

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

**ESTATUTO DO IDOSO E PROBLEMAS CORRELATOS NA
ATUALIDADE**

ALINE MENEZES DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO

2008

ALINE MENEZES DOS SANTOS

**ESTATUTO DO IDOSO E PROBLEMAS CORRELATOS NA
ATUALIDADE**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Cíntia Muniz de Souza, M. Sc.

RIO DE JANEIRO

2008

Santos, Aline Menezes dos.

Estatuto do Idoso e problemas correlatos na atualidade / Aline Menezes dos Santos – 2008.

64 f.

Orientadora: Cíntia Muniz de Souza.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 63-64.

1. Estatuto do Idoso e problemas correlatos na atualidade - Monografias. I. Cíntia Muniz de Souza. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD

CDU

ALINE MENEZES DOS SANTOS

ESTATUTO DO IDOSO E PROBLEMAS CORRELATOS NA ATUALIDADE

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Cíntia Muniz de Souza – Presidente da Banca Examinadora
Profª M. Sc. UFRJ – Orientadora

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence _

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

Aos meus pais, grandes exemplos de
dedicação e carinho.

RESUMO

Santos, Aline Menezes dos. Estatuto do Idoso e problemas correlatos na atualidade. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho põe sob foco o Estatuto do Idoso, mostrando suas principais inovações e trazendo uma análise valorativa de acórdãos do Tribunal Estadual do Rio de Janeiro, do Superior Tribunal de Justiça e, em alguns casos, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Assim, utiliza-se a técnica da análise jurisprudencial normativa para conduzir-se uma reflexão crítica acerca das questões enfrentadas atualmente pelo cidadão idoso no Brasil. Dessa forma, são tratados como assuntos principais a proteção, em geral, ao idoso, a saúde, os transportes, a violência e a habitação. Conduz-se o raciocínio de forma a deixar claro que a questão dos direitos do idoso eficazmente consolidados no Brasil está longe de ser uma realidade concreta. Porém, pelo que se mostra das decisões emanadas dos Tribunais estudados, está-se iniciando um processo corrente no sentido da internalização por parte dos cidadãos de uma nova postura, o que pode ser visto como uma consequência positiva da nobre iniciativa do Estatuto.

Palavras-Chave: Estatuto do Idoso; Proteção; Saúde; Transporte; Violência; Habitação.

ABSTRACT

Santos, Aline Menezes dos. Estatuto do Idoso e problemas correlatos na atualidade. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work puts under focus the Aged One's Statute, showing its main innovations and bringing value judgment analysis of sentences of the State Court of Rio de Janeiro, Superior Court of Justice and, in some cases, of Justice Court of Rio Grande do Sul State. Thus, the technique of normative jurisprudencial analysis is used to conduct a critical reflection concerning the questions faced currently by the aged citizen in Brazil. This way, the protection, in general, to the aged one, its health, transports, violence and habitation are discussed as main subjects. The reasoning form is conducted to clearly show that the question of the efficiently consolidated rights of the aged one in Brazil is far from being a concrete reality. However, as emanated decisions of the studied Courts shows, one is initiating a current process in the direction of a new position on the internal point of view, what can be seen as a positive consequence of the initiative of the Statute.

Keywords: Aged One's Statute; Protection; Health; Transports; Violence; Habitation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. QUEM É CONSIDERADO IDOSO NO BRASIL?	11
3. AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO ESTATUTO NA PROTEÇÃO AO IDOSO NO BRASIL.....	14
4. ESTUDO DE CASO.....	26
4.1 A Proteção e a Saúde do Idoso.....	27
4.2 Os Transportes e o Idoso.....	43
4.3 O Idoso e a Violência.....	50
4.4 Idoso: Direito à Habitação.....	55
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1. INTRODUÇÃO

No começo do [século XXI](#), com a crescente [globalização](#), as tecnologias disponíveis à população, possibilitaram melhor qualidade de vida para as pessoas de modo que essas foram envelhecendo de maneira mais segura e saudável. No âmbito de alcançar a velhice bem sucedida, as pessoas frequentemente planejam novas ocupações para suas vidas pós-[aposentadoria](#). Essa nova busca proporciona uma transição para uma identidade diferente daquelas visadas há alguns anos atrás.

Em nosso país, hoje em dia, vivemos um período de muitas conturbações. São vários os problemas econômicos e sociais que envolvem os campos da [saúde](#), [mercado de trabalho](#) e educacional, entre outros. Dentre todos esses problemas, a questão do idoso brasileiro é de difícil solução, o qual vem sendo um grande desafio.

De acordo com ALMEIDA (ALMEIDA, 2003) cada vez o [brasileiro](#) está vivendo mais, pois hoje, no país, os idosos ultrapassam o número de 15 milhões, correspondendo a 8,6% da população total do país. Segundo projeções demográficas, a população brasileira terá a sexta população mundial de idosos.

Em contrapartida, no Brasil, constata-se diariamente, principalmente nos setores de prestação de serviços públicos pelo Estado, que o idoso é constantemente desrespeitado, sendo tratado como cidadão inferior, ficando marginalizado e flagrantemente discriminado em razão do seu *déficit* de vigor físico, próprio da idade.

Muitas vezes o idoso é visto pela [sociedade](#) como um indivíduo “inútil”, “fraco” para compor a [força de trabalho](#). Isso impede sua participação em vários cenários da sociedade.

Infelizmente, na nossa sociedade, ser velho significa na maioria das vezes estar [excluído](#) de vários lugares sociais. Um desses lugares densamente valorizado é aquele relativo ao mundo produtivo, o mundo do trabalho.

O tratamento degradante não parte apenas da sociedade, conforme a visão de ALMEIDA (ALMEIDA, 2003), mas do próprio Estado, que, por exemplo, discute formas de fazê-lo contribuir, mesmo aposentado, para a Previdência Social, que lhe impõe

aposentadoria ínfima, lhe presta um serviço de saúde precário e não se preocupa em adotar políticas públicas que o beneficie.

Diante de todos os maus-tratos surge o Estatuto do Idoso, justamente quando a urgência em reduzir o caos da previdência propõe reduções nos benefícios, já minúsculos para a maioria da população em geral. Alguns pesquisadores do tema afirmam ser um paliativo, para abrandar (ou seria camuflar?) a situação dos maiores de sessenta anos.

Assim, de acordo com a Política Nacional do Idoso, os mais velhos são considerados como prioridade absoluta e instituem-se penas aplicáveis àqueles que desrespeitarem ou abandonarem os cidadãos idosos. Entre outras prerrogativas, além do direito de prioridade, destacam-se no Estatuto do Idoso: distribuição gratuita de próteses, órteses e medicamentos; que os planos de saúde não possam reajustar as mensalidades pelo critério de idade; o direito ao transporte coletivo público gratuito e reservas de 10% dos assentos; nos transportes coletivos estaduais, a reserva de duas vagas gratuitas para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos; que nenhum idoso seja objeto de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão; prioridade na tramitação dos processos, procedimentos e execução dos atos e diligências judiciais; 50% de descontos em atividades de cultura, esporte e lazer; reserva de 3% de unidades residenciais nos programas habitacionais públicos; e, a cargo dos Conselhos Nacional, Estadual e municipal do idoso e do Ministério Público, a fiscalização e controle da aplicação do Estatuto.

Mas será que o Estatuto do Idoso, desse modo, é eficaz?

A Constituição Federal no art. 230 em si já era o suficiente para garantir a proteção ao idoso, porque assegura "*a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*". O dever de assegurar a participação comunitária, a defesa da dignidade, o bem-estar e o direito à vida, pertencem à família, a sociedade e ao Estado, sendo, portanto, dever de todos. Porém, toda vez que se precisa de leis para efetivar direitos constitucionais é sinal que não estão sendo respeitados e, por conseguinte necessita-se de uma mudança no modo de pensar o idoso.

Pretende-se, com este trabalho, provocar uma reflexão crítica e social acerca das principais inovações trazidas pelo Estatuto por meio de uma pesquisa para se conhecer

quais as principais questões enfrentadas pelos idosos no judiciário, apresentando as ferramentas e os subsídios que o ordenamento jurídico brasileiro proporciona para que se possa enfrentar a questão central do idoso e direcionar o interlocutor para que se proponha a entender a necessidade de uma mudança de paradigmas acerca do assunto. Buscaremos demonstrar que o Estatuto tem propiciado o início de um processo corrente no sentido da internalização por parte dos cidadãos de uma nova postura, consequência positiva da nobre iniciativa do Estatuto.

O tema, por ser de grande valor social, e por vezes sendo preterido na seara do Direito, atropelado por interesses de ordem econômica de grupos sociais, merece ser colocado em voga e discutido com entusiasmo compatível, já que todos os cidadãos brasileiros passam ou passarão, seja por experiência própria, seja experiência de alguém próximo, pelo problema da velhice no Brasil. Neste contexto, o Estatuto do Idoso apresenta um campo fértil e estimulante para que a sociedade se mobilize e exija a efetivação das leis em benefício do idoso.

A metodologia de pesquisa se estabelece por meio da apresentação das principais inovações do diploma legal seguido de casos jurisprudenciais envolvendo pessoas idosas, cada qual buscando mostrar as mais diversas situações, em que são sofridas gritantes violações em sua dignidade e em seus direitos; com o cuidado de se explicar os pormenores; analisar-se o contexto e tentar-se produzir a melhor solução para o problema do indivíduo em idade avançada e que, conseqüentemente, é a melhor solução para o Direito.

Serão tratados casos de violência e maus-tratos contra o idoso; a situação do idoso nos transportes públicos; o atendimento na rede pública de saúde; o problema do idoso na utilização dos planos de saúde; sua qualidade de vida no que se refere à cultura e lazer; prestação alimentícia ao idoso; seu tratamento no sistema penal brasileiro principalmente no pólo ativo (vítimas, em geral, nos crimes, que se processam mediante ação penal) e, ainda, casos em que o idoso é enganado pelos próprios parentes, que, no seio familiar, se esquivam de prestar-lhe benefícios ou lhes roubam patrimônio e direitos beneficiando-se ilicitamente, e por vezes cruelmente, em razão de alguma deficiência física.

2. QUEM É CONSIDERADO IDOSO NO BRASIL?

Segundo VILAS BOAS (VILAS BOAS, 2005), o vocábulo “idoso” tem sua origem latina no substantivo *aetas, aetatis*,¹ de cujo caso acusativo *aetatem* (caso lexiogênico de onde nasceu a maioria das palavras num grande número de línguas modernas) deu-se existência à palavra “idade”. “Idoso” é vocábulo de duas componentes: “idade” mais o sufixo “oso” que, no léxico, segundo PASCHOAL CEGALLA (PASCHOAL CEGALLA, s/d) denota “abundância ou qualificação acentuada”. Portanto, o vocábulo “idoso” pode significar: cheio de idade, abundante em idade.

A figura do *idoso* poderia até ser controvertida se não existisse uma nomenclatura própria em lei, definida no exercício legislativo de 2003. A Lei nº 10.741, de 1º de outubro, no ano citado (que dispõe sobre o Estatuto do Idoso), já estabeleceu de forma lacônica, que o *idoso* é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Como fez a lei citada, não se imprimiu para a configuração do idoso, a diferença de sexo, condição social ou outras variantes denotativas da individualidade humana. O antigo Código Civil, de 1916, sem ao menos mencionar a palavra “idoso”, já havia obrigado a adoção do regime matrimonial da separação de bens quando o homem contasse com sessenta anos de idade e a mulher com cinquenta e cinco. Com isso, pretendia-se proteger um grau determinado de faixa etária, preservando-a de golpes contra sua condição econômico-social ou fortuna. O atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) veio para nivelar homens e mulheres e exigiu que as pessoas maiores de sessenta anos adotassem o regime da separação de bens no casamento. Parece que o novo Código Civil antecipou as forças do Estatuto e marcou a idade sexagenária para homem e mulher como um limite único. Tal estipulação etária veio em um dos incisos do art. 1.641 da nova lei substantiva.

Já o Código Penal, ao tratar das circunstâncias que atenuam a pena, para o agente da infração penal, considerou o momento etário somente para os maiores de 70 (setenta) anos, à hora da sentença. Não se sabe, no âmago do legislador da época, se a vida com

¹ *Aetas, aetatis*, substantivo feminino que corresponde à idade ou espaço de tempo humano.

setenta anos era realmente o marco da idade propecta. Todavia, nos dias de hoje, com a vigência do Estatuto, não se pode dizer (e se dizê-lo far-se-á uma odiosa discriminação) que a idade senil seja semelhante a do idoso Na senilidade há um incidente biológico que implica na diminuição da capacidade físico-mental; no caso do idoso, simplesmente se dá a partida teórico-temporal. Enfim, considera-se idoso o sexagenário e pouco importa sua condição de vitalidade, esteja ele em pleno vigor físico ou nos anos da decrepitude.

