reexame Necessário REEX 3799308220098260000 SP 0379930-82.2009.8.26.0000, Data de publicação: 23/02/2012)

Compreendendo o que foi dito neste trabalho, o TJDF¹¹⁰ concretizou o direito dos idosos admitindo que o MP tenha legitimidade para pleitear direito individual homogêneo do idoso, sem se importar se é indisponível, a exemplo do empréstimo bancário.

Por si só, é equivocado afirmar que o Ministério Público tem legitimidade para concretizar direito individual, mesmo disponível, do idoso.

Portanto, percebe-se que a jurisprudência necessita levar em conta em suas decisões os fatos violadores, o direito discriminado em lei e o contexto social em que se situam as normas para que se possa chegar à norma jurídica que tutela o direito individual do idoso pelo Ministério Público.

4.2.2. A aplicação prática do deslinde nas Promotorias do Idoso pelo Brasil: uma análise dos atos administrativos que delimitam suas atribuições

Inexiste uma uniformização no catálogo de atribuições determinadas às Promotorias de Justiça que trabalham com a questão do idoso pelo Brasil.

Em que pese haja uma delimitação legal que parametriza toda atuação do Membro do Ministério Público, é imprescindível para uma boa administração da Instituição a regulação da matéria pelo Colégio de Procuradores de Justiça¹¹¹ a fim de haja transparência e objetivo no desempenho almejado.

A organização e o foco são palavras-chave no alcance da defesa da ordem jurídica e regime democrático pelo Ministério Público.

¹¹⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINARES - LEGITIMIDADE ATIVA - MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO - EXPRESSÃO SOCIAL - NÃO EXIGÊNCIA DE INDISPONIBILIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEIÇÃO -GRUPO ECONÔMICO - DISCRIMINAÇÃO QUANTO À IDADE - EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - ESTATUTO DO IDOSO - VIOLAÇÃO - DANOS MORAIS COLETIVOS - INEXISTÊNCIA. 1. A Constituição Federal confere ao Ministério Público legitimidade ativa para as ações que visam proteger direitos individuais puramente indisponíveis e os direitos de natureza homogênea, assim considerados em virtude do número de pessoas atingidas e da relevância social envolvida. 2. Ainda que pessoas jurídicas distintas, as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do CDC. 3. As propostas para concessão do crédito devem ser analisadas de forma individual. Afasta-se a redução dos limites do crédito e a exigência de fiador quando adotados como regra geral e consubstanciados unicamente no fator etário. 4. Apesar de ocasionar transtornos, a atitude da instituição financeira não afrontou a moralidade dos idosos. Não está caracterizada a existência de danos morais coletivos. 5. Apelo parcialmente provido. (TJ-DF - APELACAO CIVEL APC 20060110389530 DF, Data de publicação: 14/06/2007)

¹¹¹ Lei 8.625/93, Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: II - propor ao Procurador-Geral de Justiça a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.

Sendo analisados dezesseis¹¹² atos administrativos reguladores das atribuições da capital, hora chamados de resolução outras de ato normativo, do Ministério Público Estadual (AM, AC, BA, CE, ES, MA, MG, PA, PE RJ, RN, RS, SC, SE, SP, TO) chegou-se às seguintes conclusões:

- Quanto à abrangência do ato administrativo na matéria específica do idoso: 8 atos reguladores (AM, ES, MA, PA, PE, RN, SE, TO) das atribuições eram genéricos, regulando a divisão das atribuições ministeriais nas mais diversas áreas, e 8 atos eram específicos (AC, BA, CE, MG, SP, RJ, RS, SC);
- Quanto à existência de Promotoria de Justiça especializada na matéria do idoso: 3 Estados (MA, PE, RS) possuem Promotorias de Justiça Privativa do Idoso; 9 Estados (AC, BA, CE, ES, MG, PA, RJ, RN, SC) possuem Promotorias de Justiças do Idoso com atribuições cumulativas com Pessoas com Deficiência e/ou Direitos Humanos; e 4 Estados (AM, TO, SE, SP) possuem Promotorias de Justiça que cuidam de idosos de forma genérica, com mais de três atribuições substanciais cumulativas, como direito da mulher, assistência social, fiscalização de políticas públicas, discriminação racial, apoio a vítimas de crimes
- Quanto ao detalhamento das atribuições da Promotoria de Justiça que tutelam individualmente o idoso: 7 Ministérios Públicos (ES, MG, RN, RS, SC, SE, TO) possuem atribuição genérica na Capital, sem especificar quais sejam; 3 Ministérios Públicos (AC, MA, PA) restringem a tutela do Ministério Público a tutela dos direitos individuais indisponíveis e individuais homogêneos); e 6 Ministérios Públicos (AM, BA, CE, PE, RJ, SP) delimitam as atribuições à proteção do idoso, permitindo a tutela do direito individual de qualquer gênero.

Levando-se em consideração o primeiro aspecto, abrangência do ato administrativo da matéria específica do idoso, apenas sete Ministérios Públicos tratavam da matéria relacionada à pessoa idosa, pessoa com deficiência e/ou direitos humanos de forma específica (AC, BA, CE, MG, RJ, RS, SC, SP), sendo que os demais regulamentavam além da matéria da saúde, educação, direito das mulheres e até mesmo a distribuição de atribuições de todas as Promotorias da Capital.

Quanto à existência de Promotoria de Justiça especializada na tutela do idoso, foi verificado que São Luís/MA (Resolução nº019/2013) conta com a 16ª e 17ª Promotorias de Justiça Especializada da Defesa do Idoso e Recife/Pernambuco (Resolução nº 0004/2005) com

¹¹² Amostragem que possibilita a análise de mais da metade das unidades federativas do Brasil.

a 30ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital especializada exclusivamente na defesa do idoso e a 52ª Promotoria que atua junto ao Juizado Especial Criminal do Idoso.

Em Porto Alegre/RS, há uma situação *sui generis*, pois em que pese a denominação da Promotoria de Justiça seja Defesa dos Direitos Humanos, apresenta um núcleo da área do idoso que conta com dois Promotores em atuação.

Nove Ministérios Públicos possuem Promotorias Especializadas em Idoso e Pessoas com deficiência. a) Rio Branco/AC (Resolução nº003/2010) possui uma Promotoria Especializada de Defesa da Cidadania que cuida de idosos e pessoas com deficiência; b) Salvador (Resolução nº042/2014) possui o Grupo de Atuação Especial de Defesa dos Direitos dos Idosos e das Pessoas com Deficiência – GEIDEF; Vitória/ES (Resolução 010/2008, Anexo I) conta com o 11º Promotor de Justiça afeto a questões de idosos, pessoas com deficiência e minorias étnicas; c) Fortaleza/CE (Resolução nº 018/2014) apresenta duas Promotorias de Justiça Cíveis (17ª e 19ª) destinadas a atuar na defesa dos direitos e garantias da pessoa idosa no âmbito da tutela coletiva e três Promotorias de Justiça Cíveis (21ª, 22ª e 37ª) destinadas a atuar na defesa dos direitos e garantias da pessoa idosa no âmbito da tutela individual; d) Belo Horizonte/MG (Resolução nº 028/2007) possui o 137º e o 138º Promotor de Justiça afeto aos direitos dos idosos e a pessoas com deficiência; f) Belém/PA possui três cargos de Promotor de Justiça afeto à Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência e dos Idosos, e de Acidentes de Trabalho; g) Rio de Janeiro/ RJ (Resolução GPGJ nº 1701/2011) conta com a 1ª, 2ª e 3ª Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa Portadora de Deficiência; h) Florianópolis/SC (Ato nº 242/2010) que possui a 30ª Promotoria de Justiça para atuar na área da Cidadania, com exclusividade nos feitos relativos aos idosos e a pessoas com deficiência; e i) Natal/RN (Resolução nº012/2009) que possui o 9º, o 30º e o 42º Promotor de Justiça na defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência e do Idoso.

