

COMISSÃO DE CULTURA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA
COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO

INTRODUÇÃO AO DIREITO PARA A TERCEIRA IDADE



2020

Realização:



COMISSÃO DE CULTURA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO

**INTRODUÇÃO AO DIREITO
PARA A TERCEIRA IDADE**

DOI: 10.11606/9786586465037

RIBEIRÃO PRETO, SP

2020

Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Vahan Agopyan (Reitor)

Prof. Dr. Antonio Carlos Hernandez (Vice-Reitor)

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano (Diretora)

Profa. Dra. Máisa de Souza Ribeiro (Vice-Diretora)

Comissão de Cultura e Extensão Universitária

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (Presidente)

Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos (Vice-Presidente)

Comissão de Pós-graduação

Profa. Dra. Fabiana Cristina Severi (Presidente)

Prof. Dr. Camilo Zufelato (Vice-Presidente)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação -- (CIP)

C733

Comissão de Cultura e Extensão Universitária
Introdução ao direito para a terceira idade / Comissão de Cultura e Extensão
Universitária ; Comissão de Pós-Graduação ; Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto ; Universidade de São Paulo. -- Ribeirão Preto : FDRP/USP, 2020.

Modo de acesso: Internet

ISBN: 978-65-86465-03-7

DOI: 10.11606/9786586465037

1. Ensino direito. 2. Terceira idade. 3. Ensino superior. I. Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. II. Comissão de Cultura e Extensão
Universitária. III. Comissão de Pós-Graduação. IV. Título.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e autoria.

Proibido qualquer uso para fins comerciais.

APRESENTAÇÃO

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) o número de pessoas com idade superior a 60 anos chegará a 2 bilhões de pessoas até 2050. Segundo dados do Ministério da Saúde, em 2016, o Brasil tinha a quinta maior população idosa do mundo, e, em 2030, o número de idosos ultrapassará o total de crianças entre zero e 14 anos. (JORNAL DA USP, 2018). Em 2042, a projeção do IBGE é de que a população brasileira atinja 232,5 milhões de habitantes, sendo 57 milhões de idosos (24,5%).

Na Universidade de São Paulo (USP), em 1994, por iniciativa da professora Eclea Bosi, teve início o programa Universidade Aberta à Terceira Idade, antecipando-se à promulgação do Estatuto do Idoso, cujo capítulo V, artigo 25, reza textualmente: “O Poder Público apoiará a criação de universidade aberta para as pessoas idosas (...)”. O principal objetivo do programa visa possibilitar ao idoso o aprofundamento de conhecimentos em áreas de seu interesse. Atendendo aos critérios da ONU e UNESCO, prioriza-se a idade a partir de 60 anos. (PRCEU, 2020)

Tendo em vista que esse público tem crescido rapidamente, de forma heterogênea, com diferenças entre os indivíduos que a compõem e, para se evitar nomenclaturas que pudessem atribuir carga negativa ao idoso, a partir de 2020 o programa passou a se chamar USP 60+, oferecendo semestralmente cursos e atividades gratuitas em todos os campi da USP. (PRCEU, 2020).

Esta obra é resultado de uma iniciativa da Comissão de Cultura e Extensão Universitária e Comissão de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, segundo o Edital CCEX 01/2017. Trata-se de uma seleção de 14 (catorze) trabalhos aprovados que abordam diferentes facetas do Direito voltadas ao contexto da Terceira Idade.

Desejamos que o conteúdo seja de grande contribuição no processo de internalização de conhecimentos por parte desses indivíduos cada vez mais interessados em nunca parar de aprender!

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso
Profª. Dra. Fabiana Cristina Severi

SUMÁRIO

AUTONOMIA DOS IDOSOS NAS QUESTÕES DE SAÚDE: UMA ABORDAGEM DA BIOÉTICA PRINCIPALISTA ATRAVÉS DO ESTATUTO DO IDOSO.....	6
Bruno de Paula Checchia Liporaci, Edilaine Dias Lima, Ronildo Alves dos Santos	
MALTRATO DE GÉNERO EN LA TERCERA EDAD Y SU DESPROTECCIÓN JURÍDICA	15
Catalina Ruiz-Rico Ruiz	
TERCEIRA IDADE: PERSPECTIVAS ACERCA DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DOS IDOSOS NO CONTEXTO FAMILIAR	25
Cinthia da Silva Barros, Eva Eulália da Silva Almeida	
OS AVANÇOS E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA IMIGRANTE NO BRASIL.....	36
Erick da Luz Scherf	
ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O DEVER JURÍDICO EM Kelsen	48
Felipe Henrique Canaval Gomes	
O DIREITO DO CONSUMIDOR: GARANTIAS E DIREITOS NO QUE DIZ RESPEITO AOS PLANOS DE SAÚDE.....	59
Juliana da Silva Regassi, Marcelo Bidoia dos Santos	
A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NA DEMOCRACIA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE UMA REFORMA POLÍTICA	69
Letícia de Sousa Messias	
VELHICE: PROTEÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FAMILIARES POR MAUS TRATOS A PESSOAS IDOSAS.....	86
Luana Costa Bidigaray	
A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO FEDERALISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ENTENDENDO A DIVISÃO E O EXERCÍCIO DA POLÍTICA	95
Marcelo Bidoia dos Santos, Juliana da Silva Regassi	
DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ÀS MEDIDAS TERAPÊUTICAS: UMA NOVA ABORDAGEM DA SAÚDE MENTAL DO LOUCO INFRATOR.....	107
Patrícia de Paula Queiroz Bonato, Mateus da Cunha Silva	

INFIDELIDADE E DIVÓRCIO:O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA
FIXAÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS A EX- CÔNJUGES..... 115

Patrícia de Paula Queiroz Bonato, Ivan Bortolin Ferreira

DIREITO A ALIMENTOS:QUESTÕES QUE ENVOLVEM A TERCEIRA IDADE..... 124

Paula Santiago Soares

DESAFIOS PARA INCLUSÃO INTERGERACIONAL: UMA BREVE PERSPECTIVA DOS NOVOS
DIREITOS..... 134

Rodrigo Crepaldi Perez Capucelli, Rubens Beçak

O INSTITUTO JURÍDICO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: A PROPRIEDADE INTELECTUAL
POTENCIALIZANDO A COMERCIALIZAÇÃO DE VINHOS E QUEIJOS..... 143

Rogério Alexandre de Oliveira Castro

AUTONOMIA DOS IDOSOS NAS QUESTÕES DE SAÚDE: UMA ABORDAGEM DA BIOÉTICA PRINCIPALISTA ATRAVÉS DO ESTATUTO DO IDOSO

Bruno de Paula Checchia Liporaci¹
Edilaine Dias Lima²
Ronildo Alves dos Santos³

INTRODUÇÃO

A população mundial está envelhecendo, e no Brasil não é diferente. Estima-se que no ano de 2050 a população de idosos terá o mesmo índice do que a população de crianças no Brasil, cerca de 1.900 milhões de pessoas. Entende-se que o envelhecer é processo natural que caracteriza uma etapa da vida do homem e dá-se por mudanças físicas, psicológicas e sociais que acometem de forma particular cada indivíduo com sobrevida prolongada (MENDES et al., 2005).

Por este motivo mundialmente se discute o processo de envelhecimento, que é um direito personalíssimo, que causa impactos sociais e econômicos na área de previdência, saúde e de outros direitos sociais existentes:

O processo de envelhecimento da população é tema discutido em todo o mundo em face do impacto direto nas áreas de saúde, previdência social e assistência social; no mercado de trabalho e no mercado consumidor. O direito à saúde é fundamental para todos os seres humanos, com maior intensidade com o avanço da idade. (RIBEIRO et al., 2016, p. 74).

Uma das questões que vem sendo propagadas com o envelhecimento da população é o processo referente de autonomia do indivíduo que chega a terceira idade,

¹ Mestrando em Ciências pelo Programa Enfermagem Psiquiátrica linha de pesquisa – Estudos sobre a Conduta, a ética e a Produção do Saber em Saúde pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – USP, Especialista em Direitos Humanos pela FDRP/ USP, Graduando em Serviço Social pela UFTM, Graduado em Direito pela Faculdade Francisco Maeda (FAFRAM). E- mail: bliporaci@usp.br / bliporaci@yahoo.com.br

² Mestranda em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” UNESP – Campus Franca/SP, Graduanda em Serviço Social pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM, Graduada em Direito pela Faculdade Francisco Maeda (Fafam). E- mail: edilainelima404@gmail.com

³ Professor Doutor na Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto EERP/USP, Membro da Comissão Nacional de ética em Pesquisa (CONEP).

muitos veem o idoso como uma criança que deve ser protegida e que não possui discernimento para escolhas sobre o seu modo de vida e como segui-las, esquecendo que o idoso já passou por todas as etapas (fases) de vida e que possui experiências concretas para decidir sobre qualquer questão, principalmente com questões que respeitam a sua própria vida.

Este ensaio busca discutir e demonstrar através da bioética principialista, o respeito a autonomia do idoso, com enfoque no artigo 17 do Estatuto do Idoso (Lei nº10.741/2003), que trata da autonomia do idosos em relação a questões de saúde, a bioética principialista cuida dos princípios bioéticos, estes princípios são (autonomia, beneficência, não maleficência, e justiça).

A Bioética para (SEGRE, 2001) é uma área de discussão sobre valores inerentes à vida e à saúde, e como área de reflexão atenta aos eventos da vida e, conseqüentemente, da morte humana também.

A bioética possui várias teorias, existe a bioética clínica, bioética educacional, bioética holística, bioética teológica, bioética ambiental, bioética do direito ou biodireito e a bioética principialista que cuida das teorias filosóficas dos princípios que norteiam as questões envolvidas com bioética através de reflexões e abordagens clássicas, como se trata de uma matéria estritamente multidisciplinar, as teorias se locomovem por qualquer temática e faz jus a discussão e embasamento bioético principialista para a temática da saúde.

1 DIREITO À SAÚDE

Hoje existe um conceito ampliado de saúde, deixando o antigo conceito de lado que a Saúde era caracterizado pela ausência de enfermidade (doença), o novo conceito dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) define que a Saúde é muito além, ela se caracteriza como um completo bem-estar físico, mental e social. Mexendo assim com um homem plural e não com um homem singular em sua particularidade, vendo o amplo, a totalidade, o bem estar físico tem relação com a alimentação, saneamento básico, já o mental tem relação com o cultura e o direito de lazer, o social possui relação com a educação, direito a habitação, cultural, emprego e acesso aos serviço públicos entre outros.

O Brasil usou dessa nova definição, após realizar a reforma sanitária, no ano de 1986 ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde, que definiu seguir a nova definição de saúde dada pela OMS, a reconhecendo em sua Carta Magna logo após em 1988:

Art. 196 da Carta Magna Brasileira:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL,1988).

Neste passo, o Direito à Saúde ganha no Estado Brasileiro o status de Direito fundamental para o povo brasileiro, tornando uma obrigação do Estado perante aos seus cidadãos, protegido por legislação e doutrina, efetivado por políticas públicas, uma dessas políticas é o próprio Sistema Único de Saúde (SUS).

A saúde está interligada com a vida e assim com a existência de dignidade, é um direito universal que atinge todos sem exceção, por ser Universal ganha uma característica plural ampla, ele vai muito além da própria saúde em si, ele defende o direito e relevância dos acessos aos serviços de saúde, garantindo a qualidade de vida, outro direito este que já vem imbricado no Direito à saúde:

Segundo o que dispõe a Carta das Nações Unidas “Art. 9º É obrigação do estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade” (VILAS BOAS, 2015, p. 17).

Devido ao acesso a Saúde ser garantido de forma universal e igualitária, surge no contexto brasileiro a chamada (discriminação positiva), instituto jurídico que garante a equidade em saúde, aqueles que possuem maior necessidade ao acesso dos serviços de saúde tem prioridade a forma de tratamento e atendimento, por isto um idoso, uma criança, pessoa com deficiência intelectual um acidentado grave passa na frente nas filas das unidades de saúde, seja ela um hospital de traumas ou até uma unidade básica de saúde.

O Estatuto do Idoso pormenoriza o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde à população idosa efetivando política pública de proteção ao idoso, e funciona como instrumento promotor da equidade no sistema de saúde, uma vez que como primeiro pressuposto de efetividade do direito constitucional do direito à

saúde temos a garantia do direito à vida. (RIBEIRO et al., 2016, p. 74). O estatuto do Idoso trás no seu bojo o reconhecimento da autonomia do idoso em relação a saúde há também a política nacional de saúde da pessoa idosa, que surge como um documento que tem como princípio norteador a garantia da promoção de um envelhecimento saudável, política está que também garante a autonomia do idoso em questões de saúde, como nos mostra (MORAES et al., 2014, p. 256). “Ela reconhece o idoso como um sujeito de direitos, capaz de responder às demandas da vida cotidiana de forma autônoma e independente”.

Mesmo com ampla proteção legal, se tem notado grane violação nos Direitos dos Idosos ainda mais nos direitos de escolhas deles, seja pela família, por acompanhantes, pela institucionalização e até pela equipe de saúde devido à falta de preparo e conhecimento dos direitos que os Idosos tem ou pelo excesso de zelo que pode colocar os idosos muita das vezes como inferior, “uma criança”.

Nesse sentido “O desconhecimento e a falta de informação dos direitos da pessoa idosa contribuem para o não cumprimento daquilo que lhe é assegurado por lei, dificultando a sua reivindicação”. MORAES et al. (2014, p. 260).

2 A AUTONOMIA DO IDOSO NAS RELAÇÕES DE SAÚDE

Todo ser humano tem direito de ser livre, direito de não ser coagido nas suas decisões, direito de independência seja ela em qualquer aspecto, financeiro, social ou pessoal, a autonomia é um dos princípios discutidos nas relações éticas e morais.

A autonomia entendida como um princípio ético é uma forma de liberdade pessoal baseada no respeito pelas pessoas, na qual os indivíduos têm o direito de determinar seu curso de vida enquanto esse direito não infringir a autonomia dos outros. (HOSGTEL; GAUL apud DIOGO, 1997).

A capacidade de se autogovernar, escolher, dividir, avaliar sem restrições internas ou externas etc., juntamente com o critério da autonomia, criam uma reviravolta completa na relação médico-paciente. Emerge uma relação não mais de sujeito (médico) e objeto (paciente), mas de sujeitos (médico e paciente). Agora, trata-se de sujeitos autônomos, que estabelecem relações interpessoais, compartilham decisões em parceria e no gozo de plenos direitos. (PESSINI, 1996).

Para a pessoa idosa decidir sobre situações corriqueiras de sua vida é um fator essencial para a sua qualidade de vida, essa autodeterminação traz consigo o princípio de liberdade, ser liberto, identifica-se que o idoso que esteja doente ou institucionalizado tende a ter o seu direito a autonomia restringido, devido a vários fatores desde proteção exagerada familiar a paternalismo na relação médico-paciente.

Flores et al. (2010, p. 471) nos fala que:

Identificaram-se alguns contextos em que estar doente não deixava o idoso sem autonomia, mas a privação de decidir sua vida o fazia sentir-se desvalorizado e excluído da família e da sociedade.

Segundo Oliveira e Fortes (1999), a pessoa autônoma é aquela que toma decisões livremente, escolhe entre as opções a ela apresentadas de acordo com seus valores, crenças e objetivos de vida. Assim, respeitar a autonomia da pessoa é reconhecer que ela pode ter pontos de vista, valores e objetivos diferentes dos nossos, distintos do que é predominante na sociedade e entre os profissionais de saúde.

Muito pelo contrário, do que várias pessoas pensam que o idoso é ser frágil que não consegue passar por decisões conturbadoras em suas vidas, principalmente em relação a sua saúde, o idoso é ser comum, repleto de dignidade humana e tem o direito de decidir sobre sua própria vida, tendo o direito de saber seu diagnóstico, as opções de tratamentos e decidir autonomamente o que quer seguir, qual o melhor tratamento que se encaixa nas suas crenças e no seu estilo de vida, desde que este idoso seja capaz para decidir juridicamente.

É direito do paciente saber o seu diagnóstico, prognóstico e tratamento de uma maneira clara e verdadeira, para que possa tomar suas próprias decisões, exercendo assim o princípio da autonomia (VISENTIN; LABRONICI; LENARDT, 2007, p. 510).

O Estatuto do Idoso destaca a preservação da autonomia ao relacioná-la com o direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade e na integridade física, psíquica e moral (FLORES et al., 2010).

Os médicos e demais profissionais de saúde têm o dever de respeitar a autonomia do usuário, inclusive para lhe dar alta “a pedido”, deixando que a morte ocorra no local, no tempo e em companhia de quem o doente quiser. O usuário dos serviços de saúde tem o direito de estar só e de morrer só, de estar acompanhado e de morrer entre os seus (VISENTIN; LABRONICI; LENARDT, 2007, p. 510).

Desta forma, surge no contexto jurídico brasileiro legislações específicas para proteger a autonomia da pessoa Idosa, preservando sua dignidade como pessoa humana, seus direitos constitucionais de vida, moralidade, liberdade e seus direitos personalíssimos.

3 O RESPEITO A AUTONOMIA PELO ESTATUTO DO IDOSO

Surgiram no Brasil várias legislações que protegem a autonomia dos idosos em relação a decisões sobre sua saúde e conseqüentemente a sua qualidade de vida, a própria lei do SUS tem um artigo que trata sobre este fato, mas uma legislação que chamou a atenção específica foi o Estatuto do Idosos, Lei nº 10.741/2003 que surge no cenário nacional para garantir e promover os direitos das pessoas idosos.

Essa legislação traz em seu artigo 17 a proteção jurídica para o paciente idoso decidir as questões sobre a sua saúde, através da tomada de decisão, podendo assim exercer o seu direito de autodeterminação e garantido o respeito a sua autonomia:

Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

Veja que a lei garante proteção para o idoso dispor de sua própria escolha, desde que este idoso este em sua faculdade mentais, deixando evidenciado os casos excepcionais, que a pessoa perde o direito de exercer sua autonomia, por colocarem risco a sua própria via ou a vida de outrem.

O Art. 4º do Código Civil Brasileiro traz a nova redação dada para incapacidade civil, relativa dada pela nova Lei nº 13.146/2015, que trouxe mudanças nas capacidades civil absoluta e relativa, sendo considerado incapaz absolutamente hoje os menores de dezesseis anos, vamos ater aqui o parágrafo terceiro:

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Nos casos de incapacidade os idosos podem ser assistidos pelo curador, neste caso o idoso já está interditado, por curatela se entende que é um instrumento jurídico que tem como base primordial a representação de uma pessoa que nem consegue praticar o exercício de tomada de decisão por si só, não expressando sua vontade, a curatela serve para representação de pessoas adultas, para representar criança o instituto é a tutela.

Ribeiro et al. (2016, p. 78) nos diz que:

Nos casos do Idoso, o poder de representação é dado por lei (Estatuto do Idoso). A representação legal tem como objetivo amparar determinadas situações de representação, como o caso da curatela, tutela, do poder familiar, do representante da massa falida, do inventariante, entre outros. Para nós, interessa a previsão da representação por curador.

Os idosos também podem ser assistidos pelos seus familiares quando há falta de um curador ou quando este não existe, o médico também pode assisti-lo e decidir em casos que ocorrem eminente risco de vida e não há tempo necessário de espera para poder consultar o seu curador ou familiares, seria neste caso uma emergência medica como casos de traumas por acidentes ou cirurgia emergência, o médico também é responsável pela decisão quando inexistente familiar ou curador, neste último caso o médico deve comunicar o Ministério Público que é o guardião dos direitos sociais e protetor das populações vulneráveis.

A comunicação ao Ministério Público fará o idoso ser assistido pela equipe jurídica, nascendo desta forma um projeto para interdição do idoso e iniciando a busca por um curador ou familiar mais próximo. A comunicação ao Ministério Público (MP) também se justifica pelo fato que pode estar ocorrendo algum crime em relação a proteção do idoso e através da devida comunicação, o MP pode investigar se houve algum crime ou não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma salienta que tratar o paciente idoso em sua integridade física, social e emocional, reconhecendo suas especificidades no seu todo como ser humano

multifacetado e complexo, estimulando sua independência é um dos fatores primordiais para garantir não só o direito do paciente, mas também o respeito moral e ético de sua existência, a tomada de decisão é caráter integrante e determinante para a expressão da autonomia individual do idoso, deve ser baseada na escolha consciente dos idosos pacientes, após serem oferecidas as devidas informações e opções pelo médico, sem nenhum tipo de coação, seja de familiares ou de outrem, destaca-se que a sociedade e os profissionais precisam evoluir e transformar seus modos de cuidadores, deixando de lado a forma já ultrapassada de cuidado existente “paternalista” e encaminhando para a tomada de decisão autônoma e consciente “Consentimento Informado/Termo de Consentimento Livre e Esclarecido⁴”, desta forma a sociedade transforma as suas bases e evolui não só com questões jurídicas pertinentes para o nosso tempo, mas com questões morais perante as relações sociais, e conquistar isso, significa mudar a estrutura social e garantir direito para todos.

Espera-se que este trabalho sobre a autonomia do Idoso, seja o ponta pé inicial para a contribuição a demais trabalhos nesta temática, para defender a dignidade da pessoa humana em fase do envelhecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Estatuto do idoso: lei federal nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

_____. Ministério da Justiça. **Política nacional do idoso**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1998.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). **Parecer nº 124460, de 08 de julho de 2011. Consulta Nº 124.460/10**. São Paulo, 12 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=10121&tipo=PARACER&orgao=Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo&numero=124460&situacao;=&data=12-07-2011](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=10121&tipo=PARACER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=124460&situacao;=&data=12-07-2011)>. Acesso em: 02 set. 2017.

⁴ A diferença entre Consentimento Informado e Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o primeiro é apanágio da boa prática médica, está adequadamente normatizado no Código de Ética Médica e é obrigatório para todo procedimento médico, o segundo é um termo formal, assinado por médico e paciente, tanto em protocolo de pesquisa quanto na prática diária da Medicina (CREMESP, 2011). Tratando na visão dos autores de mero sinônimos.

FLORES, Gisela Cataldi et al. Cuidado intergeracional com o idoso: autonomia do idoso e presença do cuidador. **Rev. Gaúcha de Enfermagem**, Porto Alegre, v. 3, n. 31, p.467-474, set. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-14472010000300009>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

MENDES, M. R. et al. A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 422-426, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

MORAES, J. C. O. et al. O direito e seus Direitos em saúde: uma compreensão sobre o tema na realidade atual. **Revista Brasileira de Ciências da Saúde**, v. 18, n. 3, p. 255-260, 2014.

OLIVEIRA, A. C.; FORTES P.A.C. O direito à informação e a manifestação da autonomia dos idosos 30 hospitalizados. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 1, n. 33, p. 59-65, 1999.

PESSINI, L. O desenvolvimento da bioética na América Latina. In: PESSINI, L. & BARCHIFONTAINE, C. de P. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes et al. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEGRE, M. Ética em saúde. In: PALÁCIOS, M. (Org.) **Ética, ciência e saúde: desafios da bioética**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

VILAS BOAS, M. A. **Estatuto do Idoso Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VISENTIN, Angelita; LABRONICI, Liliana; LENARDT, Maria Helena. Autonomia do paciente idoso com câncer: o direito de saber o diagnóstico. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 20, n. 4, p.509-513, dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002007000400021>. Acesso em: 17 fev. 2018.

MALTRATO DE GÉNERO EN LA TERCERA EDAD Y SU DESPROTECCIÓN JURÍDICA

Catalina Ruiz-Rico Ruiz ⁵

INTRODUCCIÓN

Entre las violencias por razón de género con superior índice de tolerancia social, institucional, familiar, destaca aquella que afecta a las mujeres de la tercera edad ⁶. Este maltrato resulta agravado por la confluencia de múltiples factores discriminatorios como sexo, edad, enfermedad o dependencia, sin que la respuesta jurídica sea adaptada a las circunstancias familiares y personales de las mujeres mayores ⁷. Paralelamente, la intersección de discriminaciones tiende a su revictimización por los poderes públicos derivada de la desatención a este colectivo ⁸. En principio, conviene delimitar esta modalidad subjetiva de violencia de género definida por la Organización Mundial de la Salud como “la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produce daño o angustia a una persona anciana. Puede ser de varios tipos: físico, psicológico/emocional, sexual, financiero o simplemente reflejar un acto de negligencia intencional o por omisión” ⁹.

⁵ Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén. crrico@ujaen.es

⁶ Según los datos de la ONU, se estima que entre el 4 y el 6% de las personas mayores han experimentado algún tipo de maltrato en su domicilio y que la incidencia de este problema va en aumento en la medida en que el porcentaje de población mayor se va incrementando a lo largo de los años

⁷ Destaca Villa, J. (Prevención y lucha contra el maltrato a la mujer mayor. Cuadernos, n. 330, p. 33-41, 2014, p. 3), sobre las necesidades de las personas mayores, en un contexto de envejecimiento demográfico.

⁸ Según se establece en el informe VAWG, las mujeres mayores de 50 años, que representan la cuarta parte de las mujeres en el mundo, se enfrentan a una violencia y maltrato específico derivado conjuntamente del sexismo y de la discriminación por la edad, y que está sustentado en la idea de que las mujeres son “inútiles” una vez que han dejado atrás su edad reproductiva.

⁹ En términos similares, la **INPEA** (International Network for the Prevention of Elder abuse) y el **Consejo de Europa** y la 1ª Conferencia Nacional de Consenso sobre el anciano maltratado (ALMERÍA, 1995).

Según las cifras de maltrato a mayores en España afecta a mujeres en el 81% y el 13% de muertas por violencia machista tienen más de 65 años¹⁰. Esta implacable estadística exige una reflexión sobre las causas y las soluciones aplicables, asumiendo las dificultades derivadas de la pasividad de las víctimas, especialmente reacias a denunciar el maltrato¹¹.

En relación a la violencia ejercida sobre las mujeres mayores, se sustenta en las discriminaciones que soportan a nivel social, familiar derivadas del patriarcado y relaciones de poder tradicionales, así como en el edadismo intrínseco a las sociedades modernas, con superior impacto en el sexo femenino¹².

De otra parte, el maltrato arrastrado desde la infancia, juventud hasta la madurez, en la familia, matrimonio, ámbito laboral, ejercido por progenitores, parejas, hijos o cuidadores, se normaliza en la tercera edad con el riesgo de aceptación de las propias víctimas.

En efecto, la violencia machista sobre mujeres mayores adquiere una superior impunidad por la resignación larvada de las víctimas ante la imposibilidad de revertir una situación prolongada durante años, el temor a romper vínculos familiares y al aislamiento, o su dependencia del maltratador (pareja o cuidador), agravando su indefensión¹³. En consecuencia, el maltrato a mujeres mayores de edad constituye cifra

¹⁰El Instituto Aragonés de la Mujer alerta de que los casos de violencia machista contra mujeres mayores de 65 años están aumentando peligrosamente. De enero de 2014 a enero de 2017, los casos registrados por la Policía han aumentado un 58%. También señala la caída en el apoyo familiar y de su entorno que experimentan las víctimas mayores de 65 años.

¹¹ Para Gracia Ibañez (2015), Una Mirada Interseccional sobre la Violencia de Género contra las Mujeres Mayores (An Intersectional Perspective on Gender-based Violence against Older Women), <http://ssrn.com/abstract=2550210>, p. 15, la explicación casi unívoca del maltrato hacia las personas mayores en general como derivado de la situación de dependencia de las posibles víctimas es por sí sola pobre, no tiene en cuenta la pluralidad, complejidad y carácter multicausal del fenómeno y además, en el momento actual, carece de una validación empírica clara y determinante.

¹²El factor que parece influir en mayor medida es la relación dependencia-edad. A mayor incapacidad de valerse por sí mismo el anciano es objeto de peor trato. Así mismo, el maltrato tiende a crecer con los años de la víctima. Si entre los de más de 64 años y los de 74 años es de 6.000 casos por millón, a partir de los 74 años crece hasta los 11.000.

¹³El miedo a formular denuncia que ya de por sí atenaza a las víctimas de violencia de género se une a otras circunstancias propias de la vejez (enfermedades, dependencias físicas, emocionales o económicas, entre otras) para tornar más imperceptible si cabe una realidad preocupante que requiere un abordaje transversal que permita prevenir las situaciones de maltrato que sufren las mujeres mayores y, en caso de que estas se produzcan, solucionar el problema con medidas coercitivas tanto a nivel policial como judicial, pero también ofreciendo ayuda a la víctima.

negra en el plano jurídico por su inhibición para denunciarlo así como la connivencia del entorno familiar y social con estas agresiones sexistas¹⁴.

1SINGULARIDADES DEL MALTRATO DE GÉNERO EN LA TERCERA EDAD

La multiplicidad de modalidades de maltrato, el perfil diverso de las víctimas y la pluralidad de sujetos maltratadores convergen en la violencia sobre mujeres mayores¹⁵. En primer lugar, la tipología de violencia de género en la tercera edad incluye el maltrato físico, con daño corporal, dolor o deterioro físico, producidos mediante fuerza física o violencia no accidental; maltrato psicológico emocional, el cual consiste en causar intencionadamente angustia, pena, sentimiento de indignidad, miedo o estrés, mediante actos verbales o no verbales; negligencia, que implica el rechazo, negativa o fallo para continuar o completar la atención de las necesidades de cuidado de una persona mayor ya sea voluntaria o involuntariamente, por parte de una persona responsable de su cuidado; abuso sexual. Hace referencia a comportamientos o contacto sexual de cualquier tipo, intentado o consumado, no consentido o con personas incapaces de prestar su consentimiento para ello; maltrato económico o material, que lleva consigo con un carácter de habitualidad, la utilización no autorizada, ilegal o inapropiada de fondos, propiedades, o recursos de una persona mayor. Por tanto, esta otra violencia de género presenta una amplitud conductual que incluye violencia física y multitud de abusos de poder psicológicos, verbales y financieros.

Respecto de las víctimas, resulta habitual la dependencia del maltratador y la necesidad de cuidados de la mujer, lo que complica la separación física y legal en

¹⁴ Según el Protocolo de actuación contra el maltrato a personas mayores, los estudios sobre la sospecha –sin confirmación– obtienen prevalencias de un 12% de la población de personas mayores afectadas por malos tratos y se cree que solo un 20% de estos casos son denunciados. Según la OMS un 5% de las personas mayores, sufren algún tipo de violencia doméstica y sobre un 10% violencia institucional. Para Villa, “Prevención y..”, cit., p. 2 y 3, resulta muy difícil de abordar dado el miedo de las personas mayores a denunciar a personas de su entorno familiar, residencial o institucional de los que dependen su cuidado y su supervivencia.

¹⁵ Algunos autores (SEAVER 1996; AITKEN; GRIFFIN, 1996) plantean, ante esta situación, la pertinencia de manejar subcategorías como la violencia doméstica en la edad avanzada (domestic violence growing old) para referirse a esta violencia con historia que continua cuando la mujer es mayor. O a aquellos supuestos en los que ésta violencia sale a la luz o empeora en la última época de la vida (late-onset violence). La violencia de género en la vejez sería efectivamente un subconjunto en el campo más amplio del maltrato hacia los mayores (BRANDL; COOK-DANIELS, 2002; AITKEN; GRIFFIN 1996, p. 133). Al tiempo que la violencia de género como categoría general constituiría una especie de paraguas que alberga también los casos de violencia de género hacia mujeres mayores con todas sus especificidades.

caso de violencia de género. Pero también la condición de cuidadora de la víctima contribuye a difuminar la identificación como agresor de su pareja, por la compasión social que suscita cualquier sujeto dependiente.

Sin duda la discriminación por razón de género en la tercera edad agrava la condición de víctima en proporción a su dependencia (física, económica, emocional...), enfermedad, alteración de funciones cognitivas, aislamiento¹⁶. Las mujeres mayores de 65 años representan **un grupo especialmente vulnerable**, en el que las situaciones de **convivencia prolongada** con el agresor llevan a la **cronificación y normalización** de la violencia de género ejercida sobre ellas. La **denuncia no siempre resulta fácil en estas situaciones**. A la ruptura del silencio para estas mujeres, se opone su **aislamiento, la falta, en ocasiones, de apoyo por parte del entorno, y la mayor dependencia económica con el agresor (Instituto Aragonés de la Mujer)**. De igual modo, la afectación de la salud puede ser superior respecto de mujeres jóvenes o adultas, asimilándose en incapacidad reactiva al maltrato infantil¹⁷.

En último lugar, la heterogeneidad de los maltratadores deriva de su ampliación más allá del ámbito de la pareja, extendiéndose a familiares, cuidadores, prestadores de servicios privados o públicos, con la complicidad de hijos o instituciones¹⁸. Los agresores de mujeres mayores enfermas o dependientes pueden ejercer sobre su víctima estrategias de maltrato sin apenas oposición¹⁹.

Desde esta perspectiva, a diferencia de la violencia de género tipificada legalmente, la violencia sobre mujeres mayores puede efectuarse por ambos sexos del

¹⁶ Como factores potenciadores de la violencia de género destaca la asociación entre la violencia y salud física.

¹⁷ Para Carmen Sánchez Moro, «La normalización de este problema en ancianas lleva a que muchas mujeres terminen cuidando a su propio maltratador porque sufra una demencia». Éste es uno de los casos que plantea uno de los pocos estudios que se han hecho al respecto. Baker, Lacroix, Wu, Cochrane, Wallace y Woods (2009) recogieron datos de un estudio longitudinal con mujeres de entre 50 y 79 años, el que preguntaban si habían sufrido abusos físicos, verbales o ambos en el último año. Encontraron una asociación positiva entre el abuso físico o la presencia de abuso físico y verbal con la mortalidad posterior de las mujeres mayores, incluso después de controlar variables como la edad o el nivel educativo.

¹⁸ Según datos estadísticos en un 50% de los casos es el/la cuidador/a principal, a consecuencia del estrés provocado por las responsabilidades. Entre estas personas, un 85% es del entorno familiar (en el 60 % de los casos son hijos/as, y en un 25% el/la cónyuge). En un 37% el/la agresor/a también es mayor de 65 años. El 53% de agresores son hombres y el 47% mujeres.

¹⁹ Considera Celdrán M. (2013), La violencia..., cit., p. 60, el aislamiento es una estrategia desplegada por el agresor para ejercer control sobre la mujer, sin embargo, entre las mujeres mayores se observan materializaciones de dicha estrategia de aislamiento más obvias y evidentes.

entorno de la víctima o de quienes actúan en el marco de la dependencia ²⁰ . En concreto, ocho de cada diez son hombres y son familiares cercanos a la víctima (el 30% es cónyuge de la víctima y más del 50% es hijo), además, estadísticamente, el agresor suele depender económicamente de la víctima. También el maltrato varía pues si el agresor es hombre suele cometer maltrato de tipo físico, mientras que si es mujer se tiende a cometer negligencia o abandono, muchas veces como consecuencia de sobrecarga de trabajo²¹.

2 TUTELA DEL MALTRATO DE GÉNERO EN LA TERCERA EDAD: SU DESPROTECCIÓN JURÍDICA

Los datos sobre maltrato en la tercera edad referidos en epígrafes anteriores, demuestran la existencia de diferencias de género respecto a volumen y conductas. En este último sentido, mientras que en los ancianos se dan más casos de negligencia, las mujeres soportan situaciones de maltrato físico, psicológico, abuso material y algunos abusos sexuales, siendo las más afectadas por la simultaneidad de varios malos tratos (50% de los casos)²².

Sin embargo, pese a estas cifras, la invisibilidad social y jurídica del maltrato de género a mujeres mayores deriva de la ausencia de políticas y respuestas legales específicas²³. La vulneración de los derechos humanos de dignidad, igualdad y tutela jurídica de estas víctimas paradójicamente no encuentra una cobertura adecuada, clandestinizando el problema en la esfera privada por su entorno familiar y también en

²⁰ Normalmente es familiar de la víctima, quien lo ha cuidado largo tiempo; normalmente vive con la víctima; con parentesco directo (cónyuge, hijos, nietos); mayores de 50 años; estresados (necesitan el dinero de la persona mayor, su casa o ambos). El maltrato se produce cuando existe un conflicto de valores entre el cuidador y la persona mayor.

²¹ En cuanto al perfil de la persona agresora, en un 50% de los casos es el/la cuidador/a principal, a consecuencia del estrés provocado por las responsabilidades. Entre estas personas, un 85% es del entorno familiar (en el 60 % de los casos son hijos/as, y en un 25% el/la cónyuge). En un 37% el/la agresor/a también es mayor de 65 años. El 53% de agresores son hombres y el 47% mujeres.

²² La incidencia de los tipos de maltrato: la negligencia es el más elevado (55%), seguido por la violencia física (15%) y la explotación económica (12%).

²³ Para Celdrán, M., La violencia..., cit., p. 58 y ss., las mujeres mayores pueden entender de forma diferente lo que es el abuso (por su educación), pueden no verse como personas que están siendo abusadas, pueden sentir como más propio el estigma y la vergüenza por denunciar a sus maridos y pueden sentirse más solas y aisladas socialmente que otras mujeres más jóvenes.

el ámbito de los servicios públicos asistenciales²⁴. En consecuencia, la desagregación de este colectivo particularmente vulnerable no se desarrolla a efectos legales ni de políticas públicas, con riesgo de discriminación de las mujeres mayores maltratadas. Tampoco el proceso de feminización del maltrato a la tercera edad, interseccionando género y edad, se aborda por el legislador o los poderes públicos pese a su impacto superior entre mujeres²⁵. La discriminación múltiple de las mujeres por la confluencia de factores discriminatorios se ignora a nivel legal y de políticas públicas, provocando una desigualdad potencialmente inconstitucional 11.

En particular, la indiferencia legislativa hacia el maltrato de género en la tercera edad se manifiesta en la ausencia de prevención, detección y sanción. Al respecto, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) dispone la prevención del maltrato de género, aunque el cumplimiento de este Tratado Internacional tiende a relajarse para las mujeres mayores, planteando su posible incumplimiento por el Estado. El artículo 9 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer obliga a la adopción de medidas por los Estados teniendo en cuenta la vulnerabilidad de las ancianas.