A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, em 1969), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, adotou no seu preâmbulo: "Direito à Vida", art. 4º, um princípio de proteção ao maior de 70 (setenta) anos, no caso de pena de morte. Diz seu número 5:

Não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la à mulher em estado de gravidez.

Por fim, o Estatuto do Idoso incluiu na sua esfera de proteção não só as pessoas maiores de sessenta anos de idade, mas também as próprias pessoas com idade de sessenta anos. Antes de o Estatuto ingressar no arcabouço jurídico do País havia a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que criava a Política Nacional do Idoso. Seu art. 2º registrava o idoso nos seguintes termos: *Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.*

Portanto, sendo lei especial posterior (e prevalente sobre a outra, já referida), o Estatuto ampliou o campo de abrangência e agasalhou no seu manto as pessoas com sessenta anos de idade, considerando-as como "idosas".

Quanto aos Direitos Fundamentais do idoso, o Direito a Vida é, sem dúvida, o maior deles. Não precisava que o Estatuto dissesse sobre o Direito à Vida, em Capítulo do segundo Título, sujeitando o Estado à obrigação de garantir proteção à vida do idoso. Aliás, todos têm esta proteção, indiscriminadamente. Este foi o espírito do art. 5º, do

dispositivo Constitucional.

3. AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO ESTATUTO NA PROTEÇÃO AO IDOSO NO BRASIL

O artigo 8º do estatuto estabelece que o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos do próprio estatuto e da legislação vigente. Entende-se por direito personalíssimo aquele que é inato da pessoa humana, na sua individualidade, incomunicável com outras pessoas. São as características próprias de cada um, ao próprio segredo de sua intimidade. *Persona*, do latim, significa máscara. A máscara representa a individualidade, os atributos próprios de cada pessoa, indivisível. Tudo que é personalíssimo é próprio somente de uma pessoa ou grupo com individualidades coincidentes ou características especiais. Os Direitos da Personalidade garantem esta condição. CARLOS ALBERTO BITTAR (BITTAR, 2000) considera da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade, entre outros.

No âmbito dos Direitos Fundamentais, o Estatuto dá um relevante privilégio à liberdade do idoso e subdivide este direito em vários tópicos. Numa das espécies, do gênero liberdade, está o direito de ir e vir, estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais. O Estatuto se apoiou em princípios compendiados na Lei Maior, no art. 5º, XV.

A participação do idoso na vida familiar e comunitária é a melhor forma de lhe patrocinar um envelhecimento feliz e seguro. O Estado deve garantir o fortalecimento dos laços familiares, principalmente para os idosos, com políticas públicas eficazes e direcionadas. A sociedade e a família têm uma dívida de amparo aos idosos e o dever de lhes assegurar o convívio na sociedade. A Constituição retratou a obrigação no seu art. 230:

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

Por sua vez, a Política Nacional do Idoso, criada pela Lei nº 8.842/94, mandou:

Incentivar e criar programas de lazer, esporte e atividades físicas que proporcionem a melhoria da qualidade de vida do idoso e estimulem sua participação na comunidade.

Já a participação do idoso na vida política encontra guarida, por decorrência, nas generalidades de outras garantias que lhe foram outorgadas. Se for o idoso chamado a participar da comunidade, participar das diretrizes que lhe foram traçadas para o bom convívio, para o bem-estar, para os direitos sociais, tem ele semelhantes direitos políticos, por conclusão lógica. Se o idoso pode decidir os destinos da nação, com o voto, como qualquer eleitor, pode também participar da política de seu próprio atendimento. A Política Nacional do Idoso (como esteio do Estatuto do Idoso) lhe repetiu esse direito:

Participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos.

Está estampada no Estatuto e noutros compêndios legislativos, repetidas vezes, a faculdade de o idoso buscar refúgio, auxílio e orientação. Sinteticamente, o idoso, em situação de risco social, por exemplo, acolhido por adulto ou núcleo familiar, faz surgir a dependência econômica para vários efeitos. Essa espécie de acolhimento é relevante em termos de dependência tributária e previdenciária. Normalmente poderá haver, para o acolhedor, reflexos no seu imposto de renda e lançamento do idoso como dependente agregado em eventual plano de saúde.

Para prestar auxílio a idosos as instituições destinadas ao seu atendimento ficam obrigadas a manter identificação externa visível, sob pena de interdição. Com tal demonstração de apreço pelos mais velhos, o Estatuto criou-lhes mecanismos de socorro. Ao deparar com o anúncio de identificação, de forma ostensiva e pública, em qualquer entidade de atendimento, o idoso ali poderá buscar seu refúgio em caso de abandono e

necessidade premente.

Na hipótese de o idoso ter seus direitos ameaçados ou violados, o órgão do Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: encaminhamento do idoso à família ou a seu curador, mediante termo de responsabilidade; propiciar ao idoso medidas de orientação, apoio e acompanhamento temporários, quando for o caso; requisição para tratamento de saúde do idoso, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; inclusão do idoso em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento do idoso usuário de drogas lícitas ou ilícitas; e abrigo do idoso em entidade.

Há também medida de proteção que assegura ao idoso a prioridade na tramitação de processos e procedimentos. Há, ainda, a prioridade na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente, em qualquer instância.

O direito à dignidade e ao respeito direciona aos idosos as garantias de caráter constitucional e os equipara a todos os cidadãos do País. O equiparar a todos, teoricamente, é o mesmo que evitar a exclusão e a discriminação sociais. O respeito relativo à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, tanto pode abranger a preservação da imagem, da identidade, da autonomia de valores, idéias e crenças, como também aos direitos de propriedade e posse sobre espaços e objetos pessoais. A dignidade humana já pressupõe o tratamento respeitoso a todas as gentes. Quase todas as proteções estão no âmago dos Direitos e Garantias Fundamentais da Lei Suprema, no seu art. 5º.

Também é respeito à dignidade, entre outros direitos, o tratamento igual com os semelhantes. Essa igualdade, por mais igual que pareça, às vezes pode pressupor uma diferença de tratamento, dadas as limitações específicas de cada um. Tratar os desiguais, igualmente, pode ser a primeira das injustiças. Para NORBERTO BOBBIO (BOBBIO, 1992), “não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se pode deixar de levar em conta as diferenças específicas determinantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro grupo”.

Agora com relação aos alimentos, o idoso possui prerrogativas, embora em linhas gerais a prestação se baseie nas regras da legislação civil. Nas suas estruturas mestras, a lei civil obrigou os parentes a prestar, uns aos outros, os alimentos necessários para viver de modo compatível com sua condição social. Dessa forma, o filho tem para com os pais as mesmas obrigações paternas anteriores à velhice. Se um pai idoso, sem condição de sobrevivência, depender de um dos filhos, os demais deverão responder pelo encargo na proporção de seus recursos.

Como ficou assentado, há uma solidariedade na prestação alimentícia. A obrigação de prestar alimentos é recíproca entre pais e filhos e estende-se a todos os parentes. O pai idoso ou a mãe poderá receber hospedagem e sustento de um dos filhos. Assim ocorrendo, os demais filhos ficarão obrigados a cooperar materialmente nos custos do sustento e da hospedagem. A obrigação dos filhos para com os pais idosos é de esteio constitucional, conforme o art. 229 da Lei Maior. Este dever é anterior a qualquer lei, é uma obrigação de cunho afetivo e moral. Qualquer filho que tenha caráter e sensibilidade terá que cumprir fielmente este dever de consciência.

Porém, se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social. A Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS - nascida da Lei nº 8.742/93, criou a espécie de seguridade social não contributiva. Teve esta lei o objetivo principal de acudir gratuitamente a necessidades básicas das pessoas carentes, estabelecendo aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovarem ausência de meios para a subsistência própria, o recebimento de 1 (um) salário mínimo por mês.

Com relação à saúde do idoso, por disposição do seu Estatuto, foi incluída prioritariamente a atenção integral, universal e igualitária diante das ações e serviços de prevenção, promoção, proteção e recuperação de sua saúde. O Estatuto do Idoso atentou, de lado especial, para as doenças que afetam preferencialmente os idosos.

O parágrafo primeiro do art. 15 do Estatuto do Idoso estabelece um elenco de situações em que a prevenção e a manutenção da saúde do idoso são efetivadas. O

cadastro da população idosa em base territorial deve ter muitas finalidades, não é só a de caráter estatístico. Ao focalizar a figura do idoso, com seus dramas e inquietudes, toma-se mais fácil seu estudo e posterior cuidado, curativo e preventivo ao mesmo tempo. É também uma garantia de preservação de sua identidade histórica e cultural. A Política Nacional do Idoso ressaltou a história de cada um como uma memória cultural, nos seus termos seguintes:

Valorizar o registro da memória e a transmissão de informações e habilidades do idoso aos mais jovens, como meio de garantir a continuidade e a identidade cultural;

O atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, por sua vez, é uma maneira de prevenção e manutenção da saúde do idoso. É importante deixar claro o que é o atendimento geriátrico, em linhas gerais, e a diferença para o atendimento gerontológico. A geriatria é uma das especialidades da medicina. Para a Enciclopédia Barsa, geriatria é um "ramo da medicina que se ocupa do estudo, tratamento e prevenção dos processos patológicos específicos da velhice". Gerontologia é a "especialidade médica que se ocupa do estudo dos fenômenos, características e problemas biológicos, econômicos e sociais relacionados à velhice". Tem a segunda disciplina um caráter mais sociológico no seu contexto. Trata o idoso no seu todo, como homem na sociedade e seus problemas multidisciplinares.

O atendimento domiciliar também está inserido no contexto de prevenção e manutenção da saúde, mormente para os incapacitados de se locomover. Tratamento equiparado deve ter o idoso abrigado em instituição pública. A Constituição Federal previu o atendimento domiciliar no seu art. 230, § 1º.

Também o fornecimento gratuito de medicamentos, inclusive os de uso continuado, próteses e órteses², além de outros recursos, deve ocorrer por conta do Poder Público. O Decreto n° 1.948, de 3 de julho de 1996, que regulamenta a Política Nacional do Idoso, atribuiu ao Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Assistência à Saúde, a competência para garantia ao idoso da assistência integral à saúde. Por fim, o idoso não pode sofrer discriminação de natureza alguma, mormente no tratamento por planos de

² A *prótese* é um dispositivo implantado no corpo para substituir um órgão ausente (dentadura, p. ex), enquanto a *órtese* é um aparato que serve para pôr determinado membro do corpo em ordem (tipóia, por ex.).

saúde, o que seria além de afronta ao princípio da isonomia, atentado ao imperativo categórico e especial da Política Nacional do Idoso (art. 3º, III). Será analisada com detalhes a situação dos planos de saúde para os idosos.

No âmbito da Educação, Cultura, Lazer e Esportes, faz parte das ações governamentais, na implementação da política de atendimento, a obrigação de propiciar ao idoso, inicialmente, várias modalidades de procedimentos e garantias. Elas estão compendiadas na Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94), art. 10, III. Na área de cultura, esporte e lazer, tem-se disposto no art. 10, VII (ainda na Política Nacional do Idoso):

- a) garantir ao idoso a participação no processo de produção, reelaboração e fruição dos bens culturais;
- b) propiciar ao idoso o acesso aos locais e eventos culturais, mediante preços reduzidos, em âmbito nacional;
- c) incentivar os movimentos de idosos a desenvolver atividades culturais;
- d) valorizar o registro da memória e a transmissão de informações e habilidades do idoso aos mais jovens, como meio de garantir a continuidade e a identidade cultural;³
- e) incentivar e criar programas de lazer, esporte e atividades físicas que proporcionem a melhoria da qualidade de vida do idoso e estimulem sua participação na comunidade.

A cultura, o esporte e o lazer são espécies do gênero "educação" e se vêem mostrados genericamente, no art. 205 da CF. Ei-los:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Já o art. 21 do Estatuto, fala de inclusão, para idosos, de conteúdo referente às

³ Dispositivo já descrito anteriormente em parágrafo sobre saúde e referente ao cadastramento do idoso como política de preservação de sua identidade histórica e cultural.

técnicas de comunicação e demais mudanças modernas. Novamente a Política Nacional do Idoso, no seu art. 10, inciso I, descreve nas suas alíneas, matéria dentro do contexto:

b) estimular a criação de incentivos e de alternativas de atendimento ao idoso, como centros de convivência diurnos, casas lares, oficinas abrigadas de trabalho, atendimentos domiciliares e outros;

c) promover simpósios, seminários e encontros específicos;

d) planejar, coordenar, supervisionar e financiar estudos, levantamentos, pesquisas e publicações sobre a situação social do idoso;

Todos esses adereços existem com vistas a integrar o idoso no seio social e na vida moderna. Os encontros, seminários, simpósios, os centros de convivência, atendimentos domiciliares e outras atividades constituem-se em processo de alto nível de comunicação e expressão, próprios da vida moderna.