Quatro Capitais apresentam Promotorias de Justiça que tratam da matéria do idoso ligadas a outras além da proteção à pessoa com deficiência: Aracaju/SE (Resolução nº007/2011) apresenta a 4ª Promotoria de Justiça dos Direitos do Cidadão, especializada na defesa do acidentado do trabalho, do idoso, do deficiente, dos direitos humanos em geral e dos direitos à assistência social, na proteção aos direitos da mulher, na fiscalização das respectivas políticas públicas, no combate à discriminação racial e apoio às vítimas de crimes; possuem Promotorias de Justiça do Idoso com atribuições cumulativas com Pessoas com Deficiência ou Direitos Humanos; Manaus/AM que trata de que todos os Promotores de Justiça com atribuições na proteção e defesa dos direitos constitucionais terão atribuição para lidar com direitos constitucionais, educação, cultura, desporto, lazer, saúde pública, previdência social,

defesa dos direitos dos idosos, direitos dos portadores de necessidade especiais (SIC: pessoas com deficiência), assistência social e promoção dos direitos humanos; Palmas/TO (Portaria 401/20014, referendada pelo Colégio de Procuradores na 82ª sessão ordinária - 04.08.3024) em que a 30ª Promotoria de Justiça é responsável, de forma precária pela proteção da pessoa com deficiência, idosos, exceto relações de consumo, saúde e criminal; e São Paulo/SP (Ato Normativo nº 593/2009) que conta a Promotoria de Justiça de Direitos Humanos com atribuições de defesa aos direitos dos idosos, pessoas com deficiência, saúde, práticas discriminatórias, risco iminente a direitos fundamentais.

Interessante a divisão de atribuições em Fortaleza pelo MP/CE que de cinco Promotorias Cíveis, destina duas para as tutelas coletivas dos idosos e três para as tutelas individuais, das quais estas últimas não possuem apenas a competência para promover defesa de direitos indisponíveis, mas também para agir como substituto processual e revogar instrumento procuratório como determina a Lei 10.741/2003.

Cabe mencionar que Ato nº051/2012 do MP/TO que atribuía a tutela do idoso e demais causas à 22ª Promotoria de Justiça foi revogado na 82ª sessão ordinária do Colégio de Procuradores (04.08.3024), sendo que aquela Instituição Ministerial passa por reformulação de suas atribuições na matéria.

Quanto à especificação das atribuições da Promotoria de Justiça que tutela individualmente o idoso, percebeu-se que os Ministérios Públicos de ES, MG RN, RS, SC, SE e TO fazem menção a leis especiais de proteção ao idoso ou referência a termos vagos como as palavras inquéritos civis, sem especificar o modo de atuação dos Promotores de Justiça; os Ministérios Públicos do AC, MA e PA restringem a tutela individual aos direitos indisponíveis e aos homogêneos; e os Ministérios Públicos do AM, BA, CE, PE, RJ e SP delimitam atividades que redundam na proteção do idoso, permitindo concretizar a norma a fim de tutelar direito individual de qualquer gênero.

Cabe especificar algumas dessas matérias de defesa que caracteriza o olhar metódico estruturante da atuação do Membro do Ministério Público na tutela dos direitos individuais do idoso.

O Ato PGJ nº 047/2008 que estabelece as atribuições de Promotorias de Justiça Especializadas na Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão no Estado do Amazonas preconiza no seu art. 2º, §4º, VII que:

Art. 2º Compete às Promotorias de Justiça Especializadas na Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão, além do previsto no art. 82 da Lei Complementar nº 011, de 17 de dezembro de 1993, zelar: §4º Em

matéria de Defesa dos Direitos dos Idosos; VII- adotar as providências judiciais e extrajudiciais para assegurar os direitos previstos na legislação pertinente;

A dicção da mencionada resolução não engessa a proteção do idoso pelo Ministério Público e permite a concretização para adotar as providências necessárias em seu favor, mesmo que se trate de direito individual com reflexos de disponibilidade, como é o caso do conflito familiar ocasionado pela divisão da aposentadoria do idoso, tão comum nos gabinetes.

A Resolução nº 1284/2005 que institui o sistema de proteção ao idoso e à pessoa portadora de deficiência no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cria órgãos de execução e dá outras providências diz em seu art. 2º, VIII, IX, X e XI, que:

Art. 2º - Às Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa Portadora de Deficiência incumbe desempenhar as atribuições concernentes às tutelas individual e coletiva dos idosos e à tutela coletiva dos portadores de deficiência, exercendo a defesa dos direitos e garantias constitucionais desses segmentos sociais por meio de medidas administrativas e judiciais, e, em especial: VIII - oficiar em prol de direitos individuais indisponíveis de idosos, nos casos em que se verificar qualquer das situações previstas no art. 43 da Lei Federal nº 10.741/2003, propondo e acompanhando as ações judiciais cabíveis, sem prejuízo da adoção das medidas de caráter extraprocessual necessárias à instrução do feito; IX - propor e acompanhar ação civil pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de idosos e de pessoas portadoras de deficiência, podendo fazê-lo separadamente, na esfera de suas atribuições, ou em conjunto com outro órgão de execução, se os interesses em questão assim recomendarem; X - atuar como fiscal da lei nas ações civis públicas propostas por outros legitimados para a defesa dos interesses do idoso e da pessoa portadora de deficiência, bem como nas ações que lhes forem conexas; XI - atuar como fiscal da lei nas ações concernentes a direitos individuais indisponíveis propostas por outros legitimados, que tramitem no Juízo especializado em matéria de idoso, desde que ocorrente qualquer das situações previstas no art. 43 da Lei Federal nº 10.741/2003;

A resolução do Rio de Janeiro ressalta a atribuição ministerial na tutela dos direitos individuais indisponíveis de idosos, nos casos em que se verificar qualquer das situações previstas no art. 43 da Lei Federal nº 10.741/2003, mas ao mesmo tempo deixa em aberto a possibilidade de que o Membro do Ministério Público atue como fiscal da lei nas ações civis públicas propostas por outros legitimados para a defesa dos interesses do idoso e da pessoa portadora de deficiência, bem como nas ações que lhes forem conexas sem delimitar a situação de risco.

Isso quer dizer que quem vai dizer se há relevância social ou não para interferência do Membro do Ministério Público será o âmbito normativo da construção da norma e não a mencionada resolução.

Já a Resolução nº 042/2014 que aprova a criação do grupo de Atuação Especial de Defesa dos Direitos dos Idosos e das Pessoas com Deficiência – GEIDEF e dá outras providências no âmbito do Ministério Público do Estado da Bahia, diz em seu art. 3º que:

Art. 3º. Compete ao GEIDEF, dentre outras, as seguintes atividades: I. Promover e acompanhar as medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas em defesa dos direitos dos idosos e das pessoas com deficiência e, no interior do Estado, atuar em conjunto com o Promotor de Justiça Natural, com a aquiescência deste; II. Identificar e prevenir atos atentatórios aos direitos dos idosos e das pessoas com deficiência; III. Oficiar nas representações, inquéritos civis e procedimentos preparatórios de inquéritos civis que visem à defesa dos idosos e das pessoas com deficiência e, no interior do Estado, atuar de modo integrado com o Promotor de Justiça Natural, verificada a aquiescência deste.

Assim como a resolução do Amazonas, a do Estado da Bahia permite que haja atuação do Membro do Ministério Público na proteção de qualquer ato atentatório aos direitos dos idosos e das pessoas com deficiência, permitindo que o Promotor de Justiça avalie se existem casos em que o direito individual possa expandir socialmente seus efeitos.