En cuanto a la detección del maltrato, una perspectiva de género aplicada a la atención sanitaria de las mujeres mayores, permitiría descubrir situaciones de maltrato mediante actuaciones de supervisión y una formación específica a profesionales sanitarios²⁶. Así, *los trabajadores sociales resultan clave en la cadena de localización y afloramiento del fenómeno de la violencia de género, cuyo primer*

²⁴Según una macroencuesta en materia de violencia de género (2015) el 9,5 % de las mujeres de más de 65 años afirma haber sufrido alguna vez en su vida violencia de género y el 1,1 reconoce estar sufriendo estos abusos en la actualidad; que son porcentajes mucho menores que los que constatan mujeres más jóvenes. De las víctimas mortales de género, el 88,5 % de mujeres mayores de 65 años no había denunciado a su agresor. El 28 por ciento de las llamadas que se reciben en la Oficina de la Defensa del anciano son por situaciones de maltrato, si bien no se distingue entre hombres y mujeres, y es significativo que un tercio de las personas mayores cuidadas están en riesgo de sufrir maltrato.

²⁵Para Gracia Ibáñez, M. (2015), Una mirada interseccional..., p. 550, la violencia de género constituye, lamentablemente, una realidad presente también en la vida de muchas mujeres de edad avanzada (HIGHTOWER 2002, BRANDL Y COOK-DANIELS 2002, CELDRÁN 2013, TETTERTON Y FARSWORTH 2010, ROBERTO *et al.* 2014). En estos casos la avanzada edad intersecciona con el género creando unas condiciones específicas de vulnerabilidad y desempoderamiento de estas mujeres.

²⁶ Señala Gracia Ibáñez (2015), Una mirada interseccional..., cit., p. 550 y ss., que autores como Tetterton y Farsworth (2010, p. 2940) destacan la necesidad de que los y las profesionales implicados (médicos, enfermeras, trabajadores sociales) realicen varios cribados sobre violencia de género a las mujeres de más de 60 años. En esta tarea deberá analizarse en los casos que se detecten qué ha hecho la propia mujer frente a ese maltrato y la efectividad de esas acciones

objetivo es que se haga visible y se desclandestinice. Por otra parte, los protocolos contra el maltrato a mujeres mayores puede contribuir a una intervención pública capaz de detectar las modalidades de esta violencia de género²⁷. En esta línea, desarrollan una función preventiva más que intervencionista como objetivo, como el Protocolo de actuación en los casos de violencia doméstica y de género en la demarcación de Girona, si bien limitado al maltrato en el ámbito doméstico.

De igual modo, los planes y estrategias también constituyen una respuesta al maltrato de género en la tercera edad, aunque como soft law sin vinculación jurídica para eludir compromisos de los poderes públicos²⁸. Al respecto, destaca la reciente *Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres 2013-2016* (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad 2013a) que incluye una mirada interseccional en su tercer objetivo general, alineado con el fin de lograr más eficacia y más personalización en la atención a las víctimas especialmente vulnerables para evitar dobles y triples revictimizaciones²⁹. En esta línea, la indiferencia social, política, legal y de los poderes públicos hacia el maltrato de las mujeres en la tercera

²⁷Se prevé la prioridad de ingreso en la red de centros del Gobierno de Aragón dependientes del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS) de las mujeres mayores que sean víctimas de malos tratos, así como en el acceso al programa de estancias temporales. La Orden de 21 mayo de 2010, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, por la que se regula el régimen de acceso y adjudicación de plazas de servicio de ayuda a domicilio, centros de día, centros ocupacionales y residencias ofertadas por el Gobierno de Aragón en su art. 6 concreta esta medida en relación con las plazas de alojamiento en los centros dependientes del Gobierno de Aragón ofreciendo “a personas mayores o discapacitadas que se encuentren en situación de dependencia, a mujeres mayores en situación de violencia de género y a personas con riesgo de exclusión, alojamiento en un Centro residencial de la red pública cuando no resulta posible su permanencia en el domicilio habitual”. Proporcionando “desde un enfoque biopsicosocial, atención continuada y especializada en función del grado de dependencia, de la situación social y de otras circunstancias personales del beneficiario

²⁸Al respecto, la 1ª. Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento (Noviembre, 2003), la Estrategia Regional de implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. La 2ª. Conferencia Intergubernamental Regional sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos. Seguimiento de la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (BRASÍLIA, 2007). Se adoptó la *Declaración de Brasilia* en la cual se identifican las prioridades futuras de aplicación de la Estrategia Regional (2003), así como las oportunidades y los desafíos que plantea el envejecimiento de la población en las próximas décadas poniéndose énfasis en los conceptos de sociedad para todas las edades y en la protección social basada en derechos.

²⁹También cabe mencionar el Plan Internacional de Acción de Madrid con una referencia expresa al abandono, el maltrato, y la violencia de este colectivo vulnerable y el Protocolo establecido en la Comunidad Autónoma de Murcia, donde se concretan por medio de una política de carácter público, factores de riesgo, se incluye *proporcionar servicios de acercamiento dirigidos a mujeres de la tercera edad en la comunidad, vivienda.*

edad provoca su revictimización³⁰. Los prejuicios y estereotipos sociales con un nivel de misoginia superior hacia las mujeres mayores y la *omisión del deber de socorro* de las instituciones ante estas situaciones o su complicidad, contribuyen a justificar una actitud de los poderes públicos proclive a su victimización secundaria.

Desde una perspectiva jurídica, el artículo 50 de la Constitución española sólo impone a los poderes públicos un deber de promover el bienestar de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud...

En la esfera civil se aplica la figura de la curatela para los incapaces mayores de edad, (art. 116 y ss.), la obligación de alimentar es recíproca entre los ascendientes y descendientes (art. 118). Sin perspectiva de género el Código Penal español tipifica el abandono de personas incapaces de bastarse a sí mismas por vejez, castigando a aquel que teniéndoles bajo su guarda y debiendo asistencia, les desampara (art. 329). También el que encuentre abandonada a una persona incapaz de bastarse a sí misma por vejez, debe asistirle y dar cuenta a la autoridad (art. 332).

En esta línea, el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género (LOVG) señala que los derechos allí recogidos se aplican a todas las mujeres “con independencia de cualquier otra circunstancia personal o social”, incluido el hecho de tener una edad avanzada. La previsión de su artículo 28, considera a las mujeres mayores víctimas de violencia de género como colectivos prioritarios en el acceso a residencias públicas para mayores³¹.

A nivel autonómico el art. 21 de la *Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón*, incluye medidas no jurídicas sino asistenciales, señalando que el departamento responsable de los servicios sociales arbitrará las medidas necesarias para que, en sus centros específicos, propios o concertados, se proporcione alojamiento de manera inmediata a mujeres mayores o discapacitadas víctimas de violencia.

³⁰Entre los objetivos de la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la mujer 2013-2016, se incluyen la mejora de la respuesta institucional y planes personalizados, la visibilización y atención a otras formas de violencia contra la mujer, y atención a las mujeres especialmente vulnerables.

³¹El art. 32 de la LOVG señala que deberá considerarse específicamente la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en la ley.

En realidad, predomina respecto del maltrato a mujeres mayores una posición menos jurídica y más paternalista (terapias, apoyos al cuidador) que de control (intervención de la administración de justicia, alejamiento del agresor), distanciándose de las soluciones generales a la violencia de género. De modo que paradójicamente un sector femenino más vulnerable y frágil como el integrado por mujeres mayores, presenta una superior indefensión jurídica que obliga a cuestionar necesariamente la constitucionalidad de la actual normativa, por su indolencia con este colectivo.

El trato jurídico peyorativo de la tercera edad e incluso, su igualación al resto de mujeres maltratadas, a pesar de su inferior incapacidad defensiva y reactiva, puede propiciar un trato discriminatorio e inconstitucional³². Para evitar la discriminación de mujeres mayores por los poderes públicos y el legislador, la solución aplicable precisaría obligadamente la atención a las circunstancias individuales y personales de las víctimas³³. Considerando que la contextualización del maltrato a mujeres mayores, predominantemente en la esfera privada, no puede justificar la actual inhibición pública, y que en todo caso, la violencia de género institucional reclama una actitud proactiva de tutela jurídica³⁴.

La desprivatización del maltrato a la tercera edad por la progresiva atención al colectivo de mujeres por servicios públicos e instituciones mediante servicios de salud, sociosanitarios y servicios sociales (hospitales, residencias geriátricas, centros de día,

etc.), exige una actuación conjunta de la Fiscalía, Defensor del Pueblo, Servicios de Inspección y de acción Social y la inhabilitación de cuidadores con antecedentes de maltratadores³⁵.

³² Según el Protocolo de Actuación contra el maltrato a personas mayores, es muy importante determinar la capacidad de la persona que sufre una situación de maltrato. No solo en la medida en que ésta pueda tener capacidad de oponerse a la conducta maltratadora y de defender sus derechos e intereses (por ejemplo, interponiendo y manteniendo una denuncia), sino también en que disponga de capacidad suficiente para tomar por sí misma las decisiones oportunas para el cuidado de su persona y de sus bienes. Esta situación deberá ser tenida en cuenta, si procede, como agravante en la consideración jurídica del hecho maltratante.

³³ Según Celdrán, M. (2013), *La violencia...*, cit., p. 61, muchas veces los recursos de acogida y alojamiento para mujeres maltratadas no se encuentran suficientemente preparados para asumir las diversas realidades de las mujeres mayores.

³⁴ En caso de sospecha, el caso se debe derivar a servicios sociales, que evaluarán la situación de riesgo y establecerán el plan de actuación. En las situaciones en las que se valoran como causa la negligencia y/o el abandono, puede ser adecuada la mediación como sistema para resolver el conflicto subyacente.

³⁵ El *Protocolo de actuación en los casos de violencia doméstica y de género de la demarcación de Girona* considera los malos tratos a las personas mayores una tipología, puesto que una parte significativa de la

En definitiva, como asignatura pendiente destaca la aprobación de leyes que prohíban la violencia doméstica, sexual e institucional contra las mujeres de edad, con el desarrollo paralelo de políticas de igualdad para su protección. Las acciones positivas y la normativa sobre violencia de género han de atender a las singularidades generales de este colectivo de maltratadas para eludir efectos inconstitucionales, pero también a su diversidad interna (enfermas, discapacitadas...)³⁶. El trato homogéneo de las víctimas de violencia de género, sin reforzar las garantías de las más vulnerables como las mujeres mayores, y la desatención a sus circunstancias familiares o sociales, tiende a su revictimización discriminatoria. Por esta razón, la individualización y personalización de las mujeres mayores maltratadas constituye la única solución jurídica para impedir su discriminación por los poderes públicos y el legislador.

REFERÊNCIAS

INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL CAPITAL SOCIAL (INCAS). Jóvenes, mujeres, mayores: el maltrato en la familia. Una aproximación cuantitativa de su importancia. Estudio del Centro Reina Sofía, 2008. Disponible em: <<http://www.medioscan.com/pdf/maltratofamiliaCompleto.pdf>>. Acceso em: 02 abr. 2019.

CELDRÁN, M. La violencia hacia la mujer mayor. **Papeles del Psicólogo**, v. 34, n. 1, p. 57-64, 2013.

GRACIA IBÁÑEZ, J. Una mirada interseccional sobre la violencia de género contra las mujeres mayores (an intersectional perspective on gender-based violence against older women). **Oñati Socio-Legal Series**, v. 5, n. 2, 2015. Disponible em: <<https://ssrn.com/abstract=2550210>>. Acceso em: 02 abr. 2019.

VILLA, J. Prevención y lucha contra el maltrato a la mujer mayor. **Cuadernos**, n. 330, p. 33-41, 2014.

población mayor de 65 años con dependenciarecibe asistencia de la red formal, bien en el domicilio, bien en espacios institucionales

³⁶ Los/las profesionales de todos los ámbitos, ante cualquier tipo de malos tratos, deben informar a la persona maltratada y/o a sus familiares, si procede, de la conveniencia de disponer del asesoramiento de un/a abogado/a.

TERCEIRA IDADE: PERSPECTIVAS ACERCA DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DOS IDOSOS NO CONTEXTO FAMILIAR

Cinthia da Silva Barros³⁷
Eva Eulália da Silva Almeida³⁸

INTRODUÇÃO

O presente artigo buscar esclarecer os métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar, apontando a necessidade de efetivar o acesso à justiça, para que haja a tutela destes direitos. É imprescindível que haja a contribuição para estes cidadãos, tutelando, acautelando, garantindo um bem-estar, bem como apresentar um instrumento de desenvolvimento social, pois o aumento da população idosa vem ocorrendo em decorrência de melhores condições de vida, com

³⁷ Bacharelada em Direito pela Faculdade Guanambi (UNIFG-BA). Discente Pesquisadora Voluntária da Iniciação Científica do Observatório do Semiárido Nordeste (Núcleo Direito à Cidade-UNIFG). Uma das autoras do artigo: “A influência do Procedimento Modelo Alemão *Musterverfahren* para o IRDR no Novo Código de Processo Civil Brasileiro” o qual foi aprovado e apresentado no (CAED-JUS): Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito, e fora publicado no livro: Direito, Sociedade e Solução de Conflitos, pela Editora Multifoco do Rio de Janeiro/Coleção (CAED-JUS). Uma das autoras do artigo: “Contrato De Doação: Principais Aspectos no Direito de Família”, aprovado e publicado na REVISTA EMPREENDER da UNEB (Campus-XII-DEDC) Guanambi/BA. Revista Interdisciplinar do Colegiado do Curso de Administração. Autora do capítulo: Breve análise sobre os desafios de implantação da mediação comunitária pelo município do Rio de Janeiro como política pública em comunidades, publicado no livro: O Município e as Políticas Públicas: democracia, cidadania e controle. E-mail: cinthiabarros4@gmail.com

³⁸ Advogada, pós-graduação *lato sensu* concluída em Direito Empresarial. Foi Delegada da OAB/RJ por três triênios, foi relatora da Comissão de Ética e disciplina da OAB/RJ. Participante da Comissão de Apoio ao Consumidor-CAC- da 32ª Subseção da OAB/RJ no triênio de 2013 a 2015, e atualmente na Comissão do Consumidor da seccional da OAB/RJ e da Comissão de Anticorrupção e Compliance da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de cursinhos e coordenadora do curso preparatório para prova da OAB pelo MARJ, atuação como professora e palestrante entre ela junto a Escola Superior da Advocacia – ESA. Foi coordenadora de 4GT's no CAED-Jus 2016, compondo dois artigos científicos com o seguinte temas: “Análise da Ação de Despejo prevista Na Lei de locação de Imóveis Urbanos sobre o novo Código de Processo Civil”; e “Desconsideração da Personalidade Jurídica no Sistema Processual Brasileiro Vigente”; produziu para o CAED-Jus em 2017 dois artigos: “Análise a usucapião extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro: a usucapião administrativo por via cartório prevista do CPC e a usucapião por arbitragem”, e “O processo administrativo tributário e o novo CPC” . Uma das fundadoras do Movimento dos Advogados do Rio de Janeiro- MARJ. Autora do capítulo: Breve análise sobre os desafios de implantação da mediação comunitária pelo município do Rio de Janeiro como política pública em comunidades, publicado no livro: O Município e as Políticas Públicas: democracia, cidadania e controle. E-mail: evaeulaliaadv@hotmail.com

o avanço tecnológico, o desenvolvimento da medicina, que aponta uma queda na taxa de mortalidade (SILVA, 2016).

A finalidade deste artigo é apresentar ao público acadêmico uma discussão jurídica sobre os métodos de resolução apropriada de disputas como facilitadores de apaziguar famílias acautelando o direito dos idosos. Somados com o estudo de outras pesquisas como artigos científicos, dissertações de mestrado, que possuem o mesmo objetivo. Dessa forma, será abordado o breve histórico da evolução do direito dos idosos; os aspectos conceituais em relação ao envelhecimento, direitos e garantias sociais do idoso; as perspectivas acerca da segurança jurídica com ênfase no estatuto do idoso, e por fim a contextualização dos métodos de resolução apropriada de disputas como facilitadores de apaziguar famílias acautelando o direito dos idosos.

Este trabalho foi elaborado com base nos artigos, bem como em doutrinas especializadas, sendo estas de suma importância para o desenvolvimento do mesmo. Este trabalho justifica-se ao apresentar uma discussão ampla e essencial sobre a temática bastante discutida no âmbito jurídico, acadêmico e social por se tratar de um tema atual e relevante.

1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS

Com relação à evolução do direito dos idosos, é necessário entender sobre o processo de envelhecimento do idoso, que é tido por vezes como algo diferenciado, que pode depender de sua condição econômica, do ambiente cultural, do grupo social, do sexo que o idoso pertence. Nesta esfera, a sociedade passou e perpassa por grandes modificações, bem como pelo avanço da tecnologia dos meios de comunicação fatos e dados, perfazendo a vida cada vez mais agitada, com o tempo cada vez mais reduzido, com condições econômicas mais difíceis e as pessoas vivem cada vez mais, exigindo uma maior capacidade para a adaptação, e por muitas vezes o idoso não possui, fazendo assim, com que essas pessoas enfrentem vários problemas sociais.

Sobre este aspecto são poucos os documentos que fazem referências aos idosos, o que torna difícil uma análise da temática do ponto de vista de determinadas civilizações, pois, é quase impossível descrevê-lo. Outro agravante é que a história se baseava em idosos bem-sucedidos, o qual era registrado por pessoas do sexo masculino, fazendo com que na maioria das vezes os idosos carentes e as mulheres idosas

raramente aparecessem, ou jamais fossem mencionados nos escritos (BEAUVOIR, 1990). Sobre o assunto Ottoni (2012, p. 19) aponta que:

Algumas considerações sobre a China são percebidas em dois personagens antigos: Lao-Tsé e Confúcio. Lao-Tsé (604-531 a.C.) vê a velhice como algo superior, uma elevação do espírito na qual, ao chegar aos 60 anos, o ser consegue a sua libertação e a santificação. Já o filósofo Confúcio (551-479 a.C.) afirma que os moradores da residência devem obedecer ao homem mais velho. Mesmo a mulher que, muitas vezes, é subordinada, tem prestígio entre os mais jovens. Essa autoridade seria devido à sabedoria adquirida ao longo dos anos.

É válido apontar, que as teorias de Platão e Aristóteles discorrem sobre fase da velhice, estas demonstram opiniões diferentes (BEAUVOIR, 1990). Para tratar da questão Platão trazia uma concepção ligada com as suas opções políticas, para o mesmo a velhice era vista como conhecimento, onde a Polis ideal, de acordo com ele era aquela que garantia a felicidade do homem, sendo a felicidade uma virtude que emanava do conhecimento da verdade já Aristóteles tinha a visão de que o homem progrida até os 50 anos, mas que possui o declínio do seu corpo, assim faz com que os idosos percam a sua segurança e também o desempenho (BEAUVOIR, 1990)

A velhice na Idade Média era tida como desprotegida às vezes discriminada e também renegada, pois neste período as propriedades bem como, os bens dos mais velhos estavam protegidas, pois a propriedade do mais velho não era garantida por instituições estáveis, era, mas merecida, e também defendida pela força das armas, sendo que os velhos são relegados à sombra, pois o sistema repousa nos jovens porque são eles que possuem a realidade do poder (BEAUVOIR, 1990). A partir desta análise, Oliveira (2007, p. 280) acrescenta que:

[...] a velhice não pode ser vista como um acidente é um destino que se apodera da pessoa e que muitas vezes a deixa estupefata ante as suas marcas e conseqüências. Os valores intrínsecos à representação que uma sociedade tem de velhice serão norteadores responsáveis pelas ações que vão possibilitar ou não a proteção e a inclusão social de seus idosos, bem como qualidade das relações a serem estabelecidas com eles.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 apresenta os principais ditames do Estado Democrático de Direito que é destinado para assegurar os direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça, que são

valores que estão na base da sociedade, demonstram que o legislador desde já se preocupava com as diferenças existentes na sociedade e com a discriminação sofrida por grupos minoritários, como os idosos (MENEZES JÚNIOR; BRITO; SOUZA, 2014).

Compreende-se, com base nos argumentos abordados acima, que o Brasil ainda não equacionou de forma suficiente a situação do idoso e de suas necessidades que são refletidas pela baixa “prioridade” que seria atribuída à Terceira Idade, dessa forma, percebe-se que o envelhecimento populacional do Brasil ocorre em razão vários aspectos como o aumento da expectativa de vida, a diminuição da taxa de fecundidade, atribuída em grande parte aos avanços da medicina, e a busca de oferecer melhores condições de vida à população em termos de moradia, saneamento básico, alimentação, transporte, embora ainda exista muito o que fazer (OLIVEIRA, 2007).

2 ASPECTOS CONCEITUAIS EM RELAÇÃO AO ENVELHECIMENTO OS DIREITOS E AS GARANTIAS SOCIAIS DO IDOSO

O envelhecimento é uma temática relevante para se discutir, haja vista que a terceira idade merece uma maior atenção por ser processo que requer cuidados, nesta perspectiva, Mendes et al. (2005, p. 423) apresentam que: “Envelhecer é um processo natural que caracteriza uma etapa da vida do homem e dá-se por mudanças físicas, psicológicas e sociais que acometem de forma particular cada indivíduo com sobrevivência prolongada. É uma fase em que, ponderando sobre a própria existência, o indivíduo idoso conclui que alcançou muitos objetivos, mas também sofreu muitas perdas, das quais a saúde destaca-se como um dos aspectos mais afetados”

Em corroboração com o exposto, as várias mudanças na longevidade de uma população, sejam elas nas condições de vida, no controle da natalidade na fecundidade, e também no controle e na cura de doenças, demonstram as condições do envelhecimento sócio-demográfico, contudo o envelhecimento cultural refere-se à construção e a reconstrução de uma identidade social do velho, bem como de que o outro existe como um velho (FEIJÓ; MEDEIROS, 2011).

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) idoso é o limite de 65 anos ou de mais idade para os indivíduos de países desenvolvidos e 60 anos ou de mais idade para indivíduos de países subdesenvolvidos, assim com o desenvolvimento das políticas para a pessoa idosa deve-se observar a certa passagem do cuidado do campo familiar para a esfera doméstica, e também para o campo profissional, além das

demais instituições, neste contexto, a família ela perde a função de única provedora dos cuidados do idoso, assim vai articulando-se à rede secundária no exercício e nas atividades do cuidado (SANTOS, 2003). Com vista nisso, Vale; Faleiros; Santos; Matos (2015, p. 105) comentam que:

Os idosos acometidos por uma demência necessitam de assistência apropriada, que normalmente é desempenhada pela família e/ou enfatizada na figura do cuidador formal. No ambiente familiar de um portador de síndrome demencial, com o evoluir do quadro patológico e das tensões provocadas por ele mesmo, há indícios de que os familiares também possam ficar doentes. É a família especificamente a cuidadora principal, que, ao enfrentar a demência, precisa estabelecer nova rotina para sua vida, principalmente ao se deparar com a perda de independência e autonomia.

Destarte, é imprescindível que haja a discussão sobre os direitos e as garantias sociais dos idosos, tendo em vista que por volta do ano de 1988 com a promulgação da Carta Magna o idoso no Brasil passou a ser titular de um conjunto de direitos individuais e sociais. Esses direitos individuais são divididos em civis e políticos, onde estão associados aos princípios da liberdade e da participação, sendo que no caso do idoso, que estão garantidos no artigo 10 do Estatuto do Idoso da Lei nº 10.741/2003, que pontua sobre: o direito de ir e vir; de opinião e expressão; de crença e culto religioso, dentre outros.

Já os direitos sociais são constituídos por outra categoria de direitos de cidadania que são regidos pelos princípios da igualdade, da equidade e da justiça social, nesta esfera, Pereira (2013, p. 124) acrescenta que: “Esse conjunto de direitos não surgiu por acaso e nem foi outorgado pelos governantes. Foi conquistado. Sua continuidade depende do comprometimento social do Estado, sob o controle democrático da sociedade, com vista não apenas a coibir infrações praticadas contra os idosos, mas a elevar a qualidade de vida e de cidadania desse segmento populacional por meio de políticas públicas efetivas”.

3 APONTAMENTOS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA DO IDOSO COM ÊNFASE NA LEI Nº 10.741 DE 2003

Neste capítulo será abordada a necessidade de uma tutela jurídica para o idoso, haja vista que existe hoje uma estrutura legal o Estatuto do idoso, que visa garantir os direitos dos mesmos, contudo a violação aos direitos do idoso é ainda uma

problemática de interesse social. Dessa maneira, discorremos sobre a evolução dessas garantias no Brasil. Nestes termos, Beauvoir (1990, p. 109-111) descreve que “estudar a condição dos velhos através das diversas épocas não é uma tarefa fácil, mesmo porque documentalmente pouco se dispõe sobre o assunto, haja vista que os idosos são incorporados no conjunto dos adultos”, já Barcelos (2006, p. 54) aponta que “[...] do fato que demonstra a imagem da velhice incerta, confusa e contraditória. Consta que até o século XIX não tenha sido feita qualquer menção aos velhos pobres, mesmo porque estes eram poucos, considerando que o período de vida na época não era nada longínquo [...]”

Com relação a essas garantias de proteção ao idoso, compreendemos que os mesmos passaram por três grandes “conjuntos de transformações” de acordo com Barcelos (2006, p.) do período de 1945 até os dias atuais. O primeiro período é aquele compreendido entre os anos de 1945 e 1960 onde a velhice é associada à situação de pobreza, pois o debate nessa fase é referente aos meios de subsistência dos trabalhadores idosos com objetivo de preencher as lacunas como da previdência social como à aposentadoria e outras formas de assistência necessárias ao idoso (BARCELOS, 2006).

Já no segundo período compreendido entre os anos de 1959 até 1974, ocorrem algumas mudanças significativas em relação a sensibilidade da velhice ligada a solidão e a marginalização, que tem por finalidade enfatizar as condições de vida do idoso como lazer, férias, serviços especiais de saúde para os aposentados começam a fazer parte do modo e não apenas do nível de vida, o campo privilegiado da intervenção (BARCELOS, 2006).

Já o terceiro período é caracterizado pela ideia da pré aposentadoria que implicou uma revisão da idade cronológica própria da aposentadoria, sendo surge uma nova sensibilidade com relação à velhice, esta por sua vez que passa a ser definida como um momento em que o trabalho é ilegítimo. Em 1974 foi sancionada a lei Lei nº. 6.179106 que tinha por pretensão dá amparo previdenciário para os maiores de 70 anos de idade e para os inválidos, essa Lei passou a dá amparo para este grupo em relação ao trabalho, e para os que exercem atividade remunerada e que não tinham nenhuma fonte de renda com uma aposentadoria especial, a ser requerida junto à Previdência Social. Outra legislação relevante que fora aprovada foi a (LOAS) Lei Orgânica da Assistência Social de 07 de dezembro de 1993 que tinha por finalidade criar o chamado Benefício de Prestação Continuada (BPC) garantindo

“[...] de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida”. Por volta do ano 1994 foi promulgada a Lei nº. 8.842/108, está por sua vez era voltada à Política Nacional do Idoso, que tinha por finalidade de criar normas para os direitos sociais dos idosos, com o objetivo de garantir autonomia, integração e participação de forma efetiva como instrumento de cidadania, essa lei foi regulamentada pelo Decreto 1948 de 5 de janeiro de 1994 (OTTONI, 2012).

Em corroboração com o exposto, passamos a explicar sobre o Estatuto do Idoso, que foi regulamentada em Outubro de 2003, consolidando várias garantias sociais em lei em benefício da população idosa (ALONSO, 2005) A Política Nacional do Idoso orientou e determinou os principais fundamentos para um planejamento social voltado para o idoso, enquanto o Estatuto veio a legitimar estas recomendações na forma jurídica, que a partir deste momento passam a contar com o aparelho estatal para a sua proteção e também com as sanções penais previstas (ALONSO, 2005).

É importante salientar que o Estatuto do Idoso aborda que como resultado de um processo de conscientização e discussão em relação aos problemas enfrentados pela população idosa, fazendo com se consolidassem neste documento todas as garantias postuladas anteriormente em Tratados e Declarações, caracterizando desta forma o Estatuto como o ponto de chegada do caminho percorrido até então (ALONSO, 2005). Camarano e Pasinato (2004, p. 253-292) abordam que

Antes de ser sancionado o Estatuto do Idoso no ano de 2003, a legislação referente aos idosos era fragmentada. O Estatuto do Idoso aglutinou muitas leis e políticas existentes e incorporou novos elementos, com visão integralizadora e medidas que visam ao bem-estar da população anciã, de forma igualitária e personalizada. O Estatuto do Idoso foi um marco importante na política pública brasileira como instrumento legal, contendo 118 artigos para a proteção aos idosos. Alguns desses artigos defendem como crimes e sanções o não cumprimento das determinações previstas na Política Nacional do Idoso.

No ano de 2004 é aprovada a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), em 2005 o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), já em 2006 foi aprovada a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa e o Pacto pela Saúde, que fora instituído pela Portaria do Ministério da Saúde nº 399/06, que constitui um conjunto de reformas institucionais do Sistema Único de Saúde (SUS) compartilhado pela União, pelos estados e os municípios. Assim, tendo em vista, todo o processo de evolução

sobre a segurança jurídica do idoso com ênfase na lei nº 10.741 de 2003 que trata do Estatuto do idoso.

4 CONTEXTUALIZAÇÃO DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO APROPRIADA DE DISPUTAS COMO FACILITADORES DE APAZIGUAR FAMÍLIAS ACAUTELANDO O DIREITO DOS IDOSOS

Existe hoje uma espécie de “cultura de conciliação” que conheceu o impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, uma relevância acerca dos desdobramentos, indicando assim, não apenas com relação à institucionalização das novas formas de participação na administração da justiça e da gestão racional dos interesses públicos e privados, assumindo uma importante função de forma promocional, desenvolvendo uma conscientização política para a efetividade do acesso à justiça. Mendes e Guimarães (2017, p. 8) discorrem que:

Antes de tratar dos métodos de resolução de conflitos ou pacificação social de conflitos, faz-se necessário ressaltar que a tutela jurisdicional não constitui, de forma alguma, o único meio de eliminação de conflitos, ao contrário a jurisdição deve ser a última alternativa a ser buscada pelos sujeitos envolvidos.

Nesta esfera, é preciso discutir que os idosos necessitam de um maior cuidado, sendo que o ambiente familiar determinar algumas vezes as características, e também o seu comportamento. Dessa forma a família deve ser um ambiente de harmonia, sadio, para que possa haver o crescimento de todos, incluindo o neste rol os idosos. Considerando este aspecto Mendes e Guimarães (2017, p. 108), apresenta a relevância da mediação familiar como modelo para centro judiciário de solução conflitos, sendo que para compreender o conceito de familiar, deve-se antes o que vem a ser família, segundo a doutrina: família é considerada como uma entidade paradoxal que, basicamente, tem a função de assegurar a sobrevivência e a humanização essencial do homem.

Cabe ressaltar que em muitas famílias reina desarmonia, a falta de respeito, não se reconhecimento os limites, com pessoas deprimidas e agressivas, fazendo com que o idoso fique isolado, com medo de cometer erros e ser punido. Nas palavras de Mendes et al. (2005, p. 425) “Reconhece-se que para cada família o envelhecimento assume diferentes valores que, dentro de suas peculiaridades, pode apresentar tantos

aspectos de satisfação como de pesadelo”. Ressalte-se por oportuno a relevância dos métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar, com esses métodos os idosos podem obter um ambiente melhor para viver, para se relacionar, ou seja, para viver em paz, para que resolva os possíveis conflitos que podem existir, pacificando, para melhor compreensão Silva (2016, p. 38) comenta que:

Os conflitos que envolvem idosos, muitas vezes são ocasionados pela dificuldade de compreensão por parte dos mais jovens a respeito das mudanças físicas, psicológicas e sociais decorrentes do processo de envelhecimento. No âmbito familiar os conflitos geralmente são desencadeados pela falta de diálogo, dificuldades de expressar sentimentos e posicionamentos contrários.

Em vista dos argumentos apresentados entende-se que a família é a fonte principal como suporte emocional, instrumental, financeiro e informativo para os idosos, neste contexto podem se estruturar sob o formato de relações de aliança, de solidariedade de inclusão, ou de conflito, dominação e exclusão (SILVA, 2016). Por fim, Folger e Bush (1996 apud MULLER; BEIRAS; CRUZ, 2007) apontam que “o conflito é parte integrante da vida e capaz de desencadear mudanças nos envolvidos, sendo o processo de mediação o meio facilitador para revelar a capacidade própria de transformações nos indivíduos e de promover um crescimento frente às situações difíceis decorrentes do conflito”

Sendo que a mediação de conflitos seria o método de solução de controvérsias que trabalha na perspectiva de que “o conflito” ou a crise possui um verdadeiro potencial transformativo (FORGER; BUSH apud MULLER,; BEIRAS; CRUZ, 2007) dessa maneira, a mediação tem por objetivo trabalhar o lado positivo dos conflitos, que, quando é solucionados no diálogo, bem como na compreensão, que promove certa busca criativa das soluções, estimulando assim a confiança dos envolvidos, destarte, como o envelhecimento é uma temática relevante com relação a família, tem que haver uma maior atenção aos idosos, evitando assim possíveis conflitos garantindo qualidade de vida para os mesmos (SILVA, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é uma tarefa fácil apontar os caminhos para se chegar a uma resolução de conflitos que seja eficaz, principalmente no âmbito da terceira idade que envolve diversas perspectivas, sejam pelos conflitos no âmbito familiar ou no âmbito social. A pesquisa aqui proposta teve por finalidade discutir as perspectivas acerca dos métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar, abordando vários estudos já realizados por outros pesquisadores, estudantes, mestrando, dentre outros, sobre a temática. Por fim, sabe-se que o conflito se encontra presente nas relações familiares e sociais, contudo a mediação de conflitos tem por objetivo que proporcionar um tratamento para a solução da problemática, garantindo a efetivação de direitos e a pacificação social.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, F. R. B. **Envelhecendo com dignidade**: o direito dos idosos como o caminho para a construção de uma sociedade para todas as idades. 2005. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2005.
- BARCELOS, A. T. **A efetividade dos direitos fundamentais do idoso**: uma análise de caso no Município de Vitória ES. 2006. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2006.
- BEAUVOIR, S. **A velhice**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- CAMARANO, A. A.; PASINATO, M. T. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: CAMARANO, A. A. **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 253-292.
- FEIJÓ, M. C. C.; MEDEIROS, S. A. R. A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de cidadania. **Revista Kairós**: Gerontologia, v. 14, n. 1, p. 109-123, set. 2011. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/kairos/article/view/6930>>. Acesso em: 02 abr. 2019.
- MENDES, M. R. S. S. B. et al. A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 18, n. 4, p.422-426, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MENDES; A. G. C.; GUIMARÃES, C. **Desafios do Centro Judiciário de Resolução de Conflito em Guanambi**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

MENEZES JÚNIOR, E. E.; BRITO, E. S.; SOUZA, M. H. B. Direito das minorias e os múltiplos olhares jurídicos e sociais. **Revista Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, v. 1, n. 4, 2014. Disponível em: <<http://www.journals.ufrpe.br/index.php/cadernosdecienciassociais/article/view/564/449>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MULLER, F. G.; BEIRAS, A.; CRUZ, R. M. O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. **Aletheia**, n. 26, p. 196-209, 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942007000200016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2018.

OLIVEIRA, R. C. S. O processo histórico do estatuto do idoso e a inserção pedagógica na universidade aberta. **Revista HISTEDBR**, Campinas, n. 28, p. 278-86, dez. 2007. Disponível em: <https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/5036/art18_28.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

OTTONI, M. A. M. **A trajetória das políticas públicas de amparo ao idoso no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social) - Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), Montes Claros, 2012.

SANTOS, S. M. A. **Idosos, família e cultura: um estudo sobre a construção do papel do cuidador**. São Paulo: Alínea, 2003.

SILVA, A. C. G. **Mediação de conflitos sob a perspectiva do novo contexto populacional: noções de mediação, direitos e cidadania para idosos**. 2016. 82 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Rio Grande, 2016.

OS AVANÇOS E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA IMIGRANTE NO BRASIL

Erick da Luz Scherf³⁹

INTRODUÇÃO

Atualmente, não há como discutir sobre imigração sem considerar o paradigma da globalização, que, por meio de diversos processos, impulsionou o crescimento dos fluxos migratórios, e, neste contexto, pode-se considerar que uma das mais importantes dimensões (mas não a única) da globalização, é a dimensão econômica, que afeta diretamente a proteção e garantia dos direitos sociais fundamentais⁴⁰ (CAMARGO, 2012). No entanto, “globalização” é um termo bastante contestado e debatido na Academia, portanto, enfatiza-se aqui que as determinações léxicas e fenomenológicas deste conceito não são escopo desta pesquisa. Não obstante, leva-se em conta que, a globalização relacionada aos fluxos imigratórios aqui estudados refere-se “[...] a crescente transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas, culturais e ambientais [...]” (CARNEIRO, 2003, p. 76-77).

Sem embargo, paralelo ao aumento nas imigrações transnacionais, é possível identificar uma intensificação no envelhecimento mundial. Para Kalache, Veras e Ramos (1987), o envelhecimento populacional é um fenômeno universal, os aumentos significativos na expectativa de vida das populações europeias principalmente, estão relacionados a uma melhor qualidade de vida proporcionada à maioria da população; e, em países em desenvolvimento, o crescimento do número de pessoas idosas é decorrente do alto número de nascimentos durante as primeiras décadas do século XX,

³⁹ Atualmente cursa o quinto período do bacharelado em Relações Internacionais na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) - Campus Itajaí. Atua como pesquisador na área de Direitos Humanos (principalmente acerca do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, seus avanços e falhas) no Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. Possui publicação em revistas científicas na área do Direito e em anais de eventos internacionais. Formado como Técnico em Agropecuária pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense - Campus Camboriú (Ensino médio integrado ao curso técnico). Contato: erickscherf@gmail.com

⁴⁰ Por direitos humanos entendem-se aqueles direitos que advêm do ordenamento jurídico da sociedade internacional, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia desses direitos e implementação destes no contexto nacional, ou seja, nos ordenamentos jurídicos internos dos diversos Estados. A expressão “direitos sociais fundamentais” representa o reconhecimento dos direitos de cunho social pelo ordenamento jurídico interno, neste caso, do Brasil.

associado a um progressivo decréscimo nas taxas de mortalidades. Mas, pode-se considerar que a população idosa⁴¹ é parte componente destes fluxos imigratórios?