No âmbito da Profissionalização e do Trabalho, estabelece o Estatuto do Idoso o direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Nos seus Princípios Fundamentais, dispôs a Constituição de 1988 sobre as bases do Estado Democrático de Direito ao inserir como alicerces, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV). A atividade profissional está evidenciada como um direito sagrado de toda pessoa humana (incluída aí, por decorrência, o próprio idoso). A liberdade de escolha e de alternativas está garantida a todo cidadão, desde que se trate de ocupação lícita, nos termos da lei. Diz a Norma:

Art. 5, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Relativamente à Previdência Social, têm direito os idosos aos benefícios previdenciários, que são prestações pecuniárias aos segurados e a qualquer pessoa que contribua para a previdência social na forma dos planos previdenciários. Os benefícios de aposentadoria e pensão devem observar critérios de cálculo que preservem o valor real

dos salários sobre os quais incidiram contribuição. Este dispositivo encontra respaldo no art. 29 do Estatuto do Idoso, e sendo assegurado, ainda, o seu reajustamento (desses benefícios) de acordo com a redação do art. 201, § 4º, da Constituição Federal. Também a perda da condição de segurado necessariamente não implica a perda dos benefícios previdenciários nos termos do art. 30 do referido Estatuto.

No que tange à Assistência Social, os princípios e diretrizes previstos nos vários diplomas declinados no art. 33 do Estatuto convergem para os próprios ideais inseridos na Lei Maior. Não deixou o dispositivo em apreço de mencionar, no seu final, as demais normas pertinentes: As forças descritas na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso e no Sistema Único de Saúde não têm a grandiosidade de, por si mesmas, atribuir ao idoso todas as ressalvas necessárias e ideais para o seu bem-estar e segurança.

Ao considerar o idoso e suas necessidades contraditórias e sua eterna individualidade em relação a outros grupos sociais; ao considerar as dificuldades de abrigá-lo; ao considerar o trabalho das boas instituições que prestam serviço ao idoso, então, assim, passa-se a entender que a Assistência Social é profundamente complexa. O ser humano, inesgotável nas suas potencialidades, tem de conviver num mundo de novidades e reclamações a cada dia. Em décadas passadas, quem poderia pensar no que se pensa hoje? No convencional de hoje? Como pensar nas necessidades atuais, inexistentes em épocas anteriores?

A primeira e grande tarefa da Assistência Social é a de proporcionar melhores condições de vida aos assistidos, carentes. Neste sentido, conforme já mencionado, dispõe a LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social) sobre o benefício de quantia equivalente a 1 (um) salário mínimo por mês ao idoso carente, definido na forma do art. 34 do Estatuto do Idoso.

Quanto à garantia da Habitação, amparo, dignidade e bem-estar são condizentes com este direito. Todas as prestações referidas formam uma dívida da família, da sociedade e do próprio Estado. O art. 230 da Constituição Federal focalizou essas obrigações e as

entregou à família, em primeiro lugar, depois à sociedade e finalmente ao Estado. Porém, Estado e sociedade acabam por se confundirem na mesma pessoa. Todo custo para o Estado é pago pela sociedade, ela existe de fato e o Estado é uma mera ficção, ou uma figura imaginária, artificial, criada apenas para organizar a sociedade e conduzi-la. E quem é a sociedade? Pode-se dizer que se trata da reunião das pessoas agrupadas em famílias. Por fim, realmente quem se atinge, quem se torna responsável, é a família, seja a do idoso ou de algum outro indivíduo não pertencente a este grupo, mesmo que não diretamente pelo seu próprio núcleo familiar.

Os Projetos de Enfrentamento da Pobreza, de que fala a Lei Orgânica da Assistência Social, compreendem ações múltiplas para garantir as condições gerais de subsistência e elevação da qualidade de vida.

Os projetos devem estar coniventes com a política praticada pelas entidades de longa permanência, por exemplo. O parágrafo 1º do art. 37 (Estatuto do Idoso) traz a hipótese de assistência integral de longa permanência para o idoso sem grupo familiar, em estado de abandono e carência de recursos financeiros. No Regulamento da Política Nacional do Idoso há o molde exato para esses casos, com o chamado atendimento asilar.

A identificação externa determinada pelo § 2º (art. 37 do Estatuto) tem em mira uma facilitação visual para que o idoso encontre seu refúgio e segurança, quando necessários. É a instituição de atendimento que deve prestar o serviço e o mesmo tem que ficar à exposição pública, como se fora um anúncio a todos os interessados. É um chamamento aos que necessitam, é um serviço público de alta relevância, muito embora possa a instituição estar revestida pelo manto de um ente privado. Porém, em sentido diferente, a identificação externa obrigatória se presta a garantir a lisura e a decência da entidade. Evita-se, assim, que pessoas inescrupulosas desvirtuem a nobre finalidade do atendimento e a substitua por interesses subalternos e escusos.

Ao manter seus serviços de abrigo aos idosos, as instituições devem se subordinar à lei e é ela a determinadora do alto padrão de acolhimento compatível com as necessidades de seus protegidos. É obrigação da entidade de longa permanência ofertar a boa

alimentação, nos moldes regulares, em cumprimento às normas sanitárias vigentes.

Já no âmbito do direito ao Transporte Público pelo idoso, o dispositivo Constitucional, na sua escrita, garantiu a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Porém, no que se refere aos transportes seletivos e especiais, por exemplo, impende-se existir uma inconstitucionalidade: O Estatuto do Idoso, por sua redação, garantiu este mesmo transporte gratuito e depois o retirou dos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. Assim procedendo, nada mais fez o Estatuto do que mudar o curso de uma Norma Maior, restringindo-a, em franca infração à hierarquia das leis. A lei ordinária jamais poderia diminuir as benesses conferidas pela Ordem Social estampada na Lei Suprema.

O que se poderia instituir, se assim fosse a vontade legislativa relativa ao Estatuto, seria o uso de mecanismos tais que aumentassem o seu próprio raio de abrangência. Se a lei ordinária não pode cassar direitos constitucionais, pode, contudo, conferir direitos ou aumentá-los em muitas hipóteses, desde que não conflitantes com o texto maior. É de se aplicar aqui a velha máxima romana: *Ubi lex non distinguit nemo potest distinguere*.⁴ Tal constatação, inclusive, deu ensejo ao ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o argumento de que tal dispositivo do Estatuto limita o acesso gratuito de maiores de 65 anos aos serviços seletivos e especiais de transporte urbano.

O Estatuto do Idoso consagrou medidas de proteção contra ações, omissões, abusos e em razão da condição pessoal do idoso. Assim, com relação às Medidas de Proteção conferidas, estas entram em campo quando os direitos do idoso forem ameaçados ou violados. A sociedade ou o Estado, na sua omissão de reconhecer ou aplicar direitos gerais ou específicos do idoso, fez surgir tais medidas, que possuem as mais variadas formas, tanto administrativas quanto judiciais. Embora se trate aqui de disposições gerais, todavia, o que é específico está também contido no geral, em campo de sua abrangência.

⁴ Em livre tradução: “Onde a lei não distinguiu a ninguém é lícito distinguir”.

O abuso da família caracteriza-se pelo desamparo, em seus ricos exemplos. Vão eles desde a indiferença até atos prejudiciais, violentos e criminosos contra o idoso. A Constituição Federal relacionou com clareza que *os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade* (art. 229). Este é um dos pequenos exemplos. Já a figura do curador surge por nomeação da justiça com o fim de representar o idoso incapaz de gerir sua pessoa e seus bens. A prática de qualquer ato escuso, por parte do curador, constituir-se-á em abuso ou omissão. Como exemplo de medida de proteção, ainda se pode citar a entidade de atendimento, que como se viu, tem sérias obrigações para com os seus abrigados. Omissão ou abuso praticado por ela poderá ter como consequência uma punição, leve ou severa, dependendo do caso.

Na seara do acesso ao Judiciário, o idoso também possui certas prerrogativas. Ao idoso é assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos, na letra do art. 71 do Estatuto. Essa prioridade, caso não seja respeitada, pode ser argüida em juízo.

A prioridade na tramitação dos processos e procedimentos em que figure o idoso como parte ou interveniente é de uma importância ímpar tendo em vista a urgência na finalização do processo. A demora da prestação jurisdicional por tempo não razoável poderá implicar a impossibilidade do idoso em presenciar sua possível vitória, tendo em vista o seu falecimento antes do momento do reconhecimento de seu direito.

Já existem delegacias especializadas para atendimento ao idoso. Como os Estados organizam sua Justiça, observados os princípios estabelecidos no dispositivo Constitucional (art. 125), podem as unidades da federação criar as varas especializadas no setor, de acordo com as próprias normas que adotarem. Mas a lei de organização judiciária será de iniciativa do Tribunal de Justiça respectivo de cada Estado.

Por fim, todas as esferas de governo devem participar na política de atendimento ao idoso - e até entidades privadas - por tal razão é um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais. A articulação é uma parceria, um convênio, uma conjugação de serviços, um misto de ações entre instituições públicas e privadas. O atendimento ao idoso tem muitas facetas e uma infinidade de pessoas e governos

concorrem para o mesmo propósito. Deve haver uma pluralidade de áreas e esferas para cuidados do idoso.

Positivar um Direito é sempre proporcionar benefícios à sociedade. É um avanço, pois agora pode-se e poder-se-á no futuro utilizar a nova lei como instrumento para validar reivindicações. O Estatuto do Idoso apresenta um campo fértil e estimulante para que a sociedade se mobilize e exija efetivação das Leis em benefício do idoso. Pensando nisto, é que foram abordadas aqui e pretende-se aprofundar as principais garantias asseguradas pelo Estatuto do Idoso, juntamente com os problemas inerentes à nova realidade que precisam ser solucionados.

4. ESTUDO DE CASO

O presente capítulo busca estabelecer uma análise das decisões acerca dos temas inovadores do Estatuto do Idoso que enfrentaram julgamento em Tribunais brasileiros. Para a composição do estudo de caso a metodologia utilizada foi a análise sobre material

proveniente de fontes doutrinária e jurisprudencial.

Como não é possível esgotar todo o assunto em sede de monografia, foram escolhidos alguns temas principais para discussão. São eles: proteção ao idoso, em geral, saúde, violência, e habitação. Assim, no que tange à pesquisa jurisprudencial, foram selecionados Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, no período de 1º de janeiro de 2006 a 10 de maio de 2008. Os Acórdãos se referem apenas a casos em que o interesse é de pessoa idosa, tendo em vista a relevância da condição de idoso, ou que versam sobre alguma norma do Estatuto do Idoso.

Para a pesquisa, foram inseridas as expressões com as palavras-chave respectivamente: "idoso e proteção", "idoso e transporte", "idoso e saúde", "idoso e violência", "idoso e habitação", "idoso e moradia". Somente para se ter uma idéia da ordem de grandeza dos resultados encontrados, foram selecionados 14 (quatorze) acórdãos do TJRJ e 11 (onze) do STJ. A quantidade de Acórdãos encontrados na pesquisa do TJRS foi muito grande para cada um dos mesmos tópicos ou expressões pesquisadas. Assim, são utilizados no presente estudo apenas Acórdãos semelhantes, selecionados por amostragem e por possuírem características mais próximas dos acórdãos dos tribunais anteriormente mencionados, para possibilitar um estudo das decisões que vêm sendo tomadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no Sul do Brasil - representado pelo TJRS - e em âmbito nacional, com demandas provenientes de outros estados, pelo STJ. Assim, foram obtidos com as palavras "idoso e proteção" 7 (sete) Acórdãos relevantes no TJ e 5 (cinco) no STJ. Com as palavras "idoso e transporte" foram obtidos 4 (quatro) Acórdãos relevantes no TJ e 2 (dois) no STJ. Com as palavras "idoso e saúde", foram obtidos os mesmos 7 (sete) Acórdãos relevantes obtidos com as palavras "idoso e proteção" no TJ e 8 (oito) no STJ, quatro dos quais repetidos. Não foram obtidos resultados no STJ quanto às palavras-chave "idoso e violência", mas foram obtidos 1 (um) resultado relevante no TJRJ e 3 (três) resultados relevantes do TJRS com essas palavras. Foram obtidos, com as palavras-chave "idoso e habitação", 1 (um) Acórdão no TJ e nenhum no STJ. Da mesma forma, foram obtidos, com as palavras-chave "idoso e moradia", 1 (um) Acórdão no TJ (diferente do obtido com "idoso e habitação") e nenhum no STJ. Os números dos processos encontram-

se mencionados ao final, no anexo.

Uma vez constatado que os assuntos se repetem, os Acórdãos semelhantes foram agrupados e estudados em grupo, sendo cada caso correspondente a um grupo, e, para cada grupo de acórdãos, foi escolhido um acórdão principal para ser mencionado na análise como guia à construção dos argumentos. Portanto, o que se segue são estudos de casos envolvendo “A Proteção e a Saúde do Idoso”, “Os Transportes e o Idoso”, “O Idoso e a Violência”, e “Idoso: Direito à Habitação”.