A Resolução RES-CPJ nº 004/2005 que modifica as atribuições do 30º Promotor de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital no Estado de Pernambuco para promoção e defesa dos direitos humanos da pessoa idosa preconiza no seu anexo único, item “T” denominado atribuições específicas:

Promover e defender os Direitos Humanos da pessoa idosa, visando à proteção dos interesses individuais indisponíveis, individuais homogêneos, coletivos e difusos, especialmente daqueles em situação de risco;

A mencionada resolução possibilita que outras situações, que não à de situação de risco, que gerem direitos aos idosos, dependendo do caso concreto, do mundo dos fatos que se unirão ao programa normativo para concretizar a norma na tutela individual do idoso.

Não se quer com esse estudo engessar a atuação do Membro do Ministério Público, que possui a Constituição como seu norte de atuação, mas compreender que é possível pela metódica constitucional regular as atribuições de tutela individual do idoso de sorte que casos que possam ser de direitos aparentemente disponíveis e que apresentem relevância social.

Frente a esta realidade que se impõe, caberá no próximo tópico a delimitação do que será o acesso à justiça no futuro, apresentando proposta de mudanças legislativas a fim de que a proteção dos idosos, principalmente na tutela individual, seja mais abrangente pelo Ministério

Público.

4.3. Novas tendências do acesso à justiça ao idoso

O bom senso reclama por uma prestação jurisdicional qualitativamente adequada, em outras palavras, a Constituição Federal manda que a resposta estatal seja efetiva.

Para que se possa atingir este objetivo, a proposta que mais atende aos reclamos gira em torno de procedimentos mais simples e julgadores mais informais, merecendo atenção, segundo CAPPELLETTI, (1988, p. 75-131) o juízo arbitral, a conciliação e a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causa de particular importância social.

Esse mesmo autor nos ensina que, em 1970, países desenvolvidos e da Europa oriental já se utilizavam de mecanismos de resolução como os tribunais vicinais de mediação e tribunais especiais para demandas de consumidores, tendo como preferências das lides de grandes empresas o acesso à justiça extrajudicialmente.

Seria uma espécie de autogestão da justiça, em que membros da comunidade atuariam voluntariamente em causas de diminutas complexidades, reduzindo custos, duração do litígio e a sobrecarga dos tribunais.

Isso não significa dizer que a sociedade deva sacrificar os procedimentos tradicionais, mas que se deve atacar a origem do problema, oferecendo caminhos que levem a disseminação da cultura da paz fora de uma decisão judicial.

Um desses caminhos preconizados no Projeto de Lei 8.046/10 (NCPC) é a mediação, a discussão do novo CPC traz um maior número de passagens textuais sobre autocomposição, tanto judicial¹¹³ como extrajudicialmente, por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Esse novel instituto, encontrado nas bases de direito da União Européia (Diretiva 2008/52/CE), é conceituado por Tartuce (2013, p. 751) da seguinte forma:

Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas (...) ao valer-se do modo interrogativo, o mediador busca, de modo imparcial, promover a reflexão dos envolvidos

¹¹³ Art. 709 do NCPC: Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação. Parágrafo único: O juiz, de ofício ou a requerimento, pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento disciplinar.

sobre pontos relevantes da controvérsia de modo a viabilizar a restauração produtiva do diálogo.

O novel instituto, art. 166 e seguintes do NCPC, foca na solução dialógica e confidencial, em vez de repensar no conflito em si, de quem esteja certo ou errado, para que os próprios envolvidos, pelos valores da liberdade e autonomia, com o balizamento técnico e psicológico do mediador, alcem a situação favorável para ambos.

Em que pese a conciliação e mediação serem semelhantes, diferenciam-se em alguns aspectos, pois o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Já o mediador atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmo, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. (TARTUCE, 2013, p.760)

Esse mecanismo deve ser estimulado não só entre particulares, mas também quando se está diante do Estado, pois este é um dos mais democráticos meios de abertura para o diálogo público de reforço de cidadania.

Nesta senda, Luciane Moessa de Souza (2012, p.35) comenta que:

É importante ressaltar que eventualmente uma decisão condenatória ou mandamental pode não ser a melhor solução para os complexos problemas atinentes à efetivação de direitos fundamentais, devendo-se pensar, assim, na adoção de mecanismos para a construção de soluções consensuais, com a participação de entidades que representem os titulares dos direitos, do Ministério Público e dos Poderes Públicos omissos.

Com o objetivo de se deixar para trás o antagonismo que permeia o conflito e unir esforços para encontrar a sua solução, o Ministério Público pode encontrar a saída contra a angústia de tantas demandas ajuizadas que faz pouco caso de uma decisão judicial.

Incontáveis são as liminares e as sentenças favoráveis, principalmente em ações coletivas, em que o Poder Público faz vista grossa e as descumpre sob a alegação de ausência de recursos financeiros, quando não “maqueia a realidade social” jurisdicionada, tornando ineficaz a cultura demandista.

Por certo que quando o Ministério Público esteja atuando em favor de uma

coletividade, não conseguirá desempenhar o ofício do mediador, pois como parte não terá os atributos da função, mas poderá empregar de técnicas mediadoras na solução ou buscar a mediação, até mesmo judicial, como melhor instituto, pois como comenta Luciene de Souza (2012, p. 124):

Os processos judiciais que tenham por objeto tais matérias não podem levar em conta apenas os interesses das partes imediatamente envolvidas, mas sim os interesses de todos que estejam na posição de serem afetados pela política pública ausente ou questionados em juízo, justamente por conta do princípio da isonomia.

Esse é o perfil que se espera também do Membro do Ministério Público em suas demandas que envolvam direitos individuais de idosos com repercussão social: utilizar-se da mediação na solução dos casos enquanto se trata de procedimento administrativo extrajudicial, a fim de que os idosos recebam mais rápido a resposta à sua almejada cidadania.

Sábias são as palavras de Godinho (2012, p.83) sobre o assunto:

O Ministério Público deve se valer cada vez mais de métodos extrajudiciais de solução de conflitos, não só por ser mais rápido e menos burocratizado, mas sobretudo por se coadunar com sua vocação de Instituição realizadora de direitos.

Faz parte da rotina do Membro do Ministério Público no Brasil se deparar com inúmeras causas de conflitos familiares, tendo em vista que é esse núcleo social que cuida do idoso. A violência familiar e os motivos de cobiça patrimonial, motivado pelas condições econômicas do País, afloram questões psicológicas de conflito entre parentes que colocam o sexagenário numa situação de risco a qual o Ministério Público apenas com embasamento jurídico não é capaz de solucionar.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2013, p. 165), abordando sobre a mediação como mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares, ressalta que:

É de se registrar, ademais, que por ser adequada a enfrentar conflitos que exigem uma análise subjetiva, ante a elevada carga emocional, na mediação não se gravita apenas órbita do Direito, sendo necessário se valer de outras aéreas de conhecimento. Daí se falar em mediação interdisciplinar, uma vez que amparada no intercâmbio de conteúdos entre diferentes disciplinas, ultrapassando as dimensões do conhecimento próprias da multidisciplinariedade tradicional.

Os casos extrajudiciais de família envolvendo idosos se avolumam nos gabinetes ministeriais, tendo em vista que esta é a principal cuidadora dos idosos em países em desenvolvimento, como o Brasil, com repercussão sobre a violência doméstica a que estão submetidos.

Atualmente, em que pese exista no art. 74, VII, do Estatuto do Idoso a previsão de que compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos dos idosos cabendo adotar as medidas extrajudiciais cabíveis, tem-se que o mais correto seria a inserção de um inciso específico para que o Membro do Ministério Público proponha a mediação entre o idoso e o violador dos seus direitos, quando integrantes da família, levando-se em consideração a urgência que o caso requer.