O fator mais preocupante pode não ser a imigração em massa de idosos, mas com certeza o paradigma de muitas sociedades é o envelhecimento de imigrantes previamente estabelecidos, conforme afirma Machado et al. (2010, p. 26):

As migrações também envelhecem. As populações de migrantes laborais envelhecem ao longo de um ciclo que se inicia com a chegada ao país receptor de adultos jovens que se inserem de imediato no mercado de trabalho, passa pela formação de uma geração de descendentes, que nascem e crescem nesse país, e culmina com a entrada dos imigrantes na velhice, depois de terminada a vida activa profissional, quando os seus filhos já são adultos e têm os seus próprios descendentes.

Não obstante, podemos identificar na sociedade brasileira contemporânea, diversas exemplificações deste fenômeno: Devido a um fortalecimento relativo da estabilidade econômica no Brasil, controle da inflação, maior visibilidade externa e das diversas crises econômicas internacionais, o país vem tornando-se destino da imigração de estrangeiros de países vizinhos, de países da América Central como o Haiti, de países africanos e até mesmo países mais longínquos como a Síria, Bangladesh, China e Coreia. Esses imigrantes, vindos de diferentes regiões do planeta, não são atraídos somente pelo crescimento econômico, mas também devido à situação de estabilização democrática e de tranquilidade política alcançada após os anos 1990 (SÃO BERNARDO, 2016).

A preocupação que emerge com estes fenômenos de imigração em direção ao Estado brasileiro se relaciona com o fato de que, ao passo que os anos avançam estes imigrantes já estabelecidos no país envelhecem, e, torna-se difícil garantir a eles os mesmos direitos da personalidade do idoso garantidos aqueles brasileiros natos⁴²,

⁴¹ Considera-se como idoso ou idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, como disposto na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

⁴² De acordo com o Art. 12. Da Constituição Federal de 1988: são **brasileiros natos** os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; e os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. E, **naturalizados**, os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do

mesmo que a Constituição brasileira de 1988 não estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nela, a afirmação da igualdade entre estes acontece mais no plano formal do que no plano material propriamente dito⁴³.

Portanto, é necessário que se analise as ações realizadas para a concretização dos direitos sociais fundamentais da pessoa idosa imigrante no Brasil, de modo a reconhecer quais são as dificuldades e facilidades do acesso a estes direitos por parte desta parte específica da população, levando em conta os processos migratórios e de envelhecimento no país. É neste sentido que as políticas públicas⁴⁴ surgem, para vencer a barreira da dicotomia da proteção formal *versus* proteção material, pois de acordo com Paiva (2005, p. 90), “o envelhecimento não é o maior desafio social e sim a necessidade urgente de elaborar e implementar mudanças nas políticas públicas sociais, econômicas e de saúde visando alterar o comportamento da sociedade”.

É nesse contexto que esta pesquisa se assenta, tendo como objeto de estudo as políticas públicas voltadas para a proteção e garantia dos direitos sociais da pessoa idosa imigrante, considerados pela maior parte da doutrina os mais difíceis a serem implementados. E, sem embargo, os objetivos dessa investigação são identificar os principais avanços e desafios na implementação destas políticas públicas que visam a proteção da dignidade humana da pessoa idosa imigrante no contexto do Estado brasileiro. O método utilizado foi o descritivo-explicativo por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA IMIGRANTE NO BRASIL

O objetivo principal dessa seção é identificar os principais avanços e desafios na implementação das Políticas Públicas que visam a proteção dos direitos

Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

⁴³ A proteção no plano formal é de suma importância e está relacionada principalmente a positividade de normas e/ou princípios relativos ao reconhecimento de direitos e garantias em espécie, no entanto, por si só ela não é suficiente, é necessário que mecanismos sejam criados para implementar a proteção no contexto material, ou seja, no contexto da sociedade e das relações humanas, onde ela se faz mais necessária.

⁴⁴ O termo ‘política’ diz respeito a um conjunto de objetivos que informam determinado programa de ação governamental e subordinam a sua execução, o conceito de política pública tem ligação direta com cidadania, ou seja, com o exercício primeiro daqueles direitos de cunho civis e políticos, cuja concretização ocorre por meio do espaço político, com o direito a ter direitos (HAGEN, 2011).

sociais fundamentais da pessoa idosa imigrante no contexto da sociedade brasileira contemporânea, a partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro e as possibilidades de atuação do Poderes Públicos relativa à matéria sob análise.

Primeiramente, deve-se buscar entender o conceito de Política Pública, o contexto histórico de seu surgimento e suas implicações para o meio social e para a proteção dos direitos fundamentais. A partir das Revoluções Burguesas ⁴⁵ que marcaram os séculos XVIII e XIX especialmente, no contexto das sociedades europeias e também dos Estados Unidos, alcançou-se uma ressignificação do papel do Estado e da atuação estatal para com a sociedade civil, e apesar dos diferentes contextos por meio dos quais se delinearão, estes processos revolucionários compartilhavam um objetivo comum: “a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual [...] (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 72).

Sem embargo, entende-se que os muitos processos de afirmação dos direitos humanos percorreram diversas etapas ao longo da história, a primeira delas, de acordo com o filósofo político Norberto Bobbio (2000), é a *constitucionalização* de direitos, principalmente os que vieram a ser inseridos nas primeiras constituições liberais decorrentes das Revoluções supracitadas. Além disto, considera-se também (no que seria a segunda etapa de afirmação dos direitos humanos, segundo a classificação de Bobbio), a *progressiva extensão* dorol destes direitos, o que caracteriza, de acordo com Ramos (2017) a abertura dos direitos humanos, que consiste na possibilidade de expansão dos direitos necessários a uma vida digna.

É neste contexto que surgem as primeiras concepções relativas a elaboração das chamadas Políticas Públicas. Com o novo rumo das ações do Estado em direção à promoção e garantia daqueles direitos que tem por objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana é que se passa a pensar na elaboração de mecanismos que possibilitem a efetivação concreta de tais direitos. Para alcançar resultados nas mais diversas áreas da realidade social os governos se utilizam das Políticas Públicas, que podem ser consideradas, conforme estabeleceu Caldas (2008, p. 5) como sendo:

[...] a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. É certo que as ações que os dirigentes

⁴⁵ Por exemplo: a Revolução Americana (1776); a Revolução Francesa (1789) e as Revoluções que iniciaram em 1830 em vários países europeus. Para maior compreensão destes fenômenos recomenda-se a leitura da obra “A Era das Revoluções” do historiador Eric J. Hobsbawm.

públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são aquelas que eles entendem serem as demandas ou expectativas da sociedade.

Porém, mesmo que as Constituições liberais dos séculos XVIII e XIX tenham inserido o debate acerca da necessidade da positivação dos direitos humanos e do redirecionamento das ações estatais para a proteção da dignidade humana, elas se limitaram ao contexto histórico-geográfico dos Estados que às adotaram. É apenas na terceira etapa da sua construção histórica (ainda de acordo com a classificação temporal de Norberto Bobbio), denominada *universalização*, é que os direitos humanos podem ser vistos transpondo as barreiras nacionais em direção ao sistema internacional (BOBBIO, 2000).

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que se pode dizer verdadeiramente que emerge no cenário internacional a tentativa de criação de uma consciência universal acerca do papel fundamental dos direitos humanos. Flávia Piovesan (2015) afirma que o desenvolvimento desta consciência só foi possível devido as intensas violações de direitos humanos decorrentes dos regimes totalitários do século XX, o que fez com que os Estados no sistema internacional se deparassem com “a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2015, p. 197). Esta necessidade serviu como catalisador⁴⁶ da criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos que se traduziu principalmente na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a formalização da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948.

No entanto, o maior desafio do tempo presente não se encontra mais na busca de fundamentações metafísicas acerca da aceitação dos direitos humanos enquanto guia para ação humana nas diversas sociedades ao redor do globo, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protege-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 16). Porém, não se deve ignorar o debate contemporâneo acerca das considerações multiculturais nas diversas interpretações e aplicações da

⁴⁶ [No sentido figurado] Que pode estimular ou dinamizar alguma coisa. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/catalisador/>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

primazia dos direitos humanos em sociedades culturalmente distintas ao redor do planeta⁴⁷.

A partir desta constatação, de que a necessidade de *proteção* dos direitos humanos é o grande desafio da atualidade, é que se torna possível identificar a correlação entre Políticas Públicas e o Direito. “A necessidade do estudo das políticas públicas vai se mostrando à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais” (BUCCI et al., 2001, p. 7). De acordo com a afirmação de Bucci, podemos constatar que, a produção normativa acerca da proteção de direitos deverá convergir diretamente com as ações dos Poderes Públicos, por meio das políticas públicas, com o objetivo de alcançar a efetividade destas normas no plano material.

Mas qual o motivo de se estudar os avanços e desafios na implementação de políticas públicas para a concretização dos chamados direitos sociais fundamentais, ao invés de outros direitos? A resposta é relativamente simples, mas ao mesmo tempo importante e reveladora.

Acredita-se que, a era dos direitos sociais tenha dado início depois da Segunda Guerra Mundial, sendo os direitos sociais fundamentais, principalmente, o direito à educação, ao trabalho e à saúde (BOBBIO, 2000). Tais direitos podem ser considerados como de alta relevância (sem diminuir o restante), pois estes são a base, o fundamento, para o exercício dos outros direitos, inclusive aqueles de liberdade. Como afirma Bobbio (2000), eles servem para corrigir as desigualdades que existem nas condições de partida, econômicas e sociais e também de condições físicas (no caso dos deficientes). Assim como postulou Bucci et al., (2001, p. 7-8):

[...] os direitos sociais, típicos do século XX [...], isso é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como se pode dizer que um sem-teto, que mora debaixo da ponte, exerce o direito à intimidade (artigo 5º, X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante do rol de direitos sociais do artigo 6º da Constituição.

⁴⁷ Para um melhor entendimento deste debate recomenda-se a leitura do artigo “Uma concepção multicultural de direitos humanos” do professor português Boaventura de Souza Santos.

Além de serem o pressuposto para o exercício de outros direitos, os direitos de cunho social merecem enfoque pela dificuldade de sua aplicabilidade na realidade social. A literatura, principalmente aquela de cunho marxista, critica a produção do direito, por ela não ser capaz de transpor as barreiras materiais do capital em direção a promoção dos direitos sociais, acabando por apenas garantir os direitos daquela minoria que detém as forças de produção, excluindo a maioria necessitada do amparo social por parte do Estado. Consoante à Barros (2016, p. 145):

A vida social carece de amparo dos bens materiais, sendo, neste plano, possível a cada pessoa viver dentro do necessário para a sua sobrevivência. A realidade posta desse modo é confirmada pelo direito ao determinar o sujeito gozando de uma vida satisfatória dentro deste limite. Para além deste ponto, constata-se o fim do capital permitindo a realização da dignidade apenas para poucos dentro da estrutura econômica. Dessa forma, os Direitos Sociais são postos como minimamente efetivos para maioria, o que o deixa afastado dos bens aptos a promover de fato uma melhora da condição social dos povos. Com esta ação, demonstra-se a razão da inefetividade do Estado gerir, igualitariamente, as normas sociais para serem materializadas em favor de todos os cidadãos, pois sua política econômica é voltada para o sistema de privilégios ao não romper com os males da exclusão social.

Porém, mesmo apesar das dificuldades inerentes à implementação dos direitos sociais, as políticas públicas voltadas para a concretização destes direitos da pessoa idosa no Brasil, tiveram avanços significativos ao longo dos anos. Partindo do primeiro instrumento de formalização dos principais direitos no Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988. Pode-se identificar a preocupação do Poder Constituinte Originário para com a proteção da dignidade humana da pessoa idosa nos termos do artigo 230 do mesmo documento: “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” (BRASIL, 1998, p. 68).

No entanto, como afirma Hagen (2011, p. 52), “a questão do direito ao envelhecimento digno tornou-se política pública recentemente, especialmente a partir da Política Nacional do Idoso e do decreto que a regulamentou [...]”. A Lei nº 8.842, de 1994, instituiu a chamada Política Nacional do Idoso (PNI), instituindo um avanço na garantia *formal* dos direitos sociais fundamentais da pessoa idosa no Brasil, dentre eles o direito à integração completa na sociedade, o direito à dignidade, ao bem-estar, à vida e à não-discriminação (HAGEN, 2011).

E, mais recentemente, em 2003, aprovou-se a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso. A Lei resgatou os princípios constitucionais assim como aqueles instituídos pela PNI, além de inserir novos direitos e orientações à ação estatal relativa à proteção da dignidade da pessoa idosa, afirmando que as pessoas com 60 anos ou mais possuem “[...] direito à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, aos alimentos, à saúde, à educação, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à profissionalização, à previdência, à assistência, à habitação, ao transporte etc.” (PAIVA, 2005, p. 100). Porém, como enfatiza Paiva (2005, p. 100), “a lei abraçou esses direitos, mas, apesar disso, não é suficiente para garanti-los concretamente, se não existir a consciência de que as autoridades e os demais cidadãos devam afirmá-los e respeitá-los”.

Ao reconhecer que, apesar das dificuldades, houve avanços na implementação de políticas públicas para a proteção dos direitos sociais da pessoa idosa no Brasil, enquanto na condição de brasileiro nato, deve-se identificar se tal proteção se estende ou não àqueles idosos ou idosas que por algum motivo decidiram emigrar para o Brasil. Para tanto, é necessário analisar a legislação imigratória no Brasil para melhor compreensão da situação do idoso imigrante no país.

Em 1980, aprova-se a Lei nº 6815, o denominado Estatuto do Estrangeiro, que apesar de ter avançado algumas questões relativas à regulamentação da imigração no Brasil, sofre diversas limitações devido ao contexto-histórico no qual se encaixa, em um período não-democrático, marcado pelo Regime Militar (1964-1985) e pela doutrina de segurança nacional (ANDENA, 2013). No artigo 4º do Estatuto, elencam-se os seguintes tipos de vistos: de trânsito, turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e temporário. A título de afunilamento da pesquisa, este estudo considerará apenas a pessoa idosa imigrante que opta por estabelecer-se permanentemente no país.

Conforme o artigo de nº 16 do antigo Estatuto do Estrangeiro, o visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil. Porém, os estudos de Andena (2013) identificam e apontam vários descaminhos rumo a proteção de direitos fundamentais do imigrante no Estatuto de 1980, sendo importante lembrar que este permaneceu vigente por 36 anos no país.

Pode-se exemplificar tais retrocessos rumos à proteção integral de direitos no artigo 7º da Legislação Imigratória, que trata o imigrante como elemento de ameaça, de maneira a que nenhum visto seria concedido a indivíduos considerados nocivos à “ordem pública” ou “interesses nacionais”, representando insegurança jurídica ao

estrangeiro, deixando-o exposto à arbitrariedade da Polícia Federal. Assim como no artigo nº 16, que elenca os objetivos da imigração ao país, sendo estes principalmente a captação de mão-de-obra especializada, mostrando que a legislação migratória brasileira possui caráter explicitamente seletivo. (ANDENA, 2013).

Além disso, o Estatuto do Estrangeiro estabelece ainda uma série de restrições aos direitos trabalhistas dos imigrantes, instituindo que o trabalhador nacional deve ser o primeiro a ser defendido, no entanto, conforme Andena (2013, p. 103):

Ocorre que o migrante, independentemente da situação migratória, goza de direitos trabalhistas da mesma forma que um nacional. Esse é o entendimento expresso na opinião consultiva OC 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao determinar que o trabalhador migrante em situação regular ou irregular, quando assume uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser garantidos pelo Estado em que trabalha. A Corte considerou em sua decisão que o princípio da igualdade e não discriminação é um dos pilares do direito internacional dos direitos humanos e que faz parte do domínio do *jus cogens*. Por isso, os Estados não podem se prevalecer do fato de não serem partes em determinado tratado de direitos humanos para evadir-se da obrigação de respeitar tal princípio fundamental.

Em contraposição ao Estatuto do Estrangeiro (Lei n º 6815), aprova-se a Lei 13.445, em maio de 2017 (a “nova lei de migrações”), que tem por objetivo, de acordo com Varela et al. (2017, p. 254), “a valorização de uma ótica humanista, desburocratizante”. Enquanto no antigo Estatuto do Estrangeiro, o imigrante era visto como ameaça a ser controlada pela Polícia Federal, a finalidade da nova norma jurídica é de ampliar os mecanismos de controle, mas também de facilitar a conquista da cidadania pelos estrangeiros. Houve mudanças com a simplificação dos procedimentos para obtenção de vistos, alteração na forma de controle dos estrangeiros residentes no Brasil e também facilitação no recebimento de trabalhadores estrangeiros com capacidades estratégicas para o país e uma abertura para a imigração humanitária (VARELLA et al., 2017).

No entanto, em nenhum momento a nova Lei de imigração trata da situação dos idosos imigrantes no país. Tanto aqueles que se estabelecem no país e ali envelhecem, quanto aqueles que já migram para o Brasil em idade avançada, o que mostra a falta de preocupação dos Poderes Públicos para com a vulnerabilidade relativa da população idosa imigrante presente no Estado brasileiro. Ou seja, o caráter “humanizador” que os autores (VARELLA et al., 2017) citam ao descrever o novo

Estatuto que regula as questões migratórias é justificado apenas pela abertura à imigração humanitária, e não à proteção dos direitos sociais dos imigrantes previamente estabelecidos no país, especialmente os idosos. Sendo incentivada a “atração de profissionais de alto nível”, reafirmando o desejo de proteção da ordem econômica nacional, já estabelecido pelo antigo Estatuto, de tal maneira que o idoso imigrante incapacitado de incorporar o mercado de trabalho nacional encontre-se em situação de desvantagem e vulnerabilidade. Conforme postulou Machado et al. (2010, p. 29):

Os países de imigração, mais tarde ou mais cedo, de acordo com os seus calendários migratórios, confrontam-se, portanto, com esta nova figura, os imigrantes idosos. Como a percepção pública do imigrante, seja a da população seja a das autoridades políticas, é a de alguém que veio para trabalhar e, mesmo que prolongue por muitos anos a sua presença, é sempre na condição de trabalhador, a nova figura pode ser difícil de apreender e assimilar, mas ela representa um facto objectivo, que coloca novas questões, tanto aos próprios migrantes e às suas famílias, como à sociedade de acolhimento.

Em suma, a partir das exposições realizadas anteriormente, faz-se necessária uma mudança de paradigma na legislação brasileira acerca da questão do envelhecimento das imigrações. A atual legislação brasileira não reconhece formalmente, muito menos ainda materialmente, o idoso imigrante no país enquanto portador de direitos sociais fundamentais, que se traduz na ausência de políticas públicas voltadas a concretização dos direitos desta parcela da população que se encontra em relativa vulnerabilidade, e que, deve passar a ser vista enquanto sujeito de direito *integral*, em todos os seus níveis, excluindo-se a lógica voltada para a proteção da ordem econômica em direção a uma proteção efetiva dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos desta pesquisa foram identificar os principais avanços e desafios na implementação das políticas públicas que visam a proteção da dignidade humana da pessoa idosa imigrante no contexto do Estado brasileiro, por meio da ótica dos direitos sociais fundamentais.

Não obstante, foi possível identificar que, os principais avanços que se deram em direção à proteção da dignidade humana da pessoa idosa no Brasil vão em direção a população idosa nacional, por meio principalmente do estabelecimento da

Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). No entanto, o principal desafio à proteção integral dos direitos fundamentais da população idosa imigrante no Brasil dar-se-á pela inexistência de marco legislativo específico e pela negligência da nova Lei de imigração em reconhecer a situação vulnerável dos idosos imigrantes no país. O que mostra a necessidade de a sociedade civil organizada atuar, por meio do incitamento dos Poderes Públicos, na busca do reconhecimento formal e na elaboração de políticas públicas para proteção daqueles direitos mais difíceis a serem implementados, com o objetivo de garantir o mínimo ético irredutível da dignidade humana da pessoa idosa imigrante no contexto do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ANDENA, E. A. **Transformações da legislação imigratória brasileira: os (des)caminhos rumo aos direitos humanos**. 2013. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- BARROS, C. S. **A efetivação dos direitos sociais no século XXI: análise da conexão formalidade-materialidade a partir de Marx**. 2016. 155 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.
- BUCCI, M. P. D. et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.
- CAMARGO, R. P. A. **Imigração internacional e cidadania: o problema da ausência de cidadania política para os imigrantes**. 2012. 120 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br:8080/bitstream/tede/4374/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2017.
- CARNEIRO, A. A. **O estado democrático: os conceitos de cidadania e soberania sob o impacto da globalização**. 2003. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4378/arquivo5556_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 out. 2017.

HAGEN, S. I. **Políticas públicas para o envelhecimento**: atuação dos conselhos de direito da pessoa idosa. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95150/290878.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 08 out. 2017.

KALACHE, A.; VERAS, R. P.; RAMOS, L. R. Envelhecimento da população mundial: um desafio novo. **Revista de Saúde Pública**, v. 3, n. 21, p. 200-210, out. 1987. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v21n3/05.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2017.

MACHADO, L. F. et al. **Imigrantes idosos**: uma nova face da imigração em Portugal. Lisboa: ACIDI, 2010. Disponível em: <http://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/OI_39_atualizado.pdf/8c2ef22e-8a31-42bc-80f3-adfe36cb41bd>. Acesso em: 08 out. 2017.

PAIVA, M. L. F. **Os direitos da personalidade do idoso**. 2005. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7491/1/TESE DIREITO DO IDOSO.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2017.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, A. C. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÃO BERNARDO, M. A. **Português como língua de acolhimento**: um estudo com imigrantes e pessoas em situação de refúgio no Brasil. 2016. 206 f. Tese (Doutorado em Linguística) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/8126/TeseMASB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 08 out. 2017

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VARELLA, M. D. et al. O caráter humanista da nova lei de migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. **Revista de Direito Internacional**, v. 14, n. 2, p. 254-266, 31 out. 2017.

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O DEVER JURÍDICO EM KELSEN

Felipe Henrique Canaval Gomes⁴⁸

INTRODUÇÃO

A separação moderna entre as esferas normativas do direito, da moral e da religião remonta transformação da filosofia antiga feita pela Renascença e se consolida com o Iluminismo europeu do século XVIII. Anteriormente, o *locus* das fontes normativas era externo ao sujeito, pois agir corretamente significava voltar-se para a ordem cósmica, moldada pelo Bem (em Platão) ou por Deus (em Agostinho), e entrar em sintonia com ela. Por outro lado, os movimentos filosóficos e culturais da Renascença e do Iluminismo romperam com aquele paradigma e consolidam a ideia de internalização das fontes morais e religiosos. Os deveres moral e religioso não estão “fora”, entendiam os iluministas, mas surge dentro do indivíduo. A partir daí, começam a surgir às primeiras distinções entre deveres internos da moral e da religião e os deveres externos oriundos do direito. No início do século XVIII, o alemão Christian Thomasius [1655-1728] foi o primeiro a teorizar o conceito de dever jurídico como categoria independente. Thomasius entendia o dever jurídico não podia alcançar questões internas da consciência, onde se produzia os atos regulados pela moral. Já o inglês John Austin [1790-1859] foi o primeiro a delimitar do objeto do direito e, por conseguinte, a separação entre deveres jurídicos, morais e religiosos. Para Austin, o dever jurídico é aquele que os súditos têm para com seu soberano. O soberano é o foco juridicamente ilimitado de irradiação dos deveres jurídicos, ele só é limitado pelos deveres religiosos e morais. Um século mais tarde, o austríaco Hans Kelsen [1881-1973], retomou esse debate, colocando a distinção entre deveres jurídicos e morais em outros termos. Ele acusou Austin de não entender a verdadeira natureza da norma jurídica, confundindo o dever jurídico com o comando da norma (KELSEN, 2000, p. 88-91).

Neste artigo, de forma esquemática, estudamos alguns pontos do conceito de dever jurídico desenvolvido por Kelsen. Para revelar a natureza desse conceito, usamos a teoria do dever moral de Kant como contraponto. A rigor, não existe em Kant

⁴⁸ Bolsista Capes. Doutorando em Psicologia pela FFCLRP-USP. Mestre em Direito pela FDRP-USP.

(1986) uma distinção em relação ao conteúdo dos diversos tipos de dever. Assim, diferentemente de Kelsen, deveres jurídicos e morais podem ser distinguidos apenas quanto aos seus motivos, já que Kant pensava que os deveres jurídicos também expressavam deveres morais. Todavia, antes de colocarmos Kelsen em comparação, primeiro explicamos brevemente o que ele entende por ciência do direito, para assim podermos comparar o conceito de dever jurídico de Kelsen com o dever moral de Kant. As distinções, como se verá, são fáceis de constatar. Não obstante, ao se distanciar o dever jurídico da moral, Kelsen precisa buscar um fundamento para o direito sem romper a estrutura do dever. A solução que ele encontra justifica nossa escolha por compará-lo com Kant.

1 DIRETO E CIÊNCIA

Considerado como um dos maiores nomes da filosofia do direito do século XX, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen assumiu o objetivo de elaborar uma teoria geral do direito positivo que fosse independente das condições específicas de cada país.

Para apreendermos o significado de sua obra e de seu principal livro, *Teoria pura do direito* (2006), é preciso que entendamos, antes de tudo, dois pontos básicos sobre o título da obra.

Com respeito ao primeiro ponto, o termo “pura” e a ideia de “pureza” a que o título se refere, eles fazem referência a uma leitura específica do fenômeno jurídico. Elas partem do entendimento de que é atributo da ciência jurídica estudar aquele objeto que não se refere a nenhuma outra ciência.

A prática do direito é permeada pelos saberes de várias ciências, como a história, a sociologia, a ciência política, a filosofia, dentre outros. Por exemplo, historiadores estudam as transformações dos ordenamentos jurídicos, sociólogos falam dos impactos da legislação na vida cotidiana, cientistas políticos discutem o processo de *impeachment* e a Constituição, e os filósofos discutem sobre a natureza da justiça e do poder. O direito, assim, é tomado por diversos estudiosos com propósitos distintos, mas nenhum deles, segundo Kelsen, toca na essência da “juridicidade”, isto é, daquilo que é específico da ciência do direito, sem a interferência de outros campos do conhecimento e que não corroboram para uma precisa identificação dos limites do que seja a “juridicidade”. Afinal, o historiador toma o direito enquanto história, o sociólogo,

enquanto fato social, o cientista político, como instrumento político e, finalmente, o filósofo, como fundamento da vida sociedade ou como em ideia de justiça, etc.

Por isso, Kelsen tem toda atenção para o que sejam as normas jurídicas, o objeto que, devidamente identificado, é por excelência do cientista do direito. As normas jurídicas, bem se sabe, são permeadas por aspectos factuais (o conteúdo propriamente das normas, *e. g.*, o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940, que penaliza o homicídio), psicológicos (a “vontade” do legislador), éticos (os costumes de uma comunidade), entre outros. Pois bem, segundo Kelsen, esses diversos aspectos da norma jurídica se não auxiliam descrições especificamente “jurídica” das normas e, portanto, podem ser afastadas pelo cientista do direito de seu campo de estudo:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito (KELSEN, 2006, p. 1).

No entanto, se a explicação do fenômeno jurídico não deve ser permeada por esses diversos saberes, a prática do direito como um todo não os excluiu. A política, por exemplo, está umbilicalmente ligada ao direito. Sem negar esse fato, o que Kelsen se propõe é um método capaz de diferenciar precisamente o que é política do que é direito. Esse método é a ciência “pura” do direito. O papel da ciência jurídica é, então, distinto da política. Enquanto a política trata da utilidade ou inutilidade de produzirem-se certas normas, ou mesmo a bondade ou a maldade de determinadas condutas com o objetivo de protegê-las ou não, cumpre a ciência do direito identificar e descrever as normas que compõem determinadas ordens jurídicas.

Nesse sentido, “ciência”, para Kelsen, é o conhecimento que “explica”, que apresenta algum “controle” e que torna possível a “predição”. A “ciência” é, portanto, um conhecimento cujo mérito é o de possibilitar afirmações em certo sentido “seguras”, sujeitas a certa “preditividade” (SGARBI, 2009, p. 56). Para fornecer credibilidade ao método positivista, Kelsen não deixa a investigação jurídica fora de critérios de controle:

(...) ao dizer “deve”, encontra-se no conjunto da teoria de Kelsen que o jurista não confessa sua ideologia: pode até repugnar-lhe a hipótese, mas em sua predição o cientista do Direito apenas descreve as

condições e as consequências nos termos e critérios de verificação (SGARBI, 2009, p. 57-58).

Visando a formação de uma “ciência do direito” sem interferências políticas, especulativas ou subjetivas, Kelsen (2006, p. 2) almejava um conhecimento jurídico embasado por formulações objetivas, que dessem segurança às normas jurídicas, para evitar a *contingência dashumanidades*.

2 DEVER JURÍDICO E DEVER MORAL

Entretanto, Kelsen se depara com um problema: a norma jurídica faz parte da estrutura do dever; estrutura esta que também está presente nos campos da moral e da religião. Ele precisa, portanto, explicar o que entende por “dever jurídico”, sem, no entanto, circunscrever os deveres “moral” e “religioso” no campo da ciência do direito.

Para Kant (1986), o dever moral é a obrigação que um sujeito se impõe tendo em vista à plena realização racional de sua vontade. Diferentemente do dever considerado do ponto de vista social, ou, ainda, do dever ético, o dever moral procura estar estritamente ligado à ideia de que os seres humanos são sujeitos responsáveis em face de si mesmo, para além de toda dimensão cultural.

Por outro lado, o conceito de dever jurídico, segundo Kelsen (2000, p. 83), está ligado ao de delito; o dever jurídico é a “contraparte do conceito de norma jurídica”. Diferentemente da moral, que prescreve uma conduta a um indivíduo, o dever jurídico prescreve conduta a pelo menos dois indivíduos: o indivíduo que comete ou pode cometer um delito e aquele que deve executar a sanção.

O dever jurídico pressupõe, então, que a norma jurídica seja dividida em duas normas distintas, em dois enunciados do *dever ser*: “um no sentido de que certo indivíduo ‘deve’ observar certa conduta e outro no sentido de que outro indivíduo deve executar uma sanção no caso de a primeira norma ser violada” (KELSEN, 2000, p. 86).

Existem, assim, duas condutas prescritas pelo dever jurídico. Uma diz respeito apenas ao sujeito contra o qual é imputado uma sanção no caso dele ele cometer um delito. Nesse sentido, Kelsen (2000, p. 83) afirma que o sujeito está “juridicamente obrigado à conduta cujo oposto é a sanção dirigida contra ele”. A outra é a conduta do órgão aplicador da lei, isto é, da autoridade pública responsável pelo correto cumprimento da norma jurídica. Deve haver uma norma jurídica, em adicional à

primeira, que prescreve que o órgão aplicador aplique a lei, isto é, que vincule uma sanção adicional a não execução da primeira sanção.

Desse modo, um dever jurídico diz respeito pelo menos duas normas jurídicas envolvendo: “a segunda norma torna dever jurídico do órgão da primeira norma executar a sanção estipula pela primeira norma” (KELSEN, 2000, p. 85).

O direito se mostra, assim, como uma técnica de indireta de motivação da conduta humana. “Indireta” porque o comportamento conforme o direito é obtido não por meio de uma racionalidade que parte da própria vontade do sujeito, mas através de uma indução forçada, tanto do sujeito da primeira norma, quanto do órgão aplicador da lei:

A ordem pode vincular certas vantagens à observância de certa conduta e certas desvantagens à sua não-observância e, por conseguinte, fazer com que o desejo pela vantagem prometida ou o medo da ameaça de desvantagem atue como motivação de conduta (KELSEN, 2000, p. 22).

Outra característica do direito, segundo Kelsen (2006, p. 46), é que ele sempre garante um “mínimo de liberdade”, ou como ele chama a margem de arbitrariedade subjetiva que existe em torno do dever jurídico. Trata-se aqui da liberdade que a ordem jurídica deixa aos indivíduos pelo fato de não lhes proibir a conduta, e não daquela conduta expressamente autorizada. Existe sempre uma tibieza quanto à liberdade jurídica não plenamente autorizada:

Assim, pode, por exemplo, não ser proibido que o proprietário de uma casa faça uma abertura numa parede no limite da sua propriedade e aí instale um ventilador. Mas também pode, ao mesmo tempo, não ser proibido que o proprietário do terreno adjacente construa neste uma casa de que uma das paredes fique colada à parede da casa vizinha (...) por forma malograr-se o uso do ventilador. Nesse caso é permitido a um impedir o que ao outro é permitido (...) (KELSEN, 2006, p. 47).

O dever moral como idealizado por Kant, por outro lado, é universal e absoluto. Ele se dirige a nós como seres racionais e absolutos, de modo que não resta nenhuma escapatória contingente. Kant (1995, p. 173), por exemplo, negou que exista um direito de mentir “por amor à humanidade”. Dado o exemplo de um assassino que bate à porta de sua casa com a sabida intenção de matar seu amigo que lá se esconde – mesmo nessa situação se deve dizer a verdade? Se dizer a verdade, nesse caso, é revelar

o paradeiro do amigo perseguido, não seria melhor, então, mentir para tentar salvar-lhe a vida?

Para Kant (1995, p. 174), mentir não é uma opção, pois a mentira pode induzir o ouvinte a praticar uma ação que não corresponde à sua vontade, mas a do mentiroso, privando-o, assim, de sua liberdade de ação. Kant (1986, p. 59) se opõe à mentira porque nenhum dever moral pode escapar ao imperativo categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. O mentiroso está em falta com seu dever moral, e não são situações contingentes que desobrigam um ser racional a estar em falta com sua razão.

Assim, o mentiroso não está apenas em falta com aquele que ouve sua mentira, mas a própria ideia de direito, pois age de forma que a máxima de sua ação não pode ser tomada como lei universal. Aquele que mente trata o ouvinte como meio para se alcançar um fim particular, e não como um fim em si mesmo (KANT, 1995, p. 175).

Para Kant, todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não deve, portanto, ser tratado como meio. Indivíduos-meio não tem valor absoluto, ou seja, valor por si mesmos, e se todo valor fosse dado por interesses alheios, a própria moralidade estaria em risco:

(...) o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. (...) Mas, se todo valor fosse condicional, e portanto contingente, seria absolutamente impossível encontrar para a razão um princípio prático supremo (KANT, 1986, p. 59).

Do caso expresso por Kant (1995), pode-se inferir o dever de dizer sempre a verdade deve ser considerado um “dever-base” de todos os outros deveres. Se há um dever moral ele é incondicionado, senão não é um dever moral. O dever moral é uma necessidade da ação, que deve ser válida para todos os seres racionais. Age por dever aquele que pratica ações sem nenhum motivo egoísta.

Como vimos, o dever jurídico é tívio, comporta exceções, pois, segundo Kelsen, quando uma conduta não é juridicamente proibida, em certo sentido, ela é juridicamente permitida. A ordem jurídica não pode, dessa forma, regular todos conflitos possíveis. Enquanto o dever moral expressa um imperativo da própria vontade,

o dever de seguir o direito visa evitar a administração de sanções jurídicas socialmente organizadas pelo estado.

Para Kelsen, não é relevante a distinção corrente nos séculos XIX e início do século XX de que ao dever moral cabem as sanções “internas” (vergonha, remorso, pudor) e ao direito as sanções “externas”, por que ele não desconsidera o medo que a sanção gera. Contudo, ele não recorre ao conceito de “dever moral” em Kant – não existe uma *moralabsoluta*, mas apenas uma relatividade do valor moral. Uma moral simplesmente relativa, ele afirma, não poderia desempenhar as funções que lhe são exigidas (KELSEN, 2006, p. 72-76). No que tange à moral, Kelsen se assemelha a Ivan, o filósofo de *Os irmãos Karamazov*, que alega que “Se Deus está morto, tudo é permitido”. O que existe para Kelsen, não obstante, é uma *única* ciência do direito. Assim, sua distinção final entre “dever moral” e “dever jurídico” é que existe apenas *um* “dever jurídico” entre *vários* “deveres morais”.

3 O PROBLEMA DO FUNDAMENTO DO DIREITO

“Fundamentar” significa responder a interrogação do por que devem ser acatadas às normas de conduta de um sistema de dever. Em momento algum Kelsen tem a intenção de fundamentar o direito na moral.

Como vimos, a moral em Kant é, de alguma forma, “autofundamentada”. A ideia do agir moral kantiano está ligada a própria ideia de liberdade. Ser livre é tanto ser capaz de resistir a todo condicionamento sensível, como poder autodeterminar-se exclusivamente pela razão universal. Assim, o sujeito moral kantiano não precisa recorrer a outro fundamento que não o seu próprio agir para justificar-se.

Kelsen, por outro lado, é, em certa medida, um pós-nietzschiano, um filósofo para quem os conceitos morais de bom e mal e certo e errado são relativos. O dever jurídico não se impõe como um dever da razão ou como “o certo a ser feito”, mas ele é resultado de um misto de medo e recompensa. Além disso, o direito é uma prática positiva. O jurista pode investigar e descrever suas leis, ao contrário do moralista kantiano, que apenas pode deduzir as máximas de ação a partir do imperativo categórico.

Para Kelsen a moral é um “princípio de fundamentação estático”, por que as máximas morais são fundamentadas por meio de uma sequência de deduções lógicas.