4.1. A Proteção e a Saúde do Idoso

Não há como falar em proteção ao idoso sem mencionar aspectos relacionados à saúde do idoso conjuntamente à prestação de serviços a eles destinada e de acordo com o preceituado no nosso Estatuto Consumerista – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Assim, os casos aqui abordados têm como pano de fundo, além do Estatuto do Idoso, principalmente este contexto do CDC. Dessa forma, preferiu-se analisar a proteção dada ao idoso pela vigência do Estatuto e o aspecto do Direito à Saúde no mesmo tópico, pois a maior parte dos acórdãos encontrados com as palavras-chave “idoso e proteção” são relacionados ao tema da saúde de pessoa idosa e tendo em vista ainda que esses acórdãos abarcam conceitos que não permitem dissociar os dois assuntos (saúde e proteção) presentes num mesmo acórdão.

No STJ, entretanto, relacionados à proteção ao idoso, além dos casos envolvendo relação de consumo, se acham Ações Cíveis Públicas de responsabilidade sobre danos ao consumidor – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

No primeiro caso aqui analisado, de obrigação de prestação estatal de medicamentos e fralda (art. 15, § 2º do Estatuto do Idoso), a controvérsia versa sobre o fornecimento pelo município de insumo e fralda geriátrica descartável, necessária à saúde do recorrido, portador de AVC – Acidente Vascular Cerebral - que não possui meios de adquiri-los sem prejuízo do seu próprio sustento. No mesmo caso se insere outro

Acórdão, em que a recorrida é portadora de insuficiência renal crônica e apresenta suas contra-razões, em sede de apelação que lhe move o município de Barra Mansa.

Sustentam os entes federativos, recorrentes, em razões de recurso, a inexistência de previsão orçamentária para arcar com as necessidades ilimitadas da população.

A Constituição Federal, em seu art. 196 e seguintes, deixa claro que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Essas ações e serviços públicos de saúde devem ser desenvolvidos de forma integrada, embora descentralizada, através de um sistema único (art. 198 da Constituição Federal) do qual fazem parte a União, os Estados e os Municípios.

Cabe salientar ainda que o SUS, segundo o disposto no art. 23, II, da CF, afigura-se como um conjunto de ações integradas, regulamentadas em nível infraconstitucional pela Lei 8.080/90 que não prevê responsabilidades estanques e nem poderia, frente à citada norma, donde se conclui pela existência de obrigação solidária entre as pessoas jurídicas de direito público, entendimento já consagrado.

Desse modo, estabelece-se um regime de responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios na gestão da saúde como um todo, inclusive no fornecimento de medicamentos e insumos a pacientes necessitados, em que pese tenham os entes de direito público procedido ao escalonamento de responsabilidades, em face da atenção básica à saúde, o qual se mostra irrelevante frente ao credor da prestação, remanescendo, assim, o dever constitucional de atendimento.

Esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (FERREIRA FILHO, 1995, p. 54) o alcance do art. 196 da Constituição Federal:

“O direito à proteção à saúde, na verdade, é o direito

individual à preservação da doença, a seu tratamento e à recuperação do doente. Traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente ou enfermo.”

Assim, a responsabilidade pela saúde pública, imposta pela Constituição Federal, não pode ser considerada de maneira fracionada, na medida em que cabe a qualquer dos entes da Federação, podendo, pois, uma parte, ajuizar a ação contra qualquer dos entes públicos.

Logo, vê-se que cuidar da saúde da população é competência comum dos entes federados, incluindo, portanto, o Estado como responsável pelo fornecimento de todos os medicamentos já prescritos para tratamento de doente ou que venham a ser indicados, independente de fazerem ou não parte de listas oficiais.

ALEXANDRE DE MORAES (MORAES, 2002, p. 1926) pontua:

“O direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.”

E, no que tange à obrigatoriedade na garantia do direito fundamental à saúde dos cidadãos, cabe aqui destacar que acha-se consolidado no verbete n.º 65 do TJRJ:

SÚMULA Nº 65 - DIREITO À SAÚDE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. "Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva.

Com efeito, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão,

em grave comportamento inconstitucional.

Convém salientar que o Judiciário não pode também ser insensível aos problemas financeiros por que passam os entes federativos, na tarefa executiva, de administrar e gerir os recursos públicos.

Contudo, não cabe a discussão sobre o direcionamento de recursos financeiros para este ou aquele fim. A falta de previsão orçamentária do município, para fazer frente às despesas com obrigações relativas à saúde pública, revela descaso para com os administrados e a ordem constitucional.

Não se pode olvidar que há entraves burocráticos para o administrador público que, entretanto, não podem ensejar negativa de prestação a quem necessita.

A saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal direito é corolário da inviolabilidade do direito à vida. Na hipótese, tratando-se da gravidade da doença e da garantia de vida de um idoso, não se pode restringir a obrigação à medicamentos, se a saúde não envolve apenas cuidados médicos.

No caso, sequer se tratou de valores meramente econômicos, mas, fundamentalmente, da própria saúde e da vida de um ser humano. A relevância da questão supera toda e qualquer outra alegação que possa ser feita. O Poder Público deve e pode impedir que seus cidadãos venham a morrer ou perder a saúde, demonstrada a necessidade dos medicamentos.

O argumento de escassez de recursos a despeito de relevante para outros fins, não têm pertinência para confrontar o direito e garantia individual constitucional de uma pessoa.

Registre-se que o não acolhimento do pedido de medicamentos/fraldas pelo Tribunal (no caso em tela a análise se faz referente a Acórdãos do TJRJ) significaria pôr em risco o próprio direito à vida, garantia constitucionalmente assegurada como dever do

Estado, que se sobrepõe a qualquer outro direito. Assim, prudente foi a decisão da Eminente Desembargadora Relatora em negar seguimento, nos dois Acórdãos, ao recurso proferido pelo ente federado, com fulcro no art. 557 do CPC.

O segundo caso trata de acórdão do TJRJ versando sobre pleito recursal do Ministério Público para ver estendida a sua pretensão de vedação de aumento de preço de plano de saúde em função de idade, a todas as faixas etárias. Já adiantando, o Eminente desembargador relator julgou, nessa parte, prejudicado o recurso, já que o afirmado não pode ser objeto de apreciação nesse tipo de recurso – embargos infringentes – cujas regras não permitem reexame de orientação sobre a qual havia sido proferida decisão unânime. Daí, somente o parcial provimento do recurso.

Inicialmente, foram apresentados dois apelos, um do autor e o outro do réu, enquanto que o recurso aqui analisado refere-se, justamente, à parte do Acórdão que, por maioria de votos, proveu o segundo, do réu, ora embargado (administradora de plano de saúde), e, conseqüentemente, reformou a sentença, julgando improcedentes os pedidos.

No mérito, o julgador *a quo* determinou a revisão dos contratos do plano de saúde desde março de 1991, data em que o Código de Defesa do Consumidor começou a vigorar. Acertada foi a decisão do ilustre julgador, pois essa questão deve mesmo ser enfrentada sob o plano principiológico, cumprindo buscar-se a máxima efetividade das normas constitucionais e a função social da lei (art. 5º da LICC), aplicando-se esta última por abarcar princípios determinativos, a todas as normas, questões de hermenêutica jurídica relativas ao Direito Privado e ao Direito Público. Tratou-se, portanto, de acordo com o sentimento expresso do douto julgador, de um confronto de princípios.

A Constituição inseriu no rol dos direitos individuais – art. 5º, inciso XXXII, a proteção ao consumidor, no momento em que estabeleceu que “*o Estado promoverá a sua defesa, na forma da lei*”, bem como a incluiu no art. 170, inciso V, como princípio da ordem econômica, apenas não esquecendo, como expresso no próprio caput do art. 170, que a ordem econômica deve funcionar de acordo com os ditames da Justiça Social.

Assim, a Lei nº 8.078/90 regulamentou este preceito, regendo as relações de consumo, tal como a que ora é submetida à análise.

O art. 230, da Constituição Federal, conforme já mencionado, e o art. 2º, da Lei nº 8842/94, dispõem, respectivamente:

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

*“Art. 2º Considera-se idoso, para efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade”.

Assim, a relevância da legislação que dispôs sobre a política nacional do idoso (Lei nº 8.842/94), dado seu caráter social e levando-se em conta a proteção que visa alcançar, qual seja, promover a autonomia, integração e participação efetiva na sociedade daqueles que atinjam os sessenta anos de idade, torna possível não só a sua incidência imediata, mas também sua consideração como norma integrativa para efeito de aplicação, no que lhe for mais favorável, na análise das cláusulas contratuais aqui em voga, a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. A infringência dos princípios ali estabelecidos visa a implementar todo um sistema de proteção que já era previsto desde o advento da atual Constituição.

Portanto, a proteção ao idoso iniciou-se com a Constituição Federal, como princípio, e as normas posteriores vieram concretizá-la.

Não há que se falar em retroatividade na aplicação das citadas leis, pois, na hipótese, sob nenhum aspecto, achar-se-ia diante, sequer, de um conflito de normas, mas especificamente de situação em que impende considerá-las, repita-se, integrativas, pois, a legislação posterior não suprimiu os direitos elencados no Estatuto Consumerista, ao contrário, complementou-os, objetivando conferir maior proteção ao consumidor idoso.

Assim, o CDC, que dispõe sobre normas de conduta gerais, estabelecendo princípios a serem obedecidos em todas as relações de consumo, combate o abuso e o

desequilíbrio contratual através da análise das cláusulas exorbitantes, daí porque, já vedava o aumento por faixa etária para o consumidor idoso, em razão da onerosidade excessiva em desfavor dos contratantes, tornando evidente o desequilíbrio contratual, justamente para aqueles que, com o avanço da idade, e de um modo geral, encontram reduzida sua capacidade laborativa e produtiva exatamente pela limitação de suas forças, diminuídas as condições para a contratação e manutenção de um plano de saúde que garantir-lhes-ia, especificamente, os direitos que a Constituição deseja resguardar.

Em sendo o caso em análise sobre direitos das partes numa relação de consumo, dúvida não há de que, antes da vigência das Leis nº 9.656/98 (Planos de Saúde) e nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), os contratos eram regidos pela legislação consumerista, apresentando-se, portanto, com suas cláusulas a ela subordinadas, com a incidência dos princípios na lei estabelecidos, notadamente, o da transparência, informação, boa-fé, controle das cláusulas abusivas, dentre outros, conferindo-se proteção ao consumidor.

Observe-se, por fim, que a relação jurídica contratual dos Acórdãos (sim, porque este é um exemplo, mas há outros semelhantes) aqui neste caso em apreciação é de trato continuado, submetendo-se, portanto, às normas acima mencionadas, mormente no tocante a reajustes implementados já na vigência das mesmas, não havendo que se falar sequer em violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

Houve, lamentavelmente, no Acórdão-guia do caso em apreço, um voto vencido na decisão dos presentes embargos, em que se afirmava considerar não ser possível extrair, seja da Constituição Federal, seja do Código de Defesa do Consumidor, vedação à variação do prêmio do seguro-saúde em função da faixa etária do beneficiário. E, também, por considerar que as Leis nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) e 10.741/03 (Estatuto do Idoso) não poderiam ser aplicadas aos contratos anteriores. Assim, para o desembargador prolator do voto vencido, conquanto a relação mantida entre a seguradora e o beneficiário do seguro saúde fosse inequivocamente de consumo, esse fato não autorizaria a conclusão de que a variação do prêmio por faixa etária seria abusiva e, por isso, ilegal. Refuta-se, aqui esta posição, por todos os argumentos jurídicos antes mencionados.

E, finalmente, aplaude-se aqui a decisão do desembargador relator do presente Acórdão-exemplo, cujas razões foram acompanhadas pela maioria. Este, por sua vez, reafirma as razões do voto vencido sobre o qual os presentes embargos analisados foram interpostos. Assim, a sentença pôde ser mantida e o voto vencido do acórdão guerreado, ora defendido pelo ilustre desembargador relator, merece acolhida no presente estudo ao afirmar que a cláusula do contrato de plano de saúde que estabelece a variação de seu preço por faixa etária para segurado com idade igual ou superior a sessenta anos, fere o disposto no art. 51, IV, e art. 51, §1º, inciso III, ambos da Lei nº 8.078/90, eis que cria para o consumidor situação de flagrante desvantagem, bem como, revela onerosidade excessiva, conforme disposição do art. 39, inciso V, do referido diploma legal.