Essa perspectiva é muito mais eficaz porque resolve causas judiciais e psicológicas de conflito familiares, pois muitas das vezes um pai idoso deixa de se socorrer dos mecanismos estatais por receio das consequências trazidas a seus filhos displicentes.

Não é outro o entendimento de Victor Franco (DIAS, MENDES, 2013, p. 256), Procurador-Geral-Adjunto de Portugal quando diz que:

De facto, só dentro dos aludidos parâmetros constitucionais e estatutários poderemos usufruir e beneficiar, hoje, de um Ministério Público cada vez mais de iniciativa e de imediação, cada vez mais atuante e interventivo em prol da Justiça.

Importante, ainda, como já mencionado anteriormente, que o Ministério Público, assim como a rede de proteção como um todo, conta com uma especialização na área do idoso cada vez maior, não misturando atribuições genéricas de cidadania e de direitos humanos em suas Promotorias, sob pena de perda de foco do contexto social complexo em que vive o idoso.

Quanto a este aspecto interessante seria importante a criação de varas exclusivas dos idosos, delimitando sua competência material, como fez no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), prevendo a existência de serviços auxiliares para os juízos, em semelhança ao art. 150 e 151 do ECA¹¹⁴.

¹¹⁴ECA. Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude; Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Esta consideração deveria ser levada em conta pela Chefia Administrativa do Ministério Público para que equipe interprofissional própria atuasse em auxílio às atribuições extrajudiciais de tutelas individuais e coletivas dos idosos, pois a compreensão técnica específica da alçada assistencial, psicológica, psiquiátrica, gerontológica e arquitetônica toma tempo e energia do agente político ministerial que poderia estar mais voltado para as causas judiciais.

Outra reflexão que se faz, diz respeito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), levando-se em conta a harmonia com as demais garantias constitucionais e as garantias previstas no art. 71 do Estatuto do Idoso e alterações do art. 1211- A, 1211- B e 1211- C.

Antonio do Passo Cabral (2013, p.83) prega de forma sensata que:

Em todo este cenário, queremos destacar que demora é algo natural ao processo, cujo procedimento é pleno de garantias processuais inafastáveis, previstas na Constituição da República em benefício de todos. E a rapidez exacerbada em terminar os processos de qualquer maneira pode gerar um déficit não apenas de garantias, mas também na qualidade da prestação jurisdicional. Portanto, não se pode acelerar simplesmente o processo sob pena de forçar sua conclusão inadequadamente. Por isso, já afirmamos que a tramitação do processo não pode e não deve ser supersônica.

O Novo Código de Processo Civil trata do assunto quando prevê em seu art. 4º que “as partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” e no art. 8º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito”.

Dessa forma, a sugestão de redação para o art. 71 seria:

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos cuja a demanda retrate situação de risco ou implique causa de relevância social, em qualquer instância. § 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. § 2º A prioridade cessará com a morte do beneficiado, não se estendendo em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, desde que este seja maior de 60 (sessenta) anos e requeira

nos autos. § 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Jurídica. § 4º Em atendimento a prioridade prevista nesse artigo, deverão ser cumpridas as determinações judiciais à Administração Pública no prazo máximo de 72 (setenta e duas horas), sob pena de pagamento de multa diária a ser fixada pelo juízo; § 5º Na hipótese de recurso por parte da Administração Pública este terá apenas efeito devolutivo, ficando vedada a possibilidade de medida cautelar como sucedâneo recursal.

Desta forma, a mudança englobaria a celeridade processual baseado na idade e na natureza pública da demanda.

No caso de substituição processual ocasionada pela morte do beneficiado, o correto seria estender a prioridade de trâmite a favor tão somente do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, que seja maior de 60 (sessenta) anos e peticione nos autos.

Imprescindível seria que houvesse maior seriedade por parte do Poder Público no tempo de respostado cumprimento das determinações judiciais à Administração Pública, fixando no seu prazo ordinário de resposta, máximo de 72 (setenta e duas horas), o tempo para agir em prol do idoso, sob pena da medida coercitiva de *astreintes*.

Na redação original do art. 71, § 4º do Estatuto do Idoso há uma alusão deslocada, dentro do Capítulo V- Acesso à Justiça, à prioridade aos idosos aos assentos e caixas. Como sugestão, deslocaria esse parágrafo para regramento próprio; e por fim, preveria os efeitos que o recurso interposto pela Administração Pública teria, a fim de evitar o efeito protelatório.

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014. p. 227) compartilha caso, dos mais corriqueiros, ocorrido em sua Promotoria de Justiça, repetido em tantas outras, que demonstra o risco de ser velho na sociedade brasileira.

Muito recentemente houve um caso em que a filha de uma senhora com mal de Alzheimer vinha enfrentando muitas dificuldades para cuidar de sua mãe, a qual, em razão de sua doença, ficou completamente dependente. Buscando apoio da Promotoria de Justiça da Pessoa Idosa de São Luís para que obrigasse o Poder Público a ajudá-la, através da contratação de um cuidador e de outros profissionais, porquanto não mais conseguiria trabalhar e nem mesmo dormir, na medida em que sua mãe não permitia em razão da doença, não teve seu pleito atendido por parte do Poder Público, por conta de uma série de desculpas de falta de recursos. Tão logo uma ação civil pública foi ajuizada e concedida liminar para garantir da idosa ser amparada pelo Estado por meio de apoio dispensado a sua filha, a idosa veio a óbito, o que revela a falta de compromisso dos atores do Poder Executivo, especialmente, com a dignidade da pessoa humana, apesar do que está estabelecido na Constituição Federal de 1988, o que deixa evidente a tese de Konrad Hesse consoante a qual a força normativa da Constituição depende do compromisso decisivo dos cidadãos e autoridades.

Esse caso ilustra, claramente, a necessidade de mudanças legislativas e de concretização das normas, levando-se em conta o mundo dos fatos, em que Ser e Dever-Ser não deveria ser cindido, mas a realização (efetividade) da norma partir da sua construção associando-se programa e âmbito.

Outros mecanismos a fim da efetivação para cumprimento da resposta mais rápida da Justiça podem ser observados, como quando prevê indeferimento de requerimentos protelatórios e fixação de prazos razoáveis aos litigantes (arts. 120 e 710, NCPC); aplicação de sanções pessoalmente às autoridades responsáveis que violem o princípio em análise (arts. 215 e 216 NCPC); e a ordem cronológica de conclusão como critério para proferir decisão (art. 12 NCPC).

Sob esse prisma, levando-se em conta o aumento da expectativa de vida, aliada à modesta aposentadoria dos idosos, ao permanecerem mais tempo economicamente ativos, Erick Pereira, em março de 2013, noticiou em seu blog “Opinião”, que o Tribunal Superior do Trabalho detectou mais de 4 mil processos em trâmites frutos de reclamação de trabalhadores idosos e que em 2010, em sede de mandado de segurança, sendo que o Min. Emmanoel Pereira assegurou ao trabalhador idoso o direito de preferência de tramitação na penhora.

Lê-se em sua coluna a importância do trabalho ao idoso na seguinte passagem:

Não é apenas digno, mas sensato pensar a velhice como um tempo de agregar conhecimentos e transmiti-los, reinventar ou redescobrir sentidos, transpor a fragilidade física, cultuar memórias e tolerâncias, ainda produzir (...). O trabalho significa o trabalho da vida. Com sorte, os jovens se tornarão idosos produtivos e dignos de consideração e apoio. (PEREIRA, 2013)

Assim, em que pese haja as tendências de mudanças assinaladas, quer pelo Projeto Código de Processo Civil 8.046/10, quer pelas propostas aqui lançadas, não serem voltadas especificamente para os idosos, uma vez as ocorrendo, colaborará para a melhor concretização e efetividade dos seus direitos.