Por meio de derivações, é feita a compreensão de pertencimento de uma máxima ao seu conjunto normativo moral:

As normas de um ordenamento do primeiro tipo [estático], quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque sua validade pode ser reconduzida a uma norma cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral (KELSEN, 2006, p. 217).

Como vimos na seção anterior, Kant não reconhece o direito de se mentir em hipótese alguma, pois a máxima do agir mentiroso não se adequa ao imperativo categórico. Se a hipótese do agir não pode ser colocada em termos universais, ele não se coaduna com a lei moral e, por isso, o dever de não mentir já está implícito no imperativo categórico. Para Kelsen (2006, p. 218) a principal característica dos sistemas normativos estáticos é que as suas normas de conduta são consideradas autoevidentes, pois é possível se obter tantas normas que delas sejam ilações.

O direito, por outro lado, tem um sistema de fundamentação diferente da moral. Com efeito, uma norma jurídica só é válida se for produzida pela autoridade competente, atendidos os procedimentos estabelecidos para o desempenho dessa atividade. Assim, não existe na norma jurídica a relação particular-geral que existe na norma moral. Em outras palavras, não é evidente a partir da própria norma por que ela deve ser cumprida. Kelsen (2006, p. 221-224) chama, então, o sistema de fundamentação do direito de “dinâmico”, já que a relação de fundamentação das normas pode ser traduzida por sucessivas autorizações normativas, isto é, as normas são organizadas a partir de outras normas que conferem o poder de produção normativa a uma autoridade. A consequência disso é que o ordenamento jurídico se apresenta como uma estrutura de normas superiores-fundantes e inferiores-fundadas, sendo que uma norma superior-fundante deve ser entendida como aquela que regula a criação da norma inferior-fundada (SGARBI, 2009, p. 42).

Segundo Kelsen (2006, p. 49), é exatamente essa sucessiva relação de fundamentação que diferencia o ato de um ladrão em face de um ato de um agente estatal. Conforme o exemplo que fornece o ato de um funcionário da fazenda e o ato de um salteador de estradas, ambos têm o mesmo significado “subjetivo” de *dever ser*, isto é, pois os dois ordenam que se entregue o dinheiro. Todavia, a ordem do funcionário da fazenda pública se faz de acordo com uma norma válida, de modo que apresenta

também um significado “objetivo” de *dever ser*. Já a ordem do salteador, por outro lado, é um ato isolado de um indivíduo, ato que não pode ser considerado norma jurídica, uma vez que o direito nunca é apenas uma norma isolada, mas um conjunto de normas. O que é, não obstante, esse “significado objetivo de dever ser”?

Quando se apresenta para nós a obrigação de seguir uma ordem administrativa ou uma sentença judicial, por exemplo, o que se nos apresenta *objetivamente* é o comando de uma norma jurídica que vincula seu emissor e destinatário.

Assim, quando me pergunto por que devo obedecer à sentença que foi proferida contra mim, a resposta de Kelsen seria, provavelmente, porque a decisão judicial foi tomada com base em uma lei que autoriza o juiz a decidir. Mas essa resposta não satisfaria alguém com sede de porquês. Se uma criança pergunta ao pai por que deve ir à escola, e este lhe responde dizendo por que é uma ordem sua, resta à criança ainda perguntar por que deve obedecer ao pai. O pai religioso poderia dizer que Deus ordenou a obediência dos filhos aos pais, e todos devem obedecer às ordens de Deus. Agora, se a criança colocar a validade desse postulado em questão, o pai responderia que não se deve procurar tal fundamento, já que a vontade de Deus só pode ser pressuposta (KELSEN, 2006, p. 219). Note que o pai não ameaça a criança com punição (“se não for à escola, então vou coloca-la de castigo”), porque se pode presumir que isso estragaria o exemplo – isto é, não existiria a relação de *dever ser* (ir à escola) fundada em outro *dever ser* (obedecer ao pai), mas uma relação de *dever ser* baseada em uma relação fática de poder (*ser*).

O dever jurídico não pode, como o dever religioso, ser pautado por um fundamento metafísico (a vontade de Deus) como no exemplo anterior, embora, tal qual o dever religioso, ele precisa ser *pressuposto*. Vejamos: como não existe uma norma jurídica isolada, é preciso pressupor que tal ordem está inserida em um conjunto maior, digamos, que a ordem do funcionário público está respaldada na lei. Isso, como no exemplo da criança, pode levar a outra questão: “por que devo obedecer à lei?”. “Ora”, diria Kelsen, “porque a lei é respaldada pela constituição”, ou seja, o ápice o sistema normativo. Todo ato jurídico que não é respaldado pela constituição sofre do vício de inconstitucionalidade. Um questionador percuciente, então, perguntaria: “por que devo considerar esse sistema normativo como globalmente válido?”. Para Kelsen, a única resposta a esta questão que mantivesse o ordenamento fundando na dimensão do *dever ser* é aquela que pressuporia a existência de uma *norma fundamental*, um fundamento

hipotético que garantiria a validade de todo o sistema normativo. Um argumento histórico (“a guerra de independência”) ou mesmo metafísico (“a vontade do povo”) lança a questão da validade do sistema na dimensão do *ser*; o critério ético-político (“justiça”), na diz acerca da dimensão da validade (KELSEN, 2006, p. 242). Essa relação de fundamentação de uma norma de *dever ser* em outra norma de *dever ser* é o que diferencia o salteador de estradas do funcionário da fazenda pública:

(...) num dos casos [salteador de estradas], vemos na conexão existente entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma simples ‘ameaça’, isto é, a afirmação de que *será* executado um mal, ao passo que, no outro[funcionário da fazenda pública], interpretamos essa conexão no sentido de que *deve ser* executado um mal (KELSEN, 2006, p. 49-50).

Para Kant, só é plenamente livre aquele que segue os ditames da razão; segue a razão aquele que age em conformidade com o imperativo categórico. Assim, dever moral e jurídicos são deduzidos do imperativo categórico, fundamento transcendental, não metafísico, ancorado na ideia de racionalidade.

Kelsen (2006, p. 225-226) segue um caminho parecido para o direito (já que a oral, como vimos, é relegada ao relativismo). Para que a norma fundamental tenha um fundamento no *dever ser*, ela deve equivaler à postura de se considerar válida e, portanto, como ponto de referência jurídico-positivo inicial o primeiro documento constitucional histórico não em disputa, pois esta é uma pressuposição imprescindível sem a qual não se poderia identificar as normas do ordenamento jurídico. A racionalidade do direito está em se identificar a norma fundamental como pressuposto transcendental de fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica.

Em outras palavras, voltando ao exemplo anterior, interpretar o sentido da ordem do funcionário da fazenda pública não significa obedecer àquele sujeito em especial, como seria o caso do salteador de estradas, mas, inserida em um contexto de fundamentação dinâmica, identificar em sua ordem uma norma objetivamente válida. No entanto, o dever jurídico aí exposto não é obedecer ao comando, mas é aplicar a sanção caso seja descumprida a ordem. A sanção é aplicada na pressuposição de que, em casos semelhantes, ela é “globalmente” cumprida (KELSEN, 2006, p. 51-52).

Comparando os dois trechos citados acima, “globalmente” é o termo que, por analogia e se valendo de Kant, Kelsen (2006, p. 225) entende a condição de transcendental de interpretação do dever.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Kelsen é um ambicioso projeto de transformar o saber jurídico em conhecimento científico *stricto sensu*. Para tanto, ele distinguiu o direito de outras ordens normativas, a moral e a religião. Em termos kantianos, isso significou abrir mão de uma teoria transcendental do dever moral, mas não do dever jurídico. Contudo, trata-se de uma teoria do dever sob um novo enfoque: não existe um dever de cumprir a lei, mas um dever que a sanção deve ser aplicada em caso de não cumprimento da lei.

REFERÊNCIAS

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KANT, I. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 173-179.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SGARBI, A. **Clássicos de teoria do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O DIREITO DO CONSUMIDOR: GARANTIAS E DIREITOS NO QUE DIZ RESPEITO AOS PLANOS DE SAÚDE

Juliana da Silva Regassi⁴⁹
Marcelo Bidoia dos Santos⁵⁰

INTRODUÇÃO

O direito a saúde é uma garantia constitucional emanada dos direitos fundamentais e devido a todos os cidadãos brasileiros. Mesmo criando “institutos” em prol da saúde pública nacional, estes se mostram falhos e deficientes para abarcar a necessidade total da população brasileira. Por este motivo, parte dos cidadãos da nação, optam por contratar grupos de medicina privada (planos de saúde).

A iniciativa privada era para ser uma alternativa à precariedade do Sistema Único de Saúde – SUS, no entanto eles recebem anualmente diversas reclamações por também não prestarem o devido serviço aos seus contratados.

Para regulamentar a prestação de serviços e a fim de proteger o consumidor, existem as Leis e as normas que visam garantir o direito a saúde e a devida prestação de serviços por parte da saúde privada, o presente artigo abordará as garantias e esclarecimentos acerca dos planos de saúde, visando a contribuir e clarificar a respeito da saúde no Brasil.

1 O DIREITO À SAÚDE – UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em trazer - Direitos e Garantias a todo cidadão brasileiro, entre esses direitos estão os chamados “sociais constitucionalmente garantidos”. São de obrigação do Estado garantidor, indisponíveis⁵¹ e assegurados a toda população nacional.

⁴⁹ Mestranda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo (FDRP/USP), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada. E-mail: julianaregassi@usp.br

⁵⁰ Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado. E-mail: bidoiadv@hotmail.com

⁵¹ Direitos indisponíveis são aqueles que o cidadão não pode abrir mão por vontade própria. Exemplo, salvo por questão médica, o Art. 13 do Código Civil proíbe ações que resultem em diminuição permanente da integridade física, como arrancar um rim ou um braço – ou a própria vida. Tal como a vida, o direito a saúde é indisponível.

O Direito à Saúde está no artigo 196, que afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 9.080/90) reafirma o que diz a Constituição Federal, tratando o direito à Saúde como algo fundamental ao ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Com o objetivo de permitir o acesso gratuito, universal e igualitário a todos os brasileiros a serviços referentes à saúde, foi criado o SUS – Sistema Único de Saúde - gradativamente, primeiro veio o SUDS – Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde - que universalizou o atendimento; depois se incorporou o INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - o Ministério da Saúde, e pôr fim a Lei Orgânica da Saúde que fundou o Sistema Único de Saúde em 1990.

Todavia o Sistema Único de Saúde passa por constantes crises e dificuldades, faltam médicos, hospitais, medicação, e a espera para conseguir uma consulta pode durar meses. Desta forma, muitas pessoas passaram a procurar uma alternativa em atendimentos em grupos de medicina privada – são os chamados “planos de saúde”.

Dados apontam que o Brasil consome 3,5% do Produto Interno Bruto (PIB) em saúde, se comparando com a Argentina (6%) e os Estados Unidos (13%) é pouco.

O SUS tem revelado-se incapaz de oferecer a assistência a todos, o que levou camadas da população brasileira à demanda da saúde suplementar de empresas da iniciativa privada. Entre os anos de 1987 e 1992, o número de usuários que procuraram médicos particulares cresceu uma média anual de 7,4%.⁵²

No Brasil, data de 1960 as primeiras empresas de medicina em grupo, que surgiram no ABC paulista. As grandes multinacionais que lá se instalaram, preocuparam-se em buscar meios de sanar a necessidade de seus empregados no tocante à saúde. Assim estimularam médicos a formarem empresas de medicina, com diferentes planos de saúde. Nos anos de 1997, os planos de saúde prosperaram e alcançaram cerca de 1,7 milhões de brasileiros.⁵³

⁵² Disponível em: < <http://datasus.saude.gov.br/>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

⁵³ Ibidem.

Hoje eles têm diversas modalidades; as *cooperativas médicas* – organizadas e regidas pelas leis do cooperativismo; a *autogestão* – teve origem entre os grandes empregadores, que gerenciam os planos de saúde de seus funcionários, contratando e credenciando médicos e serviços, e de convênios com hospitais; e o modelo de *seguro de saúde* – as empresas seguradoras atuam na área de saúde suplementar e outros segmentos.⁵⁴

Estimativas apontam que o setor de saúde privada cobre mais de 41 milhões de brasileiros, e corresponde a 25,6% da população do país. Entre os anos de 1987 e 1995 o número de filiados aos planos de saúde aumentou 38%.⁵⁵

Com o aumento da contratação de planos de saúde, ouve uma necessidade latente em ampliar os estudos sobre o tema, a fim de sanar dúvidas e garantir o direito dos cidadãos que contrataram ou contratarão à saúde privada.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - UM APORTE AOS “PLANOS DE SAÚDE”

É de 1990 a Lei nº 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), surgiu para tentar equilibrar as relações contratuais firmadas entre fornecedores e consumidores, onde estes são considerados hipossuficientes.⁵⁶ Procurou também proteger o consumidor de eventuais abusos por parte dos fornecedores, taxou de nulas as *cláusulas abusivas* (art. 51 do CDC), como exemplo nos planos de saúde, são nulas as cláusulas que excluem da cobertura a realização de implante de próteses de qualquer natureza, limitações de internações, tratamentos de câncer ou de portadores de HIV, não mais permitindo que o consumidor passe por constrangimento ou vulnerabilidade.

A fim de dar voz, força e legitimidade o Superior Tribunal de Justiça (STJ) criou a súmula 469, que afirma que em contratos de plano de saúde, utilizar-se-á o Código de Defesa do Consumidor. O CDC é aplicado aos planos de saúde mesmo em contratos firmados anteriormente à vigência do Código (1991), mas que são renovados. Afirma o Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão que:

⁵⁴ Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Que não dispõe dos recursos financeiros necessários para se sustentar; que não é autossuficiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

Tratando-se de contrato de plano de saúde de particular, não há dúvidas de que a convenção e as alterações ora analisadas estão submetidas ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o acordo original tenha sido firmado anteriormente à entrada em vigor, em 1991, dessa lei. Isso ocorre não só pelo CDC ser norma de ordem pública (art. 5º, XXXII, da CF), mas também pelo fato de o plano de assistência médico-hospitalar firmado pelo autor ser um contrato de trato sucessivo, que se renova a cada mensalidade (STJ. Resp 418.572/SP, 2009).

Como norma reguladora dos planos de saúde, em 1998 foi promulgada a Lei 9.656/98, que passou a regular os planos e seguros de saúde. Assim o CDC, tenta equilibrar a relação contratual entre os prestadores de serviço e os consumidores.

Inúmeras são as reclamações que as empresas fornecedoras de serviços recebem dos consumidores, os contratos muitas vezes, como já citado, vem com cláusulas abusivas, que vão além do que é estendido pela Lei do Consumidor. É vedado em seu art. 51, normas contratuais que excluam a cobertura e realização de cirurgias específicas. Em razão das irregularidades, a Lei 9.565/98 foi promulgada com a finalidade de coibir qualquer necessidade urgente que se encontre o consumidor portador de um plano de saúde.

No entanto a legislação especial (Lei nº 9.565/98) não se sobrepõe ao Código de Defesa do Consumidor, em razão de que este tem natureza de proteção ao consumidor. São alguns direitos dos consumidores segundo o artigo 6º do CDC: **i)** a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; **ii)** a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; **iii)** a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; **iv)** a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; **v)** a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; **vi)** a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; **vii)** o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica,

administrativa e técnica aos necessitados; **viii)** a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; e **ix)** a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Além dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, deve-se estabelecer uma relação de boa-fé. Sempre que o consumidor estiver diante de negativas de procedimentos injustificados pelo plano de saúde, deve-se buscar a tutela do Estado, como por meio do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), que está amparado pela Constituição Federal, pelo Código do Consumidor e por Legislações Especiais.

3 OS DIREITOS DO CONSUMIDOR DENTRO DOS PLANOS DE SAÚDE

Algumas informações são importantes para quem faz uso dos planos de saúde. A primeira dela é que existe uma Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que controla e fiscaliza a saúde privada.

Criada em 2000, ela é um recente órgão, que fiscaliza e pune as empresas infratoras. Ela também intermedeia conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde no que tange à cobertura de procedimentos (consultas, exames, cirurgias, etc...), por meios de Notificações de Investigação Preliminar (NIP). Pode-se acionar a Agência Reguladora pelo telefone 0800-700-9656 ou pelo site <www.ans.gov.br>.

Alguns cuidados devem ser tomados antes da contratação de um plano de saúde, eles são: **i)** verificar se a empresa a ser contratada tem registro, ou problemas administrativos/financeiros na Agência Nacional de Saúde Suplementar; **ii)** ler o contrato antes de assinar, exigindo sempre cópia assinada e a lista atualizada dos prestadores credenciados: médicos, hospitais e laboratórios; **iii)** verificar os prazos de carência; **iv)** comparar preços e verificar a forma dos reajustes, inclusive se eles são feitos por faixa etária; **v)** levar em conta que os serviços oferecidos.

A legislação permite que o consumidor contrate o plano de referência com cobertura integral ou com cobertura segmentada. Também é admitida por lei a comercialização de planos com coberturas superiores às do plano de referência, como os

que incluem quartos particulares, com acompanhante, ou com cobertura de procedimentos estéticos.

As formas de cobertura são: **i) Ambulatorial:** não dá direito à internação hospitalar e a procedimentos que precisam de apoio da estrutura hospitalar por período superior a doze horas, serviços como recuperação pós-anestésica, UTI (Unidade de Terapia intensiva), CTI (Centro de Terapia Intensiva) e similares. Não cobrindo procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica⁵⁷ e anestesia, com exceção dos realizados em ambulatório, com anestesia local. Também não são autorizados tratamentos e exames que necessitem de internação, como alguns tipos de quimioterapia e radioterapia, nutrição parenteral, embolização e exames de radiologia invasivo; **ii) Hospitalar:** não cobrem consultas e exames feitos fora do ambiente hospitalar, excluindo ainda tratamento em clínicas estéticas (com exceção de obesidade mórbida), de repouso e acolhimento de idosos, transplantes (exceção de córnea e rim), atendimento pré-natal e parto e procedimentos ambulatoriais. Hospitalar com obstetrícia: tem as mesmas exclusões do plano hospitalar, mas inclui pré-natal e parto, após 10 meses de carência. Garante cobertura do recém-nascido nos primeiros 30 dias de vida e sua inscrição no plano de saúde, sem o cumprimento de carências. Para isso, porém, a inscrição deve ser feita em até 30 dias após o nascimento. Filhos adotivos menores de 12 anos têm o mesmo benefício, desde que a inscrição no plano seja feita até 30 dias após a adoção; **iii) Referência:** oferece cobertura maior, combinando as coberturas ambulatorial, hospitalar e obstetrícia. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) entende que deve prevalecer a cobertura mínima obrigatória constante na classificação da OMS (Organização Mundial de Saúde), pois está prevista em lei federal e conta com mais procedimentos do que o rol da ANS, e **iv) Coletivos** é aquele contratado por empresas, associações ou sindicatos para atender seus funcionários, associados e sindicalizados (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2017).

O consumidor deve estar ciente que independentemente de forma de contratação, data ou segmentação do plano de saúde, ele sempre estará protegido e

⁵⁷ Ramo da fisiologia que estuda as leis reguladoras da circulação do sangue nos vasos. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao-fisica/hemodinamica/14992>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

amparado pelas Leis que regulamentam e protegem a relação de consumo e pelo Poder Judiciário.

4 DÚVIDAS E CONSTANTES PROBLEMAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

O último tópico deste artigo diz respeito aos constantes problemas que o consumidor passa diariamente com seus respectivos planos de saúde, são eles: **i) Reajuste anual:** deve ser aprovado pela ANS e previsto no contrato, no caso dos contratos antigos (firmados até 31/12/1998), deve ser aplicado o mesmo índice de reajuste anual autorizado pela ANS para os contratos novos. Atendimento negado por atraso no pagamento - só se admite suspensão do atendimento ou cancelamento do contrato se o consumidor atrasar mais de 60 dias, desde que notificado previamente até o 50º dia; **ii) Cancelamento do Plano de Saúde:** a operadora só pode cancelar o contrato em caso de fraude ou quando o consumidor atrasar o pagamento por mais de 60 dias no ano, consecutivos ou não. O usuário, porém, precisa ser notificado até o 50º dia de inadimplência; **iii) Exclusão do plano por doença preexistente:** esse tipo de exclusão nos planos antigos tem sido negado pelo Poder Judiciário com base principalmente no CDC. Nos planos novos, a operadora exige uma declaração na qual consumidor e dependentes indicam a presença ou não de doença e lesões preexistentes. Se o consumidor não tiver conhecimento do problema, a doença não pode ser considerada preexistente; **iv) Descredenciamento de hospital, laboratório, médicos e outros serviços:** Nos contratos novos, o plano de saúde deve substituir o hospital por outro equivalente.

A mudança deve ser comunicada aos consumidores e à ANS com pelo menos 30 dias de antecedência. Caso o consumidor esteja internado e o descredenciamento ocorrer por vontade do plano de saúde, o hospital deverá manter a internação e a operadora arcará com as despesas até a alta hospitalar.

Com relação ao descredenciamento de laboratórios e profissionais, bem como os referentes a contratos antigos, a rede credenciada deve ser mantida, a não ser em situação excepcional.

Neste caso, os consumidores deverão ser previamente avisados, com substituição do profissional ou estabelecimento por outro do mesmo nível; **v) Sou obrigado a assinar cheque-caução?** Pela Lei nº 12.653/2012, é proibido exigir chefe-

caução, nota promissória ou qualquer outra garantia do consumidor para realizar o atendimento médico-hospitalar emergencial; **vi) O que faço se meu plano não quiser cobrir a conta?** O usuário tem direito à cobertura integral, independentemente da data da contratação do plano, desde que prevista no contrato a cobertura hospitalar; **vii) Sobre a cobertura mínima:** exclui medicamentos importados não nacionalizados, próteses, órteses, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos; inseminação artificial; medicamentos para tratamento domiciliar; e tratamentos ilícitos ou antiéticos; **viii) Da demora no atendimento:** diante da longa espera enfrentada para realizar consulta, exame ou cirurgia, a ANS editou a Resolução Normativa nº 259, estabelecendo prazos máximos para que o usuário tenha acesso aos procedimentos que seu plano lhe dá direito, e por fim **ix) Da expulsão dos IDOSOS:** com o Estatuto do Idoso (janeiro de 2004), o reajuste por mudança de faixa etária ficou proibido. Mesmo que este conste em contrato, a Justiça tem, em muitos casos, negado sua aplicação. As operadoras também não poderão criar barreiras de idade para a contratação dos planos de saúde (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2017).

Para sanar qualquer outra dúvida, seguem abaixo alguns sites e telefones que auxiliam o consumidor em sua relação consumerista com os planos de saúde:

- ANS – Agência Nacional de Saúde: www.ans.gov.br Mensagens para a ouvidoria podem ser enviadas para: www.ans.gov.br/index.php/aans/central-de-atendimento Atendimento por telefone: 08007019656 (reclamações e denúncias).
- SENACON-MJ – Secretária Nacional do Consumidor - Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br>.
- Procons – acesse o portal do DPDC para localizar o Procon mais próximo de sua região: <http://portal.mj.gov.br/ControleProcon/frmLogon.aspx>.
- Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor: <www.idec.org.br>.

Por fim vale ressaltar que, temos decisões de juízes que tem condenado as prestadoras de serviço de saúde ao pagamento de indenização por danos morais, com o fim de ressarcir o consumidor do constrangimento que passou para poder obter os serviços das prestadoras de planos de saúde. A indenização tem caráter de prevenir futuros abusos e diminuir as afinações que o consumidor sofreu, pois, o entendimento é que o Código de Defesa do Consumidor, protege e defende essas relações de consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito a saúde é fundamental e indisponível de todos os cidadãos brasileiros. Para garantir este direito, foi criado o Sistema Único de Saúde, onde os preceitos fundamentais são; a Universalidade, a Integralidade, a Equidade, a Descentralização e a Participação Social. Entretanto as críticas ao SUS estão relacionadas ao acesso e ao tempo de espera para o atendimento. Estes são alguns dos motivos que fizeram com que parte da população passasse a procurar uma alternativa a questão da saúde – grupos de medicina privada, ou planos de saúde.

Os planos de saúde surgiram como uma alternativa à precariedade do serviço público de medicina, contudo eles são os campeões em reclamação por também não prestarem devidamente o serviço contratado, ou por existir em seus contratos, cláusulas abusivas.

Com o intuito de regulamentar a prestação de serviços e proteger o consumidor, que é parte hipossuficiente, foram promulgadas Leis (o Código de Defesa do Consumidor [8.078/90], Regulamentação dos Planos Privados [9.656/98], e uma Súmula do STJ [469]). Além de estar previsto na Constituição Federal (Arts. 196 a 200) o direito à saúde.

Aos cidadãos que optam pela contratação da saúde privada, as normas surgiram como garantidoras da boa prestação de serviço e controle ao abuso dos planos de saúde.

O presente artigo visou abordar algumas garantias e esclarecimentos sobre o assunto, mas o consumidor que sofre abusos e é burlado de seus direitos deve procurar o Poder Judiciário, além de órgãos como o Procon, a Agência Nacional de Saúde, a Secretaria Nacional do Consumidor e o Instituto de Brasileiro de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. **Lei nº 9.656, de 3 de Junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial. Resp 418.572/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, DJe: 30/3/2009. In: Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 469**. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27469%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27469%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 11 fev. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Planos de saúde: conheça seus direitos contra abusos e armadilhas**. 2017. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/folheto-plano-saude.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NA DEMOCRACIA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE UMA REFORMA POLÍTICA

Letícia de Sousa Messias⁵⁸

INTRODUÇÃO

O cenário político atual do Brasil deixa evidente a crise pela qual o país passa em decorrência da crise de representatividade.

Diante da observância das premissas delineadas pela democracia representativa resta evidente as falhas presentes no modelo brasileiro, situação agravada pela ausência de educação cívica da população, a qual é facilmente manipulável e, corriqueiramente, deixa de pleitear de forma veemente os seus direitos.

A despeito de ter sido instituída no Brasil uma democracia representativa a atuação dos governantes não se mostra condizente em relação aos ideais da população, situação agravada no ano de 2017 diante da discussão veemente a respeito da idoneidade dos representantes.

A crise política no cenário nacional não é recente, diante das mazelas que perpassam no tempo, entretanto, a sua intensificação ocorreu nos últimos tempos, ao passo que os representantes, aos quais o povo concedeu o poder para a representação dos seus interesses, vão de encontro a tal pressuposto ou os colocam em segundo plano.

A questão do individualismo ainda resta cristalina na atuação dos políticos, tendo em vista que os seus interesses privados são os resguardados pelos seus atos no âmbito público, questão que agrava o descontentamento da população como um todo.

Diante da carência de representatividade pelos poderes legislativo e executivo ocorreu o advento do judiciário como meio capaz de legitimar e representar o ideário nacional. O Poder Judiciário como representante do desejo populacional, de combate à corrupção, impulsionado pela legitimação concedida pela mídia, tem levado

⁵⁸ Graduada em direito pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

tal poder a exercer uma competência atípica, ao passo que a judicialização impulsiona a ocupação das lacunas deixadas pelos demais poderes.

Com isso, resta evidente que a necessidade da reforma política está intimamente relacionada à crise de representatividade, ao passo que consiste elemento primordial para a estruturação da democracia representativa.

A esse respeito preleciona Becker (2003) que para a constituição de uma democracia é necessário que esteja composta a sua triangulação, qual seja, os direitos humanos, a separação dos poderes e a dependência mútua um do outro.

Nesse sentido, insta ainda ressaltar que a despeito da ausência de isolamento entre os poderes existem atribuições típicas de cada um, a partir do que a atuação que vai de encontro a tal estipulação pode ser entendida como indevida, ao passo que extrapola os limites básicos de cada um dos poderes.

Assim, diante de toda a problemática imposta insta destacar as falhas presentes no sistema representativo brasileiro, assim como as premissas que dele se esperavam, diante das perspectivas delineadas diante de uma democracia representativa.

1 A DEMOCRACIA E A SUA RELAÇÃO COM A REPRESENTATIVIDADE

A questão da representatividade encontra-se intimamente relacionada ao conceito de democracia. Nesse escopo, em um primeiro momento, faz-se *mister* compreender o papel da representatividade, especialmente em um governo presidencialista.

A democracia possui íntima relação com o exercício do poder pelo povo, o termo é oriundo de duas palavras, *demos* = povo e *kratein* = reinar, assim, em sua literalidade democracia significa reinado popular ou reinado do povo, trata-se de um governo que surge do povo, exercido pelo povo em favor de seus próprios interesses (BECKER, 2003).

Entretanto, a despeito do relevante papel exercido pela na realidade mundial, a obtenção de um conceito preciso a respeito do que seria democracia ainda

não foi alcançado, nesse sentido dispõe Bonavides (2007) que são raros os termos de ciência política que vêm sofrendo tantos abusos e distorções quanto a democracia, diante das diversas interpretações que lhe são conferidas.

A acepção clássica de democracia envolve a ideia de participação do povo nas decisões públicas, ou seja, em seu âmago, a democracia propõe um modelo de envolvimento dos cidadãos nos assuntos públicos, o que é a sua razão essencial de existir (FONSECA; LACERDA; PEREIRA, 2014).

Nesse diapasão, para ser possível compreender a democracia da forma que vislumbramos atualmente, insta destacar a forma de organização do poder em uma democracia indireta ou representativa em contraposição ao modelo de democracia direta desenvolvido na Grécia.

Sobre a temática preleciona Bonavides,

A moderna democracia ocidental, de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale do Contrato Social* de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional de princípios da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação com base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direitos[...] (2007, p. 295).

Assim, resta inquestionável a relevância da representatividade para o desenvolvimento da democracia. Nesse encopo, resta cristalina a relevância dos atos dos governantes escolhidos pelo povo, ao passo que a sua tomada de decisões é o que gerencia o poder de autodeterminação do povo.

Nesse escopo, a eleição constitui um dos mais relevantes pilares da democracia, ao passo que os votos depositados constituirão o parlamento e conseqüentemente o direito ao sufrágio, diante da possibilidade de o indivíduo votar e ser votado (BECKER, 2003).

Ainda, conforme preleciona Becker (2003), para que seja constituída a democracia por meio do exercício do voto, insta destacar que as eleições devem ser livres, ou seja, por meio das quais o cidadão possa escolher entre os diversos candidatos

e partidos sem qualquer interferência, sendo ainda resguardado o direito de abster-se. Nesse mesmo sentido, o voto deve ser igual, independentemente das qualificações individuais da pessoa, dentre as quais, a descendência, língua, sexo, profissão, rendimento, classe, nível educacional, religião e convicção política, o voto terá o mesmo valor.

Ainda dentre os elementos necessários para a constituição da eleição em uma democracia Becker (2003) remonta a necessidade de que o voto seja secreto, não sendo possível auferir qual partido ou qual candidato foi votado, além de que as eleições democráticas devem ser periódicas e públicas, ou seja, os cidadãos têm direito de observar a contagem das urnas e a apuração da contagem dos votos.

Diante de todos os requisitos impostos para a realização de uma eleição democrática e conseqüentemente a escolha dos representantes, o princípio da identidade entre as perspectivas do povo e os dos representantes, corriqueiramente, é frustrado.

A despeito de representar a totalidade da população, a incidência do princípio da identidade frente a todos os ideais que permeiam as diferentes classes nas quais se segregam a sociedade constitui tarefa árdua.

Nesse sentido, em uma sociedade democrática existe um pluralismo de classes, fato que acarreta um pluralismo de interesses, o que vai encontro à identidade representativa. Com isso, a unidade da vontade popular passa a ser um contínuo esforço para que os representantes possuam equivalência fiel à vontade de determinados grupos. Assim, evidente que o ideal de representação passou por uma depreciação ideológica, ao passo que os representantes buscam externalizar os propósitos impostos pelos grupos de pressão, os quais estão constantemente em evolução, sendo assim, a proposta dos representantes sempre será obsoleta (BONAVIDES, 2007).

Diante do exposto, resta evidente que a representação está intimamente relacionada à manutenção da classe dominante no poder, ao passo que, via de regra, os representantes buscam delinear suas atitudes de acordo os seus objetivos, conduzindo, assim, a um governo incapaz de realizar, de forma efetiva, mudanças nas estruturas sociais da sociedade. Assim, resta evidente que a busca por identificação é destinada à classe dominante, ao passo que as minorias sequer são resguardadas por uma busca de representatividade efetiva.

Sobre a temática, Sobolewaky dispõe que o processo de representação é uma mera técnica aplicada ao processo de governo, limitada pelas relações de poder, tendo em vista que princípio da representação, a despeito de regular as relações entre governante e governado não traz nenhuma modificação nas relações de poder e na substituição da classe dominante (BONAVIDES, 2007).

A despeito da representação ser flagrantemente destinada à determinado grupo da sociedade, evidente que a atuação dos governantes é responsável por determinar o deslinde da sociedade como um todo.

Segundo entendimento delineado por Locke, a despeito da delegação de poder pelo representado ao representante, tais sujeitos encontram-se em pé de igualdade. Assim, o poder recebido deve ser responsável por definir, em um espaço delimitado, a vida da sociedade política, diante da chancela concedida pela sociedade (CORVAL, 2015).

Além da falha na estipulação da identidade, de toda a população, por meio da representação, resta evidente ainda a desproporção entre o poder do eleitor e do eleito, ao passo que ao receber a legitimidade para exercício do poder, através do voto, os atos dos eleitos passam a possuir caráter imperativo, a despeito do seu dever de representar os interesses da coletividade, o que constitui relevante falha nos governos modernos, tendo em vista que o objetivo da democracia representativa é alvo de flagrantes deformações.

1.1 O presidencialismo e as atribuições do poder executivo

Delineada a problemática a respeito da democracia indireta, é necessário compreender como o presidencialismo e o executivo atuam na busca pela tutela dos interesses da coletividade.

Em um sistema presidencialista os poderes são concentrados na figura do Presidente da República, o qual governa auxiliado por seus ministros, entretanto, não é responsável pelo Parlamento, assim, o posicionamento do presidente pode ser totalmente adverso ao dos parlamentares. Com isso, mesmo que não detenha apoio da maioria é possível um governo presidencialista (BARROSO, 2006).

Nesse contexto, em contraposição ao parlamentarismo, o advento do presidencialismo possui como primaz característica a separação dos poderes, sendo que o Poder Executivo é exercido por uma única pessoa, ou seja, um único indivíduo é colocado como centro do poder, estrutura delineada pela Constituição brasileira como cláusula pétrea.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; **III - a separação dos Poderes**; IV - os direitos e garantias individuais.

A estrutura inicialmente delineada por Montesquieu em *O espírito das leis*, oportunidade em que apresentou a teoria da separação dos poderes, foi conferido ao legislativo a atribuição de observar os direitos das gentes, ao passo que é responsável por criar leis, para anular ou corrigir as que foram feitas. Na mesma oportunidade apresenta o poder executivo como o que depende do direito civil, ou seja, é o responsável por realizar paz ou guerra, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança e prevenir invasões. O terceiro poder seria o judiciário, o responsável por castigar os crimes e julgar as querelas entre particulares, assim, a função do juiz (RODRIGUES, 2006).

Delineadas as atribuições do poder executivo e tendo em vista ainda a escolha do presidente por meio do sufrágio universal, é estabelecido o entendimento no sentido de que seus atos são legitimados pelo desejo da população.

A partir do exposto, são conferidos amplos poderes ao presidente, o qual os exerce em um governo de um homem só. Assim, merece destaque as suas atribuições, quais sejam, a chefia da administração por meio de ministérios e serviços públicos federais, entregues a pessoas de sua confiança, as quais são livremente escolhidas e demitidas, insta ainda destacar o seu poder de comando sobre as forças armadas, além da direção e orientação da política exterior com atribuições de celebrar tratados e convenções, declarar guerra e fazer paz, debaixo das ressalvas do controle exercido pelo poder legislativo, nos termos estatuídos pela Constituição (BONAVIDES, 2007).

Diante da amplitude das atribuições do presidente, resta evidente a necessidade de que seus ideais representem, ao menos, os ideais da parcela da população que legitimou o seu poder através do voto.

Assim, tendo em vista o atual cenário político evidente que o objetivo da democracia representativa vem sendo ainda mais distorcido, ao passo que parcela cada vez menor da população se sente representada pelos ideais dos representantes.

Diante do delineado, é flagrante a relevância do princípio da identidade e da representatividade em uma democracia nos moldes da brasileira, em especial no que diz respeito ao Presidente da República, tendo em vista os amplos poderes que lhe são conferidos, sendo que a identidade do país é representada na figura de um só indivíduo.

Com isso, diante das dificuldades enfrentadas e a instalação de uma crise representativa resta evidente a necessidade de uma releitura da estrutura política do país.

2 AS PROPOSTAS DE UMA REFORMA POLÍTICA

Diante da crise de representatividade e com os abalos de elemento basilar para a constituição da democracia brasileira, há a proposta de uma reforma política.

A despeito do agravamento da situação nos anos de 2016 e 2017, com o *impeachment* da presidenta Dilma Russéf e com a tomada de posse de seu vice Michel Temer, a proposta de uma reforma no sistema brasileiro e a discussão a respeito da legitimidade dos governantes não é recente.

No Brasil, resta evidente que a grande maioria dos eleitores carece de instrução no momento da escolha do seu representante, a partir do que influenciado pelos meios de comunicação de massa acabam por votar e conseqüentemente legitimar candidato que atuará de acordo com os interesses das classes dominantes (MULLER, 2003).

Desse modo, diante da ausência de instrução cívica, a liberdade de autodeterminação da população por meio da escolha de seus representantes fica

comprometida, ao passo que a ausência de acesso a informações relevantes limita a formação da sua concepção, a qual se torna manipulável.

Sobre a temática dispõe Fonseca, Lacerda e Pereira,

[...] a existência de direitos políticos sem o prévio desenvolvimento de direitos civis, da convicção cívica da liberdade individual e dos limites do poder do Estado redundam em um exercício falho da democracia. Além disso, a ausência de cultura cívica compromete o exercício dos direitos políticos (2014, p. 148).