No terceiro caso, tratando-se de Acórdãos do STJ em sede de Recursos Especiais versando sobre aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, os recorrentes, prestadores de serviços de saúde, ou planos de saúde, como genericamente denominados, alegam (à semelhança do caso anterior – de Acórdãos do TJ) violação ao art. 535 do CPC, vulneração aos arts. 6º da LICC, 15 da Lei n.º 9.656/98 c/c 1º da Resolução n.º 6/98 do CONSU, e 15, § 3º, da Lei n.º 10.741/2003, por entender que as disposições do Estatuto do Idoso não se aplicam aos contratos celebrados antes de sua vigência.

Sustentam ainda que a desconstituição do reajuste feito em conformidade com cláusula contratual fere o ato jurídico perfeito, porquanto não se deve permitir que a lei nova incida sobre os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente pactuados, sob pena de afetar o próprio ato ou fato ocorrido no passado que lhes deu origem.

Primeiramente, surge a questão do que concerne à aplicação da lei no tempo, porque a recorrida do Acórdão-guia, usuária do plano de saúde contratado com a recorrente, passou à condição de juridicamente idosa na vigência do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), que veda expressamente, no § 3º do art. 15, a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Acresça-se que a inserção da recorrida na condição de juridicamente idosa é utilizada pela recorrente como fato motivador de majoração do valor da mensalidade devida ao plano, por alegada mudança de faixa etária, em razão de previsão contratual e legal anteriores ao advento do Estatuto do Idoso.

Verifica-se que o Estatuto do Idoso contém disciplina contrária à legislação que rege os planos de saúde, vedando a prática de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, a qual a legislação específica abaliza.

Embora polêmica a questão, conforme anota ANTÔNIO RULLI NETO (RULLI NETO, 2003, p. 159), é certo que "o Estatuto veda a discriminação do idoso com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

Assim sendo, a análise deste processo deve se ater à incidência ou não da nova disposição legal proibitiva de discriminação no que toca ao alcance da condição jurídica de idoso.

A perspectiva adotada pelo Tribunal Estadual, ditada pelo princípio da aplicação imediata da lei, estabelece que o consumidor, usuário do plano de saúde, que atingiu a idade de sessenta anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará jus ao abrigo da referida regra. Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Ou seja, não se sabe se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

Neste caso em análise, tem-se a controvérsia instaurada porque os fatos nascidos na lei antiga, produzem efeitos sob a égide da lei nova. Tal ocorre porque a previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei, isto é, o

direito está dependendo, conforme já mencionado, da ocorrência de um fato futuro e incerto exigido pela lei, e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades pretendida pela recorrente, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, completar o segurado do plano de saúde a idade de sessenta anos.

Assim, se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide da Lei nova, não pode estar o consumidor, usuário do plano de saúde, sujeito ao reajuste estipulado no contrato e permitido pela lei antiga. Estará amparado, portanto, pela Lei nova.

Por isso, não há violação aos arts. 6º da LICC, e 15, § 3º, da Lei n.º 10.741/2003, porque a aplicação da Lei nova, na hipótese sob julgamento, não prejudica o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido.

Prosseguindo-se, pela relevância da questão, para adentrar na seara de Lei que não está em discussão, porque não pré-questionada, mas apenas para fins de reforço argumentativo, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS.

No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a sessenta anos.

E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).

Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de sessenta anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso (verificado anteriormente no segundo

caso), quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente no alçar da idade de sessenta anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde, pelo Código de Defesa do Consumidor e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.

Partindo da premissa posta no acórdão impugnado de que a recorrida completou sessenta anos na vigência do Estatuto do Idoso, por certo, deve ser-lhe conferida a proteção especial garantida pela Lei nova, sem descuidar das salvaguardas aos idosos tais como traçadas em dispositivos legais infraconstitucionais e constitucionais, que já concediam tutela de semelhante conteúdo, agora consubstanciada pela Lei recente.

Há de se considerar, em complementação ao raciocínio até aqui delineado, que a abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que a instância *a quo* dispuser, exatamente, aliás, como se deu no processo em julgamento, em que reconhecida a abusividade calcada exclusivamente no alçar da idade limite, afastou-se o reajuste diferenciado da mensalidade, porque ferido um dentre os sagrados direitos dos idosos, expresso no art. 15, § 3º, do Estatuto Protetivo.

Ciente de que o idoso hoje está e estará sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que firmar, ressalvada a constatação de abusividade que deve ser afastada nos contratos por norma de ordem pública, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, entendemos que é de grande acerto a decisão da ilustre ministra que, obediente à regra protetiva contra discriminação ditada pelo § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, não conheceu do recurso.

Da mesma forma que no caso anteriormente tratado (segundo caso), houve divergência do voto da eminente relatora, no sentido de se dar provimento ao recurso do prestador de assistência médica por se entender inaplicável o Estatuto do Idoso aos contratos firmados antes de sua vigência. Desta forma, permitiu-se o reajuste das

prestações em razão do atingimento da idade determinada. Os que compartilham desta tese justificam tal entendimento com a assertiva de que não importa que se cuide de lei de ordem pública, porque mesmo estas também se submetem à norma constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Porém, ressalta-se, a título de análise, que, tanto no caso em voga quanto no caso anterior, esses argumentos, vencidos, aqui presentes, são facilmente refutados, pois nas decisões se apresentam conforme aqui expressos, sem coerente fundamentação, embasadas flagrantemente em meros “sentimentos” - data máxima vênua – já que a não aplicabilidade do Estatuto do idoso por ser um problema de aplicabilidade de lei civil no tempo não exclui, conforme argumentos já apresentados, a aplicação de normas constitucionais e/ou infra-constitucionais principiológicas já existentes ao tempo da ação e que já amparavam a proteção do idoso e consumidor. Portanto, reafirmamos, o princípio segundo o qual o idoso consumidor deve ser protegido contratualmente de cláusulas abusivas é um princípio maior, preponderante, conforme já mencionado anteriormente, quando comparado ao do direito adquirido.

No quarto caso, Acórdãos do STJ tratam da questão da legitimidade ativa do Ministério Público na propositura de Ação Civil Pública em defesa dos interesses de pessoa idosa determinada. Nesses Acórdãos, o ente federativo alega, em síntese, que o Ministério Público não possui legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública na defesa de direito individual. Afirmam que a defesa individualizada e específica de um usuário, por mais relevante que seja, não encontra eco nas atribuições conferidas pelo Texto Magno aos representantes ministeriais, eis que sua função precípua é a defesa do cidadão como indivíduo, mas através da sociedade como coletividade. Requerem o provimento do respectivo recurso especial para reformar o aresto, o qual, na percepção deste estudo, está corretíssimo.

Inicialmente, defende-se, no caso dos Acórdãos com pedido de antecipação de tutela concedidos, a legalidade de decisão que defere pedido liminar em ação civil pública sem a prévia determinação de intimação do ente público, por entender-se que, havendo direito legítimo de defesa dos interesses da saúde de pessoa idosa, este corre risco iminente na demora da prestação jurisdicional.

O art. 127 da Constituição Federal estabelece:

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Já o art. 129 da Carta Magna dispõe como função institucional do Ministério Público "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade". A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os referidos dispositivos constitucionais é no sentido de que a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional.

Portanto, em se tratando da necessidade de proteção do direito à saúde - tratamento médico, o qual, indiscutivelmente, deve ser considerado como direito individual indisponível, é lícito afirmar que o Ministério Público é legitimado a defendê-lo, ainda que em favor de pessoa determinada.

Ademais, o art. 74, I, da Lei 10.741/2003, dispõe que compete ao Ministério Público "instaurar o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso".

Sobre o tema, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI (MAZZILLI, 2006, p. 606):

"O fundamento legal da atuação do Ministério Público em defesa dos interesses transindividuais de pessoas idosas encontra-se nos arts. 127, 'caput', e 129, II e III, da CR, 82, III, DO CPC, 1º, IV, da LACP, e arts. 74-5 da Lei 10.741/03, entre outros. No tocante à proteção individual do idoso, o Ministério Público a fará sempre que haja indisponibilidade de interesse (como no caso de incapacidade), ou quando o objeto da ação esteja relacionado com **a idade avançada** e a atuação protetiva ministerial seja socialmente proveitosa." Grifo nosso.

Por isso tudo, não há que se falar em violação do art. 2º da Lei 8.437/92, pois o rigor do referido dispositivo deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos

decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente. Sábia foi a decisão da Corte no sentido do desprovimento do recurso.

O quinto caso trata de Acórdão do STJ versando sobre Recurso Especial em ação de alimentos proposta por pais idosos em face de um dos filhos, recurso este interposto pelo pólo passivo da ação principal no sentido da inclusão do outro filho, seu irmão, para compor a lide.

Sustenta o recorrente que o dever de prestar alimentos não é uma obrigação solidária, mas conjunta e divisível, porque estabelece proporcionalidade. Por isso, na hipótese de que existam vários parentes do mesmo grau, cada um deve concorrer na proporção de suas possibilidades e que o Tribunal de origem não reconheceu a comunhão de obrigações e causa de pedir entre os descendentes. Ao contrário, a interpretação conferida pelo acórdão recorrido ao afastar o litisconsórcio passivo permitiu inferir que haveria solidariedade na prestação de alimentos, contrariamente à disciplina do art. 1.698 do Código Civil de 2002. Aduz ainda que devem ser aplicados os artigos 46 do CPC c/c 1.694 e 1.696 CC/02.

São obrigações de natureza conjunta os alimentos devidos por parentesco regidos pelo Código Civil, de acordo com o art. 1.698, porque cada devedor tem dever autônomo em relação ao credor de alimentos, observada a equação da capacidade de prestar e a correspondente necessidade do credor de alimentos. Por isso, os parentes, em grau imediato são chamados a concorrer, observadas as leis do processo para formação do pólo passivo.

A doutrina é enfática sobre a natureza conjunta do dever de alimentos: a ausência de solidariedade do direito alimentar sempre se mostrou incontroversa no direito brasileiro. CLÓVIS BEVILÁQUA (BEVILÁQUA, 1975, p. 866) já lecionava que:

"se os alimentos forem devidos por mais de uma pessoa, a prestação deverá ser cumprida por todas, na proporção dos haveres de cada uma. A obrigação de prestar alimentos não é solidária".

Atualmente o novo Código Civil reafirmou o preceito contido nos arts. 1.696, 1.697 e 1.698. E, aliás, nem poderia ser diferente, pois o reconhecimento da solidariedade implicaria admitir que todos os obrigados fossem responsáveis de igual modo e por igual valor, o que relativamente aos alimentos não sucede, pois cada devedor é obrigado a contribuir na medida de suas possibilidades (WALD, 2005, p. 54-55).

De acordo com a esclarecedora doutrina de ARNALDO MARMITT apud ARNALDO RIZZARDO (RIZZARDO, 2005, p. 731):

"Trata-se de obrigação não solidária e divisível, porquanto a solidariedade não se presume, mas deve resultar da lei ou convenção, e o objeto da obrigação alimentar, uma soma pecuniária, é sempre divisível. Sendo a dívida alimentícia de responsabilidade de várias pessoas, todas elas têm de cumprir a obrigação, mas na medida dos haveres de cada qual. A característica da não-solidariedade faz com que cada quota seja fixada de conformidade com as possibilidades do prestador de alimentos. Assim, havendo pluralidade de obrigados, ou sendo estes conjuntos, nada impede contribuam de modo desigual, de conformidade com suas disponibilidades. Se devem alimentar a um só credor, inexistente uma só obrigação divisível, mas tantas obrigações quanto forem as pessoas em condições de serem demandadas".

ARNALDO RIZZARDO (RIZZARDO, 2005, op. cit.) complementa, ainda, no sentido de que, se, no entanto, apenas um filho revela capacidade, ele arcará com toda a obrigação, até que possa outro descendente, no mesmo grau, suportar alguma contribuição.

Assim, na ação de alimentos proposta pelos pais contra um filho eleito não se pode impor aos autores que demandem contra todos os filhos.

Desse modo, a decisão impugnada, sem adentrar na natureza da obrigação de alimentos, assentou que não há litisconsórcio passivo necessário entre os filhos – devedores dos alimentos.

Contudo, esse julgamento ostenta singularidade que afasta a aplicação das disposições do Código Civil acerca da natureza da obrigação de alimentar, porque os

credores dos alimentos são juridicamente idosos e, por isso, protegidos por lei especial que sempre prevalece sobre a lei geral.

Dispõe o Estatuto do Idoso, especificamente, no Capítulo III, artigos 11 e seguintes, os alimentos devidos aos idosos, atribuindo-lhes, expressamente, natureza solidária (art. 12).

Assim, por força da lei especial, é incontestável que o Estatuto do Idoso disciplinou de forma contrária à Lei Civil de 1916 e 2002, adotando como política pública (art. 3º), a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade a efetivação do direito à alimentação.

Portanto, foi feita uma modificação na natureza da obrigação alimentícia de conjunta para solidária, com o objetivo de beneficiar sobremaneira a celeridade do processo, evitando discussões acerca do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso para figurarem no pólo passivo.