Desta forma, o contexto social (âmbito normativo) nos mostra que o idoso não representa o passado produtivo de uma humanidade, mas o universo que comandará seu futuro.

Havendo falha da sua tutela pelo Estado Democrático, deve-se procurar por meio da concretização do direito constitucional dar mais amparo a este segmento, fortalecendo funções estatais como o Ministério Público.

Se a preocupação é de todos conforme o art. 230 da CF, o jurista deve construir a norma que regula o direito dos idosos de modo que cada face estatal dê a sua resposta fortalecedora nesse propósito.

CONCLUSÃO

As constituições contemporâneas são frutos de uma trajetória pendular de intervenção estatal nas conquistas humanas.

O neoconstitucionalismo metodológico é um marco na compreensão do Direito. Este ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever, sendo que para tal reconecta o direito à moral, semelhantemente ao que fazia o jusnaturalismo.

A releitura sistemática de uma lei, ressaltando a importância dos valores, faz com que o intérprete chegue à desejável tutela concretizadora de direitos, com a celeridade necessária.

Foi visto no capítulo I que apenas com a compreensão do pós-positivismo pôde-se chegar ao constitucionalismo do Direito e pensar a lei ordinária do idoso com o viés constitucional merecido, afirmando a prioridade absoluta da implementação das políticas destinadas a ele.

Até os anos 80, o Brasil era um país eminentemente jovem, segundo o IBGE; nos próximos 20 anos a população idosa do Brasil poderá ultrapassar a marca de 30 milhões de pessoas, representando quase 13% (treze por cento) do total da população. Estes dados são alarmantes e devem compor o âmbito normativo quando a ordem jurídica trabalha a vulnerabilidade social.

Da mesma forma, o tratamento dado à hermenêutica constitucional deve levar em conta o envelhecimento da população que necessita de uma construção sócio-política para evitar e minorar a marginalização dos idosos.

Para alcançar o fomento necessário de políticas públicas destinadas às pessoas idosas e combater a discriminação e desigualdade, é preciso conhecer as suas peculiaridades sociais, como o pequeno grau de instrução e de poder aquisitivo, que são fatores desencadeantes de dificuldade de conscientização de si como sujeito de direitos, independentemente da idade cronológica.

As premissas do reconhecimento de um Estado Democrático de Direito, guiado pelo pós-positivismo, onde a interpretação está permeada de valores constitucionais é necessária para reconhecimento dos direitos dos idosos como direito fundamental da pessoa humana.

O viés do princípio da dignidade humana, dentre os limites do razoável, obriga os Poderes Públicos se submeterem aos imperativos da Constituição, independentemente de cumprimento de leis programáticas.

E para o homem ser tutelado na velhice, da forma que ele julga ser merecedor, deve-se, imediatamente, aprimorar a cultura do cuidado a esse ser que se encontra tão vulnerável.

O Estado vive uma deficiência na tutela da política social de proteção ao idoso, tratando diferentemente pessoas de graus semelhantes de vulnerabilidade: os mais jovens e os idosos.

O próprio regime de prioridade adotada na Constituição Federal do Brasil é claro quanto a esta afirmação: absoluto cuidado às crianças, adolescentes e jovens.

Envelhecer supõe que o indivíduo se exponha mais ao julgamento social pelo olhar do outro, do qual passa a depender mais; mas requer também um tratamento universalmente digno com o atendimento das necessidades básicas do sujeito que se encontrar nessa condição.

Existe uma lacuna no sistema jurídico, principalmente na Constituição Federal, em dar uma maior atenção aos direitos humanos no fim da vida, pois sua regulamentação se encontra tímida e insuficiente à percepção de cidadania plena no Brasil.

No plano internacional de proteção, foi montado um aparato principiológico; no legislativo, uma gama de direitos substanciais; entretanto cabe ao Estado executar o tratamento humanitário correspondente através da implementação de ações afirmativas, não discriminatórias.

Sob a iluminação de Paul Ricoeur, pôde-se ver no capítulo II o entendimento de que o homem é um animal ético-político de alma racional, dotado de *logos* e de *ethos*. quem escolhe a melhor forma de agir é a alma racional, que decide segundo a sabedoria prática .

Observa-se no viés filosófico da pequena ética ricoeuriana o cuidado em relação ao vulnerável, em busca de uma sociedade mais equânime, na qual haja a preservação dos valores e regras, levando-se em conta a ética centrada na dialética da ipseidade e alteridade, característica da valorização da noção de pessoa.

Ricoeur reserva para sua teoria três momentos: o primeiro consiste na primazia da ética sobre a moral; o segundo, sobre a necessidade da intenção ética passar pelo crivo da norma; e, o terceiro, sobre a legitimidade de um recurso da norma à intenção ética, quando a norma conduzir a conflitos para os quais não há outra saída senão uma sabedoria prática que remeta à singularidade das situações.

Este embasamento filosófico serve para compreender o significado do valor da pessoa, em qualquer época da vida, diferentemente do que o Estado elege pela deficiência da execução de políticas públicas em prol de idosos. Enfatizou-se ver o outro, aceitando suas diferenças, a fim de se alcançar uma comunidade que de fato valorize e promova todos os seus membros.

Viver a vida boa, com e para os outros, em instituições justas representa a melhor alternativa ético-normativa e de políticas sociais. Assim reflete o consequencialismo no ordenamento jurídico: a responsabilidade pela voz do outro (norma) retrata e estende a ele o que se enxerga como bom para si.

Justiça é mais do que liberdade que proporciona o respeito e a igualdade, no plano das relações interpessoais. É a análise da ética e da moral juntas, atuando quando o deontológico hesitar em aplicar regras de autonomia à vulnerabilidade do idoso.

A justiça, vista como virtude e não como poder, equivale no plano das instituições e o que significa o respeito e a igualdade no plano das relações interpessoais. Assim o viver bem não se limita às relações interpessoais, mas estende-se à vida através das instituições.

Assim, o que se deseja, eticamente, dignidade humana para cada um hoje, deve-se também propor para a comunidade com quem se convive.

Desta forma, a existência do Estado de Direito no exercício da cidadania, na garantia dos direitos civis, deve expressar na obrigação deontológica o respeito ao outro no sentido ético.

Percebe-se claramente o proposto supra, quando no capítulo III se afirma que texto não é igual a norma e que norma é o produto da interpretação do texto (Friedrich Müller), que nem de longe se quer dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam “coisas” à disposição do intérprete ou, ainda, que o intérprete possa arbitrariamente fixar a norma.

Deve-se buscar assegurar o ainda frágil equilíbrio entre o deontológico e o teleológico, com a finalidade de abranger o bem da coletividade, pertencente a uma cultura.

Procurou-se ter uma visão contemporânea da Constituição, buscando a proposição de políticas públicas preventivas, que deem preferência ao atendimento à terceira idade, a fim de minorar o descaso político e familiar nesta seara, com o objetivo de aprimorar a efetividade dos direitos fundamentais desde a concepção até o término da vida humana.

Pelo crescente aumento da expectativa de vida da população brasileira, é notório que o País terá que atentar para uma mudança cultural e no foco da escolha de políticas públicas que fortaleçam a cidadania dos mais velhos.

Reafirmando que a hermenêutica contemporânea conduz a concepção formal e material da Constituição, o *telos* presente em seu conteúdo é aberto, fruto de um ordenamento livre. Os direitos sociais, universalmente acrescidos ao texto das Constituições, traduzem necessidades investigadas pelo legislador originário, sem que a mutação do mundo fenomênico seja protegida.