Nesse sentido, o ideal de democracia é distorcido, ao passo que a perspectiva inicial para a sua constituição consiste na participação do povo e no reflexo da vontade da maioria por meio da atuação dos governantes. Diante dos empasses para a constituição dos ditames democráticos o povo passa a ser objeto da democracia e não um agente do processo democrático (FONSECA; LACERDA; PEREIRA, 2014).

A falta de educação cívica não é algo recente na realidade brasileira, desde o período colonial a forma de organização social influenciava na estrutura e na culturologia, ao passo que não havia nenhuma instituição capaz de constituir uma escola de preparação das populações rurais para as práticas democráticas, para os hábitos eletivos, para a percepção objetiva do interesse público da comunidade. Nesse contexto, as organizações econômicas não possuíam qualquer instrumento capaz de conferir educação democrática ao povo que vivia dentro das suas terras. Com isso, a situação descrita gerou como consequência um ambiente de ausência de motivação coletiva, tanto no âmbito da política local quanto nacional, contexto marcado pela ausência de interesse público (VIANA, 1999).

Assim, resta evidente que a questão da falta de educação cívica da população é situação que advém desde os primórdios da constituição da nação brasileira, o que reflete hodiernamente na situação política brasileira diante da crise democrática e de representatividade.

Nesse sentido preleciona Viana,

Dentro do nosso feudo -- inteiramente ao contrário do feudo europeu -
- não havia outra autoridade que não a do senhor do engenho. O regime nele imperante era nitidamente autoritário; de modo algum, democrático: na sua organização -- nenhum traço de estilo liberal. Daí nunca ter ele podido ser uma escola, nem de educação democrática, nem de liberalismo prático -- como os feudos do antigo regime

européu, com as suas assembleias populares e suas cortes julgadoras, eleitas pelo povo (1999, p. 305).

O disposto evidencia que a participação política dos brasileiros, desde os primórdios, é deficitária, diante da segregação advinda da ausência de interação entre governantes e governados, ao passo que não é conferida à população os subsídios necessários para que atue, de forma efetiva, no âmbito político.

Assim, resta evidente a distância crescente entre representantes e representados, permeada por uma política constituída por exclusão social, o que não garante legitimidade de um sistema representativo que não reflete a vontade do povo (FONSECA; LACERDA; PEREIRA, 2014).

Diante do exposto, é questionável a legitimidade de uma democracia distorcida, a qual não é capaz de atingir as reais convicções do povo, diante de uma população que carece de educação cívica e que, corriqueiramente, é manipulada como uma massa popular pela vontade da classe dominante.

Outro ponto que merece destaque é a ausência de ideologia base dos partidos políticos, o que gera como consequência a ausência de fidelidade de seus membros. Assim, a ausência de vínculo ideológico faz com que os parâmetros da grande maioria dos partidos seja veiculado de forma muito homogênea, o que igualmente obsta a representatividade, ambiente em que surge a importância dos movimentos sociais como mecanismo de realizar pressão social para que os partidos políticos estabeleçam suas ideologias (BAHIA; NUNES, 2010).

Diante do exposto, é flagrante necessidade de mudança na estruturação do sistema representativo brasileiro por meio de uma reforma política.

A esse respeito dispõe Barroso,

Vive-se no Brasil um momento delicado, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil. Como consequência, perdeu a identidade com ela, deixando de representá-la e, no limite, até de lhe servir. Quando isso ocorre, a política passa a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, visto ora com indiferença, ora com desconfiança (2006, p. 3).

A proposta de uma reforma política brasileira não é algo recente, merece destaque a proposta apresentado, em março de 2015, ao Senado Federal, a qual possuía como escopo basilar os títulos descritos em seus tomos, quais sejam: bases para uma reconstrução política brasileira, componentes da reforma política, revigoramento e valorização do poder legislativo.

No que diz respeito especificamente à questão da reforma política, embasada pelo ideal o historiador e cartunista brasileiro Maurício Tragtenberg, conforme citação presente na proposta de reforma política enviada ao Senado Federal, insta destacar que “o enigma decifrado brasileiro é que aqui tudo se reforma e nada muda”, os pontos ressaltados diziam respeito à necessidade de instituição de políticas vinculadas à democracia representativa, atrelada à existência de partidos e de lideranças políticas.

A esse respeito, é exposto que a necessidade de uma reforma imediata é unânime na sociedade, entretanto, os descompassos surgem quando é necessário delimitar o objetivo de tais ações. Assim, a despeito das propostas apresentadas, na prática não foi vislumbrado qualquer avanço.

A reforma política possui como escopo atingir os valores da legitimidade democrática, da governabilidade e das virtudes republicanas. Para atingir tais objetivos Barroso vislumbra a necessidade de estipulação de alteração em relação à legitimidade democrática, a partir do que elenca algumas propostas para a sua efetivação, dentre as quais merece especial destaque:

a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária, com o fim de legendas de aluguel e de partidos sem penetração social, que servem a interesses privados; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público (2006, p. 7).

Dentre as propostas atuais merece destaque ainda a instituição do voto distrital, também conhecido como voto personalizado. Os defensores do voto em distritos dispõe que presumivelmente o eleitor conhece bem o candidato, o que poderá gerar uma atuação mais responsável, mais próximas aos ideais dos seus eleitores. A decisão eleitoral guiada pela genérica vontade da maioria coloca em cheque a

legitimidade da democracia, tendo em vista o descontentamento do eleitor e as dificuldades apresentadas na aferição da vontade coletiva (FONSECA; LACERDA; PEREIRA, 2014).

O entendimento é no sentido de que, diante da maior proximidade do eleito com o eleitor, a questão da representatividade estaria mais presente, ao passo que o candidato almejaria atender os objetivos de quem lhe concedeu o poder, grupo próximo, o qual igualmente possuiria maior legitimidade para pleitear resultados positivos.

Assim, o contexto é de busca por mecanismos capazes de proporcionar a constituição de um governo legítimo que represente a vontade popular.

Além da questão que remonta a legitimidade democrática, Barroso (2006) apresenta outros pontos que necessitam ser observados para a efetivação de uma reforma política no Brasil, quais sejam, a questão relativa à governabilidade, a partir do que a busca deve ser por uma facilitação na formação de maioria de sustentação de política de governo, institucionalização entre o Poder Executivo e o Legislativo, com predomínio de partidos e não do poder individual de cada parlamentar, além de criar mecanismos de superação de crises políticas, impedindo a continuidade de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade.

Nesse diapasão, Barroso (2006) destaca ainda que para a efetivação da reforma devem ser operadas alterações em relação às virtudes republicanas, por meio da eliminação do poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos, através do debate político mais programático e menos clientelista e por meio do esvaziamento da necessidade de loteamento de órgãos públicos de distribuição de cargos.

Nesse sentido, passa a ser possível vislumbrar os pontos defasados da democracia representativa brasileira, os quais culminaram na crise representativa, tendo em vista a problemática enfrentada pela e homogeneidade generalizada nos ideais dos partidos, assim como pela força que alguns indivíduos, de forma apartada, ainda possuem em relações à política nacional. Tendo em vista o cenário atual, questões que deveriam abarcar o âmbito público ficam adstritas a interesses particulares.

Diante da necessidade de alteração nos aspectos relativos à política brasileira é possível vislumbrar algumas alternativas.

Em um primeiro momento insta destacar a necessidade de fidelidade partidária, aspecto que envolve dois elementos distintos, a observância pelo parlamento das diretrizes do seu partido e a permanência do parlamento no partido pelo qual se elegeu. Como forma de solução da problemática propõe Barroso (2006) que em relação à primeira situação descrita, o voto do deputado que desrespeitou o posicionamento imposto pelo partido não deve ser computado. Em relação à segunda temática, dispõe que o parlamentar que mudar de partido deverá ter como penalidade a perda o mandato, a menos que tenha deixado a agremiação para formar um novo partido.

Diante de todo exposto, resta evidente que o resultado da crise de representatividade é o enfraquecimento do Estado, ao passo que a despeito da inviabilidade do exercício da democracia direta, o modelo de democracia indireta deixa a desejar em relação a ponto essencial para a sua constituição, qual seja, a utilização da legitimidade concedida pelo povo como for de externalizar seus ideais.

3 ASPECTOS ATUAIS

Diante dos aspectos delineados até o presente momento resta evidente que o modelo sobre o qual foi constituída a democracia brasileira apresenta distorções desde a sua constituição, tendo em vista a omissão popular em ambiente que deveria ser de intensa participação.

Nesse mesmo cenário resta evidente a dificuldade dos governantes em representar os interesses de quem lhes conferiu poder e legitimou sua atuação, cenário agravado no contexto enfrentado pelo Brasil hodiernamente.

Tal fato impulsionou, inclusive, uma atuação atípica do judiciário, ao passo que parcela da população se identifica mais com a atuação dos magistrados do judiciário do que com os que deveriam resguardar seus interesses, os quais foram legitimados por meio do voto.

Nesse contexto, o Poder Judiciário surge como mecanismo representativo diante da inacessibilidade aos demais poderes, com isso, a judicialização seria uma forma de compensar a deficiência dos demais poderes no exercício das funções estatais

(BAHIA; NUNES, 2010). Assim, o ativismo do Poder Judiciário apresenta-se como um sintoma da crise da democracia representativa.

As decisões do executivo são, em regra, controláveis pelo poder judiciário, o qual utiliza como parâmetro as disposições da Constituição Federal e das leis, da mesma forma a decisão dos parlamentares passam pelo crivo do Poder Judiciário (BARROSO, 2006).

Entretanto, a despeito da função legitimada de atuação correlacionada entre o judiciário e os demais poderes, resta evidente que o exercício da representatividade por meio de membros não eleitos representa uma distorção das atribuições primordiais dos poderes delineados por Montesquieu.

A identificação da população com a atuação do Poder Judiciário pode ser delineada pela atuação do Juiz Sérgio Moro, visto como guardião do país e representante dos interesses da coletividade contra a corrupção.

O mesmo entendimento foi delineado por Amaral,

Essas duas contingências retroalimentam e, administradas, produzem a “deslegitimação do sistema político”, com seu inevitável rol de sequelas, como a queda do debate ideológico, como o colapso da vida partidária. Na Itália, essas disfunções é que teriam produzido o que o juiz chama de “círculo virtuoso”, com a crise política ensejando a “maior legitimação da magistratura”, que, no Brasil se alça, por intermédio do Poder Judiciário à inconstitucional condição de Poder Moderador pairando sobre os demais poderes, mesmo neles intervindo, exorbitando de suas atribuições e judicializando a política (AMARAL, 2016, [s.p.]).

Diante do exposto, resta evidente que a representatividade que deveria emanar dos ocupantes dos cargos legislativos e executivos vem sendo substituída pela atuação do Judiciário juntamente com o Ministério Público e a Polícia Federal, atrelada ao posicionamento da mídia.

Nesse contexto, a manifestação dos que ainda carecem de representatividade, ao passo que não legitimam ao judiciário o exercício de tal papel, fica adstrita às manifestações nas ruas.

Nesse sentido dispõe Temer (2013): “E, agora, tento explicar as razões do movimento popular recente que ocupou as ruas das principais cidades brasileiras. Embora tenha demonstrado vigor, não abalou as instituições do Estado”.

A crise de representatividade foi impulsionada tanto pelas acusações da Operação Lava Jato, as quais deslegitimaram os políticos eleitos diante das investigações que colocam em cheque a sua idoneidade, assim como pelo *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff.

Os acontecimentos mais recentes impulsionaram para uma perspectiva de total ausência de representatividade do povo nos cargos políticos, ao passo que a vontade popular foi derrubada por terra, mesmo cenário em que foram reveladas manobras ardilosas de representantes legitimados pelo voto.

A despeito da estipulação de um paradigma ideológico, é inquestionável que o cenário brasileiro carece de representantes políticos com os quais a população se identifique, ao passo que a descrença nos eleitos é o ideal que paira diante da ausência de efetivação de um Estado que cumpre com a integralidade das atribuições que lhe foram estipuladas pela Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã que impõe como dever estatal a tutela dos direitos fundamentais.

A respeito dessa temática preleciona Becker,

Direitos humanos são mais do que apenas uma componente da democracia. Eles são a pré-condição para o funcionamento de um sistema democrático. O desenvolvimento e a consolidação de direitos humanos é apenas possível, quando as pessoas vivem numa democracia, porque só aí elas próprias concebem as suas leis e conseguem controlar publicamente os três poderes - o poder legislativo (em muitos países frequentemente o parlamento), o poder executivo (muitas vezes o presidente de estado e o governo) e o poder judiciário (por exemplo, um tribunal constitucional) (2003, p. 6).

A ausência de interesse dos eleitos em efetivar os direitos da população perpassa pelo descompasso entre os interesses dos eleitores e dos seus representantes, os quais colocam os seus interesses individuais em primeiro plano, em detrimento do esperando pelos que lhes concederam legitimidade para atuar no âmbito público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, resta evidente as diretrizes delineadas para o desenvolvimento de uma democracia representativa, assim como o papel dos eleitos diante do dever de legitimação dos interesses da população que lhe concedeu poderes por meio do voto.

Com isso, o objetivo primaz da democracia, qual seja, o governo pelo povo é distorcido, a partir do que ocorre o advento da necessidade de rever os paradigmas sobre os quais a democracia brasileira está sendo desenvolvida.

A crise política brasileira perpassa a ausência de estipulação de um ideal pelos políticos dos partidos, o que enseja situações em que os representantes, após eleitos, trocam de partido, a partir do que é questionável a legitimidade da sua escolha, tendo em vista que o partido é elemento que influencia no momento da escolha do eleitor.

A falta de educação cívica e a consequente ausência de cobrança de atitudes condizentes com as perspectivas da população deixam ainda mais distante os representantes dos representados. A atuação atual do judiciário supre a inércia da população especialmente por meio da atuação na investigação da Lava Jato. A caça aos corruptos fez com que o povo passasse a se ver representado mais pelos representantes do judiciário e do Ministério Público do que pelos que deveriam de fato representar seus interesses, os quais foram legitimados pelo voto e que hodiernamente tem revelados os seus atos ímprobos pelas atuações do Poder Judiciário.

A partir do exposto, resta evidente que a separação dos poderes sofre distorção, ao passo que o papel que seria originalmente destinado ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo passa a ser exercido pelo judiciário. Assim, o ativismo judicial torna ainda mais evidente a crise de representatividade que assola o país.

Diante da perspectiva delineada faz-se *mister* uma reforma política nacional, o que não é uma ideia recente, mas que tem intensificado a quantidade de adeptos nos últimos tempos.

Nesse sentido, a busca é por uma reaproximação entre o povo e seus representantes, a partir do que são delineadas opções por meio de uma maior legitimidade democrática através da identificação entre sociedade civil e classe política, por meio da relação entre povo e a governabilidade regida pelas virtudes republicanas e a exclusão das barganhas individuais.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, R. A. Operação Lava Jato, segundo Sérgio Moro. **Carta Capital**, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-operacao-lava-jato-segundo-sergio-moro>>. Acesso em: 3 out. 2017.
- BAHIA, A.; NUNES, D. Crise da Democracia representativa - Infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 100, p. 57-84, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/109/105>>. Acesso em: 03 out. 2018.
- BARROSO, L. R. **A reforma política**: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Ideais, 2006.
- BECKER, P. **O que é democracia?** Friedrich Ebert Stiftung, 2003.
- BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CORVAL, P. R. Democracia Representativa: revisando Stuart Mill. **RIL: Revista de Informação Legislativa**, a. 52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p245.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.
- FONSECA, R. A.; LACERDA, J. A.; PEREIRA, J. R. A crise da democracia representativa e o voto distrital como alternativa. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, p. 142-163, 2014. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/383>>. Acesso em: 02 out. 2018.
- MULLER, F. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- RODRIGUES, L. D. **A separação de poderes na carta de 1988 sob a óptica do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Fapesp, 2006.
- TEMER, M. **Por uma democracia eficiente**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2013.

VIANA, O. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Biblioteca Básica Brasileira, 1999.

VELHICE: PROTEÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FAMILIARES POR MAUS TRATOS A PESSOAS IDOSAS

Luana Costa Bidigaray⁵⁹

INTRODUÇÃO

Os idosos, atualmente, vivenciam uma realidade contrária e distante dos seus direitos elencados pelo Estatuto do Idoso e leis concorrentes. Tais direitos, muitas vezes, existem apenas na letra da lei. Apesar da função social e punitiva de regras acerca de maus tratos contra os idosos no ambiente familiar, é notória a grande dificuldade da denúncia sobre estas vítimas contra seus familiares em razão de proteção e tutela de seus direitos, uma vez que, para que a sociedade e o Estado possam tomar consciência da violência existente, e assim tomar as devidas atitudes, precisam ser provocados de alguma forma.

O presente artigo visa identificar primeiramente as pessoas como idosas, e discorrer sobre sua situação geral na atual sociedade, salientando seus direitos fundamentais e de proteção garantidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Além disso, também destaca artigos específicos encontrados no Estatuto do Idoso, que visam proteção de diversos tipos de maus tratos sofridos pelos idosos.

E por fim, o trabalho ressaltará, ainda, breves conceitos de responsabilidade civil dos familiares por maus tratos aos idosos.

1 IDOSO: CONCEITUAÇÃO, SITUAÇÃO ATUAL NA SOCIEDADE E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito de idoso vem do latim do substantivo *aetas*, substantivo feminino que corresponde a palavra idade (SANTIN; BOROWSKI, 2008). Porém determinar quando inicia a velhice é um ato um tanto impreciso, uma vez que a idade cronológica é apenas um marco legal estabelecido para identificar e classificar a pessoa como idosa. Para um conceito simples e breve, os idosos são aqueles que possuem 60

⁵⁹ Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Graduada em Direito pela Faculdade Atlântico Sul de Pelotas-RS (2011), advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: lu_bidigaray@hotmail.com

anos ou mais, assim aponta o Estatuto do Idoso no 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”.⁶⁰

Alguns autores discordam sobre a limitação do conceito idoso exposto pelo Estatuto, o qual se baseia somente na idade cronológica, uma vez que essa conceituação acaba por desconsiderar fatores importantes na constatação de ser ou não idoso, tais como a capacidade de agir, pensar e produzir. Sônia Mascaro (2004, p. 35), acrescenta: “visto que o envelhecimento é um processo biológico, social e psicológico”

Desse modo, conclui-se que parecer velho não significa ser. E o critério de idade (biológico) utilizado pelo Estatuto do Idoso faz uso apenas de uma das muitas formas de classificar as pessoas como idosas. Entendo, como a autora acima mencionada, que o conceito de velhice deveria ser apreciado e basear-se nas demais experiências sociais, emocionais e também profissionais vividas pelo indivíduo.

Apesar dessas considerações suscitadas sobre quando começa a velhice, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) adota o mesmo conceito do Estatuto para qualificar um indivíduo como idoso, e além disso, vem constatando um acelerado envelhecimento nesta camada populacional. Já que cerca de 21 milhões da população de brasileiros são atualmente sexagenários (GOVERNO DO BRASIL, 2017).

De acordo com Sônia Mascaro (2004, p. 83): “Em 1970, o país tinha 4,7 milhões de pessoas com mais de 60 anos, nos anos 80 chegaram a margem dos 7 (sete) milhões e assim crescendo de forma acelerada e desproporcional. A projeção para 2020 será de 26 milhões”.

Estas observações nos levam a refletir sobre este envelhecimento acelerado e conseqüentemente a elevação de números de indivíduos idosos que terão benefícios sociais e direitos básicos violados, e assim, paralelamente, o aumento da violência e de maus tratos aos idosos. Diante disso, o Estatuto do idoso (Lei nº 10.741, foi criado em 1º de outubro de 2003) propõe-se auxiliar nesta nova etapa, no sentido de garantir direitos a esta nova geração, já em ritmo ascendente na sociedade brasileira.

Um dos pontos constantemente debatido e combatido entre o Estatuto do idoso e a sociedade em geral é a questão da produtividade, o espaço e a inserção no mercado de trabalho e o direito de laborar aproveitando suas habilidades e de exercê-las desprovidos de qualquer discriminação. Visto que isso não ocorre uma vez que a

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

sociedade atual limita a inserção do idoso no mercado de trabalho, e por consequência envelhecer e não produzir virou hoje em dia um tabu negativo: chegar depois dos 60 anos é tornar-se sem utilidade econômica, sem finalidade, um verdadeiro peso para uma sociedade e para o Estado. Não se levando em conta, o tempo que foi laborado e contribuído em prol do crescimento desta mesma sociedade que o discrimina. Por esse pré-conceito os idosos passam a ter uma existência virtual e não existencial (PALMA; SCHONS apud SANTIN; BOROWSKI, 2008).

Essa citação ressalta que os idosos nas sociedades atuais apenas vivem, ou melhor, são somente seres vivos. Não existem socialmente, porque o indivíduo vale somente enquanto produz economicamente - tudo isso nos leva a comprovar o vínculo forte que a sociedade possui com o poder econômico. Por consequência disso, há uma notável exclusão dos idosos com o meio social, portanto das decisões ali tomadas. E isso toma proporções maiores, por atingir várias instituições, tanto públicas quanto as privadas: principalmente a família.

O âmbito familiar possui uma função muito importante, uma vez que é nele que os sujeitos constroem, e ao mesmo tempo, encontram como base a educação, o afeto, o respeito e cuidados especiais para a formação dos seus integrantes. Segundo aponta Sumaya Pereira (2007, p. 91):

O fator que passa a exercer o papel denominador comum de qualquer núcleo familiar é a *affectio* constante e espontânea, o vínculo afetivo que liga as pessoas que integram o grupo familiar, que se traduz em plena comunhão de vida, voltada para o desenvolvimento da personalidade e para realização de seus membros.

Esse termo *affectio* é o vínculo afetivo entre integrantes de uma unidade familiar. Ele torna-se o ponto denominador das interações afetivas familiares, da construção e da convivência harmoniosa entre os membros e os idosos que ali convivem.

No entanto, com o passar dos anos, principalmente em famílias que possuem como integrantes um ou mais idosos, nota-se que o núcleo familiar vem a sofrer conflitos em razão do não conhecimento sobre envelhecer, visto que nessa etapa de vida, cuidados especiais aos idosos são essenciais. Portanto, é neste exato momento que o Estado deve se mobilizar na criação de políticas públicas com o objetivo concreto de inserção social e proteção não só aos idosos, mas aos núcleos familiares, por meio dos direitos fundamentais, ou seja, das garantias Constitucionais Tentando uma maior conciliação nas relações privadas que envolvem idosos. Tal interpretação decorre do art.

226, § 8, da CF/88, que a seguir é transcrito: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Embora para haver uma maior garantia de direitos e sua respectiva proteção estatal, segundo Sumaya Pereira (2007) precisa-se ser cauteloso – uma vez que existe nos direitos fundamentais, princípios como o da autonomia e da privacidade que regulam a instituição familiar e suas relações privadas, sem que haja intervenções estatais. Dessa forma, deve-se atentar para, que não haja a colisão entre a proteção e os direitos fundamentais e privados da instituição familiar (princípio da inviolabilidade da privacidade).

Dessa forma. Atentar-se para não confundir ou omitir sobre violações a direitos, agressões ou maus tratos de qualquer natureza, sob a alegação da violação dos direitos de intimidade, autonomia e privacidade familiar. Neste sentido, Sumaya Pereira (2007, p. 91), faz uma comparação na relação entre os direitos fundamentais e os princípios da privacidade e da autonomia:

[...] a autonomia do sujeito e a intervenção do Estado no âmbito familiar não estão em posições antagônicas. A intervenção do Estado - que, repita-se, justifica-se tão somente em função da garantia dos direitos fundamentais - não visa a impedir o exercício da autonomia, mas sim a coibir arbitrariedade.

Portanto, é notório, que há deveres e obrigações a serem cumpridos pela unidade familiar e seus membros. Tudo isso decorre do princípio da dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, CF/88), fundamento da República Federativa do Brasil. A autora citada acima, Sumaya Pereira (2007, p. 96), afirma: “A partir do princípio da dignidade da Pessoa Humana, o valor da personalidade não mais se vincula ao aspecto externo simbolizado pelo ‘ter’ direitos, mas se vincula direta e concretamente ao ‘ser’ humano”.

Além desse princípio norteador, a Constituição garantiu princípios que revalorizam a Dignidade da Pessoa Humana, tais como os valores da cidadania (art. 1, II), a solidariedade e igualdade material (art. 3, I, e III). Ademais, a CF/88 possui garantias específicas à pessoa idosa, conforme leciona os artigos 229 e 230 da Constituição Federal, os quais possuem responsabilidade quanto aos idosos: a família (filhos assistindo pais quando assim necessário), bem como, a sociedade e o poder estatal, adotando uma tríade, um consenso responsável entre as três esferas: sociedade,

Estado e família no sentido de garantir uma vida com maior inclusão social convicção de uma proteção jurídica contra possíveis violências e/ou maus tratos no núcleo familiar.

2 O ESTATUTO DO IDOSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR MAUS TRATOS CAUSADOS AOS IDOSOS POR SEUS FAMILIARES

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, foi criado em 1º de outubro de 2003, entrou em vigor no primeiro dia do seguinte ano (1º de janeiro de 2004), este Estatuto mostrou-se importante para a efetivação das garantias constitucionais, antes já referidas.

Além de priorizar e proteger direitos, também buscou organizar melhor a sociedade e o sistema estatal para os problemas econômicos e sociais, advindo do envelhecimento acelerado dos idosos. Neste sentido, o novo ordenamento priorizou as pessoas com idade mais avançada prevendo-lhe um tratamento especial e qualificado. Assim, destaca o Estatuto no capítulo *Do Direito à Vida*, artigo 8º do Estatuto do Idoso “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta lei e da legislação vigente”. Assim como nos remete a mesma ideia de tratamento exclusivo no artigo 9º do Estatuto do Idoso: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

Portanto, os artigos suscitados corroboram de que os direitos fundamentais são a porta de entrada para que esses direitos conquistados, principalmente neste Estatuto, sejam garantidos e exercidos pela cidadania, pela sociedade em geral, e, desprovidos de discriminação, negligência social ou qualquer tipo de violência. Baseando-se unicamente no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como anteriormente referido, valorizando o ser humano independente de faixa etária.

No entanto, alguns crimes ainda assolam o cotidiano dos idosos, e são apontados, de forma exemplificativa, na lição de Walkyria Carvalho (2009, [s.p.]):

Dentre as várias formas de abuso cometido contra o idoso, encontram-se o abuso físico (provocando lesões, morte), o abuso psicológico (terrorismo psicológico, com intuito de humilhar, isolar, ameaçar, atemorizar o idoso), o abuso sexual (de onde partem os distúrbios sexuais de posse sexual do idoso), abandono (completa privação de atenção ao idoso, que é lançado à própria sorte), negligência (omissão

específica de cuidados), abuso financeiro (exploração de suas reservas financeiras, seu crédito, seus cartões, suas contas bancárias, seu patrimônio, sua aposentadoria etc).

Os crimes acima mencionados pela autora são delitos que ocasionaram a criação de um Estatuto específico para proteção aos idosos, com o objetivo de identificar os tipos de delitos, mais acentuados, bem como efetivamente puni-los. O próprio Estatuto, para melhor proteger e garantir os direitos desse grupo vulnerável, que vem em larga escala ascendendo, enfatizou em alguns de seus dispositivos punições e sanções específicas. Reformulou os artigos 181 e 182 do Código Penal em seu artigo 95, pela substituição da isenção pela criminalização, criando novos tipos penais, em favor da proteção dos idosos. Assim explica Marco Antônio Vilas Boas (2009, p. 211-212):

A ação penal pública incondicionada, ora em adoção para determinados crimes no Estatuto, tem a característica de não depender da vontade da vítima para sua inauguração. No Código Penal, com exigência da representação do ofendido, ficava a ação penal à soberana vontade da vítima. Caso o ofendido (mesmo vítima) não pretendesse prosseguir no propósito de acionar o agente, toda apuração criminal seria sepultada sumariamente. No Estatuto, com a adoção da ação penal pública incondicionada, o Ministério Público passa a ser parte legítima para inaugurar o processo, independentemente da existência de uma representação da vítima.

Assim os maus tratos e a violência contra o idoso poderão ser reprimidos e, por conseguinte, punidos pelo Judiciário, prevenindo-se do risco da não representação da vítima por medo, por ameaças de seus agentes, seus familiares etc. Dessa forma, o Ministério Público e o Estado fiscalizam as normas do Estatuto e protegem os idosos. Ressalta-se, mais uma vez, o papel da própria sociedade e da família no sentido de cumprir naturalmente as normas impostas. Nesse sentido, Arnaldo Lemos Filho (2005, p. 145-154) corrobora:

Costuma-se dizer que as normas mais eficazes são aquelas cumpridas de forma espontânea, sinal de que guardam vínculo real com a sociedade que as instituiu, sendo fruto, portanto, da necessidade social. Outras normas têm sua eficácia condicionada ao exercício da coação estatal; outras nem assim são cumpridas pela sociedade, seja porque efetivamente não correspondem aos anseios populares em sua totalidade ou a parcela significativa da sociedade, seja porque

constituem, de fato, simples instrumento simbólico ou programático do dever-ser social.

Os principais artigos que mencionam os maus tratos físicos no Estatuto são os art. 97, 98, 99 e 107. Esses punem as pessoas ou familiares que deixam de auxiliar ou cometem tais crimes contra o idoso. Um dos delitos a ser combatido encontra-se no art. 99 - o de maus tratos - que ocorrem, por exemplo, quando os idosos são submetidos e expostos a condições inapropriadas (de perigo) e privados de alimentos ou quando sujeitos a trabalhos excessivos ou inadequados, aumentando as penas se ocorrer lesão grave ou até mesmo a morte.

Esses crimes acima, ocorre frequentemente no âmbito familiar, onde os idosos são lesados pelas suas famílias quando se utilizam do fornecimento de senhas, cartões magnéticos ou de benefício do segurado com a intenção de subtração do seu patrimônio. Acabam por se apropriar da aposentadoria ou fazem empréstimos, usufruindo o dinheiro adquirido, e quase nunca em favor das necessidades do idoso. E conseqüentemente endividando-os e diminuindo sua renda que, por sua vez, geralmente já é baixa.

Diante, destes maus tratos a categoria idosa, muitas vezes, oriundos de seu meio social e/ou familiar, o instituto da Responsabilidade civil é imprescindível para a proteção dos idosos. O Conceito de Responsabilidade civil é elaborado da seguinte forma por Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 18): “A palavra ‘responsabilidade’ origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado”.

A Responsabilidade civil se tornou um direito de defesa para aqueles que se sentem prejudicados, hipossuficientes, através de compensações e reparações por danos morais e patrimoniais suportados pelo indivíduo. Ressaltando esta necessidade de reparação, na mesma vertente, Maria Helena Diniz (2010, p. 35) discorre:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A Constituição Federal traz artigos que tutelam a indenização, por violação de direitos, conforme discorre o artigo 5º incisos V e X - eles protegem a inviolabilidade de direitos de imagem, entre outros, impondo reparação por danos materiais ou morais. Por sua vez, o Código Civil em vigor (CC/02) possui requisitos no art. 186 para reconhecer a responsabilidade civil, através da definição de ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Para conceituar a culpa devemos analisar se o ato praticado foi realizado com a intenção de atingir alguém. Assim, fica o autor do dano obrigado a reparar o prejuízo causado em virtude de ato praticado por ação ou omissão voluntária, negligência imprudência e imperícia. Por outro lado, dolo é a intenção consciente de prejudicar alguém. Outro fator preponderante é a comprovação do nexo de causalidade com o dano, com a violência ocorrida. O nexo de causalidade é uma relação jurídica entre o dano e a ação que produziu tal delito, logo entre o agressor e sua vítima - Sérgio Cavalieri Filho (2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos uma cultura em que a sociedades não nos ensina a respeitar e muito menos valorizar os mais velhos. Portanto, temos que reavaliar e proteger esta nova geração de idosos que requerem uma convivência sadia e harmoniosa com os seus núcleos familiares e com toda sociedade.

Pois, distorcemos o conceito e a importância do indivíduo idoso, criando pré-conceitos, tornando-o sinônimo de velho, inútil e de desuso. Já que vivemos uma cultura discriminatória, repleta de conceitos errôneos, os quais ferem o princípio constitucional basilar que é o da dignidade da Pessoa Humana

Neste sentido, o caminho para redução da discriminação, da violência e de tantos outros males que assolam as pessoas idosas, é o poder estatal garantir a responsabilização de agressores (previstas nas leis especiais aos idosos), principalmente aqueles que convivem na mesma unidade familiar, assim como, a conscientização social e a educação são os princípios basilares para manutenção e garantia dos direitos mínimos dessa nova geração de idosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil Brasileiro. In:CURIA, Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Org.). **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In:CURIA, Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Org.). **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Estatuto do Idoso.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

CARVALHO, W. A Crescente violência contra o idoso como afronta aos princípios do Estatuto brasileiro. **JurisWay**, 03 maio 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1293>. Acesso em: 22 jan. 2018.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOVERNO DO BRASIL. **Brasil fará parte de pesquisa internacional sobre idoso**. 23 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/10/brasil-fara-parte-de-pesquisa-internacional-sobre-idoso>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

LEMOS FILHO, A.; BARSALINI, G. Eficácia do Direito. In: LEMOS FILHO, A. (Org.). **Sociologia Geral e o Direito**. São Paulo: Alínea, 2005. pp. 145-154.

MASCARO, S. A. **O que é velhice**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

PEREIRA, S. S. M. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTIN, J. R.; BOROWSKI, M. Z. O idoso e o princípio constitucional da dignidade humana. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano (RBCEH)**,Passo Fundo, v. 5, n. 1, p. 141-153, jan.-jun, 2008.

VILAS BOAS, M. A. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO FEDERALISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ENTENDENDO A DIVISÃO E O EXERCÍCIO DA POLÍTICA

Marcelo Bidoia dos Santos⁶¹
Juliana da Silva Regassi⁶²

INTRODUÇÃO

Embora o Art.1º da Constituição Federal (CF/88) declare em seu parágrafo único que “todo o poder emana do povo” (conceito conhecido como soberania popular); seu texto também delega o exercício do poder político aos representantes eleitos, quando não for o caso de exercê-lo diretamente, nos termos estabelecidos pela Constituição.⁶³

Segundo o Art.14 da CF/88, a soberania popular (isto é, a capacidade do povo de determinar suas escolhas políticas, de se governar) é exercida de quatro maneiras. I) mediante o sufrágio universal (eleições gerais para todos os cidadãos) e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos; II) por meio do plebiscito; III) do referendo; e, IV) através da lei por iniciativa popular. Enquanto o sufrágio implica na escolha de representantes (Prefeitos, Governadores, Presidente da República, Vereadores, Deputados e Senadores); o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular propiciam o exercício direto da soberania pelo povo.

Mas na realidade brasileira a democracia é quase inteiramente representativa. Poucas decisões são dadas à escolha direta do povo. Via de regra toda gestão pública e todo o jogo político acontecem sem o arbítrio popular – e o pior, não raro as decisões não são de interesse público, mas de pequenas classes ou grupos político-econômicos.

Essa má representação política desencadeia uma crise de legitimidade que desacredita todo o sistema político-constitucional, já que na prática os interesses entre representantes e representados são, por vezes, distintos. Isso vai minando o

⁶¹ Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado. E-mail: bidoiadv@hotmail.com

⁶² Mestranda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo (FDRP/USP), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada. E-mail: julianaregassi@usp.br

⁶³ O Art.1º, parágrafo único, da Constituição Federal dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

desenvolvimento da nação à medida em que o povo vai se desinteressando cada vez mais pelas figuras políticas, até que já ninguém mais entende as funções ou o porquê da existência de Vereadores, Prefeitos, Deputados e etc.: no ditado popular, tudo vira “farinha do mesmo saco”.

Uma das maneiras de combater essa apatia política é fomentando a cidadania, devolvendo ao povo o que lhe é de direito: o poder. É necessário que as pessoas participem da comunidade e usem dos mecanismos políticos. E para isso, é preciso antes compreender o sistema, para então questionar e cobrar de modo efetivo, de seus representantes, medidas de interesse público – ao passo que assim, coíbem-se leis e decisões de caráter particular.

Para que tudo isso seja possível, é urgente fornecer ao povo educação política, ensinando-lhe a razão de ser desses cargos públicos. Pois bem, eis o objetivo deste trabalho: ajudar a construir os alicerces da educação política, explicando a divisão do poder e seu exercício no sistema representativo brasileiro: primeiro em seu aspecto político (a tripartição de poderes); depois pelo viés geográfico-espacial (no federalismo constitucional).

Para tanto, será feito um estudo bibliográfico objetivando explicar a história e a teoria da tripartição de poderes, da soberania popular e da representação política. Em seguida, será feita uma análise da Constituição sobre as funções que incumbem aos cargos dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sua forma de investidura (acesso aos poderes) e sua posterior distribuição no espaço territorial brasileiro, nos termos do federalismo nacional.

1 CONSTITUCIONALISMO, SOBERANIA POPULAR E REPRESENTAÇÃO

Este capítulo visa reconstruir histórica e filosoficamente as ideias de constitucionalismo, soberania popular e representatividade política. Isso porque o direito constitucional evolui das ideias determinadas pelo contexto histórico e político da sociedade, como nota o Prof. Dalmo Dallari (2013, p. 9). Desse modo, é preciso voltar no tempo até a Europa (de onde descende nosso Direito) na Idade Moderna (em torno de 1453 a 1789 d.C.).

Naquele momento, o contexto político⁶⁴ estava marcado pelo chamado Absolutismo monárquico. Significa que o poder político se concentrava na figura dos reis (os monarcas). Eram os reis quem decidiam as regras da sociedade, quem criavam e mandavam executar as leis, e julgavam conflitos. Os monarcas decidiam tudo em nome de seu reino, de modo absoluto – não havia espaço para contestação das ordens reais, nem limitação dada pela lei – e por isso, muitos abusos podiam acontecer aos súditos (RANIERI, 2013, p. 42). Assim, a vontade do rei e a vontade do reino (do Estado) se confundiam. Essa ideia ficou simbolizada na história pela frase atribuída ao Rei da França, Luís XIV, que teria dito: “O Estado sou eu”.