Dessa forma, o Estatuto do Idoso pode efetivar a prestação jurisdicional mais rápida na medida em que evita delonga que pode ser ocasionada pela intervenção de outros devedores.

De acordo com o ilustre doutrinador ANTÔNIO RULLI NETO (RULLI NETO, 2003, op. cit.), o acesso à Justiça, atualmente pode ter significados diferentes, mas uma única pretensão – alcançar a tutela jurisdicional com efetividade. Sob o ângulo da universalidade da jurisdição, o acesso à Justiça deve ser entendido como acesso à ordem jurídica justa, viabilizando-se o alcance dos valores aspirados pela sociedade, com o escopo de afirmar que a realização da Justiça é o valor fundamental do próprio Direito.

A referida lei especial, ainda no art. 12, permite ao idoso optar entre os prestadores, litigar com o filho que lhe interessar, sendo no caso em análise a opção justificada pela incapacidade econômica do outro descendente.

Por conseguinte e finalmente, pode-se afirmar neste estudo que, no caso em apreço, não houve violação ao art. 46 do CPC, por inaplicável a espécie de dívida solidária de alimentos. Correta foi a decisão da Egrégia Corte no sentido de não conhecer do Recurso Especial, e assim limitar o pólo passivo da ação ao filho-devedor de alimentos indicado na inicial.

4.2. Os Transportes e o Idoso

Da mesma forma que no campo da saúde e proteção, no que tange aos transportes de uma maneira geral, não é possível se analisar a problemática do idoso sem abordar o aspecto de prestação de serviços numa relação de consumo.

Assim, o primeiro caso deste tópico versa sobre pleito de indenização por danos materiais e morais alegando que diante da ocorrência de “overbooking” o passageiro, ora recorrido, teria sido obrigado a viajar em local diverso do escolhido, o que lhe causou desconforto em razão do fato de ser idoso e doente.

A empresa transportadora confessou a culpa nos eventos narrados pelo recorrido, sem impugnar seu dever de indenizar o dano material sofrido pela pessoa ao viajar em categoria inferior à contratada, bem como assumindo a ocorrência do “overbooking”, não obstante a responsabilidade objetiva que decorre da relação de consumo existente na hipótese.

A empresa com o contrato de transporte, assume uma obrigação de resultado, pois tem o compromisso de transportar são e salvo o passageiro no horário estabelecido. Porém, sendo dada a este a opção de serviços diferenciados com incremento de preços, deve também cumprir o contratado no tocante à categoria do serviço contratado. Se optou o recorrido por viajar na classe executiva e conseqüentemente se onerou em elevado valor pago inclusive antecipadamente para reservar sua poltrona é porque tinha por objetivo especial resguardar o conforto e a tranquilidade de sua viagem.

Diante das circunstâncias pessoais do autor – idoso e portador de séria doença – ainda que a recorrente impugnasse os documentos médicos trazidos aos autos, não se poderia negar que a elevada idade do recorrido já o fragilizava por si só. Inclusive, uma das finalidades de sua escolha no local em que viajaria no avião juntamente com sua esposa era exatamente decorrente de tal circunstância.

Portanto, não se tratava de simplesmente transportá-lo ao destino e acomodá-lo em qualquer lugar do avião, mas sim de cumprir a obrigação contratada, eis que, ao final, o idoso, ora recorrido, mesmo pagando elevado valor e tomado o cuidado de reservar com bastante antecedência sua viagem, viu-se frustrado e forçado a viajar por doze horas em apertada poltrona na classe econômica e ainda longe de sua esposa, que viajou na classe executiva. E ainda, a prática do “overbooking” - a venda de passagens aéreas em números superiores ao de assentos no avião de modo a minimizar para a empresa os prejuízos decorrentes de cancelamento de reservas - deve ser banida não somente por esta, mas por todas as companhias aéreas que o pratiquem, pois assim agindo e assumindo sua conduta deve arcar com os danos sofridos por quem se veja prejudicado.

Claro se mostrou o dano moral e, além disso, decorrente não somente da frustração ante a viagem desconfortável em desacordo com o contratado, fato que se agravou diante das condições pessoais do recorrido, mas também diante da frustração e revolta que, abalando o psicológico da pessoa, ficam gravadas na memória e acabam por se estender aos demais passeios programados com esposa ou familiares, tirando o brilho e o prazer programados para aquela viagem. Tal oportunidade, no caso especial do autor, pode ter sido única, vindo a não se repetir.

Portanto, diante das circunstâncias do fato concreto, por tendo tratado-se de viagem longa a país estrangeiro e diante do quadro de idade e de saúde do recorrido, argumentou o desembargador relator ao negar provimento ao recurso da companhia aérea, que o valor arbitrado mostrou-se até mesmo moderado pelo que devia ser mantido, até mesmo em observância ao aspecto pedagógico-punitivo que deveria impulsionar a companhia a melhoria de seus serviços, evitando que situações como esta não voltassem a acontecer.

Com isso, merece respaldo, no presente estudo, a decisão adequada do ilustre desembargador. Porém, com relação a esta decisão, deve-se deixar registrado certa indignação com o valor da indenização, que foi de cinco vezes o valor da passagem, sendo a nosso ver, um valor muito baixo, tendo em vista a humilhação pública notória e todo o sentimento íntimo de angústia, conforme relatado, do ofendido frente ao desprezo com que foi tratado por parte da companhia aérea, bem como o fato deste valor não imprimir um caráter punitivo-pedagógico à companhia.

O segundo caso deste tópico se refere a agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Ministério Público contra decisão que, nos autos da ação civil pública que move em face de empresa transportadora, concedeu a antecipação parcial da tutela para determinar que a empresa agravada permita o acesso ilimitado dos maiores de 65 anos em seus ônibus convencionais, excluindo a obrigatoriedade em relação aos microônibus. Desta forma o Ministério Público requer, em sede de agravo, o provimento do recurso, a fim de que a decisão recorrida seja reformada em parte, no sentido de garantir o acesso gratuito dos idosos maiores de 65 anos também nos microônibus.

De acordo com o disposto no art. 273, do CPC, a concessão dos efeitos da tutela está condicionada a existência de prova inequívoca capaz de convencer o juiz acerca da verossimilhança da alegação, desde que, para tal, exista fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, reste caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso em comento, a despeito das questões que o tema relacionado ao transporte gratuito ao idoso enseja, tal como a necessidade de se preservar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, bem como a extensão da eficácia e aplicabilidade do art. 39, da Lei n. 10741/2003, a solução do presente agravo encontra-se limitada a uma cognição superficial, ou seja, a uma apreciação onde se revela defesa a apreciação do mérito.

E, dentro desse campo de autuação, não há que se falar em risco de dano irreparável a ensejar a concessão da medida postulada, eis que a discussão da demanda matriz remete à análise de lei do ano de 2003 e a fatos datados 2006, o que não podem, só agora, se tornar onerosos.

Ademais, a concessão da tutela importaria em inequívoco perigo de dano inverso, eis que causaria à empresa, ora agravada, um prejuízo econômico irreversível e, sem dúvida, maior do que se pretende evitar.

Sábua a decisão do desembargador em que afirma que as demais questões aventadas no recurso devem ser, inicialmente, discutidas e decididas em primeira instância, sob pena de se suprimir um grau de jurisdição. Na verdade, este caso nada teria relacionado ao Estatuto do Idoso se não fosse o problema da lei no tempo, ou seja, a vigência do Estatuto do Idoso, que ocorreu em janeiro de 2004, que serve para descaracterizar o “periculum in mora” questionado no recurso.

O terceiro caso versa sobre também sobre pedido de gratuidade de transporte de idoso em microônibus. Porém o *decisum* é favorável à concessão da gratuidade de transporte de idoso em microônibus, já que os mesmos passaram a ser adotados, no caso em tela, como transporte regular.

Afirmou o douto magistrado que a sentença encontrava-se correta, não merecendo reparos pelos argumentos a seguir apresentados.

Em seu artigo 230, § 2º a Constituição da República prevê o direito à gratuidade nos transportes coletivos urbanos. Tal direito está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este princípio fundamental da República Federal Brasileira.

Art. 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:

III - a dignidade da pessoa humana;

*

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Porém, tal direito não deve ser exercido de forma irrestrita. O próprio Estatuto do Idoso, no artigo 39, restringe a gratuidade aos transportes coletivos municipais e convencionais:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

Como bem observado pelo juízo de primeira instância, no caso em voga, os microônibus não podem se considerados meios de transportes seletivos ou especiais, tendo em vista que vêm sendo adotados em caráter regular. Por esta razão não se enquadram na exceção exposta, não se podendo falar em julgamento *contra legem*, como erroneamente sustentado pela empresa de transporte, ora apelante.

De fato, mesmo que os microônibus não viessem sendo adotados em caráter regular, mas em caráter seletivo ou especial, conforme já mencionado no capítulo anterior, no que se refere aos transportes, salienta-se que existe uma inconstitucionalidade, pois nada mais fez o Estatuto no seu art. 39 do que mudar o curso de uma Norma Maior (a Constituição Federal, que estabelece a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos idosos) restringindo-a, em franca infração à hierarquia das leis. A lei ordinária jamais poderia diminuir os benefícios conferidos pela Ordem Social estampada na Lei Suprema.

Na seqüência do presente estudo, tratou-se de analisar Acórdãos do STJ quanto à questão dos transportes. Trata-se de casos envolvendo falta de pré-questionamento de matéria de prova em primeira instância, impedindo a análise em instância superior; conflito de competência; pendência de embargos declaratórios; ofensa à legislação

infraconstitucional – ensejando Recurso Especial; dentre outros. Foram escolhidos dois Acórdãos apenas por considerar-se que essa amostragem é suficiente para a compreensão do panorama atual dos julgados dessa corte.

No quarto caso, tratou-se de agravo regimental no agravo de instrumento interposto por empresa de transporte intermunicipal sobre decisão que negou provimento a agravo de instrumento, alegando, em síntese, que não se trata de reexame do conjunto probatório, e sim de julgamento baseado em falsa premissa, em desacordo com a norma federal vigente; não foi efetivada a completa prestação jurisdicional, na medida em que o tribunal estadual deixou de se manifestar sobre pontos suscitados pela agravante; houve o pré-questionamento da matéria, a qual foi debatida a todo momento nas instâncias ordinárias. No mérito, aponta violação dos arts. 35 da Lei n. 9.074/95 e 40 da Lei n. 10.741/03. A agravante sustenta ainda que é obrigatória lei específica para regulamentar a execução do estatuto do idoso.

Pode-se verificar, primeiramente, no caso em apreço, que não foi objeto de debate no acórdão fustigado os requisitos essenciais da sentença do art. 458 do CPC, ressentindo o recurso do requisito essencial e obrigatório do pré-questionamento.

Para a apreciação de recurso especial, é fundamental que em suas razões rebatam-se os fundamentos desenvolvidos no acórdão *a quo*, e não simplesmente se afirme a ocorrência de contrariedade a determinado dispositivo legal.

Igualmente no que diz respeito à vulneração do art. 535, II, do CPC, afirmou o eminente desembargador relator, que não houve a alegada infringência, porquanto o acórdão vergastado encontrava-se suficiente e devidamente fundamentado, não se apresentando omissos, obscuros ou contraditórios em sua conclusão. Decidiu-se, com ampla apreciação das provas e circunstâncias do feito, nos limites postos pela lide. Segundo o desembargador, o fato de a controvérsia não ter sido dirimida à luz da tese abraçada pela parte, não significa omissão e, tampouco, nulidade no julgado, de sorte que não procedem as alegações da agravante, nesse particular.

O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, fê-lo adotando o parecer ministerial ofertado, que, por sua vez, repousou suas convicções no campo constitucional. Ou seja, a isenção tarifária impugnada conferida aos idosos está expressamente preconizada na Constituição Federal, não havendo que se falar em necessidade de lei regulamentadora do estatuto do idoso. Assim sendo, adequada a decisão da corte em negar provimento ao agravo regimental.

O quinto caso versa também sobre agravo regimental, sendo, porém, este no recurso especial. Neste caso, o agravante foi um sindicato de empresas de transporte estadual visando à reforma de decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto pelo ora agravante. Sustentava a decisão guerreada a ausência a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Argumenta o ora agravante que houve ofensa à legislação infraconstitucional no caso em tela, haja vista ter sido instituído benefício tarifário sem previsão orçamentária para custeio e que, além da omissão acerca de matéria sobre a qual o tribunal deveria se manifestar (inconstitucionalidade formal - transporte coletivo), há contradição decorrente da própria omissão de pronunciamento em relação a tais matérias.