Tendo em vista que inexistente norma pré-moldada, pois não é possível isolá-la da realidade singular de um tempo histórico, a solução normativa aos problemas do dia a dia está ligada à práxis, a uma reflexão da norma jurídica como conceito complexo, fruto de uma construção, não de um pronto entendimento de textos legais. A normatividade vinculada aos limites do seu programa já está ultrapassada. Busca-se, no pós-positivismo de Müller, realçar a realidade social, vinculada ao caso concreto pela norma de decisão. O processo estruturante é interligado pelo caráter dinâmico do direito social, em que a ordenação jurídica e a realidade ordenada estariam em contínua interação, delimitando o programa e o âmbito normativos.

Bonavides contribui para o entendimento da concretização da liberdade pela visão institucional do direito fundamental, onde estão inseridos os direitos sociais, em que se deve favorecer a objetivação de seu regramento.

Evitar um procedimento meramente cognitivo e clarificar o processo de decisão com métodos jurídicos concretos é tarefa de uma instituição repleta de garantias que foi declarada pela Constituição Federal de 1988 como peculiar para defesa da ordem jurídica.

Só com o uso desse novo paradigma hermenêutico, pela face qualificada do Estado, qual seja Ministério Público, atingiremos a verdadeira *homeostasis* preconizada desde meados do século XX.

Nessa concepção multifacetada da norma, regulamentando a pluridimensionalidade dos fatos sociais que merecem proteção jurídica, o Estado-Administração muitas das vezes posterga aplicar a concepção de bloco - direito à realidade.

Com o objetivo de colmatar lacunas, a concretização de normas pelo aplicador do Direito, dentre eles o Ministério Público, visa preencher os anseios irrequietos dos cidadãos.

Na perspectiva estruturante, a abordagem teórico-jurídica de uma reciprocidade entre método e objeto é substituída pela interação elíptica de programa normativo e âmbito normativo, no processo de concretização.

Desta forma, conclui-se no capítulo IV, que o Estado, assumindo o perfil do Ministério Público, tem a melhor compreensão desses ensinamentos, a mais balizada hermenêutica para a tutela individual do direito dos idosos que é ampliar a compreensão dos motivos desta proteção.

Assim, tem-se que o Membro do Ministério Público pode atuar em demanda extrajudicial relevante socialmente, que traga situação de risco, ao idoso mesmo oriundo de direito acidentalmente disponível, tendo como limites reclamações que englobam maus tratos e possibilidade de resultado de crimes especiais.

A ideia não é afastar do comando constitucional a definição de funções ministeriais, mas fortalecê-lo, ao realçar a mediação prática do Ministério Público para a densificação normativa.

Assim, a hermenêutica do direito individual do idoso na tutela extrajudicial pelo Ministério Público (art. 129, CF/88 e art. 74, do EI), pensada a partir da pequena ética de Ricoeur, inclui direitos indisponíveis, homogêneos e acidentalmente disponíveis, sendo que neste último caso a tutela deve estar embasada, contextualmente, numa situação de risco ao idoso.

Portanto, a ética será reconhecida por um sentido de “vida boa”, e a moral, por um senso de obediência às normas; a primeira é uma herança aristotélica e a segunda um legado de Kant, mas ambas não revelam dicotomia, mas uma essência em que o ser e o dever-ser estão numa relação de subordinação e complementaridade, em que o ponto de vista deontológico é subordinado à perspectiva teleológica.

O acesso à justiça, como virtude das instituições, é mais amplo do que o acesso ao Poder Judiciário e não se confunde com facilidade para litigar.

A solução encontrada para a proteção do idoso é criar condições favoráveis na resposta jurisdicional como prestação subsidiária. Outra alternativa apontada foi de estimular as instituições estatais, como por exemplo o Ministério Público, como canal aberto de defesa da sociedade, na representatividade, para assumir demandas individuais e coletivas, dentro e fora

dos tribunais, fortalecendo a segurança jurídica dos direitos da terceira idade.

A postura reducionista da intervenção jurisdicional está em sintonia com o ambiente republicano federativo do Estado Democrático, no ideal pluralista e participativo de quem reconhece, deliberadamente, o direito do próximo, em vez de esperar por anos uma decisão que possivelmente gerará recurso.

Nisto, uma metodologia supõe uma teoria da norma jurídica pensada a partir desta relação norma-realidade. Salva de cair em niilismo metodológico, na pura e simples subjetividade do intérprete, a argumentação jurídica não é uma operação de camuflagem dos motivos reais.

Desta forma, para a teoria jurídico-normativa estruturante a norma é aberta à construção do Direito com o fito de produzir o Direito para tutelar a pessoa idosa e não para justificar sua exclusão social.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, Hélio (Org.) **Comentários sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- ALEGRETTI, Fernanda. O melhor lugar do mundo para envelhecer. **Revista Veja**. São Paulo, Editora Abril, Ed. 2191, ano 47, n. 38, p.92-101, 17 set. 2014.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.). **Teoria geral da mediação**: à luz do projeto de lei comparado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juis, 2008.
- ARAGÃO, Ana Regia de Oliveira. Idoso institucionalizado vítima de abandono: causa ou consequência da violência institucional. In: SILVA, Noêmia Lima (org.). **Gerontologia**: engenharia inovadora no aprendizado. São Cristóvão: Editora UFS, 2009.
- ARANEDA, Nelson Garcia. **Maltrato a las personas mayores**: una realidad oculta. Universidad Del Bio-Bio. Programa de Políticas Públicas Area de Adulto Mayor. 2006.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- _____. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O garantismo como mecanismo de negação do simbolismo constitucional ante o advento do neoconstitucionalismo brasileiro. In: COELHO NETO, Ubirajara (Org). **Temas de Direito Constitucional**: estudos em homenagem ao professor Carlos Rebelo Júnior. Aracaju: EVOCATI, 2013.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. “Art. 74”. In: PINHEIRO, Naide Maria (Org). **Estatuto do idoso comentado**. Campinas: Servanda Editora: 2012, p. 428-444.
- _____. “Art. 10, *caput*”, In: PINHEIRO, Naide Maria (Org). **Estatuto do idoso comentado**. Campinas: Servanda Editora: 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, in: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas. Parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.
- _____. “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas”. In Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais, NOVELINO, Marcelo (Org.), Salvador: Juspodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Temas de Direito Constitucional, Tomo IV, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **De Senectute y otros escritos autobiográficos**. Madrid: Taurus, 1996.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Teoria estrutural do direito de Friedrich Müller**. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, 2. Rio de Janeiro, 1984, p.249 e ss.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos no segundo pós-guerra: entre as respostas racionalistas da modernidade e o desafio das vulnerabilidades. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

BERQUÓ, Elza. Algumas considerações demográficas sobre o envelhecimento da população no Brasil. **Anais do I Seminário Internacional de Envelhecimento Populacional**: uma agenda para o final do século. Brasília: MPAS/SS, 1996.

BRASIL. **Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas**. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/comissoes/comissao-da-mulher-e-das-familias/>>. Acesso em 28 set 2014.

BRASIL. **Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/comissoes2.htm>>. Acesso em 28 set 2014.

BRASIL. **Decreto nº 1.948 de 3 de julho de 1996**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1948.htm>. Acesso em 01 mar 2014.

BRASIL. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.gov.br/>>. Acesso em 28 set 2014.

BRASIL. **Defensoria Pública do Estado de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3343>>. Acesso em 28 set 2014.

BRASIL. **Dez anos do Conselho Nacional dos Direitos do idoso:** repertórios a implicações de um processo democrático. Brasília: Secretaria Especial dos Direito Humanos, 2013.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Dados Censo 2010.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD 2012.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/sintese_de_faultods.shtm>. Acesso em 14 jul 2014.

BRASIL. CNJ. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 29 nov. 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em 01 mar 2014.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.741, de 1 de outubro de 2003.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm>. Acesso em 01 mar 2014.

BRASIL. MPAM. **Ato nº 047/2008 – CPJ.** Disponível em: < [Http://www.mpam.mp.br](http://www.mpam.mp.br) >. Acesso em 15 out. 2014.