O primeiro teórico a perceber a figura do Estado como ente distinto, separado tanto da figura do soberano (Rei) quanto dos súditos (povo) foi um inglês chamado Thomas Hobbes (CREVELD, 1999, p. 179). Curioso, no entanto, é que foi o próprio Hobbes quem criou a maior justificativa do absolutismo monárquico enquanto sistema político.

Hobbes dizia que o Homem, antes de viver em sociedade, vivia em um estado de natureza. Nesse estado, a única lei existente é a lei do mais forte. Como todos querem impor suas regras, e para isso é preciso ser o mais forte, as pessoas acabariam se matando em uma “guerra de todos contra todos” – pois o “Homem é o lobo do Homem”. Dentro de uma guerra as pessoas perdem o maior direito que naturalmente possuem: o direito à vida. Portanto, era preciso fazer um pacto entre todos os Homens para formar a sociedade, cessar a guerra e proteger a vida. Mas como garantir esse direito? A garantia estava na escolha de uma pessoa (o rei), à quem todas as outras pessoas cederiam suas forças. Assim, ninguém mais usaria da própria força para impor sua vontade. Já o rei, congregando a força de todos os membros da comunidade, seria um grande Leviatã (um “Deus mortal”), com poderes para fazer todo o possível e necessário para proteger a vida de seus súditos. Essa seria a razão de existir a sociedade e seu soberano absolutista: a proteção da vida (HOBBS, 1999, p. 107-145).

Era por isso, entendia Hobbes, que o rei tinha o direito de fazer o que quisesse, pois o fazia em nome da proteção coletiva da vida de todos, velando pela comunidade. Ele era a garantia da vida. Então, o único limite que tinha o poder real era

⁶⁴ “1. O SIGNIFICADO CLÁSSICO E MODERNO DE POLÍTICA. — Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social [...] com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo [...]”. (BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; GIANFRANCO, P. **Dicionário de Política**. Vol I. 11. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 954).

atentar contra a vida de um súdito, pois aí desapareceria a razão que levava o súdito a obedecer (RIBEIRO, 2008, p. 68). Para todo o resto, seu poder era absoluto. Sua força ilimitada. Mas as coisas iriam mudar.

Pouco tempo depois, outro inglês, chamado John Locke, escreveu *Dois Tratados sobre o Governo*, na tentativa de dar uma justificativa mais coerente para a construção da sociedade. Para ele, a humanidade parte de um estado natural de perfeita liberdade (como para ir e vir ou conquistar bens materiais); e assim, sendo todos os Homens seres racionais e livres, eles também são iguais, com direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade. Todavia, Locke também entende que a ausência de um juiz em comum pode levar a uma guerra geral. É por isso que os Homens fazem um acordo coletivo (um contrato social), criando um governo para administrar a sociedade, cuja função principal seria garantir os direitos à vida, à liberdade e à propriedade (LOCKE, 1998, p. 381-495). Pois, se esses direitos são naturais aos Homens, o contrato só faria sentido se protegesse a todos eles, e não apenas a vida.

Além disso, como no estado de natureza todos são iguais, ninguém aceitaria, para entrar na sociedade, uma condição pior do que aquela que já possuísse. Por isso todos seriam iguais perante a lei. E o que garantiria esses direitos? Locke entende que o único governo capaz de garantir os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade é aquele em que o poder não está concentrado numa única pessoa. O poder deveria ser repartido em três funções: um órgão para criar leis (o Legislativo, sendo o principal poder); outro para executar as leis (o Executivo); e ainda outro para lidar com Estados estrangeiros (Federativo). Somente um governo limitado em sua atuação (e com o poder repartido) garantiria a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade dos cidadãos. Essa limitação deveria ser dada por leis escritas e pré-estabelecidas – aplicadas a todos, inclusive ao Estado (LOCKE, 1998, p. 499-528).

A teoria da tripartição de poderes seria consolidada por um francês conhecido como o Barão de Montesquieu, que inverteu duas das funções previstas por Locke, e deu igual peso aos três poderes. A função de lidar com Estados estrangeiros (o Federativo) tornou-se parte do Executivo (hoje desempenhada, no Brasil, pelo Ministério das Relações Exteriores); por outro lado, o poder de julgar os conflitos sociais sairia das atribuições do Poder Executivo para tornar-se um poder autônomo: o Poder Judiciário, com seus juízes e aparatos de justiça.⁶⁵

⁶⁵ O primeiro a identificar as três funções do governo (legislativa, executiva e judiciária) foi Aristóteles, em sua obra *Política*. Porém, para o filósofo grego essas funções se concentravam no soberano. O que

Essas ideias inspiraram grandes revoluções no Século XVIII. A primeira delas começou com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em Julho de 1774, que resultou numa guerra contra a Inglaterra, que não aceitou a perda de suas colônias. Os ingleses saíram derrotados e os americanos promulgaram a primeira Constituição escrita da história em 1787 (vigente até hoje). Pouco tempo depois, em 1789, na Europa, ocorreu a Revolução Francesa. Ao final, os franceses criaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, promulgaram sua Constituição – considerada a segunda da história.

Essas Declarações enterravam o absolutismo, pondo em prática aquelas ideias consolidadas por Locke: a garantia de direitos fundamentais para a existência da sociedade, como a vida, as liberdades, a igualdade perante a lei e a propriedade, a separação de poderes e a limitação e orientação do Estado conforme estabelecido na lei (Princípio da Legalidade).⁶⁶ Essa lei, que garantia direitos, organizava e limitava o Estado era a Constituição.⁶⁷

Além disso, se o poder não pertencia mais ao rei, ele deveria recair sobre o povo, o real signatário do contrato social. Até então o povo, como disse o Abade Sieyès, não representava nada na ordem política, mas podia tornar-se algo⁶⁸ – o novo soberano.

fez Montesquieu foi tirá-las de uma única pessoa, transportando-as para órgãos distintos e independentes, correspondentes a cada uma dessas funções (Legislativo, Executivo e Judiciário). Para ele, só assim seria possível garantir a liberdade política do cidadão, evitando o arbítrio e a tirania. (MONTESQUIEU, C. S. **O espírito das leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167 e ss.).

⁶⁶ No Brasil dispõe o Art.5º, da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Já o princípio da legalidade encontra-se em diversos institutos da constituição como o Art.5º, II, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei; ou ainda o Art.37, que impõe a observância da lei para a Administração Pública. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988).

⁶⁷ A Constituição é um conjunto de regras político-jurídicas, normalmente escritas, que cria o Estado e estabelece as regras básicas da sociedade, organizando-a, além de limitar a atuação estatal para impedir arbitrariedades e assim garantir direitos fundamentais do cidadão, como a vida e as liberdades – mas não só eles. (CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 52).

⁶⁸ Na França, até a Revolução Francesa, a população era dividida em três classes: o primeiro, segundo e terceiro estados. O primeiro estado era o Clero (a classe religiosa); o segundo a Nobreza. Já o terceiro era o resto do povo – a maioria da população –, e que, ao contrário do Clero e da Nobreza, trabalhava e pagava impostos, mas com pouco ou nenhum benefício. Diante disso, Sieyès escreve o texto: “O que é o terceiro estado?”, em que questiona o fato da maioria trabalhar enquanto a minoria governava e usufruía dos privilégios de um sistema mantido pelo povo. Para ele, o terceiro estado era a nação, e, portanto, não necessitava do primeiro e segundo estados. Por isso inicia seu texto indagando: “O que é o terceiro estado? Tudo. O que tem sido até agora na ordem política? Nada. O que deseja? Tornar-se

Nascia aí a noção de soberania popular, pelo qual cabe ao povo ditar as regras e os rumos da sociedade.

Mas como conciliar a soberania popular nos Estados? Numa época em que as notícias demoravam semanas ou meses para atravessar o país; em que existia um grande número de analfabetos; onde a maioria ainda vivia no campo; como fazer com que o povo pudesse ter sua vontade considerada na hora de elaborar leis e tomar decisões políticas?

A resposta estava no sistema representativo. Era preciso criar condições para defender as ideias comuns a um grande número de cidadãos ao mesmo tempo. Só assim seria possível realizar a vontade popular, vencendo as limitações do tempo e do espaço. Foi isso o que consolidou a necessidade por representantes políticos, escolhidos direta ou indiretamente pelo povo, e que em seu nome tomariam as decisões públicas (DAHL, 2012, p. 43-45).

Pois bem, com o perdão da simplificação, essa é a história sucinta por trás da existência da Constituição e de seu artigo inaugural (Art. 1º) que estabelece, em seu parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos”.

2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E SUAS FUNÇÕES

A tripartição de poderes, nos moldes consolidados por Montesquieu, encontra-se no Art. 2º, da CF/88, que dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Na verdade – é preciso ficar claro – o Poder é um só e pertence ao povo. O que se triparte são suas principais funções: a função de legislar (criar leis abstratas, gerais e impessoais) que cabe ao Legislativo; a de executar as leis, isto é, de implementá-las, além de resolver problemas e administrar os serviços públicos (como os de educação, saúde, estradas e etc.), que cabe ao Executivo; e a função de aplicar o direito aos casos concretos, julgando e resolvendo conflitos que surgem na sociedade, seja sobre as leis, as pessoas e o Estado, ou sobre qualquer um deles entre si – função do poder Judiciário.

Além disso, para atingir a harmonia entre os poderes, como previsto no Art.2º da Constituição Federal, a tripartição exerce outra função institucional, conhecida

alguma coisa”. (SIEYES, E. **Qu’est-ce que le Tiers état?** Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi. Genève: Librairie Droz-Genève, 1970. p. 119).

como “freios e contrapesos”. Significa que cada um dos três poderes também atua para fiscalizar e coibir os excessos dos outros, através de mecanismos de fiscalização e responsabilização recíprocos (DIMOULIS, 2008. p. 145-146), além da colaboração e do consenso que se espera deles.

Para ilustrar: o Judiciário pode declarar inconstitucional determinada lei criada pelo Legislativo, fazendo com que ela não tenha mais efeito, assim como o chefe do Executivo pode vetar projetos de lei; já o Legislativo aprova ou reprovava as contas e gastos públicos do Executivo, podendo processar e julgar o chefe do Executivo no caso de crime de responsabilidade, assim como aconteceu no caso do *Impeachment* da Ex-Presidente Dilma Rousseff (julgada pelo Senado Federal). Esses são apenas alguns exemplos entre outros. Dessa forma, com esses “contrapesos”, nenhum dos poderes se torna absoluto no exercício de sua função, ao passo que tendem a um equilíbrio entre si, “freando” eventuais abusos.

Por fim, cabe alertar que cada um desses órgãos também realiza, em menor medida, funções atípicas de seu poder (ou seja, funções que normalmente pertencem aos outros poderes). Por exemplo: o Presidente da República (que pertence ao Executivo) pode criar Medidas Provisórias que funcionam como leis (no entanto, a criação de leis é função típica do Legislativo). O Senado Federal, órgão Legislativo, julga o Presidente da República diante de um crime de responsabilidade (mas a função de julgar, em regra, é reservada ao Judiciário). Por sua vez, o Judiciário exerce função atípica do Executivo quando administra seu sistema e concede férias e licenças aos magistrados e serventuários da Justiça.

É desse modo que o poder político de tomar as decisões públicas e conduzir a sociedade, nos moldes da lei, reparte-se em três órgãos (tripartição) que desempenham as funções típicas de governo, devendo atuar de modo independente e harmônico entre si. Essa tripartição é o que impede a concentração de poder em uma única pessoa ou órgão, evitando, ou ao menos diminuindo os riscos de abuso por parte das autoridades, e assim, garantindo as liberdades públicas, ao passo que viabiliza a própria existência em sociedade.

3 A TRIPARTIÇÃO NO FEDERALISMO BRASILEIRO: DIVISÃO, EXERCÍCIO E REPRESENTAÇÃO NA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS

Em regra, o exercício do poder ser dá por meio de representantes que atuam no Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas como eles chegam lá? E o que devem fazer? Primeiro, é preciso lembrar que a forma do Estado brasileiro é a federação, pela qual o país se divide em esferas autônomas de organização político-administrativa (Art. 18, da CF/88). Isto é, há três níveis de governo atuando conjuntamente no território brasileiro. Os Municípios, os Estados e a União – e o Distrito Federal (DF).⁶⁹ Juntos, eles compõem o Estado Federal. Todos possuem autonomia para eleger seus representantes, criar suas leis, gerir seus recursos, administrar seus governos e sistemas de justiça dentro de suas competências e jurisdições.⁷⁰ Essa divisão espacial e política resume o federalismo (SILVA, 2014, p. 101-102), que se estrutura como ilustrado na tabela abaixo.

Tabela 1 – Tripartição de poderes no federalismo brasileiro

Ente Federado/Poder	Legislativo	Executivo	Judiciário
União	Congresso Nacional (Câmara dos Deputados + Senado Federal)	Presidente e Vice-Presidente da República	STF + STJ + TST + CNJ + STM + TSE + Tribunais Federais e todos os seus Juízes
Estados/ DF	Assembleia ou Câmara Legislativa	Governador e Vice-Governador	Tribunal de Justiça e Juízes de Direito
Municípios	Câmara Municipal	Prefeito e Vice-Prefeito	Juízes de Direito estaduais

Fonte: BRASIL (1988).

⁶⁹ O Distrito Federal é único. Conforme Art. 32, da Constituição Federal, ele congrega características típicas dos Municípios e dos Estados ao mesmo tempo. Assim, possui competência para editar leis sobre matéria que caiba a esses dois entes. No entanto, ao contrário dos Estados, não possui uma Constituição Estadual, e sim uma Lei Orgânica, como os Municípios. Mas é administrado por um Governador e não por um Prefeito, como os Estados.

⁷⁰ “**Jurisdição** – (do latim: *juris* = direito; *dicere* = dizer) significa o poder de dizer o direito que a Constituição dá aos órgãos; função do Estado, exercida por meio de um juiz dentro de um processo para solução de um litígio. Pode ser definida em função da área geográfica, por exemplo: Tribunais Estaduais, com poder só no Estado de atuação ou da matéria (p. ex., Juízes e Tribunais do Trabalho, com poder de dizer o direito só em assunto de Direito do Trabalho”. (GUIMARÃES, D. T. (Org.). **Dicionário técnico-jurídico**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 408).

A União é a junção de todos os entes (Estados, Municípios e Distrito Federal). Sua área de atuação é o Estado Federal (todo o território brasileiro). Então, quando se fala em União, a referência será sempre de interesse nacional, pois envolve todos os brasileiros. Nela, a função de legislar é exercida pelo Congresso Nacional, na Capital Federal, Brasília. O Congresso, cuja função típica é a criação das Leis Federais e das Emendas Constitucionais, divide-se em duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (Art.44, CF/88).

A Câmara representa o povo, e é composta por Deputados Federais. O número de Deputados é proporcional ao número de eleitores em cada Estado Federado: quem tem mais eleitores elege mais representantes, sendo que o mínimo é de 8 Deputados Eleitos (como o Acre) e o máximo 70 (ex.: São Paulo), com mandato de quatro anos (Art.45, CF/88). O Senado representa os Estados (como Piauí ou Paraná), e seus representantes são os Senadores, eleitos em número de 3 para cada Estado, com mandato de 8 anos (Art.46, CF/88).

O Presidente da República é o Chefe do Governo (Executivo) federal e também Chefe de Estado, representando o país no exterior. Ele e o Vice-Presidente são eleitos em votação direta para mandato de quatro anos. Cabe a eles editar decretos, administrar os cofres e a economia federal, declarar guerra, comandar as Forças Armadas, e etc. (Art.83, CF/88).

Já o Judiciário federal possui o poder de julgar e resolver conflitos de interesses da União (ex.: causas que envolvam empresas da União, como a Petrobrás); conflitos com pessoas ou países estrangeiros; causas que envolvam a Constituição ou leis federais; entre outros. Seus representantes são os juízes (magistrados), que atuam no Conselho Nacional de Justiça, nos Tribunais Federais e Superiores (Superior Tribunal Militar; Tribunal Superior do Trabalho; Tribunal Superior Eleitoral; Superior Tribunal de Justiça; e Supremo Tribunal Federal). O ingresso na magistratura se dá por concurso público (Art. 92 e Art. 93, da CF/88).

A estrutura federal se reflete nas outras esferas de governo de forma simétrica, reproduzindo essa divisão. Assim, os Estados Federados regem-se por suas próprias Constituições Estaduais (e o Distrito Federal por Lei Orgânica). Quanto à tripartição de poderes, nos Estados e DF, o poder Legislativo é exercido pelas Câmaras ou Assembleias Legislativas, composta por Deputados Estaduais ou Distritais, eleitos para mandatos de quatro anos. A eles cabe legislar e fiscalizar o Executivo no plano estadual (Art.25 e Art.27, CF/88).

O Poder Executivo é exercido pelos Governadores e Vice-Governadores de Estado e do Distrito Federal, eleitos para mandatos de quatro anos (Art.28, CF/88). Suas atribuições são similares ao do Presidente da República, mas sua competência é restrita ao espaço geográfico do Estado em que atua. O Governador representa o Estado e administra suas finanças, além de cuidar de serviços como segurança pública. Aliás, é o Governador quem detém o controle da Polícia Militar e civil de seu Estado (Art. 144, § 6º da CF/88).

Cada Estado organiza seu próprio sistema de Justiça, podendo até criar sua Justiça Militar estadual (Art.125, da CF/88). O Judiciário estadual é exercido pelos Tribunais de Justiça e seus Juízes, espalhados nas Comarcas.⁷¹ Para tornar-se Juiz de Direito é preciso ser bacharel em Direito e ingressar na magistratura através de concurso público.

Por último: os Municípios. Ao contrário dos Estados, os Municípios não possuem Constituição, mas uma Lei Orgânica (Art.29, da CF/88) que funciona mais ou menos como a Constituição, servindo para organizar administrativamente o Município e suas repartições. O poder Legislativo Municipal é exercido pela Câmara Municipal, na figura dos Vereadores, eleitos pelos eleitores municipais, para mandato de quatro anos. Cabe a eles, sobretudo, criar leis de interesse local, fiscalizar e aprovar as contas da Prefeitura (Art.30 e 31, da CF/88).

O Executivo Municipal é exercido pela Prefeitura do Município, cujos representantes são o Prefeito e o Vice-Prefeito, eleitos a cada quatro anos por votação direta (Art. 29, I, da CF/88). Sua principal função é administrar as finanças municipais e executar serviços públicos de interesse local, como os de coleta de lixo, fornecimento de transportes e de educação básica. Quanto ao Judiciário, não existem Juízes municipais. São os Juízes de Direito dos Estados que atuam nas localidades municipais, inseridas nas Comarcas.

⁷¹ “**Comarca** – Circunscrição judiciária sob a jurisdição de um ou mais juízes de Direito; território demarcado no âmbito do qual o juiz exerce sua competência em função do lugar. Cada Estado tem seu território dividido em comarcas, que podem abranger um ou mais municípios”. (GUIMARÃES, D. T. (Org.). **Dicionário técnico-jurídico**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 191).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que o poder realmente emane do povo é preciso que os representantes cumpram legitimamente as expectativas dos representados. E para isso, a soberania popular deve ser exercida de modo consciente, pautada na educação política do povo e numa constituição que garanta a igualdade de todos perante a lei. Assim, entender a razão de ser das instituições políticas e sua forma de distribuição no país é fundamental para cobrarmos as atitudes corretas das pessoas corretas, evitando a concentração e os desvios de poder que se busca evitar desde o fim do absolutismo.

Por isso tentou-se demonstrar o porquê de existir uma Constituição, a tripartição dos poderes em funções distintas e quais são seus representantes, apontando como essa estrutura se reparte simetricamente nas três esferas de governo do federalismo brasileiro. Mas, se por um lado esses instrumentos cumprem o propósito de distanciar-nos da tirania, por outro, eles dependem do engajamento popular para que sejam sempre mais efetivos. E, se “o preço da liberdade é a eterna vigilância”, como teria dito Thomas Jefferson, ao povo cabe vigiar as instituições para que ele continue a emanar, e não apenas a refletir o poder soberano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

CREVELD, M. V. **The rise and decline of the state**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

DALLARI, D. A. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAHL, R. A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da Tradução: Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DIMOULIS, D. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, W. M.; CASTRO, C. L. B.; TAVARES, A. R. (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

RANIERI, N. B. S. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.

RIBEIRO, R. J. Hobbes: o medo e a esperança. In: **Os clássicos da política**. WEFFORT, F. C. (Org.). São Paulo: Ática, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ÀS MEDIDAS TERAPÊUTICAS: UMA NOVA ABORDAGEM DA SAÚDE MENTAL DO LOUCO INFRATOR

Patrícia de Paula Queiroz Bonato⁷²
Mateus da Cunha Silva⁷³

INTRODUÇÃO

A discussão do direito à saúde no ambiente penitenciário insere-se em um contexto indiscutivelmente emblemático, no qual estão solidamente estabelecidas barreiras financeiras, arquitetônicas, de capacitação, hierárquicas, mas, principalmente, culturais no que tange ao cuidado à saúde dos presos no geral.

A efetivação do direito à saúde mental talvez seja um dos maiores gargalos verificados na execução penal não somente das penas privativas de liberdade, mas em maior grau das medidas de segurança, que ainda são majoritariamente executadas nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico- HCTP.

Esses locais são fruto de uma abordagem biodeterminista das pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei, que as considerava detentoras de uma criminalidade nata⁷⁴. Essa concepção, por negar o livre arbítrio, comprometia o próprio julgamento da responsabilidade penal dos indivíduos e apontava como solução a segregação desses criminosos do convívio social.

Ainda que as teorias da criminalidade nata tenham conseguido abrigo na prática judiciária, já em meados do século XX os próprios defensores da construção dos manicômios judiciários no Brasil reconheceram que essa instituição não mais servia à contenção dos loucos infratores (CARRARA, 2010, p. 27).

Assim, após a promulgação da Lei 10.216/01 (Lei Antimanicomial), o processo de internação tornou-se, paulatinamente, a última opção entre as formas de abordagem psiquiátrica, o que provocou a progressiva extinção dos manicômios judiciários no país.

Em janeiro de 2014, mais um passo foi dado em direção à desinstitucionalização, pois uma nova agenda de assistência à saúde mental foi instituída pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de

⁷² Advogada e Professora do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal- FESL. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FDRP/USP.

⁷³ Graduando em Direito pela Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal- FESL.

⁷⁴ Cesare Lombroso foi o grande expoente da antropologia criminal.

Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP, política pública que garante aos presos⁷⁵ o acesso efetivo, em todos os níveis de complexidade, aos serviços do Sistema Único de Saúde- SUS.

Conjuntamente à PNAISP, foi estabelecido, por meio da Portaria n. 94 do Ministério da Saúde, o Serviço de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei- EAP, que inaugura o novel paradigma de tratamento das pessoas que, comprovada ou presumidamente, apresentem transtornos mentais.

Ainda assim, estima-se que, atualmente, existem no Brasil mais de 4.500 presos com transtorno mental e 29 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (BRASIL, 2014b, p. 8), realidade que incrementa a relevância no estudo desse tema.

1 A RESPOSTA (PENAL) TRADICIONAL AOS DELITOS COMETIDOS PELOS LOUCOS INFRATORES

Tradicionalmente, as pessoas com sofrimento mental que praticassem crimes eram encaminhadas aos manicômios judiciários, verdadeiras instituições totais⁷⁶ que, segundo afirmam estudiosos da antropologia, não foram primordialmente arquitetados para abrigar tais pessoas, mas sim para afastar da sociedade uma espécie de criminalidade considerada “nata” ou “degenerada” (CARRARA, 2010, p. 27).

O histórico de maus-tratos vivenciados nos antigos manicômios judiciários resultou na promulgação da Lei Antimanicomial (Lei 10.216/01), legislação que tornou o processo de internação a última opção entre as formas de abordagem psiquiátrica.

Assim, os manicômios judiciários foram progressivamente extintos com a implantação dos Centros de Atenção Psicossocial- CAPs, restando apenas como resquício desse modelo manicomial os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico- HCTP⁷⁷ (SANTOS, 2015).

⁷⁵ De acordo com a Portaria Interministerial nº 1/2014, entende-se por pessoas privadas de liberdade no sistema prisional aquelas com idade superior a 18 (dezoito) anos e que estejam sob a custódia do Estado em caráter provisório ou sentenciados para cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança.

⁷⁶ Esse conceito foi idealizado por Erving Goffman, sociólogo canadense que, em pesquisa etnográfica realizada no *St. Elizabeths Hospital*, em Washington, identificou como o processo de segregação atua sobre o indivíduo confinado, e quais são os comportamentos observados nessas situações, independentemente do motivo que levou ao isolamento – punição, doença mental ou vocação.

⁷⁷ O relatório do Conselho Nacional de Justiça realizado em junho de 2014 apurou que ao menos 4.500 pessoas com transtorno mental em conflito com a lei estão custodiadas pelo Estado brasileiro, sendo que 85% destas encontram-se em HCTP e Alas de tratamento psiquiátrico (BRASIL, 2014b, p. 8)

Atualmente, as medidas de segurança são a resposta penal aos crimes cometidos por indivíduos inimputáveis em razão de doença mental, ou seja, pelos ditos “loucos infratores”. Trata-se de patologias inatas ou de origem toxicológicas que suprimem desses agentes a capacidade de compreensão do caráter ilícito de suas condutas, razão pela qual são considerados inimputáveis, ou seja, sobre os quais não será atribuída responsabilização penal.

O art. 26 do Código Penal (Lei nº 2848/1940) isenta tais indivíduos de pena, impondo-lhes, então, as chamadas medidas de segurança.

Importante desde já ressaltar que, a despeito da existência de certa similitude entre as respostas penais por parte do Estado, nossa legislação penal atualmente vigente prevê apenas três espécies de pena, quais sejam, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as de multa; ou seja, as medidas de segurança não são consideradas uma sanção penal.

Previstas no art. 96 do Código Penal, as medidas de segurança são impostas de duas formas diferentes, sendo a primeira delas a internação em hospitais de custódia, nos casos mais graves, ou por meio de sujeição a tratamentos ambulatoriais no SUS.

A internação se dá em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP), sendo também conhecida como medida detentiva, e é aplicada aos agentes inimputáveis.

O HCTP é uma instituição controlada pelo próprio governo estadual e não tem vínculo direto com o Ministério da Saúde, pois faz parte do sistema penitenciário.

Sua finalidade é garantir o tratamento psiquiátrico desses agentes⁷⁸ preservando seus direitos humanos e sua dignidade pessoal com o oferecimento de um tratamento adequado. Mas o principal objetivo é a ressocialização do paciente, para que este retorne ao convívio familiar e social em seu perfeito estado mental.

No entanto, uma das grandes críticas do modelo da hospitalização recai na indeterminação do tempo de internação, pois apenas se prescreve que o tratamento deve durar enquanto não cessar a periculosidade:

Com efeito, começa-se a sustentar, atualmente, que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo de pena abstratamente cominada ao delito (...) pois esse seria o “limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida” na liberdade do indivíduo, embora não prevista expressamente no Código Penal, adequando-se à proibição constitucional do uso da prisão perpétua. Assim, superado o lapso temporal

⁷⁸ Ainda é possível a internação quando o indivíduo condenado à pena privativa de liberdade for acometido de doença mental durante o cumprimento da pena, devendo o mesmo ser transferido para um HCTP.

correspondente à pena cominada à infração imputada, se o agente ainda apresentar sintomas de sua enfermidade mental, não será mais objeto do sistema penal, mas um problema de saúde pública, devendo ser removido e tratado em hospitais da rede pública, como qualquer outro cidadão normal (BITENCOURT, 2014, p. 864).

Contudo, quando se tratar de delito punível com detenção, o juiz deverá observar se as condições pessoais do agente são compatíveis com a aplicação do tratamento ambulatorial que pode ser convertido em internação quando se fizer necessário. O tratamento ambulatorial, diferentemente da internação, é realizado através do SUS.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PRISIONAL

No Brasil, a efetivação do direito à saúde de forma universal, equitativa e integral é garantida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme preconizam a Constituição Federal, no art. 196, e a Lei Orgânica da Saúde- Lei n. 8.080/90.

O reconhecimento formal desse direito, expresso no art. 6º de nossa Magna Carta, como um direito humano fundamental contextualiza-se na chamada classe de direitos de segunda geração ou direitos sociais, o que implica a sua extensão a todos os cidadãos indistintamente.

Ademais, significa também que, como direito social, pode o direito à saúde ser exigido do Estado por meio de ações efetivas de promoção, prevenção e recuperação da saúde.

No ambiente prisional, a garantia ao direito à saúde permanece inalterada e com a mesma previsão do texto constitucional, pois os presos conservam a sua condição de cidadãos, devendo suportar restrições apenas em alguns aspectos de sua situação jurídica, tais como a privação da liberdade e a suspensão dos direitos políticos, mas jamais serem privados dos demais direitos fundamentais.

Em matéria de saúde prisional, a Constituição Federal exige categoricamente, no art. 5º, XLIX, o respeito à integridade física e moral dos presos, o que deixa nítido o comprometimento com a saúde física, mas também mental, daqueles que cumprem pena privativa de liberdade ou medida de segurança.

Historicamente, a atenção à saúde prisional no Brasil tem sido feita sob uma ótica reduzida, na medida em que as ações desenvolvidas nos presídios e demais instituições totais limitam-se àquelas voltadas para doenças sexualmente transmissíveis (DST), redução de danos associados ao uso abusivo de álcool e de outras drogas,

enquanto são apurados, nos ambientes prisionais, altos índices de outras doenças mais, como tuberculose, pneumonias, dermatoses e transtornos mentais (BRASIL, 2004).

No entanto, a preocupação com a saúde da população privada de liberdade tem ocupado as esferas governamentais que, nos últimos anos, envidaram esforços intersetoriais com vistas à concretização desse direito, cujos principais expoentes são o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário- PNSSP, instituído em 2003 e extinto em 2010, e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP, instituída em 2014 e em vigor até os dias atuais.

3 O NOVO MARCO JURÍDICO EM SAÚDE (PRISIONAL) MENTAL: POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO INTEGRAL À SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NO SISTEMA PRISIONAL- PNAISP

Por meio da Portaria Interministerial nº 01, de 02 de janeiro de 2014, foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP, pela qual a população prisional passou a ser formalmente inserida na cobertura do Sistema Único de Saúde, de forma integral e em todos os níveis de complexidade.

Trata-se da mais recente política pública em saúde nos presídios que, fruto da iniciativa conjunta dos Ministérios da Saúde e da Justiça, representa uma grande inovação em matéria de saúde prisional, pois assegura a saúde dos detentos de modo integral, contemplando todo o itinerário carcerário: delegacias e distritos policiais, cadeias públicas, penitenciárias, colônias agrícolas ou agroindustriais, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, penitenciárias federais.

Contudo, a adesão à PNAISP é facultativa, e até o presente momento 23 Estados e 232 municípios aderiram à Política⁷⁹.

3.1 O Serviço de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei (EAP)

Como visto, desde a promulgação da Lei Antimanicomial foi-se delineando um modelo de progressiva humanização na atenção à saúde mental das pessoas em conflito com a lei.

⁷⁹ Dados disponíveis em:

<http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/adesao_a_PNAISP.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2019.

No contexto da implementação da PNAISP, também no ano de 2014 foi lançada a Portaria n. 94 do Ministério da Saúde, que prevê o oferecimento de um serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas no âmbito do SUS. Trata-se de uma atitude concreta na promoção do processo de desinstitucionalização nos hospitais de custódia.

O serviço de avaliação e acompanhamento das medidas terapêuticas é destinado à pessoa que, presumida ou comprovadamente, apresente transtorno mental e que esteja em conflito com a lei sob inúmeras condições, esteja apenas indiciada criminalmente, cumprindo pena privativa de liberdade ou medida de segurança, que pode já ter sido extinta ou estar liberada condicionalmente, nos termos do art. 2º da Portaria nº 94.

Referido serviço é composto por uma Equipe de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas- EAPS, que são equipes multiprofissionais que têm como principal finalidade o acompanhamento da execução da pena e das medidas de segurança e o resgate dos vínculos entre pacientes e familiares.

As internações podem ocorrer de modo voluntário, quando o agente solicita a sua própria internação; de modo involuntário, quando um terceiro, geralmente um familiar, solicita a internação do agente; ou compulsoriamente, quando há determinação judicial expressa nesse sentido. Em todas as hipóteses, é necessário que haja um laudo médico que comprove a necessidade da internação e, sendo esta medida realizada, é necessário que o local da internação atenda aos requisitos legais previstos no artigo 2º da Lei 10.216/2001.

Não é necessário que o ente federativo esteja credenciado na PNAISP para implantar a EAP, basta que nela esteja qualificado, pois a EAP é apenas um instrumento da Política Nacional utilizado para facilitar a reinserção do agente com transtorno mental à sua comunidade (BRASIL, 2014b, p. 28).

3.2 A implementação das medidas terapêuticas no contexto do Projeto Terapêutico Singular

Com a instituição dessa novel modalidade de atendimento dos indivíduos com transtornos mentais em conflito com a lei, espera-se a efetivação de um projeto terapêutico de base preferencialmente comunitária, viabilizado pela atuação de equipes multiprofissionais inscritas no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde- SCNES.

O Projeto Terapêutico Singular- PTS- representa o conjunto de propostas de condutas terapêuticas proveniente da sistematização das discussões construídas entre a equipe multiprofissional e o usuário (BRASIL, 2010, p. 36).

Tais equipes são compostas por cinco categorias de profissionais⁸⁰, que cumprirão carga horária de 30 horas semanais junto a postos de saúde, CAPs, Hospital

⁸⁰ As áreas de formação desses profissionais são enfermagem, medicina (psiquiatria ou médico com experiência em saúde mental), psicologia, serviço social e um profissional com formação em ciências

Dia, unidades móveis e outras unidades do SUS que não sejam HCTP ou unidades prisionais (BRASIL, 2014b, p. 16).

Além do acompanhamento da execução das medidas terapêuticas, dentre as atribuições da EAP estão o apoio à constituição e à capacitação dos profissionais da saúde e da justiça, o fortalecimento das redes locais de assistência para o tratamento em meio aberto, bem como a promoção da desinternação progressiva.

É interessante destacar que as medidas terapêuticas são aplicáveis não apenas aos indivíduos que comprovadamente apresentem transtornos mentais, mas também aos acusados em cujos processos tenha sido instaurado o incidente de insanidade mental; no curso de inquérito policial ou mesmo após a extinção da medida de segurança.

Como se observa, são notórios os esforços do Ministério da Saúde com vistas à implementação do modelo assistencial indicado pela Lei Antimanicomial.

Ademais, a efetivação do direito à saúde prisional amplamente considerada demanda uma articulação entre os atores da saúde e da justiça. Se implementada de acordo com o estabelecido em ambas as Portarias, a EAP se constituirá em um importante conector dos órgãos da Justiça, da equipe multiprofissional da PNAISP e de toda a comunidade envolvida na execução das medidas terapêuticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A administração pública brasileira tem demonstrado, a partir da implementação da PNAISP em conjunto com a da Portaria nº 94, ter realizado grandes avanços em relação à promoção da saúde no contexto prisional e institucional. No entanto, tais iniciativas ainda estão em estágio inicial de instituição, o que exige enormes esforços por parte dos agentes públicos, tanto da seara da saúde quanto da justiça e segurança.

No que tange à saúde mental, toda a discussão deve necessariamente perpassar pela consideração dos âmbitos da Justiça e da Segurança Pública, mas especialmente da Saúde, pois trata-se de indivíduos que são duplamente estigmatizados: são infratores e “loucos” (CORREIA, 2007, p. 39), o que exige a conjugação de esforços não somente jurídicos, mas especialmente médicos.

Um dos principais obstáculos à consecução do previsto na Portaria nº 94/2014 talvez resida no monitoramento e avaliação das medidas terapêuticas, pois não há ainda um sistema de informação desse serviço implantado no âmbito prisional nos

moldes em que já existe no âmbito do SUS. Com isso, torna-se difícil acompanhar os avanços desta que é uma verdadeira política pública em matéria de saúde prisional.

Ao menos estamos diante de um caminho promissor com vistas ao restabelecimento (humanizado) do convívio social de pessoas que foram e são, ainda hoje, segregadas e duplamente estigmatizadas no contexto do crime.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014a. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação de Saúde no Sistema Prisional. **Serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei**. Brasília: Ministério da Saúde, 2014b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. **Acolhimento nas práticas de produção de saúde**. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderno_textos_cartilhas_politica_humanizacao.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

CARRARA, S. L. A história esquecida: os manicômios judiciais no Brasil. **Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano**, v. 20, n. 1, p. 16-29, 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19939>>. Acesso em: 11 out. 2017.

SANTOS, A. L. G.; FARIAS, F. R.; PINTO, D. S. Por uma sociedade sem hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. **História, Ciências, Saúde**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1215-30, out./dez. 2015.

INFIDELIDADE E DIVÓRCIO: O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS A EX- CÔNJUGES

Patrícia de Paula Queiroz Bonato⁸¹
Ivan Bortolin Ferreira⁸²

INTRODUÇÃO

O instituto do divórcio sofreu diversas modificações desde a década de 70, após aprovação da Emenda Constitucional- EC nº 09/1977, cujas alterações no antigo texto constitucional flexibilizaram, ainda que sem muito sucesso na prática, a separação de casais no Brasil.

Após essa mudança, os casais apenas conseguiriam se divorciar caso estivessem separados de fato há cinco anos ou, então, separados judicialmente por pelo menos três anos para que ocorresse o chamado divórcio indireto. Em ambos os casos, havia a perquirição de culpa pelo fim do casamento, averiguação essa que redundava em inúmeros desgastes tanto para o casal já fragilizado, como também para os juízes de direito, que dificilmente conseguiam apontar o culpado pelo fim da relação.