Nestes termos, esse caso trata de ação direta de inconstitucionalidade das Leis Municipais n^{os} 4199/2005 e 2520/1989. Tais leis foram julgadas válidas pelo Tribunal *a quo*, haja vista que:

"compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, em especial sobre aqueles que tratem de oferecer melhores condições aos munícipes (...)" e que "no caso presente, não se vislumbra nenhum aumento da despesa pública, mas tão somente o atendimento à virtude da solidariedade humana, da qual estão investidos todos os integrantes da comunidade (...)".

No presente estudo, entende-se, entretanto, que não há violação ao artigo 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de Justiça enfrentou a questão controvertida tal qual esta lhe foi apresentada. De fato, não haveria porque, logicamente, ter o Tribunal enfrentado questão vinculada à lei federal, ao exercer o controle de constitucionalidade de lei municipal.

Por outro lado, ausente o pré-questionamento do direito federal, dito afrontado nas razões recursais, o que ensejou, para o eminente relator, a inadmissibilidade do apelo vertente, mantendo-se a decisão vergastada. Correta foi a decisão da corte no sentido de negar provimento ao recurso, pela aplicação da Súmula 282/STF, eis que tais dispositivos infraconstitucionais também não foram objeto dos embargos de declaração. Na verdade, este caso não é de grande relevância para o estudo do Estatuto do Idoso.

4.3. O Idoso e a Violência

Neste tópico são considerados casos sobre opressões sofridas por idosos no seio, muitas vezes, do seu próprio ambiente familiar. As controvérsias que vão parar no judiciário são, em verdade, em número muito menor do que aquelas situações de desrespeito ao Estatuto do Idoso que se constatarem flagrantemente no dia-a-dia. E em muito menor número estão aquelas que chegam aos tribunais em grau de recurso.

No primeiro caso, versando sobre uma decisão monocrática do TJRJ, com fulcro no art. 557 do CPC, está um Agravo de Instrumento de decisão proferida em demanda de reintegração de posse, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

No caso, argumentou a recorrente, em síntese, que residia no imóvel desde os seus oito anos de idade, tendo sido este seu único lar; foi violentamente expulsa do imóvel pelo seu irmão de criação; vinha sofrendo transtornos com a situação; não tinha para onde ir e nem meios de se sustentar; possuía mais de sessenta anos de idade; o agravado era agressivo; e o esbulho teria sido praticado a menos de ano e dia.

Ao julgar o recurso manifestamente improcedente, o Eminentíssimo Desembargador proferiu decisão acertada. Na visão do desembargador relator e também a nosso ver, a outorga ou não da medida pleiteada constitui ato de ofício adstrito ao juízo discricionário do magistrado da causa, proferida no caso de perigo na demora gerador de risco de dano

irreparável ou de difícil reparação para o direito substancial da parte.

Dessa forma, não cabe ao tribunal a revisão da decisão interlocutória que aprecia a concessão de antecipação de tutela, salvo se abusiva, ilegal, teratológica ou contrária à prova dos autos entendimento, aliás, amparado na Súmula nº. 59 do TJRJ:

“Súmula nº 59 – Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos.”

Ademais, não há provas de que a agravante residia no local no qual pretende ser reintegrada, possuindo inteira razão o julgador *a quo* quando afirma que a tutela antecipada carece de demonstração dos fatos. Há ocorrências registradas, mas que não demonstram a existência do direito.

Em reconhecimento à idade avançada da recorrente, aos relatos de violência, à luz do art. 4º da Lei nº 10.741/2003, que dispõe que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de violência, crueldade ou opressão, o ilustre desembargador determinou sabiamente, no caso em tela, a extração de peças e a remessa ao órgão do Ministério Público, para as providências que tiverem de ser tomadas.

Muito embora a presente Monografia seja da área de Direito Civil, concluímos por analisar algumas decisões da área penal para enriquecer o trabalho.

No segundo caso, os acórdãos analisados são do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, versando sobre crime de roubo cometido contra pessoa idosa. Neste caso, ou o tribunal descaracterizou a efetiva consumação do crime, reformando a sentença para admitir a forma tentada (Acórdão-guia), ou o tribunal deferiu, em decisão monocrática, pleito do Ministério Público de internação provisória de menores pela suficiência de indícios de materialidade e autoria, fatos estes que não constituem tema central da presente discussão. O que aqui se analisa é a circunstância agravante do crime do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, que é a do fato do crime ter sido cometido (ou tentado) contra pessoa idosa.

Antes do Estatuto do Idoso, a jurisprudência criminal majoritária entendia que, possuindo a vítima idade superior a 70 anos presumia-se a “velhice”, entretanto, abaixo desse limite deveriam ser levadas em consideração suas condições pessoais e a capacidade de resistência no momento do delito.

Segundo JULIO FABBRINI MIRABETE (MIRABETE, 2003, p. 300):

“(…) Ao referir-se a velho, a lei não estabelece o critério cronológico, ao contrário do que ocorre com relação a outros dispositivos (art.65, inciso I; 77, §2º; 115, todos do Código Penal). Presumidamente, deve ser considerado velho o maior de 70 anos, à semelhança dos demais dispositivos. Abaixo desse limite, o reconhecimento da agravante da anciedade depende de cada caso concreto, atendidas as condições físicas e a resistência da vítima. Assim, não pode ser identificado como ancião o sexagenário que, ao enfrentar contendor, se revela guapo e decidido, ou que não demonstre nenhum sinal de senilidade; a agravante deve ser reconhecida quando, estando em situação semelhante à criança ou enfermo, por sua idade, não teve forçar de enfrentá-lo (…)” .

Na mesma linha, preleciona LUIZ REGIS PRADO (PRADO, 2004, p. 431):

“(…) Trata-se de circunstância agravante que atua sobre a magnitude do injusto, implicando maior desvalor da ação, já que a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo. Assim, o aumento do desvalor da conduta da ação está calcado não apenas na presumida vulnerabilidade da vítima, na desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo e no preavalecimento voluntário e consciente pelo agente de tal superioridade, mas também na maior periculosidade da ação (…)” .

Entretanto, a entrada em vigor da Lei 10.741 de 2003, conforme já mencionado no Capítulo 2, por ocasião da definição jurídica de idoso, trouxe em seu artigo 1º: “É instituído o Estatuto do Idoso destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. E, sendo o fato de que se trata posterior à ela, não resta, assim, margem para interpretação subjetiva.

O documento de identidade da vítima do Acórdão-guia foi apresentado no

momento da lavratura do boletim de ocorrência, onde consta o nascimento no dia 23 de outubro do ano de 1943, tendo, na época do fato, portanto, 60 anos. Outro apontamento que o corrobora é a ficha de atendimento hospitalar.

Assim, nos acórdãos deste caso, ante a inexistência de dúvidas de que a vítima contava com mais de 60 anos à época dos fatos, foram adequadamente reconhecidas pela corte a agravante do artigo 61, inciso II, alínea h do Código Penal, que, com a redação da 10.741/2003, passou a ter seguinte redação:

“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

h) contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida”.

O terceiro caso, também do TJRS, trata de *Habeas Corpus* em que o impetrante, que cometeu delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, art. 163, § único, inciso II, este nas condições do art. 29, *caput*, tudo combinado com o art. 61, inciso II, alínea “h”, todos do Código Penal, requer a revogação da prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal.

Asseverou o impetrante inexistirem motivos para a manutenção da prisão do paciente, preso desde 27/04/06, eis que não demonstrado que solto representaria perigo à ordem pública ou obstaculização da instrução criminal, motivo pelo qual pugnou pela concessão da ordem.

De fato, neste estudo do Estatuto do Idoso, embora se tenha efetivado todo um mecanismo de proteção ao idoso, isto não pode passar por cima, ou seja, não pode ocorrer em detrimento do princípio da presunção de inocência, gerando-se uma ilegal antecipação no cumprimento da pena pelo paciente.

No entanto, diversa é a opinião do ilustre desembargador, segundo os argumentos a seguir apresentados e que, para nós, não merecem prosperar, mas que, infelizmente

tiveram, neste caso, e têm tido, em muitos outros tribunais, na seara criminal, corriqueiramente, acolhida.

Neste caso, o paciente, juntamente com outros três elementos, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e força física, subtraíram da vítima vários bens - uma televisão, um aparelho de som, duas caixas de agrotóxico, um automóvel Ford Escort GL ano/modelo 1989 e a quantia pecuniária de R\$ 500,00.

A vítima possuía 72 anos de idade e foi agredida a socos, pontapés e coronhadas, o que causou-lhe lesões - equimoses e hematomas, entre outros ferimentos. Além disso, o paciente e seus comparsas após a subtração do veículo Escort, atearam fogo no mesmo, destruindo-o totalmente.

Segundo o relatório, embora o impetrante não tivesse alegado o excesso de prazo para a formação da culpa, destacou-se que o feito encontrar-se-ia no aguardo de determinada nota de expediente publicada em 29/9/06. O feito principal envolvia quatro réus e elevado número de testemunhas - dezessete testemunhas de defesa, sendo sete ouvidas no Juízo deprecado. Tudo isso contribuiu para que o eminente desembargador considerasse justificado o atraso para o término da instrução – e, saliente-se, motivo sobre o qual não pesou a presente ação mandamental.

Segundo o eminente desembargador, a decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva mostrou-se adequadamente fundamentada. Afirmou serem as condições pessoais do paciente favoráveis, tais como residência fixa, primariedade e atividade laboral lícita, mas que, para ele, não possuem o condão de tornar um paciente imune à segregação cautelar. Aqui cabe novamente crítica, pois ao contrário, deveria o eminente julgador interpretar que essas condições são sim, a favor do paciente, para que livre-se solto e não, contributivas para a cautelaridade, que carece de motivos.

A prisão preventiva é possível quando presentes os requisitos legais exigidos pelo art. 312 do CPP, os quais **não** estão presentes no caso em exame. Não houve comprovada a possibilidade de cometimento de novo ato delituoso, ou declaração própria do paciente

do caso em tela nesse sentido, nem risco iminente, justificável à mantê-lo encarcerado, muito menos como medida assecuratória para cumprimento da lei. Assim como também, pelo que foi dito, não são cabíveis os argumentos de garantia da ordem pública, e, menos ainda, da ordem econômica.

Ao acompanhar o raciocínio do desembargador em comento, e ainda - como mencionado - segundo entendimento infelizmente largamente difundido entre ilustres juristas, acaba-se por entender que, nessa visão, a prisão preventiva torna-se uma regra, em vez de exceção. Dizer que a prisão preventiva - de natureza cautelar - não ofende o princípio da presunção de inocência quando esta é autorizada em uma das hipóteses do referido artigo 312, tendo em vista a natureza do delito, é dizer que os crimes que envolvem violência são, em tese, ensejadores de prisão preventiva para o sujeito que o pratica, argumento esse eivado de ilegalidade, em flagrante desrespeito aos requisitos exaustivamente enumerados no art. 313 do CPP, e que não pode encontrar guarida na seara criminal.

Finalmente, e lamentavelmente, neste caso, acabou a corte por decidir no sentido da denegação da ordem.

4.4. Idoso: Direito à Habitação

No primeiro caso, tem-se acórdão do TJRJ sobre agravo de instrumento contra decisão que, em ação de despejo e cobrança de aluguéis, em fase de execução, denegou o pleito de reconhecimento de nulidade do feito em razão da não-intervenção do Ministério Público.

Sustentou a agravante que constatou a nulidade por ausência de intervenção ministerial já em fase de execução, e que a mesma seria necessária em razão do que dispõem os arts. 43, III, 75 e 77 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), pois contava ela com oitenta e seis anos de idade, com debilidade física e mental, percebendo proventos do INSS no valor de dois salários mínimos, sendo certo que seu desalijo, em consequência

da expropriação, a levaria à rua, em afronta irreparável à sua dignidade. Afirmou que suscitou o vício ao Juízo, que abriu vistas à representante do *Parquet*, mas que a manifestação subsequente foi inaudita, extemporânea, no sentido da desnecessidade de intervenção do MP, determinando o Juízo, com fundamento nela, o prosseguimento da execução, que teve 2º leilão marcado para 17/04. Aduziu a relevância social da ação e invocou os fins sociais prelecionados pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, afirmando que também estes, além do Estatuto do Idoso, estão sendo desrespeitados, e que por tudo isso o feito é nulo. Pede também que seja concedido efeito suspensivo ao Agravo, em vista do *fumus bonis juris* e do *periculum in mora* relatados, e, ao fim, o seu provimento, para que seja reconhecida e declarada a nulidade do feito de plano, sustentando-se o leilão ou tornando sem efeito eventual arrematação, determinando-se a intimação do Ministério Público para que intervenha no feito.

Segundo o desembargador relator, o recurso deveria ser provido de plano ainda que apenas em parte, por ausência da intervenção do Ministério Público na fase de execução, e, em outro turno, havendo recusa ao reconhecimento da periclitación de um direito constitucionalmente assegurado à agravante, objeto de especial tutela pela Lei 10.741/03, e por isso havendo perigo de violação irremediável de sua dignidade, não se podem considerar procedentes as razões aduzidas pelo *Parquet*, impondo-se, destarte, remessa do feito ao Procurador-Geral da Justiça, por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal.