BRASILMPAC. **Resolução nº 003/2010–CPJ.** Disponível em: < [Http://www.mpac.mp.br](http://www.mpac.mp.br) >. Acesso em 23 jul. 2014.

BRASIL. MPBA. **Resolução nº 1270/2014–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpba.mp.br](http://www.mpba.mp.br) >. Acesso em 23 jul. 2014.

BRASIL. MPCE. **Resolução nº 018/2014–CPJ**. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/orgaos/assessoramento/orgcol/cp/resolucoes.asp>>. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. MPES. **Resolução nº 010/2008–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpes.mp.br](http://www.mpes.mp.br) >. Acesso em 23 jul. 2014.

BRASIL. MPMA. **Resolução nº 019/2013–CPMP**. Disponível em: < [Http://www.mpma.mp.br](http://www.mpma.mp.br) >. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. MPMG. **Resolução nº 028/2007–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpmg.mp.br](http://www.mpmg.mp.br) >. Acesso em 18 ago 2014.

BRASIL. MPPA. **Resolução nº 004/2012–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mppa.mp.br](http://www.mppa.mp.br) >. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. MPPE. **Resolução nº 004/2005–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mppe.mp.br](http://www.mppe.mp.br) >. Acesso em 18 ago. 2014.

BRASIL. MPRJ. **Resolução nº 1284/2005–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mprj.mp.br](http://www.mprj.mp.br) >. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. MPRN. **Resolução nº 012/2009–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mprn.mp.br](http://www.mprn.mp.br) >. Acesso em 18 ago. 2014.

BRASIL. MPRS. **Resolução nº 012/2000–CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mprs.mp.br](http://www.mprs.mp.br) >. Acesso em 15 set.. 2014.

BRASIL. MPSC. **Ato nº 242/2010 – CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpsc.mp.br](http://www.mpsc.mp.br) >. Acesso em 15 set.. 2014.

BRASIL. MPSE. **Resolução nº 007/2011-CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpse.mp.br](http://www.mpse.mp.br) >. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. MPSP. **Ato nº 857/2014 – CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpsp.mp.br](http://www.mpsp.mp.br) >. Acesso em 29 nov. 2014.

BRASILMPTO. **Ato nº 051/2012 – CPJ**. Disponível em: < [Http://www.mpto.mp.br](http://www.mpto.mp.br) >. Acesso em 15 set. 2014.

BRASIL. **Projeto de lei 8046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6DC31993E1EE89492D24C47D63F4670.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em 02 dez. 2013.

BRASIL. **Síntese de indicadores sociais**. Uma análise das condições de vida da população. Rio de janeiro: IBGE, 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 26 de julho de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 dez 2013.

CABRAL, Antonio do. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil. *In: Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código Civil*. Fredie Didier Jr. et all (Coord.). Salvador: Juspodvm, 2013.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. As instituições de longa permanência para idosos no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos de População**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 233-235 jan./jun. 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONNE, Carmello. **La Interpretazione delle Norme Costituzioneali**. Pádua, 1951, 1951.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Proporcionalidade e argumentação**. A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009.

CECCONE, Jádina. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. *In: Comentários sobre o estatuto do idoso*, Hélio Abreu Filho, (Org).. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

CESAR, Constança Marcondes. A ética da alteridade. *In: HENRIQUES, Fernanda (Coord). A filosofia de Paul Ricoeur: temas e percursos*. Coimbra, Portugal: Ariadne Editora, 2006.

_____. Ética e hermenêutica: a crítica do cogito. *In: CESAR, Constança Marcondes (Org.). Paul Ricoeur: ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998.

_____. A noção de cuidado em Paul Ricoeur. *In: PEIXOTO, Adão José; HOLANDA, Adriano Furtado (Coord). Fenomenologia do cuidado e do cuidar: perspectivas multidisciplinares*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

_____. Justiça e paz em Paul Ricoeur. In: José Maurício de Carvalho. (Org.). Problemas e teorias da ética contemporânea. 1. ed. Porto Alegre: Editora da PUC do Rio Grande do Sul, 2004, v. 1, p. 311-315.

_____. Práxis e prorrónesis em Paul Ricoeur. In: **Ek-stasis**, v. 2, p. 58-68, 2013.

_____. O paradoxo da sociedade técnica. In: XIII Semana de Filosofia da UFS, 2012, São Cristóvão. **Técnica e Natureza - caderno de resumos**. São Cristóvão: UFS, 2012. v. 1. p. 18-18.

_____. Ação, sabedoria prática e liberdade em Paul Ricoeur. In: **Prometeus**. Filosofia em Revista, v. 6, p. 93-106, 2013.

_____. Vulnerabilidade e finitude. In: **Nova Águia**: revista de cultura para o século XXI, v. 11, n.1, 2. ed. maio 2013.

_____. Ricoeur: o filósofo e o seu tempo. In: PERCORARO, Rossano (Org). **Os filósofos clássicos da filosofia**. V. III. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.

CICHOKI, José Neto. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998.

CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. **Compilação e organização de Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CORÁ, Elsie José. Entre a ética e a moral: o sujeito encarnado ricoeuriano. In: LEONHARDT, Ruth Rieth; CORÁ, Elsie José (Org.). **O legado de Ricoeur**. Guarapuava: Unicentro, 2011.

CUNHA, Rosâni Kucarz da. Aristóteles: ética da medianidade. In: **Ética em movimento**. Arnor Sganzerla, Ericson Sávio Falabretti, Francisco Verardi Bocca (Orgs). São Paulo: Paulus, 2009.

DE FREITAS, Adriana Aparecida Alves Martins; BERNARDI, Renato. **Acesso à moradia em instituições de longa permanência para idosos: direito social e políticas públicas voltadas à pessoa idosa garantidoras do direito fundamental**. CONPEDI: Florianópolis, 2014. Disponível em :<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=46c3b2e84687fd51> >. Acesso em: 16 jul 2014.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, Constituição como norma. In: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESPANHA. Constitución española de 1978. Disponível em <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em 12 out. 2014

EUROPA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 14 out. 2014.

FELIX, Renan Paes. **Estatuto do idoso**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FRANCO, Victor. Por um Ministério Público actuante e vigilante, de persistência e de compatibilidade na defesa dos direitos fundamentais e da legalidade democrática, *in*: DIAS, Mário Gome; MENDES, Carlos Sousa (Org.), **Ministério Público: que futuro?** 2.ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda; PGR, 2013.

GARRIDO, Sonia Del Carmen Vasquez. **La cuestión de la educación y de la identidad según Paul Ricoeur**. Villarrica (Chile): MACZ Impresores, 1998.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GOROSPE, Juan Ignacio. La protección del envejecimiento poblacional em España: cuestiones jurídicas y fiscales. *In*: BERMÚDEZ, Gabriela Mendizábal (coord). **Envejecimiento poblacional y protección social**. V. II Estudios Internacionales. México: Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Fontamara, 2014.

GUASTINI, Riccardo. A Constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

HELENO, José Manuel Morgado Heleno. **Hermenêutica e ontologia em Paul Ricoeur**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad.: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 1998.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições Almedina, 2004

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEIBHOLZ, Gerhard. **Los problemas estructurales de la democracia moderna**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1958.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MACHADO NETO, Manoel Cabral. “Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas”, *in*: COELHO NETO, Ubirajara (Org.), **Temas de Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Augusto Alcântara Machado. Aracaju: Editor Ubirajara Coelho Neto, 2013.