Com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), o procedimento do divórcio foi regulado de maneira diferente e um pouco mais flexível. Para se divorciar, o casal tinha duas opções: a primeira delas consistia em comprovar a separação de fato (separação de corpos) notória por pelo menos dois anos para ajuizar uma ação de divórcio.

A outra alternativa residia no pedido judicial de separação que, um ano após a decisão declaratória do juiz, se convertia em divórcio. Novamente, a culpa envolvia o rompimento do casal.

Em 2007, novo avanço foi observado a partir da Lei 11.441/2007, que versou sobre a possibilidade do divórcio em cartório, na presença do tabelião e de um advogado, desde que não haja filhos menores de idade e litígio no processo de divórcio.

⁸¹ Advogada e Professora do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal- FESL. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FDRP/USP.

⁸² Graduando em Direito pela Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal- FESL.

Porém, foi no ano de 2010 que as mudanças mais significativas no assunto foram sentidas, já que todo o procedimento de separação prévia ao divórcio tornou-se dispensável após a EC nº 66, que alterou a redação do art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988 e que hoje estabelece que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, extirpando de nosso ordenamento jurídico o instituto da separação e, com ele, indiretamente também a inferência da culpa.

A averiguação da culpa de um dos consortes pelo término do relacionamento implicava em inúmeras consequências jurídicas, tais como sucessórias, de separação de bens e de responsabilidade ou não pelo pagamento de pensão alimentícia, tema que será debatido no presente artigo.

O art. 1.704, do Código Civil brasileiro dispõe sobre a obrigatoriedade do cônjuge separado judicialmente ao pagamento de pensão ao cônjuge necessitado e não declarado culpado na ação de separação. O parágrafo único do dispositivo excepciona essa regra geral, indicando que o dever de prestar alimentos permanece para o cônjuge culpado que não possuir parentes ou condições para o trabalho.

Tendo em vista que, desde a aprovação da EC nº 66/2010, a maioria da doutrina entende pela inexistência da pertinência da culpa nos processos de divórcio, e diante da vigência do art. 1.704, CC, o presente artigo consistirá na análise do entendimento jurisprudencial predominante nesse assunto, a fim de saber como os Tribunais têm se posicionado diante desse imbróglio.

1 A EC N. 66/2010 E A DESBUROCRATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DIVÓRCIO NO BRASIL

A partir da Emenda Constitucional n. 66/2010, eliminou-se do direito civil brasileiro o instituto da separação. Ou seja, a emenda eliminou os prazos temporais, de modo que atualmente os casais não precisam mais se separar para se divorciarem, sendo necessário apenas o divórcio para colocar fim ao laço matrimonial.

O novo século esboçou uma realidade que difere de todas as anteriores e que corrobora a comentada Emenda Constitucional: o número de divórcios aumentou significativamente. De acordo com pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), à época de tramitação da Emenda, e veiculada pelo jornal Estadão, a taxa de divórcios já superava a de separações no período compreendido entre 1998 e 2008 (FARID, 2009).

Segundo os estudos, isto se devia a uma maior aceitação do processo divorcista no Brasil, somada ao acesso mais facilitado aos serviços da Justiça em relação aos anos anteriores.

Porém, o processo de divórcio ainda é acompanhado de algumas dúvidas na prática, a maioria delas advindo da incerteza quanto à existência ou não de reflexos jurídicos quando o fim do relacionamento é motivado por descumprimento dos deveres matrimoniais, especialmente os deveres de fidelidade, respeito mútuo e não abandono do lar, uma vez que a possibilidade de averiguar a culpa pelo fim do casamento, supostamente, deixou de existir.

A doutrina aponta que a natureza jurídica do divórcio é a de declaração unilateral de vontade, cujos requisitos de validade são exclusivamente aqueles gerais de qualquer ato jurídico ordinário. Assim, a opinião e a posição eventualmente adotada por um dos cônjuges são despidas de qualquer relevância jurídica, na prática (FÜHRER, 2010).

Desse modo, não faz sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima ou psíquica, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais, é apenas o sintoma do fim (FACHIM, 1999, p. 179).

O legislador foi omissivo na alteração oriunda da Emenda nº 66/2010, e abriu espaço para que a doutrina e a jurisprudência preenchessem as lacunas da lei.

Diante disso, uma relevante questão sobre a qual ainda pairam inúmeras dúvidas está em conhecer os limites à aplicação do artigo 1.704 do Código Civil, que dispõe:

Art. 1.704, CC: Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

A partir da leitura do dispositivo contextualizada no novo paradigma instituído pela EC nº 66/2010, questiona-se quanto à obrigatoriedade de o ex-cônjuge traído de prestar alimentos ao ex- consorte que descumpriu o dever conjugal de

fidelidade, tendo em vista a perda da importância da discussão de culpa nos processos de divórcio, bem como a natureza jurídica da pensão alimentícia.

1.1 O fim da culpabilidade matrimonial nos processos de divórcio

Seria o Estado capaz de, por intermédio das leis ou do entendimento das doutrinas de Direito, definir o conceito de culpa em uma relação íntima entre duas pessoas? É negável a complexidade do casamento enquanto instituto social, moral e jurídico.

Com o passar dos anos, junto à atenuação da interferência do Estado na vida íntima dos casais, o Judiciário foi aceitando que uma relação pessoal chega ao fim “não tanto por culpa, mas por responsabilidade de ambas as partes, seja porque não cuidaram, seja porque simplesmente o amor acabou, ou porque o desejo se deslocou” (PEREIRA, 2012, p. 242).

Não se trata, portanto, de uma resposta acessível a um juiz de direito, muito menos em um processo judicial geralmente projetado em um modelo adversarial, e que sequer conhece (e assim deve ser) qualquer das pessoas envolvidas.

Na vã tentativa de identificar a culpa pelo fim, muitos doutrinadores citavam como fator de culpabilidade matrimonial condutas desonrosas, como agressão, adultério e abandono do lar, que supostamente configurariam a culpa pelo fim do casamento.

A mudança operada pela EC nº 66/2010 levou em conta princípios como os da dignidade da pessoa humana, igualdade material e familiar, liberdade, autodeterminação afetiva e intimidade, o que contribuiu para a consagração do que hoje se reconhece por direito de família mínimo. O Estado deve intervir minimamente nas relações familiares (ROSENVALD; FARIAS, 2011, p. 110)⁸³.

Assim, a análise do mérito da culpa nos processos de divórcio representa, hoje, uma interferência indevida do Estado em assuntos privados.

⁸³ A exemplo da Alemanha e Itália, países que, apesar da forte intervenção estatal motivada pelo nacionalismo e pelo regime totalitário, hoje contemplam um dos ordenamentos jurídicos mais avançados em Direito de Família, sem muita imposição estatal na vida privada (PEREIRA, 2010, p. 183).

2 O DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE RECÍPROCA E A (IR) RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

O casamento é o instituto mais tradicional no direito de família, e diversos são os posicionamentos quanto à sua natureza jurídica. Para alguns doutrinadores, apoiados em uma visão institucionalista, o casamento é uma instituição social com forte carga moral e religiosa.

Para a teoria contratualista, por outro lado, o casamento seria um negócio jurídico dependente única e exclusivamente da livre manifestação de vontade das partes, e que seria avaliado no plano da existência, eficácia e validade.

Haveria, ainda, um terceiro posicionamento doutrinário que considera o casamento como instituição quanto ao conteúdo, mas também um contrato especial em sua formação, que é a teoria mista ou moderada. Para os defensores dessa concepção, a autonomia da vontade das partes se resumiria à liberdade na escolha do parceiro, do regime de bens e quanto à permanência ou não na sociedade familiar. No entanto, a essência liberal contratualista estaria afastada quanto à obediência dos deveres impostos por quem se casa.

Nesse sentido, o Código Civil prevê expressamente, no art. 1.566, I, o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, bem como o de lealdade ao companheiro (art. 1.724), o que automaticamente leva ao questionamento quanto ao cabimento, ou não, de indenização por danos morais decorrente de violação de quaisquer desses deveres.

Trata-se de um dever em igual medida exigido de ambos os cônjuges porque, no passado, a conduta supostamente infiel praticada pela mulher era considerada mais grave que a do homem; no conceito de alguns expoentes do direito de família, a infidelidade pode ser delimitada como:

A infidelidade ocorre pelo adultério, que é a manutenção de relação sexual com terceira pessoa, e também pelo quase-adultério, que é o comportamento do cônjuge que demonstra a intenção de satisfação do instinto carnal, sem a comprovação da cópula. Basta que fique demonstrado o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal. Isto porque a lei não particulariza o dever de fidelidade no ato sexual de um dos cônjuges fora do casamento, sendo, ao contrário, genérica (SILVA, 2017).

É inegável que o fim de todo relacionamento é marcado por decepções e frustrações, que se agudizam quando o motivo da separação do casal é uma infidelidade praticada por um dos consortes.

A comprovação de infidelidade conjugal leva, indiscutivelmente, a prejuízos psicológicos, emocionais e morais, que sequer demandariam prova no caso concreto. Mas, no plano da prática jurídica, todas as alegações devem ser provadas, e a identificação do nexo causal do dano não é tão simples assim.

Assim, o entendimento majoritário dos Tribunais é no sentido de que a infidelidade, por si só, não gera direito à indenização, que apenas será cabível quando houver, no ato da traição, uma grave exposição ou humilhação do cônjuge traído, ou seja, a indenização não decorrerá do descumprimento dos deveres de fidelidade e lealdade, mas sim da violação de um direito da personalidade da pessoa traída, que teve sua imagem ou honra objetiva comprometidas.

Ademais, a comprovação da repercussão do dano na esfera do cônjuge traído também é fundamental para mensurar o valor da indenização moral, de sorte que esta deverá ser fixada levando-se em conta a situação econômica da vítima e a real potencialidade de desestimular o ofensor a novas práticas.

Nesse contexto, cabe recordar que a prática do adultério era considerada um crime até pouco tempo atrás, quando a Lei 11. 605/05 modificou o Código Penal vigente e aboliu de nossa legislação esse fato típico, cujo bem jurídico tutelado era, ao menos em tese, a organização jurídica da família e do casamento.

Na temática de indenização moral por descumprimento do dever de fidelidade, tramita na Câmara dos Deputados o PL 5716/16, de autoria do deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB), que prevê condenação por danos morais ao cônjuge infiel⁸⁴.

3 O DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS A EX-CÔNJUGE NO DIREITO BRASILEIRO: EXCEPCIONALIDADE E TEMPORALIDADE

Em relação às modificações operadas pelo fim da culpabilidade matrimonial, inúmeros dispositivos do Código Civil, mesmo vigentes, permanecem sem muito fundamento prático em nosso ordenamento.

⁸⁴ O trâmite parlamentar pode ser acompanhado pelo endereço eletrônico: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090162>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

O art. 1.704, *caput* e parágrafo único, é um exemplo dessa disparidade, pois condiciona o pagamento de pensão alimentícia ao ex-cônjuge quando este não tiver sido declarado culpado pelo divórcio; ademais, autoriza o pagamento de um valor inferior à pensão quando o consorte, embora responsabilizado, não tiver condições de se sustentar ou de ser sustentado por parentes.

Nesse tema, os Tribunais, entendendo pelo afastamento de imputação de culpa a um dos cônjuges, decidem pela fixação ou não de alimentos com fundamento no tripé proporcionalidade- possibilidade- necessidade, o que evidencia a necessidade de as ações serem analisadas caso a caso. Nesse sentido, segue um trecho de um acórdão proferido pelo TJMG:

O trinômio balizador da obrigação alimentar (proporcionalidade-necessidade-possibilidade) é, pois, completamente dissociado da discussão referente à culpa pelo rompimento da relação conjugal, mormente se considerado que a teoria da culpabilidade matrimonial é matéria já superada no Direito de Família (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2014).

No mesmo sentido se posicionou, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, destacando o caráter excepcional e estritamente temporário na fixação da pensão alimentícia a ex-cônjuge. Segundo o relator, Ministro Villas Bôas Cueva (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017):

O fim de uma relação amorosa deve estimular a independência de vidas e não, ao contrário, o ócio, pois não constitui garantia material perpétua. O dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges ou companheiros é regra excepcional que desafia interpretação restritiva, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, tais como a impossibilidade de o beneficiário laborar ou eventual acometimento de doença invalidante.

Essa medida temporária, de natureza alimentar inquestionável, são os chamados alimentos transitórios, que são aqueles fixados pelo juiz ao ex-cônjuge ou companheiro com o intuito de prover seu sustento até que este se reinsira no mercado de trabalho ou se restabeleça de uma condição que o impedia.

Os fundamentos dessa prestação alimentar são os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), e da solidariedade social (art. 3º) e familiar.

Existe uma outra modalidade de alimentos contudo, que não se confunde com a transitória, que são os alimentos compensatórios, que almejam restabelecer um suposto equilíbrio patrimonial entre os consortes, pelo motivo do divórcio, uma vez que o término da relação determinou uma nova vivência, diferente daquela que levava durante a vida a dois, sendo a estabilidade econômica e o padrão de vida o real motivo do pedido, desde que um dos consortes tenha sido excluído ou prejudicado na partilha de bens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da EC nº 66/2010 representou um grande avanço no cenário nacional ao flexibilizar o procedimento de divórcio no Brasil porque se mostrou adequada à realidade crescente de separação e de posterior reconfiguração dos núcleos familiares no país.

No entanto, a mudança legislativa foi superficial, uma vez que o legislador se omitiu quanto a importantes efeitos práticos decorrentes da eliminação da discussão de culpa nos processos de divórcio, dentre eles os decorrentes do art. 1.704, CC, que dispõe sobre a fixação de alimentos devidos a ex cônjuge que, em tese, condiciona-se à não culpabilidade matrimonial.

Como se constata, atualmente os Tribunais julgam o mérito das ações de alimentos de casais divorciados única e exclusivamente com base nos critérios de necessidade, proporcionalidade e possibilidade, sem adentrar na culpa do ex consorte.

Essa situação, na prática, pode desencadear um sentimento de injustiça por parte do cônjuge traído, que se vê obrigado, mesmo que temporariamente, ao pagamento de alimentos ao outro que descumpriu o dever matrimonial de fidelidade.

Os problemas psicológicos e sociais advindos da traição poderão ser reparados em sede de responsabilização civil, em eventual ação de indenização por danos morais, cuja recomposição não se realizará diretamente

Depreende-se, assim, que o entendimento prevalecente na jurisprudência brasileira é o de prestigiar a solidariedade social e familiar, bem como a dignidade humana, ainda que o preço dessa assistência seja o descumprimento prévio de outro dever conjugal de mesma importância, que é o de fidelidade recíproca.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Turma reafirma entendimento sobre limitação temporal de alimentos devidos a ex-cônjuge**. 13 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-entendimento-sobre-limita%C3%A7%C3%A3o-temporal-de-alimentos-devidos-a-ex%E2%80%93c%C3%B4njuge>. Acesso em: 13 fev. 2018.

FARID, J. Taxa de divórcio supera a de separação, aponta o IBGE. **Jornal Estadão**, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,taxa-de-divorcios-supera-a-de-separacoes-aponta-o-ibge,471879,0.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

FÜHRER, M. R. E. O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional. **Migalhas**, 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI114840,81042O+novo+divorcio+potestativo+leitura+estritamente+constitucional>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Culpa pelo fim do casamento não se discute, diz TJMG**. 06 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5397/+Culpa+pelo+fim+do+casamento+n%C3%A3o+se+discute,+diz+TJMG>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

PEREIRA, R. C. **Divórcio**: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSENVALD, N.; FARIAS, C. C. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, R. B. T. **A emenda constitucional do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, R. B. T. Indenização pela traição. **Jornal Estadão**, 23 nov. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/indenizacao-pela-traicao/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

DIREITO A ALIMENTOS: QUESTÕES QUE ENVOLVEM A TERCEIRA IDADE

Paula Santiago Soares⁸⁵

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de Alimentos e suas Generalidades; 2. O Dever de Fornecimento de Alimentos pelos Avós; 3. O Direito dos Idosos ao Recebimento de Alimentos; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo se propõe a discutir um tema de grande importância dentro do Direito de Família, o qual seria o direito a alimentos, focando-se nas possibilidades tanto de recebimento como de fornecimento destes por pessoas idosas, estes últimos chamados de alimentos avoengos. Para isso, primeiramente, são apresentadas as características principais deste direito, seguindo então para a discussão quanto a possibilidade do fornecimento de alimentos pelos avós, e seus limites em razão da proteção aos idosos trazida, principalmente, pelo Estatuto do Idoso. Depois passa-se a tratar da possibilidade dos idosos receberem esse direito de seus filhos e parentes, ao mesmo tempo em que se discute os pontos controversos que circundam esse assunto, tais como a solidariedade da obrigação e a questão da “indignidade do alimentante”.

Palavras-chave: Direito de Família; Alimentos; Idosos; Solidariedade.

INTRODUÇÃO

O Brasil vem seguindo uma tendência mundial de envelhecimento da sua população, uma consequência de seu desenvolvimento, o que leva a um aumento da expectativa de vida e queda da natalidade, ou seja, a população idosa tende a crescer cada vez mais, em razão disso é importante que existam meios para que esta parcela da sociedade conheça os seus direitos e situações que lhe podem ser onerosas. É neste ponto que se encontra o assunto do presente artigo, pois este busca apresentar um tema de Direito de Família que pode atingir diretamente às pessoas idosas, sem que muitas saibam disso, o qual seria o dever de fornecer alimentos e o direito de os receber.

Portanto, busca-se compreender o funcionamento deste instituto, de modo geral, e em relação às pessoas idosas, quais seriam as situações em que estas podem ser chamadas a cumprir com esse dever e também quais as situações em que estão no pleno exercício de seu direito de os requerer. Além é claro de esclarecer os pontos

⁸⁵Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Pesquisadora de Iniciação Científica (PIBIC), fomentada pela CNPq. E-mail: paula.s.soares@outlook.com

controversos deste instituto, como a questão da solidariedade da obrigação, em que ponto se pode requerer alimentos dos avós e a tese da extinção da obrigação com base na indignidade do alimentário contra o alimentante. Sendo de extrema importância que se leve em consideração a regra geral que norteia o instituto dos alimentos, a qual seria o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, deve-se levar em consideração na determinação do valor desses, a necessidade de quem pede os alimentos, e a possibilidade do obrigado.

Sendo de extrema importância salientar que em todos os momentos se busca analisar este instituto com base nos princípios constitucionais e nos direitos trazidos pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 2003), lembrando-se do importante papel do Estado na defesa destes, tanto como fiscalizador do seu cumprimento pela família e sociedade, como também principal obrigado pelo bem estar dessas pessoas.

1. CONCEITO DE ALIMENTOS E SUAS GENERALIDADES

Ao longo do tempo os alimentos passaram a ter um caráter mais abrangente, não significando somente aquilo que propõe com sua expressão, mas, sim, tudo o que é necessário para viver com dignidade. Em razão disso a doutrina, atualmente, divide esses em dois tipos: os alimentos civis e os alimentos naturais. Estes últimos seriam aqueles indispensáveis para a subsistência da pessoa, tal como alimentação, vestuário, saúde, educação, habitação etc. Enquanto que os alimentos civis objetivam manter a qualidade de vida de quem os está recebendo, preservando o padrão social do alimentante. Essa divisão que foi realizada entre os alimentos também foi feita pelo Código Civil de 2002 como um modo de sanção, pois limita o recebimento dos alimentos civis se há comprovada culpa do alimentante pela situação em que se encontra, tendo direito somente ao recebimento dos alimentos naturais (DIAS, 2017, p. 585).

Além disso, para que se possa verificar a importância do direito aos alimentos, tem-se que alguns dos direitos que ele busca preservar estão elencados entre os direitos sociais no art. 6º da Constituição Federal, são eles a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer e a assistência aos desamparados. Além disso, o direito aos alimentos também se baseia na fundamental proteção que a Constituição fornece à entidade familiar: “*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, além, é claro, do princípio da solidariedade, “a fixação

dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF, art. 3º), norteada pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social - como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana” (FARIAS; ROSENVALD *apud* DIAS, 2017, p. 583).

Esta fundamentação no princípio da solidariedade se dá, principalmente, em razão de o Estado, o qual é o primeiro responsável por prestar alimentos para com os seus cidadãos, não ter condições financeiras de auxiliar a todos aqueles que precisam, por isso é que se passa a existir dentro do direito a solidariedade familiar, levando-a ao dever de alimentar, sendo este um mútuo auxílio, entre os familiares, transformado em lei. O direito aos alimentos representa tamanha importância ao Estado que a falta de sua obrigação é a única possibilidade, no direito privado, que leva à prisão civil do devedor de alimentos⁸⁶, como bem se encontra determinado na Constituição Federal: “*Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e do depositário infiel*”.

TEIXEIRA e FREIRE (*apud* DINIZ, 2011, p. 140) defendem que a obrigação de fornecer alimentos decorre da “noção de mínimo existencial, também de grande relevância para composição do conteúdo de dignidade humana, visa deixar que ninguém sobreviva sem condições materiais mínimas”.

Entre as principais características do direito aos alimentos, tem-se que este é um direito personalíssimo, ou seja, não pode ser transferido a outrem de forma alguma, não sendo também penhorável, em razão de seu objetivo de preservar a subsistência dos que o recebem. Outro ponto essencial e que acabou por ser esclarecido pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em seu art. 12, é a natureza solidária desta obrigação, ou seja, todos os prestadores são responsáveis, de forma solidária, pelo cumprimento desta, em razão disso, há a possibilidade de um dos prestadores buscar o ressarcimento aos outros pela parte referente a estes que teve que pagar (direito de regresso), assim, como também, todos respondem igualmente pelo inadimplemento da obrigação.

⁸⁶ A prisão civil não tem como objetivo a punição daquele que deixou de cumprir com os seus deveres alimentícios, mas se mostra, na realidade, como uma forma de coação, uma pressão que é feita sobre a pessoa para que essa realize o pagamento de sua dívida, haja vista a importância dos alimentos para a subsistência da pessoa que o está recebendo, fazendo, na maioria das vezes, com que o devedor quite a sua dívida. A prisão civil só pode se referir às três últimas prestações anteriores ao ajuizamento do processo e àquelas que forem vencendo ao longo do curso desse. Ela será cumprida em regime fechado, com o Novo Código de Processo Civil determinando que o preso deverá ficar separado dos presos comuns (art. 528, §4º).

Todavia, há quem discorde dessa opinião, FERRIANI (2012) defende que a solidariedade quanto à obrigação de alimentos não deve ser regra geral, devendo ocorrer somente nos casos contemplados pelo Estatuto do Idoso, ou seja, naqueles em que o idoso é quem os está requerendo. Seu argumento ocorre no sentido de que a regra da solidariedade pode ser danosa aos alimentantes, pois quando há somente um credor o montante a ser pago é calculado de acordo com a sua situação econômica, enquanto que havendo a solidariedade, um mesmo devedor pode ter que pagar a integralidade de todo o crédito alimentar, baseado nas possibilidades de todos os credores solidários, o que pode levar a uma maior onerosidade a um dos devedores.

Mesmo levando-se em consideração que todas as obrigações de alimentos são solidárias, DIAS traz entendimento diferente de que não há como afastar a proporcionalidade e a sucessividade no pagamento dos alimentos, significando que “a sentença que reconhece a obrigação de mais de um devedor deve individualizar o encargo, quantificando o valor dos alimentos segundo a possibilidade de cada um” (2017, p. 587). Quanto à questão da sucessividade, deve-se buscar os parentes de menor grau, por exemplo, os filhos devem recorrer primeiramente aos pais e se estes não tiverem condições devem, então, recorrer aos avós.

Outro importante princípio que deve pautar o direito ao recebimento de alimentos é o da irrepitibilidade, significando que não se pode pretender que a prestação que foi paga com essa natureza seja devolvida, sendo que a revisão desse valor ou a extinção deste direito não têm efeitos retroativos (eficácia *ex tunc*), alcançando somente as parcelas futuras (*ex nunc*). Mesmo que por ação negatória de paternidade seja comprovada a falta de ligação biológica, não se pode requerer o valor já pago, exceto quando se é recebido com má-fé por parte do credor, pois o direito não admite o enriquecimento sem causa, em razão deste mesmo princípio da irrepitibilidade.

2. O DEVER DE FORNECIMENTO DE ALIMENTOS PELOS AVÓS

Antes de passarmos ao direito de recebimento de alimentos pelos idosos é imprescindível para um debate amplo que se conheça outra realidade que, não raramente, ocorre no cotidiano destes.

Como já mencionado de forma prévia, anteriormente, a obrigação de fornecer alimentos decorrentes do parentesco é um direito recíproco entre os pais e os filhos, ou seja, tanto os filhos podem exigir de seus pais, como os pais podem exigir de

seus filhos, com a obrigação recaindo sobre o parente mais próximo, em que no primeiro caso seria os ascendentes de primeiro grau, ou seja, os pais. Havendo a impossibilidade de estes cumprirem com o seu dever de fornecer alimentos, então a obrigação é repassada aos avós.

Mas há algumas divergências quanto a questão de se ambos os pais, ou somente um, devem ser incapazes de fornecer os alimentos para que então os avós sejam requisitados a assumir tal responsabilidade. Por mais que a jurisprudência tenha tido uma tendência a considerar que é necessário que haja a necessidade de ambos os pais não terem condições de fornecer o necessário para a subsistência de seu filho, para que então possa ser requisitado dos avós, há doutrinadores que discordam deste ponto de vista, tal como DIAS (2017, p. 614-615) e DINIZ (2011, p. 147), para as quais isso poderia vir a prejudicar quem mantém a guarda da criança (geralmente a mãe), pois com qualquer que seja o seu sustento, acaba tendo que criar sozinha a criança em todos os sentidos. Para defender essa posição, DIAS utiliza-se do princípio da *paternidade responsável*, “A denominada paternidade responsável estendeu seus efeitos, alcançando os avós, que, tendo condições, podem ser chamados a completar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade do alimentando” (2017, p. 615).

Na realidade, a jurisprudência tende a se alterar e seguir as opiniões de ambas as doutrinadoras em razão da recente Súmula nº 596 aprovada em outubro de 2017 pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual determina que, “A obrigação alimentar dos avós *tem natureza complementar e subsidiária*, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”. (grifo nosso)

De qualquer forma, mesmo existindo uma ordem de obrigados a seguir, é possível que a propositura da ação de pedido de alimentos seja, ao mesmo tempo, contra o pai (ou mãe) e os avós, constituindo-se um litisconsórcio passivo facultativo sucessivo de caráter eventual, objetivando a economia processual, pois se, por exemplo, o pai falhar em cumprir com a sua obrigação, os avós já foram requisitados para que cumpram de forma sucessiva a obrigação, sem que haja a necessidade de se propor uma nova ação. Além disso, é possível que um avô demande o outro para suportar em conjunto a obrigação alimentar (PÓVOA, 2017).

A obrigação dos avós não precisa necessariamente ser apenas na forma direta de pagamento dos alimentos, eles podem, por exemplo, ser chamados para inserir o neto no plano de saúde ou para atender alguma despesa extraordinária que poderia

onerar demasiadamente o pai que mantém a guarda da criança, as possibilidades são diversas e casuais.

É importante que se lembre de que na determinação dos alimentos se deve levar em consideração o binômio necessidade-possibilidade, discutido mais profundamente na Introdução, ou seja, não se pode requisitar dos avós prestação superior as suas condições, tanto é que DINIZ (2011, p. 147) traz o argumento de que com o objetivo de garantir proteção à criança, esquece-se da proteção ao idoso, ferindo, assim, a dignidade da pessoa humana e as determinações presentes no Estatuto do Idoso, que possuem respaldo constitucional. De modo a tentar conciliar o direito da criança ao recebimento de alimentos e a devida proteção ao idoso, criou-se o Enunciado 599 do Conselho de Justiça Federal:

Enunciado 599 do CJF: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do devedor, podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

A importância do referido Enunciado está no fato deste coibir a possibilidade, mesmo em face do Estatuto do Idoso, de decretação da prisão civil dos avós que deixem de cumprir com a obrigação que lhes foi imposta, permitindo a aplicação de meios coercitivos diversos para esta situação, a qual pode prejudicar a dignidade da pessoa humana.

3. O DIREITO DOS IDOSOS AO RECEBIMENTO DE ALIMENTOS

O advento do Estatuto do Idoso apresentou de forma mais expressa a possibilidade dos pais, em idade avançada, quando não puderem se auto sustentar, pedirem alimentos aos filhos, contribuindo para a conscientização da sociedade, a qual, infelizmente, na maioria de seus casos, considera o abandono familiar de seus membros idosos como uma situação normal. Em razão disso é necessária a discussão ao redor deste tema, como modo de conscientizar aqueles que não estão usufruindo deste direito.

Como já dito, o Código Civil determina em seu artigo 1.969, que o dever de fornecer alimentos é recíproco entre pais e filhos, sendo possível que os pais, estando em uma frágil situação financeira requeiram o pagamento de alimentos a seus filhos. Também fundamentando esse direito, tem-se o *caput* do art. 230 da Constituição Federal, o qual dispõe que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as

pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Como já discutido anteriormente, neste caso, sem qualquer dúvida, a obrigação será solidária, como determina, expressamente, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 12. E para finalizar a discussão quanto à solidariedade nesse tipo de obrigação, há o argumento defendido por DIAS (2017, p. 682), com base no art. 1.698 do Código Civil, que se, “Por exemplo, acionado somente um dos filhos, pode este buscar o reembolso dos demais filhos, pelas respectivas quotas-partes. Tal direito, no entanto, está condicionado à possibilidade de cada um dos devedores solidários”. Ou seja, o juiz deve analisar a possibilidade de cada obrigado para determinar o valor de sua quota-parte. Além disso, de acordo com o art. 12 do Estatuto do Idoso, este pode optar por um entre os seus prestadores em juízo, significando que não só pela obrigação ser solidária que necessariamente precisa chamar a todos em juízo.

Outro importante ponto a se levantar é o fato de que muitas vezes pode ser que a família do idoso não tenha condições para ajudá-lo financeiramente, neste caso, como já visto, de acordo com a Constituição Federal, a responsabilidade de auxiliar essas pessoas recai sobre o Poder Público, que tem o dever de incluir essa família nos programas assistenciais que são disponibilizados pelo governo (BRAGA, 2011, p. 18), pois a solidariedade familiar passa a não poder ser aplicada. Encontra-se previsto tanto na Constituição (art. 203, V), como no Estatuto do Idoso (art. 34) e na Lei Orgânica da Assistência Social (art. 20), que as pessoas com mais de 65 anos, que não tenham condições de se sustentar, e das quais a família também não tenha essa possibilidade, têm direito a receber o benefício mensal de valor equivalente a um salário mínimo, independente de terem contribuído para a Previdência Social, visando a garantia de sua dignidade (DINIZ, 2011, p. 145).

É de tanta importância o auxílio às pessoas idosas que existe a possibilidade do valor dos alimentos fixado de forma provisória pelo juiz, quando demonstrada a situação de urgência da pessoa, antes mesmo que se ouça os filhos e os parentes (BRAGA, 2011, p. 19). Há também a facilidade que o Estatuto concedeu em seu art. 13, conferindo a possibilidade de se celebrar acordo, quanto à obrigação alimentar, perante o promotor de justiça ou defensor público, com este passando a ter efeito de título executivo extrajudicial, ou seja, se o parente deixar de pagar com a sua obrigação, não é necessário que se entre com um processo de conhecimento contra ele, bastará apenas

executá-lo, que a sua prisão civil será decretada em razão do não cumprimento da obrigação.

Há uma importante controvérsia que circunda esse tema e que é levantada por DINIZ (2011, p. 143-144), a qual pode ser referida como a indignidade do alimentário contra o alimentante, e sobre a qual esta autora defende que o art. 1.708, parágrafo único, deve ser interpretado com base no art. 557, inciso IV, ambos do Código Civil:

*“Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:
(...) IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos que necessitava.
Art. 1.708. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”*

Querendo defender, com isso, que ocorrendo o caso de o pai ter abandonado o filho quando este era criança e não ter contribuído de forma alguma com o seu desenvolvimento, não tem o direito a receber alimentos deste filho. Entretanto essa não é uma opinião (que todos aceitam), há quem defenda que, na realidade, o art. 1.708, parágrafo único, deve ser interpretado de acordo com o art. 1.694, §2º, *“Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”*. Ou seja, no caso de ter ocorrido essa indignidade do alimentário contra o alimentante, o credor só terá direito ao recebimento dos alimentos naturais, aqueles indispensáveis à sua subsistência, e não dos civis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da realização do presente artigo, buscou-se sempre a obediência e a proteção dos princípios constitucionais de proteção da família, da criança e adolescente e dos idosos. Verificou-se que há a necessidade de um equilíbrio entre os direitos buscados quando tratamos, por exemplo, dos alimentos avoengos, pois muitas vezes os avós, já pessoas idosas, encontram-se também em situações de fragilidade social, não sendo compatível muitas vezes que pela falta do cumprimento da obrigação se busque a sua prisão civil, mas sim outras medidas coercitivas de menor impacto.

Por outro lado também se deve atentar para os casos em que os filhos não têm condições financeiras suficientes para sustentar a sua família e seus pais idosos, sendo necessário que nesse caso o Estado se faça presente, cumprindo tanto o seu papel de fiscalizador como também de obrigado, com programas assistenciais para toda a

família e com o pagamento do benefício mensal constante em nossa legislação. Em razão disso que se mostra a importância da solidariedade entre os obrigados e o fato de que o juiz deve realizar a mensuração do valor de cada quota-parte de acordo com a possibilidade financeira do respectivo coobrigado, para que ninguém seja obrigado a carregar um ônus maior do que consegue.

É em virtude disso que esse instituto se baseia no princípio da solidariedade, o qual deve estar sempre presente quando se tratar do direito de família, pois não é um encargo ou como uma punição, devendo ser feito com empatia e com o pensamento voltado para a unidade familiar, auxiliando o outro para que obtenha pelo menos o mínimo necessário para a sua subsistência. Adentrando neste ponto há a controvérsia da indignidade do alimentário contra o alimentante, pois é difícil que se espere a solidariedade nos casos que envolvem abandonos, de ambos os lados da relação familiar, sendo em razão disso que se traz as teses da extinção da obrigação ou do pagamento somente dos alimentos naturais. Mas ainda assim, analisando-se por meio dos princípios da solidariedade social e familiar, tem-se a conclusão de que nestes casos ainda assim deve ser realizado o pagamento dos alimentos naturais para o alimentário, pois é irrevogável a ideia de que os alimentos naturais são essenciais à vida e à dignidade.

As questões que envolvem as relações familiares e, em consequência, o Direito de Família, são complexas, trazem grandes polêmicas, assim, exigindo que sempre se preze pela proteção dos mais vulneráveis nessas relações, como as crianças, os adolescente e os idosos, principalmente quando se tratar de um instituto como este que foi objeto do presente artigo, que lida com a questão do desenvolvimento e subsistência destes.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, 3 out, 2003.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, 11 jan, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERRIANI, Adriano. **O idoso e a ação de alimentos**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI156611,91041-O+idoso+e+a+acao+de+alimentos>> Acesso em 18 jan. 2018.

FREIRE, Maria de Fátima de Sá; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso *apud* DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

PÓVOA, Maria Luiz. **Quando a prestação de alimentos se torna responsabilidade dos avós**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6507/Quando+a+presta%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos+se+torna+responsabilidade+dos+av%C3%B3s>> Acesso em 18 jan. 2018.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> Acesso em 26 de jan. 2018

DESAFIOS PARA INCLUSÃO INTERGERACIONAL: UMA BREVE PERSPECTIVA DOS NOVOS DIREITOS

Rodrigo Crepaldi Perez Capucelli⁸⁷
Rubens Beçak⁸⁸

INTRODUÇÃO

A convivência humana no século XXI é incomparável a outras épocas. Por mais que possamos ilustrar importantes avanços – tomem-se como exemplos os institutos jurídicos na civilização romana, as práticas democráticas nas *polis* gregas, o comprometimento ecológico de comunidades indígenas, etc. – é com uma particularidade inédita que encaramos os tempos atuais: é em uma perspectiva de sociedade global que as civilizações do século XXI enfrentam seus problemas e vivenciam suas descobertas. Em razão encurtamento das distâncias proporcionado pelo avanço tecnológico, cresce o desafio da aproximação entre ideias, costumes e culturas diferentes.

“Globalmente” talvez seja o termo mais apropriado para a ilustração dos avanços tecnológicos. É significativo o fato de que em poucas décadas a tecnologia tornou possível que o homem se deslocasse a qualquer parte do mundo questão de horas; que fosse possível a transmissão em tempo real de som e imagem; que avanços na área da saúde permitissem uma vida mais longa. O indivíduo passa a ter a possibilidade de viver mais, além de ter sua presença possível em diversos lugares do mundo, em bem menos tempo.

Neste sentido, a comunicação é aspecto da convivência. Uma vez que a tecnologia permitiu que o mundo se aproximasse, as relações sociais transcenderam barreiras geográficas, raças, consumes e relações de dominação se fundiram, permitindo que o branco, o negro, o asiático, todas as coletividades com suas particularidades se comunicassem, ou, mais do que isso, se relacionem mais intensamente. Essa relação se

⁸⁷ Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP).

⁸⁸ Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP - Secretário Geral da Universidade de São Paulo (2010-14). Professor Visitante na Universidad d Salamanca no Centro de Estudios Brasileños.

torna impositiva, ou seja, a convivência multilateral, global, é inevitável mesmo às sociedades isoladas, que agora devem se submeter à certas regras gerais, ao direito e suas instituições.