Ainda que o *Parquet* tivesse afirmado a ausência de interesse fundado na Lei 10.741/03, primeiramente, vê-se de sua manifestação que requereu ele que fosse esclarecido se a agravante era portadora de patologia incapacitante, o que por sua vez justificaria a intervenção ministerial (art. 82, I, CPC). Embora viesse aí uma ressalva para futura apreciação daquela necessidade, fundada em simples cautela, o requerimento do Ministério Público não foi atendido, e por isso se frustrou o exame de eventual causa de intervenção ministerial.

Dispõe o art. 25, V, da Lei 8.625/93 que:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

Sendo incumbência do Ministério Público manifestar-se em tais hipóteses, não se pode deixar de atender o seu requerimento de esclarecimento quanto a eventual causa que possa vir a determinar a sua intervenção. Destarte, não se poderia considerar como definitiva a manifestação no sentido da desnecessidade de intervenção, porquanto esta poderia ter se revelado obrigatória depois de esclarecido se a agravante era portadora de patologia que reduzisse o seu discernimento ou capacidade, estes no sentido mais abrangente das expressões, querendo significar a existência de condições efetivas para resistir à execução judicial, mormente quando em jogo o direito de habitação e considerando as especiais condições acarretadas pela avançada idade da agravante (CPC, art. 335).

De outro turno, ainda segundo o desembargador relator, em que pese os fundamentos da manifestação do Ministério Público, expressamente acolhidos pelo Juízo, verificou-se no caso a periclitación do direito da agravante à habitação, que é objeto de proteção específica pela Lei 10.741/03, nos termos do seu art. 37:

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

O direito à habitação encontra guarida como direito social, no art. 6º da Constituição, além de exibir nítido caráter instrumental na manutenção da dignidade da pessoa, que é evidentemente indisponível. O eminente desembargador relator aduziu sabiamente como verossímil a alegação da agravante de que o seu desalijo, ocasionado por eventual alienação de seu imóvel, estando ela com oitenta anos de idade, acarretaria severos riscos à sua dignidade, ainda que não se pudesse acolher de plano a afirmação de

que seu destino seria residir na rua.

A associação entre direito à habitação e dignidade da pessoa faz-se presente também na legislação extra-Estatuto do Idoso, de que se pode tomar, por exemplos, a proteção ao bem de família e ao direito outorgado ao companheiro supérstite, sendo ademais freqüente na jurisprudência.

Dessa forma, constatou-se clara a ameaça a um direito que é objeto de especial de tutela constitucional e legal, essencial à manutenção da indisponível dignidade, pelo que se evidenciou a necessidade de intervenção do Ministério Público no feito, sob pena de nulidade. No caso, permaneciam em tensão o direito do credor ao pagamento e o referido direito de uma idosa, e essa ponderação não poderia ser realizada sem a manifestação do *Parquet* como fiscal da lei, sob pena de ilegal subordinação do segundo ao primeiro.

Não procede, portanto, a afirmação de que não cabe no caso a atuação do *Parquet* com fundamento no art. 75 do Estatuto, que assim dispõe:

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.

No caso em tela, após cumprido o requerimento relativo a eventuais causas de incapacidade da agravante, ocorrendo a manutenção das conclusões pelo Ministério Público, cabe ao Juízo, diante da presença de interesse de idoso, submeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, para designação de outro órgão de atuação que opine quanto à questão, em procedimento análogo ao previsto no art. 28 do CPP.

Portanto, inteligente se mostrou a decisão da corte ao dar provimento ao agravo, com amparo no art. 557, §1º-A, CPC, para determinar o atendimento à promoção ministerial e, mantendo o *Parquet* sua manifestação pela ausência de interesse no feito, sua posterior remessa ao Procurador-Geral de Justiça, para fins de designação de outro órgão de atuação, sustando-se, durante o lapso temporal, as medidas de execução em

curso no presente processo.

O segundo caso deste tópico trata de Agravo Regimental em ação rescisória, em que a agravante pede a reconsideração da decisão que negou a antecipação de tutela em Ação Rescisória, decisão que aduziu como fundamentos a ausência dos requisitos necessários de verossimilhança.

Adequada foi a decisão do ilustre desembargador neste caso para, com fundamento nos arts. 273, §7º, 489, 796 e 800, CPC, em vista da aparência de bom direito, como da iminência da expropriação, determinar a suspensão do leilão do apartamento de titularidade da agravante, pelos fundamentos por ele apresentados e que se seguem.

No mérito, teve razão a recorrente, pois a efetivação da alienação judicial do apartamento de sua titularidade subtrairia o conteúdo útil da rescisória sobre a qual versa o agravo, que visa desconstituir o julgado que, ao fundamento de a aquisição ter-se dado mediante fraude à execução, desacolheu seus Embargos de Terceiro que visavam proteger aquele bem.

Com efeito, extraiu-se da petição autoral que o alienante do imóvel era réu em execução movida pelo BANCO DO BRASIL contra a empresa de que havia sido sócio, por força da desconsideração da respectiva personalidade jurídica, fundando-se aquela execução em contrato bancário de mútuo celebrado com a sociedade.

No caso e apreço, pôde-se constatar que a alienação do imóvel à Autora se deu antes da formação definitiva do título judicial exequendo contra o alienante do imóvel. Outrossim, ainda que não tivesse a agravante suscitado tais argumentos, tendo em vista o caráter eminentemente cautelar, incidental, do provimento pedido, que alcança ato oriundo de outro processo, é cabível aqui se invocar a especial proteção ao direito de moradia do idoso e a possibilidade de que a expropriação alcance bem de família, do art. 37 da Lei 10.741/03, conforme já mencionado no caso anterior.

Conforme também já mencionado no caso anterior, o direito à habitação encontra guarida como direito social, no art. 6º da Constituição, além de exibir nítido caráter instrumental na manutenção da dignidade da pessoa, que é evidentemente indisponível. A associação entre direito à habitação e dignidade da pessoa encontra-se presente na legislação e frequentemente na jurisprudência.

A simples possibilidade do desalijo da agravante, e sua presumível idade avançada – dado o seu grau de parentesco com o alienante do imóvel, deveriam ser tomadas como fundamento para a concessão da tutela cautelar. No mesmo sentido, vem a proteção ao bem de família, que, nos termos da jurisprudência do STJ, prevalece mesmo se alegada fraude pelo credor, enquanto esta não for constatada. De fato, verificou-se, ainda, a reversibilidade do provimento jurisdicional, pois o bem encontra-se penhorado e, uma vez vencida a agravante na ação rescisória, poderá a tutela cautelar ser cassada sem qualquer prejuízo.

Dados esses fundamentos, a corte julgou adequadamente no sentido do provimento do recurso para concessão da suspensão da alienação.

5. CONCLUSÃO

Na Introdução foi afirmado:

(...) Porém, toda vez que se precisa de leis para efetivar

direitos constitucionais é sinal que não estão sendo respeitados e, por conseguinte necessita-se de uma mudança no modo de pensar o idoso.

E, ao longo deste estudo, ao deparar-se com a questão da necessidade de regras - representadas aqui pelo Estatuto do Idoso - não só para o aumento da amplitude do campo de proteção, mas também à efetivação a um direito constitucional de determinada categoria, no caso, o idoso, não se pode deixar de citar HERBERT L. A. HART (HART, 2007, p.127), pensador atuante no âmbito da Filosofia do Direito. Para este ilustre filósofo, esta postura pode ser o indício da presença de uma patologia no sistema jurídico. Essa necessidade de regras nada mais demonstra do que a postura do cidadão comum hoje com relação ao idoso. E, segundo ele:

(...) “A sua atitude, por outras palavras, não tem necessariamente qualquer traço do caráter crítico que está implicado, sempre que as regras sociais são aceites e tipos de conduta são tratados como padrões gerais. Não precisa partilhar, embora possa fazê-lo do ponto de vista interno que aceita as regras como padrões para todos aqueles a quem se aplicam. Em vez disso, pode pensar a regra apenas como algo que lhe exige ação sob cominação de uma pena; pode obedecer-lhe em virtude do medo das conseqüências, ou por inércia, sem pensar que ele ou os outros tenham uma obrigação de o fazer e sem estar disposto a criticar-se a si mesmo ou aos outros pelos desvios. Mas este interesse meramente pessoal em relação às regras, que é tudo o que o cidadão comum *pode* ter ao obedecer-lhe, não pode caracterizar a atitude dos tribunais para com as regras, com as quais funcionam enquanto tribunais”.

Assim, as decisões dos tribunais devem ser lidas, sobretudo, como um padrão público comum de comportamento e isto deve ser mais patente ainda quanto ao direito expresso na Constituição, que para HART (HART, 2007, op. cit.) é “regra última de reconhecimento”. Dessa forma, os cidadãos em sua generalidade devem, não só obedecer como uma possibilidade única a inibir sanções, conforme descrito por Hart, mas buscar se aproximar desse padrão; e os tribunais, embora possam ocasionalmente produzir alguma decisão contraditória quando comparada a uma outra de caso semelhante, não devem se desviar desses padrões, o que se apresenta não só como uma questão de eficiência ou sanidade, mas também como condição necessária à unidade do atual sistema jurídico. E isso é válido, é importante constatar, não só para os direitos do idoso, mas para a

totalidade do sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, todas as leis, como sendo regras, envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, com isso, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplicam certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Esta dualidade, este aspecto aberto, ou caráter dicotômico de um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida (imprecisão), não pode ser eliminado, quando se colocam situações concretas à luz do direito dito pelas leis. Daí a importância do estudo realizado acerca de casos concretos do Judiciário.

Decerto que, no conjunto, as decisões judiciais aqui apresentadas, pelo que foi identificado no presente estudo, estão sim coerentes com um padrão público comum conforme mencionado, do ponto de vista interno, de decisão judicial correta, comprometidas com uma base crítica, com as pressões sociais, sendo, por isso, plenamente justificadas nas suas pretensões de conformidade com o todo, e não como algo a que cada magistrado meramente obedeceu por sua conta.

O Estatuto trouxe mudanças sensíveis quanto à questão da necessidade de observância às cláusulas abusivas nos contratos de planos de saúde, ao dano moral na perspectiva do idoso, ao desrespeito à determinação legal do transporte gratuito, ao desalijo de idoso de sua residência por cumprimento de sentença sujeita a ação rescisória, entre outros casos. Por tudo o que foi exposto, constatou-se evidente a necessidade de uma mudança no modo de pensar o idoso. Porém, esta demanda só é atendida quando se entende as questões envolvidas até aqui, nesta pesquisa de estudos de casos, e passa-se a exigir de si mesmo e dos outros concidadãos uma mentalidade mais sensível e aberta às diferenças. Essas mudanças já se iniciaram, no sentido de que está havendo uma crescente internalização dessa nova postura, conseqüência positiva da nobre iniciativa do Estatuto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Estatuto do Idoso: Real proteção aos direitos da melhor idade?** 2003. Artigo retirado de <http://www.juristas.com.br>. Acessado em: 10/11/2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, p. 866, 1975.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 4ª Ed. Rio-São Paulo: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. 4. São Paulo: Saraiva, p. 54, 1995.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 127, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 606, 2006.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 300, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 1926, 2002.

PASCHOAL CEGALLA, Domingos. **Novíssima Gramática da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, s/d.

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: RT, p. 431, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 731, 2005.

RULLI NETO, Antônio. **Proteção Legal do Idoso no Brasil**. São Paulo: Fiúza Editores, p.159, 2003.

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 54-55, 2005.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Idoso>.

Acórdãos do STJ: REsp 817.710 – RS; REsp 837.591 – RS; REsp 828.140 – MT; REsp 878.960 – SP; REsp 860.840 - MG; REsp 809.329 - RJ; REsp 775.565 – SP; REsp 851.174 – RS; REsp 695.665 – RS; Ag Rg no AI 900.092 – DF; Ag Rg no REsp 966.238 – SP.

Acórdãos do TJRJ: Apelação Cível 2007.001.32851; Apelação Cível 2007.001.54939; Apelação Cível 2007.001.58214; Apelação Cível 2007.001.66132; Apelação Cível 2007.001.67630; Embargos Infringentes 2007.005.00271; Apelação Cível 2008.001.11781; Apelação Cível 2007.001.34613; Apelação Cível 2007.001.46153; AI 2007.002.30266; Apelação Cível 2008.001.0855; AI 2008.002.10020; Ag Rg na Ação Rescisória 2008.006.00034; AI 2007.002.14886.

Acórdãos do TJRS: Apelação Criminal 70014238612/2006; HC 70016715245/2006; AI 70020128492/2007.