MAIO, Iadya Gama, BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. A atuação do Ministério Público no combate à violência institucional praticada contra o idoso. *In*: GUGEL, Maria Aparecida; MAIO, Iadya Gama. (Org.), **Pessoas idosas no Brasil**: abordagens sobre seus direitos. Brasília: Instituto Atenas; AMPID, 2009.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue, a study in moral theory**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União, na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Ivan Luis. **Direitos difusos e coletivos V**: idosos e portadores de deficiência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTÍN, Diego Blázquez. Los derechos (humanos) de las personas mayores. *In*: MARTÍN, Diego Blázquez et al. **Los derechos de las personas mayores**: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas. Madrid: Diego Blázquez Editor, 2006.

MELO, Brielly Santana de. A técnica de ponderação de interesses: instrumento neoconstitucional para a interpretação e aplicação das normas. *In*: COELHO NETO, Ubirajara (Org.). **Temas de Direito Constitucional**: estudos em homenagem ao professor Carlos Augusto Alcântara Machado. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto, 2013.

MELO, Marina Félix. **Talcott Parsons na teoria sociológica contemporânea**. Disponível em <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/17698/974>>. Acesso em 24 de jun. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÜLLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB: ética, democracia e justiça**. Foz do Iguaçu/ PR, 4 a 8 de setembro de 1994.

_____. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução Peter Naumann, Euridice Avance de Souza. 4. ed.rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Vários tradutores. 2. ed. Ver. atual. ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann. 3. ed.rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Fernanda. Premissas da sustentação de si na ética de Paul Ricoeur. *In*: LEONHARDT, Ruth Rieth; CORÁ, Elcio José (Org.). **O legado de Ricoeur**. Guarapuava: Unicentro, 2011.

NEVES, Simone da Silva. **Pais de hoje, filhos de amanhã: a arte de cuidar do idoso e viver sem culpa**. São Paulo: Andreoli, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU (Nova York, EUA). **Declaração universal de Direitos humanos**, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 20 de junho de 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS (Genebra/Suíça). **Estadísticas sanitarias mundiales**, 2011. Disponível em: <http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf> Acesso em: 20 de dezembro de 2013.

PEREIRA, Erick. **Proteção processual na velhice**. Disponível em: <http://www.novojornal.jor.br/_conteudo/2013/03/opiniaio/9316-protacao-processual-na-velhice.php>. Acesso em 19 nov. 2013.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

PEREZ, Daniel Omar. Kant: a lei moral. *In*: **Ética em movimento**. Arnor Sganzerla, Ericson Sávio Falabretti, Francisco Verardi Bocca (Orgs).. São Paulo: Paulus, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madri: Tecnos, 1999.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, v. 01, p. 237-249, 2008.

PINHEIRO. Analissa Barros. **A política estadual do idoso e a construção da rede de proteção à pessoa idosa no Maranhão**. CONPEDI: Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f4312a5051fc213>> . Acesso 16 jul 2014.

PINHEIRO, Naide Maria (Org). **Estatuto do idoso comentado**. Campinas: Servanda Editora: 2012.

PIOVESAN, Flávia C. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais.** In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n° 37, junho de 1992.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/LEGISLACAO/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>>. Acesso em 12 out. 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos:** escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamente com colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso.** Saraiva: São Paulo, 2014.

_____. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice.** Letras Contemporâneas: Florianópolis, 2002.

_____. **Violência contra os idosos.** Rede de proteção ao idoso. Disponível em: www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/eixos_temáticos.doc. Acesso em: 1 out. 2014.

RENAUD, Michel. Depois da “pequena ética” de Paul Ricoeur (1990), o sentido de sua revisão (2001). In: NASCIMENTO, Fernando; SALLES, Walter (Org.). **Paul Ricoeur:** ética, identidade e reconhecimento. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2013.

RIBEIRO, Deilton. **O justo entre o legal e o bom: a ideia de justiça em Paul Ricoeur.** CONPEDI: Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fd37ce80d495beb>>. Acesso 16 jul 2014.

RIBEIRO, Paula Regina de Oliveira. Acesso à Justiça e defensoria Pública: a atuação da Defensoria pública na defesa dos direitos fundamentais da pessoa idosa. In: GUGEL, Maria Aparecida; MAIO, Iadya Gama. (Org.). **Pessoas idosas no Brasil:** abordagem dos seus direitos. Brasília: Instituto Atena: AMPID, 2009.

RICOEUR, Paul. **Amor e justiça.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Leituras 1:** em torno do político. Trad. Marcelo Perini. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

_____. **O Justo 1:** justiça e verdade e outros estudos. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **O Justo 2:** justiça e verdade e outros estudos. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **O si-mesmo como um outro.** Trad. Lucy Moreira César. Campinas, SP: Papirus, 1991.

_____. **Outramente:** leitura do livro *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence* de Emmanuel Lévinas / Paul Ricoeur. Trad. Stefano Pivatto. 2. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. **Percurso do Reconhecimento.** Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ROCHA, Sheila Marta Carregosa; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Acesso à justiça da pessoa idosa no Brasil: aspectos sociojurídicos e direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAI%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20%E0%20justi%E7a,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/ACESSO%20%C0%20JUSTI%C7A%20DA%20PESSOA%20IDOSA%20NO%20BRASIL%20ASPECTOS%20SOCIOJUR%CDDICOS%20E%20DIREITOS%20HUMANOS%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>, Acesso em 23 out 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Crise e desafios da constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-social. *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAVIGNY, F.K.con. **Juristische Methodenlehre.** Stuttgart, 1951.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Desafios de Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo”, *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito:** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, Luciana Aboim Machado Golçalves da. La protección social para los adultos mayores en Brasil. *In:* BERMÚDEZ, Gabriela Mendizábal (coord). **Envejecimiento poblacional y protección social.** V. II Estudios Internacionales. México: Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Fontamara, 2014.

_____. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos. *In:* SILVA, Luciana Aboim Machado Golçalves da. (Org.). **Mediação de conflitos.** São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCISCHINI, Monica Cameron Lavor. **Acesso à justiça, direitos da personalidade e o idoso: as políticas públicas e os direitos sociais como instrumentos concretizadores dos direitos da personalidade do idoso.** CONPEDI: Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/cod=4e4f8804bf781c81#page=1&zoom=auto,-82,842>>. Acesso 16 jul 2014.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do idoso: tutela jurídica constitucional.** Curitiba: Juruá, 2012.

SMEND, Rudolf. Dottrina dell'integrazione (1956). In: SMEND, Rudolf. **Costituzione e diritto costituzionale.** Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar.** Campinas, SP: Editora Alínea, 2011.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Licões de crítica hermenêutica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. Ed. Ver., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SULTANI, Taufik Ricardo. Considerações jurídicas acerca dos textos da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso. In: MALLAGUTTI, William; BERGO, Ana Maria Amato. (Orgs.). **Abordagem interdisciplinar do idoso.** Rio de Janeiro: Editora Rubio, 2010.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos. In: **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código Civil.** Fredie, Didier Jr. et al (Coord). Salvador: Juspodvm, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador.** Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover (Coord). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VALLE, Carlos Alberto de Carvalho Valle; COSTA, Luciana Marília da. **Acesso à justiça para o idoso.** Disponível em: <<http://www.feati.edu.br/revistaeletronica/downloads/numero7/acessoJusticaIdoso.pdf>>, Acesso em 23 out 2013.

VENTURI, Gustavo. A velhice no Brasil: contrastes entre o vivido e o imaginado.*In*: NERI, Ana Liberato (Coord.) **Idosos no** Brasil: vivências, desafios, e expectativas na terceira idade. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; SESC-SP, 2007.

VOLPE, Neusa Nendramin. Levinas: ética e alteridade..*In*: **Ética em movimento**. Arnor Sganzerla, Ericson Sávio Falabretti, Francisco Verardi Bocca (Org.). São Paulo: Paulus, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritto Costituzionale**: Il sistema delle fonti del Diritto. 1.ed. Torino: Unione Tipografico; Editrice Torinese, 1998. v.1.