Mas, em um século marcado pelos avanços dos instrumentos voltados à aproximação percebemos que o homem não é tão semelhante, e sua convivência pode ser comprometida em ambiente em que não se permite a pluralidade de ideias. Em episódios já analisados por Beçak (2015) relativos a manifestações sociais ocorridas do chamado “mundo árabe” em 2010 e 2011 assim como aqueles ocorridos no Brasil em 2013, pode-se notar que o “[...] papel das tecnologias não é o de causa das revoltas, mas de instrumento, veículo, de emancipação destas massas [...]”, o avanço da tecnologia e dos meios de comunicação têm o potencial de aceleração do processo democrático. Neste sentido a tecnologia se mostra como um *empowerment* do cidadão, mas também pode ser potencializador de problemas já existentes.

Dentre as tensões hoje presentes nos pensamentos filosóficos e científicos, especificamente quanto à ciência social aplicada, trava-se a problematização do *direito à igualdade* e ao *reconhecimento da diferença*. De forma resumida, o *direito à igualdade* pode ser analisado sob dois aspectos: (a) *formal*, no sentido em que é necessário que se igualem todos, ignorando suas particularidades, ou; (b) *material*, em que o objetivo da sociedade é chegar a uma igualdade desigual, em que recebem mais justamente aqueles que mais precisam, até que todos se igualem em condições ao final⁸⁹. Já o *reconhecimento da diferença* parece inverter a própria perspectiva na análise da igualdade de forma a reconhecer que certos valores que historicamente foram subvalorizados encontrem o seu espaço sem que precisem ser necessariamente substituídos, ou seja, é o reconhecimento das mais diversas formas de vida e de comportamento humano, sem que haja uma valorização de certas sociedades em desvalorização de outras, sem que certos costumes, religiões, raças, tradições sejam aniquiladas por outras, dominantes, que por ventura encontraram na história da sociedade alguma forma de reconhecimento maior do que outras.

A discussão acerca dos direitos humanos encontra aqui uma importante perspectiva a ser abordada, que é justamente a construção dos direitos essenciais e para a vida em coletividade a partir de um aspecto em que se pretenda concretizar a igualdade (seja ela material ou formal) e/ou permitir as diferenças (e a forma de

⁸⁹ O conceito nos remete ao pensamento de igualdade pautada da ideia aristotélica de “tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

valorizá-las). Assim, a orientação de Boaventura de Souza Santos (2014) em “temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade nos trivializa” aborda o tema de forma a condensar em uma frase a necessidade extremamente atual para se compreender (e construir!) os direitos que são fundamentais para a convivência harmônica do homem em sociedade.

1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS

Os direitos humanos são aqueles direitos que possuem um caráter universal e que são (ou ao menos deveriam ser) aplicados para todas as pessoas, independentemente da sua nacionalidade, cultura, raça, sexo, religião, ou qualquer outra característica. Historicamente, tais direitos surgem e se modificam - valorizando ou perdendo um pouco de sua aplicabilidade - de acordo com o momento histórico da sociedade. Por muitos autores, e por motivos acadêmicos, são geralmente classificados em gerações ou dimensões.

A primeira dimensão/geração de direitos humanos seria aquela vinculada aos direitos políticos e civis como a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança e a resistência às diversas formas de opressão, que surgiram basicamente como resultado de uma resistência ao poder absoluto do Estado, ao longo dos séculos XVIII e XIX, numa expressão de um cenário histórico marcado pelo ideário do jusnaturalismo secular (BONAVIDES, 2010, p. 562-563).

As liberdades civis e políticas não parecem ter sido suficientes para a convivência saudável e harmoniosa. A primeira metade do século XX foi marcada pela grande crise financeira de 1929, fruto de uma exacerbação do liberalismo econômico, assim como a paz sucumbiu às duas grandes guerras mundiais. Ainda que novos direitos já se mostrassem demandados desde o final do séc. XIX, os eventos catastróficos citados intensificaram busca pelos direitos sociais, econômicos e culturais, para o reestabelecimento da paz e do progresso após o fim de cada grande guerra. São os direitos chamados, por alguns, como de segunda dimensão.

O homem percebe, principalmente a partir da segunda metade do século XX, que o seu habitat não é infinito, e que seus recursos não são ilimitados. Sua convivência padece de um desenho de valores, instituídos pelo direito, que possam garantir à certas coletividades aquilo que lhes é necessário. Nesta perspectiva, fala-se em terceira dimensão dos direitos humanos, marcada pelos direitos coletivos, de

fraternidade, solidariedade. Esses direitos, que são coletivos, difusos ou meta-individuais, partem do pressuposto que o homem não é um ser individual, mas predominantemente coletivo e dependente do seu ambiente natural e social (WOLKMER, 2002, p. 16-17). A defesa de direitos na terceira geração passa a não ser mais responsabilidade unicamente do Estado, mas de uma tutela compartilhada com representantes da sociedade civil através das suas mais diversas organizações.

Embora comumente categorizados em dimensões, esses direitos se renovam. Alguns se mostram mais necessários em certos momentos enquanto outros perdem seu foco. Autores criam quartas, quintas dimensões, assim por diante. Não se pretendendo aprofundar o tema, a quarta geração⁹⁰, para Bobbio (2004) lida com as proteções do patrimônio genético, com a bioética, entre outros, e para Bonavides (2008) são aqueles direitos ligados à sociedade pluralista, à democracia e participação social. Bonavides ainda defende a ideia de uma quinta geração⁹¹ que seriam aqueles direitos que se relacionam com a busca da paz⁹².

Por mais que sejam oportunas as novas categorizações citadas, a “essência destes direitos, completamente estranha à estrutura dos direitos outros (os denominados de 1ª e 2ª gerações), faz com que se estabeleça a necessidade da construção de “pontes” do Direito com ciências afins, notadamente a ética-moral” (BEÇAK, 2007). Para o referido autor, os direitos parecem surgir como na figura de uma *cornucópia* - figura da mitologia greco-romana que representa a fertilidade, a riqueza e a abundância, uma espécie de fonte natural fornecedora de recursos gratuitos e ilimitados à todas as necessidades humanas -, de forma a se ajustarem aos novos problemas sociais. Essa ilustração é oportuna para compreender os direitos relativos à solidariedade, tendo em vista a sua estrutura diferenciada.

A divisão dos direitos, independentemente de qual seja a divisão analisada, nos mostra que anseios humanos são cíclicos – o que alguns preferem entender como evolutivo. De toda forma o despontamento de discussões de direitos fundamentais

⁹⁰ Há uma discussão acadêmica sobre o correto uso do termo que qualificam os diferentes direitos humanos. Alguns autores tendem a usar o termo geração (como os autores citados) enquanto outros o termo dimensão. Para os que usam o termo “dimensão” o principal argumento é de que o termo “geração” traz a ideia de que as categorias passadas são superadas pelas mais novas, sendo que na verdade não há qualquer escalonamento entre as os direitos humanos.

⁹² A paz é categorizada por alguns acadêmicos como direitos humanos de terceira geração. Para Bonavides há uma transladação do direito à paz para a quinta geração, de forma a torna-lo mais completo, e sua busca mais ampla. (BONAVIDES, 2008, p. 1-3).

novos, como o direito à informação, à democracia, à pluralidade, à paz, parecem ser frutos dos problemas que o próprio séc. XXI nos traz: estabelecer formas de convivência pacífica e saudável em um planeta que, mais do que nunca, parece pequeno.

2 A INCLUSÃO INTERGERACIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS “NOVOS” DIREITOS

O desenvolvimento tecnológico além de permitir a aproximação das mais diversas culturas, também propiciou, em escala mundial, o aumento da expectativa de vida e, conseqüentemente, a possibilidade de convivência entre várias gerações. Segundo a Organização Mundial da Saúde, desde 1950 a expectativa média de vida, em todo o globo, sobe 3 anos a cada década (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2016). No Brasil, a expectativa de vida ao nascer em 1940 era de pouco mais de 45 anos e em 2015 chegou a mais de 75,5 anos, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2016).

Tanto a aproximação de pessoas com diferentes costumes quanto a convivência entre pessoas de diferentes idades trazem a necessidade da criação de um ambiente harmonioso onde as diferenças possam ser evidenciadas positivamente, de forma a valorizá-las. Este raciocínio nos remete novamente à figura da *cornucópia*, pois representa uma situação em que novos direitos surgem das novas condições de vida e de suas necessidades. Supera-se a sua categorização, principalmente em relação aos chamados de “primeira dimensão”, pois não se trata apenas do alcance da liberdade individual, assim como não se encaixam totalmente nos direitos de “terceira dimensão”, uma vez que não se limita unicamente à concretização da igualdade e autodeterminação aos grupos, mas da construção novas gerações de direitos a partir das novas necessidades ligadas ao pluralismo, à democracia e à inclusão social.

No Brasil, uma série de elementos de participação e deliberação passaram a ser explorados, especificando e criando mecanismos para garantir o direcionamento da sociedade em prol da democracia que a Constituição de 1988 propôs. A nova constituição, programática e desenvolvimentista, potencializou o desenvolvimento baseado em seus princípios. O artigo 3º estipula que um dos objetivos fundamentais da República é promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão, menciona também que a cidadania e a dignidade humana são um dos fundamentos do estado democrático de direito.

De forma mais concreta, o texto constitucional também traz normas que lidam com o direito intergeracional. Um bom exemplo consta no artigo 225⁹³, que ao tratar do meio-ambiente estipula a todos o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Na sequência os artigos 226 ao 230 compõem o capítulo nomeado “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, mostrando a preocupação do constituinte originário em estabelecer direitos e deveres de convivência da pluralidade de ideias daqueles que estão em diferentes fases da vida.

Se no plano constitucional observam direitos e deveres intergeracionais, no plano infraconstitucional alguns importantes avanços são notados nas últimas décadas. A Lei n.º 8.842 de janeiro de 1994, regulou a política nacional do idoso ressaltando a necessidade de sua efetiva participação⁹⁴ na sociedade. A Lei n.º 10.741, de outubro de 2003, instituiu o Estatuto do Idoso, dispondo sobre o papel da família, da comunidade, da sociedade e do poder público de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência⁹⁵, e trouxe ainda mecanismos de participação e integração do idoso na vida familiar, comunitária⁹⁶ e política⁹⁷ assim como a necessidade de se viabilizar o convívio intergeracional⁹⁸.

O respeito às particularidades de cada fase da vida também orienta a atual interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069//90), de forma a considerar cada fase da infância e da adolescência com direito e deveres diferentes, adequados à formação física, psíquica e moral do indivíduo. Supera-se a visão da criança como uma “miniatura de um adulto” (GRANDINO, 2007).

⁹³ C.F., Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁹⁴ O art. 3º da referida lei trouxe como princípio que “a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade”; o art. 4º trouxe entre suas diretrizes a “viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso”, e a “participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos”; assim como os artigos 6º e 10º trouxeram outras previsões de participação e inclusão social do idoso.

⁹⁶ Art. 10º, V.

⁹⁷ Art. 10º, VI.

⁹⁸ Art 3º, IV.

Os tribunais superiores, em sua função de intérprete da norma, têm enfrentado temas que como o *direito ao esquecimento*⁹⁹ em que se discutem os limites dos núcleos do direito à informação e da liberdade de imprensa em relação ao direito da inviolabilidade da honra e o direito à privacidade, que de certa forma lida com a necessidade de que a proteção das informações sejam temporárias, de forma a não afetar por toda a vida um indivíduo; o STF também interferiu recentemente nas relações econômicas de forma a garantir a gratuidade e o desconto de meia passagem no transporte interestadual de passageiros idosos¹⁰⁰, realocando direitos e deveres de forma a fomentar grupos daqueles que carecem de maior proteção, protegendo a pluralidade. Inúmeros são os julgados que lidam direta ou indiretamente com a concretização dos novos direitos.

A transformação das relações humanas e dos instrumentos por ela utilizados antecedem, na maioria das vezes, a elaboração da norma que irá regular as novas relações surgidas destas transformações. A norma é elaborada para adaptar ou regular uma necessidade já existente. O que antecede aquilo que chamamos de “novos direitos” é justamente o desequilíbrio das relações sociais a ser ajustado – para a ciência jurídica por meio de suas técnicas legislativas e de aplicação do direito -, por isso a sociedade sempre enfrentará novos desafios relativos aos direitos fundamentais: quanto mais fugazes as transformações sociais maiores são os desafios da estabilização das regras de convivência em sociedade.

Essas novas necessidades sociais buscam uma modernização e uma extensão do direito e de sua interpretação. A categorização de direitos em fases ou em dimensões/gerações, apesar de se mostrar oportuna para o estudo do tema, parece simplificar uma complexa e metamórfica realidade. A análise do tema a partir deste raciocínio deve ser feita com muito cuidado pois direitos e deveres são cíclicos como a própria história e caminham conforme a necessidade da própria sociedade.

No início do século XXI ainda há lutas para a concretização mesmos de direitos que ainda se ligam a ideia de liberdade e igualdade, mas não é preciso atendê-los integralmente para que outros direitos surjam: dentre os direitos humanos não há derivações propriamente ditas. A premente expectativa da adequação do convívio social em um mundo cujas fronteiras geográficas e comunicacionais são constantemente

⁹⁹ No Supremo Tribunal Federal (STF) tramita o RE 1010606.

¹⁰⁰ Suspensão de segurança (SS3052) – STF.

derrubadas, desponta a necessidade de se garantir a grupos sociais mais do que o reconhecimento da sua autodeterminação, existência e igualdade pois há suma importância na garantia da valorização da diferença – seja entre culturas, religiões, costumes, ou mesmo decorrentes de particularidades de cada fase da vida humana - como uma forma de harmonizar a pluralidade de ideias e culturas, superando os preconceitos em prol de uma verdadeira democracia.

REFERÊNCIAS

BEÇAK, R. A dimensão ético-moral e o direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 9, jan./jun. 2007.

BEÇAK, R.; LONGHI, J. V. R. O papel das tecnologias de comunicação em manifestações populares: a “primavera árabe” e as “jornadas de junho” no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, v. 10. n. 1, p.388-405, 2015.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **A quinta geração de direitos fundamentais**. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

GRANDINO, P. J. **Estatuto da Criança e do Adolescente: o sentido da lei para as relações intergeracionais**. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/12_junqueira.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015**. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

SANTOS, B. S.; CHAUI, M. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014.

WOLKMER, A. C. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Revista Direito em Debate**, a. 10, n. 16/17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World Health Statistics 2016**: Monitoring Health for the Sustainable Development Goals. 2016. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/206498/1/9789241565264_eng.pdf?ua=1> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

O INSTITUTO JURÍDICO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: A PROPRIEDADE INTELECTUAL POTENCIALIZANDO A COMERCIALIZAÇÃO DE VINHOS E QUEIJOS

Rogério Alexandre de Oliveira Castro¹⁰¹

INTRODUÇÃO

Certamente os vinhos e os queijos se adequam mais a uma festa, a uma confraternização, a uma boa conversa do que propriamente a um artigo científico de viés jurídico. Porém, não custa enfrentar essa árdua tarefa, principalmente para homenagear os alunos da Terceira Idade da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP), que sabem como ninguém apreciar os bens da vida, como os vinhos e queijos, que fomentam a convivência humana sob os mais diversos aspectos.

O vinho é uma bebida sagrada para várias religiões, como para a Católica, estando presente em várias passagens da Bíblia, como nas Bodas de Caná ou na Santa Ceia. Também se faz presente nos versos de vários poetas, como nos de Álvares de Azevedo (*“Amo-te como o vinho...”*), Fernando Pessoa (*“Boa é a vida, mas melhor é o vinho”*) e Mário Quintana (*“Do sabor das coisas Por mais raro que seja, Ou mais antigo, Só um vinho é deveras excelente: Aquele que tu bebes calmamente Com o teu mais velho E silencioso amigo...”*).

E não há dúvida de que os vinhos se harmonizam muito bem com os queijos. O buquê daqueles se entrelaçam no sabor destes, consumando um casamento perfeito. Atualmente, são produtos com grande demanda e que muitas vezes trazem, em razão de suas características, de sua região, de sua fama, expressivo valor agregado.

Enfim, é utilizada essa breve apresentação para dar destaque ao estudo jurídico que será desenvolvido sobre esses dois produtos alimentícios, especificamente sobre a proteção advinda da propriedade intelectual para as suas regiões produtoras. Será analisado o instituto da Indicação Geográfica (IG), enquanto proteção legal de uso

¹⁰¹ Doutor pelo PROLAM/USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: raocastro@usp.br

coletivo que potencializa a comercialização de vinhos e queijos nos mercados interno e externo.

Para o desenvolvimento desse artigo será utilizado o método dedutivo, valendo-se da análise de livros, artigos, legislações e decisões judiciais, disponíveis em meios físicos e eletrônicos, relacionados ao tema.

1 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE INDICAÇÃO GEOGRÁFICA (IG)

1.1 Considerações iniciais

O vinho teve papel importante na construção das Indicações Geográficas ao longo do século XX, sendo certo que as influências incidentes por suas características naturais (*terroir*) e características humanas (*savoir faire*) fazem desse produto a Indicação Geográfica por excelência (MACHADO, 2009, p. 159).

Imagine, por exemplo, uma região produtora de vinho que exporta para diversos países, possui uma tradição de décadas na fabricação desse produto e que apresenta um tipo de uva que não existe em outro local. Tradição, cultura e qualidade poderão ser determinantes para obtenção de uma proteção legal conhecida como Indicação Geográfica (IG), que não se cria, mas se reconhece. Traz consigo, muitas vezes, a sustentabilidade social e ambiental para os produtores de uma determinada região, os quais, em função dessa proteção, poderão agregar valores aos seus produtos, garantir segurança alimentar aos seus clientes, além de estimular o desenvolvimento regional.

Enfim, algumas cidades ou regiões ganham, ao longo dos anos, fama por causa de seus produtos ou serviços. Quando certa qualidade e/ou tradição de determinado produto ou serviço podem ser atribuídos a sua origem, a Indicação Geográfica (IG) surge como fator decisivo para garantir sua proteção e diferenciação no mercado. Isso porque a Indicação Geográfica (IG) delimita a área de produção, restringindo o seu uso aos produtores da região (em geral, reunidos em entidades representativas) e, por conseguinte, impedindo que outras pessoas utilizem indevidamente o nome da região em produtos ou serviços nela não fabricados (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2018).

O antigo Código da Propriedade Industrial (Decreto-lei nº 7.903/1945), em seus artigos 100 a 103, adotava o termo Indicação de Proveniência, dentro do capítulo das marcas de indústria e de comércio. Ao analisar esse instituto do antigo Código, Pontes de Miranda afirmava que “a indicação de procedência, tem, portanto, a função de enunciar ao público ou ao adquirente que o produto ou artigo provém de determinado lugar” (2013, p. 301).

O vigente Código da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996) adotou uma nova terminologia, com um título específico denominado Indicações Geográficas (IG), que não mais está inserido dentro do capítulo das marcas. Segundo a nova lei, as Indicações Geográficas são divididas em Indicação de Procedência (IP) e Denominação de Origem (DO), institutos que serão analisados nos próximos itens deste artigo.

Em estreita síntese, é possível afirmar que a Indicação Geográfica (IG) se caracteriza como um bem industrial que compõe o amplo campo da propriedade intelectual, que compreende, de um lado, as produções intelectuais do domínio literário, científico e artístico, enfim, o direito autoral, e, de outro, as produções que tem por objeto as invenções, os desenhos industriais e os sinais distintivos, conhecido como direito industrial. Em outras palavras, ao conjunto dos direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, encarados principalmente sob o aspecto do proveito material que deles pode resultar, costuma-se dar a denominação genérica de propriedade intelectual (CERQUEIRA, 1982, p. 50).

1.2 Marco regulatório

A Convenção da União de Paris (CUP), de 07.07.1883, foi o primeiro acordo internacional multilateral regulador das Indicações Geográficas, muito embora de forma limitada e não voltado exclusivamente à regulamentação dessa matéria, preocupando-se muito mais em proibir toda falsa indicação de procedência, tanto da origem do produto como do seu produtor (LOCATELLI, 2008, p. 75; MACHADO, 2009, p. 165). Essa Convenção, administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), somente foi ratificada pelo Brasil em 1975, por meio do Decreto nº 75.541.

Já o Acordo de Madri de 1891, também sob a orientação da OMPI, inovou a combater não somente as falsas indicações geográficas, mas também as enganosas, além

do que conferiu proteção especial às denominações regionais de procedência de vinhos (LOCATELLI, 2008, p. 78). O Brasil aderiu ao Acordo de Madri em 1896, por meio do Decreto nº 2.389.

A partir de negociações multilaterais entre diversos Estados Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), desenvolveu-se um acordo específico para regulamentar a propriedade intelectual, conhecido como TRIPs, sigla decorrente do termo em inglês *Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights*, que significa *Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio* (BASSO, 2000, p. 22). O Brasil internalizou o TRIPs por meio do Decreto nº 1.355/1994. Esse acordo conceituou e regulamentou, de forma específica e abrangente, as Indicações Geográficas (LOCATELLI, 2008, p. 84), trazendo também uma proteção adicional às Indicações Geográficas para vinhos.

O TRIPs influenciou de forma decisiva a legislação brasileira de proteção da propriedade intelectual, a ponto de todas as leis atualmente vigentes neste país sobre essa matéria terem sido criadas após o referido acordo internacional, como se verifica da Lei nº 9.279/1996 (Direito Industrial), Lei nº 9.456/1997 (Cultivares), Lei nº 9.609/1998 (Software), Lei nº 9.610/1998 (Direito Autoral) e Lei nº 11.484/2007 (Topografia de Circuito Integrado).

Conforme já informado, a referida Lei nº 9.279/1996, em seus artigos 176 a 182, disciplinou as Indicações Geográficas (IG) e suas duas modalidades, Indicação de Procedência (IP) e Denominação de Origem (DO). Essa lei estendeu a proteção à representação gráfica ou figurativa da Indicação Geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja Indicação Geográfica, porém, não trouxe qualquer regra especial às Indicações Geográficas para vinho ou queijo.

Por fim, oportuno destacar a Instrução Normativa nº 25/2013, editada pelo Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que estabelece as condições gerais para o registro das Indicações Geográficas, esclarecendo os nomes geográficos não suscetíveis de registro, quem pode requerer o registro, os requisitos para o pedido de registro, os pedidos de Indicações Geográficas estrangeiras, o depósito e exame do pedido de registro, dentre outras disposições gerais. Essa Instrução Normativa não traz qualquer regra especial para vinho ou queijo.

1.3 Conceitos de Indicação Geográfica (IG), Indicação de Procedência (IP) e Denominação de Origem (DO)

As Indicações Geográficas são signos distintivos de cunho geográfico que individualizam, identificam e diferenciam os produtos ou serviços quanto à sua origem, qualidades e peculiaridades (BARBOSA, 2010, p. 412; ALMEIDA, 1999, p. 7; LOCATELLI, 2008, p. 17).

Já nas palavras de Luiz Otávio Pimentel, as Indicações Geográficas, que têm o elemento tradição como a fonte de valor econômico, identificam um produto ou serviço como originário do território de um país ou região ou localidade deste território, sendo a qualidade, a reputação ou outra característica como essencialmente atribuída à sua origem geográfica (2008, p. 10).

Segundo o artigo 22.1 do TRIPS, as Indicações Geográficas são indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Estado Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.

Por sua vez, o INPI explica, de forma sintética, em seu didático site, que a Indicação Geográfica (IG) é usada para identificar a origem de produtos ou serviços quando o local tenha se tornado conhecido ou quando determinada característica ou qualidade do produto ou serviço se deve a sua origem.

A Lei nº 9.729/1996 (Direito Industrial) refere-se à Indicação Geográfica (IG) como gênero de suas duas espécies ou modalidades, a Indicação de Procedência (IP) e a Denominação de Origem (DO), mas não traz qualquer definição ou conceito para aquele bem industrial. Se essa lei não conceitua o gênero, o faz com as suas espécies ou modalidades. Segundo ela, considera-se Indicação de Procedência (IP) o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço e, por outro lado, considera-se Denominação de Origem (DO) o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

A Indicação de Procedência (IP) está relacionada com o nome geográfico do centro de produção de determinado produto ou serviço. Esse nome geográfico possibilita a agregação de valor independente de outras características. A Indicação de Procedência (IP) protegerá a relação entre o produto ou serviço e sua reputação (fama), em razão de sua origem geográfica específica, condição esta que deverá ser, indispensavelmente, preexistente ao pedido de registro. Desta forma, os produtores ou prestadores de serviço, através de sua entidade representativa, deverão fazer prova desta reputação ao pleitear o reconhecimento da Indicação de Procedência (IP) perante o INPI, juntando documentos hábeis para tanto (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2018).

Já na Denominação de Origem (DO) o nome geográfico designa o produto ou serviço e não propriamente o local de produção. A origem geográfica deve afetar o resultado final do produto ou a prestação do serviço, de forma identificável e mensurável, o que será objeto de prova quando formulado um pedido de registro ao INPI enquadrado nesta espécie, através de estudos técnicos e científicos, constituindo-se em uma prova mais complexa do que a exigida para as Indicações de Procedência (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2018).

Em síntese, é possível afirmar que a Denominação de Origem (DO), para o seu reconhecimento, exige um *plus* em relação à Indicação de Procedência (IP) na medida em que as qualidades e características de um produto ou serviço derivam exclusiva ou essencialmente do meio geográfico, incluindo os fatores naturais ou humanos (PIMENTEL, 2008, p. 10; ASCENSÃO, 2009, p. 107).

1.4 Natureza jurídica

A Indicação Geográfica, que tem a mesma natureza jurídica da indicação de proveniência prevista no antigo Código da Propriedade Industrial (Decreto-lei nº 7.903/1945), é um bem imaterial, corpóreo, inalienável e não suscetível de penhor ou de qualquer medida constritiva, por ser tratar de bem industrial de titularidade coletiva, que não se confunde com marca coletiva. A aquisição do direito à Indicação Geográfica é sempre originária e compõe o fundo de empresa, ou do gênero de indústria ou de comércio, mas intransferível (MIRANDA, 2013, p. 300).

A proteção concedida pela Indicação Geográfica (IG) é de natureza declaratória, pois implica no reconhecimento pela representação estatal de condições

pré-existentes, seja a reputação ou a influência do meio geográfico, estando incluído no âmbito do direito privado. Essa natureza é conclusão lógica do texto da lei e está expressa no parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa INPI nº 25/2013.

A proteção em ambos os casos dar-se-á sobre o “nome geográfico”, constituído tanto pelo nome oficial, quanto pelo tradicional ou usual de uma área geográfica determinável, devidamente comprovada através nos autos do processo administrativo do pedido de proteção junto ao INPI. O associativismo é a regra para o exercício do direito ao uso exclusivo do nome geográfico na sua atividade econômica, afastando a sua exploração individual, salvo inexistam outros produtores ou prestadores de serviço que possam se valer do nome geográfico. Em regra, trata-se de propriedade coletiva.

1.5 Titularidade do uso, prazo de vigência e sua cessação

Segundo o artigo 5º da Instrução Normativa INPI nº 25/2013, podem requerer registro de Indicações Geográficas, na qualidade de substitutos processuais, as associações, os institutos e as pessoas jurídicas representativas da coletividade legitimada ao uso exclusivo do nome geográfico e que estejam estabelecidas no respectivo território. Há uma exceção à essa regra da legitimação coletiva, qual seja, no caso de um único produtor ou prestador de serviço estar legitimado ao uso exclusivo do nome geográfico, quando então a pessoa física ou jurídica estará autorizada a requerer o registro em nome próprio (art. 5º, IN 25/2013).

Ao tratar da titularidade do antigo instituto da Indicação de Proveniência, antecessor da Indicação Geográfica, Pontes de Miranda afirmava que essa figura jurídica era uma das mais interessantes do direito privado, pois não há laço entre os titulares, nem o direito de um limitar o direito do outro, havendo uma pluralidade de titulares, mas não uma comunhão *pro indiviso* ou *pro diviso* (2003, p. 306).

Já Denis Barbosa entende que a titularidade das Indicações Geográficas (IG) é um caso especial do direito de propriedade, pois é um direito coletivo, onde os acessos aos recursos não são livres, mas a decisão acerca dos usos dos mesmos é tomada pelo grupo que divide o conjunto de direitos associados àquela propriedade (2010, p. 412).

Enfim, em regra, o uso da Indicação Geográfica está restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, exigindo-se, ainda, em relação às denominações de origem (DO), o atendimento de requisitos de qualidade.

A legislação em vigor não estabelece prazo de vigência para as Indicações Geográficas, assim como ocorre com as patentes, de forma que o período para o uso desse direito é o mesmo da existência do produto ou serviço reconhecido, dentro das peculiaridades das Indicações de Procedência (IP) e das Denominações de Origem (DO).

A perda da titularidade da Indicação de Procedência (IP) ocorre quando a produção ou a prestação de serviços não ocorrer mais no lugar geograficamente protegido e, no caso da Denominação de Origem (DO), quando também não se atender mais ao requisito de qualidade que justificou a sua tutela junto ao INPI.

1.6 Nomes geográficos não suscetíveis de registro em função do uso comum

Quando o nome geográfico houver tornado de uso comum, designando produto ou serviço, não será considerado indicação geográfica (art. 180 da LPI). Em completo, o artigo 4º da Instrução Normativa INPI nº 25/2013 dispõe que não são suscetíveis de registro os nomes geográficos que houverem tornado de uso comum, designando produto ou serviço.

Pode-se dar como exemplo o caso do “queijo de Minas”, que, na verdade, passou a ser um queijo “tipo Minas”, fabricado em diversos lugares do Brasil (VERÇOSA, 2014, p. 349).

1.7 Direitos conferidos aos titulares

O titular da Indicação Geográfica (IG) poderá tomar medidas contra aqueles que estejam fabricando, importando, exportando, vendendo, expondo, oferecendo à venda ou mantendo em estoque produto que apresente falsa Indicação Geográfica, consistindo em crime a prática desses atos vedados, conforme previsto nos artigos 192 e 193 da Lei nº 9.279/1996.

Essas medidas legais podem ser também tomadas contra quem usa, em produto, recipiente, invólucro, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto.

A Lei nº 9.279/1996 também veda, em seu artigo 181, o uso do nome geográfico para induzir falsa procedência.

2 EXEMPLOS DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS DE VINHOS E QUEIJOS

Como já esclarecido anteriormente, as Indicações Geográficas no Brasil apresentam duas espécies ou modalidades, as Indicações de Procedência (IP) e as Denominações de Origem (DO).

Conforme pesquisa realizada ao site do INPI, foram reconhecidas, até 21.01.2018, quarenta e seis Indicações de Procedência (IP), todas trazendo como titulares entidades coletivas nacionais (cooperativas, associações, institutos e sindicatos). Dentre as Indicações de Procedência (IP) envolvendo vinhos e queijos encontram-se as seguintes: (i) Vale dos Vinhedos (vinhos tintos, brancos e espumantes, na região de Bento Gonçalves e Garibaldi, no Estado do Rio Grande do Sul); (ii) Pinto Bandeira (vinhos tintos, brancos e espumantes, na região de Farroupilha, no Estado do Rio Grande do Sul); (iii) Serro (queijo artesanal na região de Serro e município vizinhos, no Estado de Minas Gerais); (iv) Vale da Uva Goethe (vinhos brancos e espumantes, na região dos municípios de Urussanga, Orleans, Içara e outros, no Estado de Santa Catarina); (v) Canastra (queijo, na região dos municípios de Piumhi, Bambuí, Tapiraí e outros, no Estado de Minas Gerais); (vi) Altos Montes (vinhos e espumantes, na região dos municípios de Flores da Cunha e Nova Pádua, no Estado de Rio Grande do Sul); (vii) Monte Belo (vinhos e espumantes, na região dos municípios de Monte Belo, Santa Tereza e Bento Gonçalves, no Estado do Rio Grande do Sul); (viii) Farroupilha (vinho fino branco Moscatel, espumante e frisante, na região que compreende integralmente o município de Farroupilha, no Estado do Rio Grande do Sul).

Por sua vez, o INPI reconheceu, até 21.01.2018, dezoito Denominações de Origem, sendo dez delas em nome de titulares nacionais e oito em nome de titulares estrangeiros. Dentre as Denominações de Origem (DO) envolvendo vinhos e queijos encontram-se as seguintes: (i) Região dos Vinhos Verdes (vinhos, na região de *Aveiro, Braga, Porto* e outras, em Portugal); (ii) *Cognac* (destilado vínico ou aguardante de vinho, que compreende a região dos Distrito de *Cognac, Barbezieux, Angoulême, Ruffec, Niort*, dentre outros, na França); (iii) Franciacorta (vinhos e espumantes, na região que compreende os municípios de *Paratico, Capriolo, Adro, Erbusco, Corte Franca* e outros, na Itália); (iv) Porto (vinho licoroso, na região dos Distritos de Vila Real, Viseu, Bragança e outros, em Portugal); (v) Napa Valley (vinhos e espumantes, na região dos Condados de *Napa, Lake, Solano* e outros, nos Estados Unidos); (vi) Vale dos Vinhedos (vinhos e espumantes, na região de Bento Gonçalves e Garibaldi, no Estado do Rio Grande do Sul); (vii) *Champagne* (na região que leva o mesmo nome e compreende as *Comunas dos Departamentos de Marne, Aisne, Aube*, e outras, na França); (viii) Roquefort (queijo do leite de ovelha, na região que compreende as Comunas dos Departamentos de *Alpes-martimes, Aveyron, Aude, Bouches-du-Rhône* e outras, na França).

Em resumo, o INPI já concedeu o registro de seis Indicações de Procedência (IP) de vinhos e duas de queijo, como também sete Denominações de Origem (DO) de vinho e apenas uma de queijo.

A Indicação Geográfica (IG) Vale dos Vinhedos foi inicialmente registrada como Indicação de Origem (IG) em 2002 e, dez anos após, como Denominação de Origem (DO). Conforme site do INPI, essas duas Indicações Geográficas sob o mesmo signo estão vigentes.

Do total das Indicações de Procedência (IP) registradas no Brasil, 13% delas se referem a vinho, enquanto 5% envolvem queijo. Já do total das Denominações de Origem (DO) registradas no Brasil, 39% envolvem vinho, enquanto 6% se referem a queijo.

No Brasil, é possível afirmar que a maior parte dos Indicações Geográficas (IG) concedidas pelo INPI, seja na modalidade Indicação de Procedência (IP) ou Denominação de Origem (DO), contempla o produto vinho. Enfim, o vinho, como já afirmado anteriormente, é uma Indicação Geográfica (IG) por excelência.

3 O CASO ENVOLVENDO O FAMOSO *CHAMPAGNE*

O vinho é considerado a mais preciosa riqueza da França, da qual destacam-se vários famosos produtores, como os bordoleses, donos dos maiores tesouros vitivinícolas, como o *Chateau Margaux*, *Chateaux Lafite Rothschild*, *Chateau Mouton Rothschild*, *Chateau D'Yquem*, dentre outros (MACHADO, 2009, p. 159).

Outra importante região produtora de vinho na França é a *Champagne-Ardenne*, cuja capital é *Épernay*. Nela se destaca a produção de um vinho branco espumante, mundialmente conhecido como *champagne* (na língua francesa), ou champanhe ou champanha (na língua portuguesa), porém, sempre como substantivo masculino (VOCABULÁRIO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2018).

Conforme informações obtidas da peça recursal apresentada pela *Société Anonyme Lanson Pere & Fils* (também conhecida como *Champagne Lanson Pere & Fils*) nos autos do recurso extraordinário apresentado, em 1974, ao Supremo Tribunal Federal (RE 78.835/Guanabara), o *champagne* atual foi inicialmente obtido pelo beneditino Dom Perignon, Em função das condições naturais do solo e do clima, como também do método seguido para a sua fabricação, método que é utilizado em outras regiões da França, muito embora os vinhos por elas produzidos não tragam as mesmas características. Segundo consta do mesmo acórdão no RE 78.835/Guanabara, o citado beneditino descobriu o meio de diminuir a fermentação excessiva e de alterar a cor da bebida de rousada para dourada, além do que teve a ideia magistral de misturar vários vinhos diferentes, até mesmo de anos diversos, e conseguir como resultado ressaltar as qualidades próprias de cada um deles e reuni-los numa síntese feliz com harmonia de conjunto que superava, em muito, a simples adição dos seus componentes.

O *champagne* é um caso que envolve quase dois séculos de lucros com a Indicação Geográfica. Sinônimo de qualidade e status, o *champagne* também é um exemplo de gestão da Indicação Geográfica (IG) como diferencial competitivo. Protegido na França desde 1843, por meio de um mecanismo precursor da Indicação Geográfica, o espumante da região de *Champagne* gera 32 mil empregos diretos e movimentada anualmente 4,2 bilhões de euros (cerca de R\$ 11 bilhões) a cada ano, com seus 338 milhões de garrafas vendidas em 2007 (REDE DE PESQUISA EM

PROPRIEDADE INTELECTUAL E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA, 2012). O *champagne* chega a custar oito vezes mais do que o espumante francês sem certificação. Acrescente-se ainda que os terrenos onde as uvas são cultivadas valem quase vinte vezes mais do que em outras regiões. Mas isso é fruto do controle de qualidade permitido pela Indicação Geográfica.

Enquanto Indicação Geográfica, o *champagne* foi protegido em diversos países, sendo oportuno lembrar que, na própria França, a firma [Yves Saint-Laurent](#) teve que interromper o lançamento de um [perfume](#) que tinha chamado de *Champagne*, posteriormente comercializado sob o nome de *Yvresse*.

Apesar de o *champagne* ser considerado uma das mais antigas e importantes Indicações Geográficas do mundo, durante décadas o Brasil acabou por não reconhecer a sua devida proteção.

Para entender o caso, analisaremos o acórdão proferido, em 26 de novembro de 1974, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do já citado Recurso Extraordinário (RE) 78.835/Guanabara. Esse acórdão foi proferido pelos Ministros Cordeiro Guerra (relator), Thompson Flores (presidente) e Leitão de Abreu, os quais, de forma unânime, decidiram não conhecer do recurso extraordinário apresentado pela *Société Anonyme Lanson Pere & Fils* (também conhecida como *Champgne Lanson Pere & Fils*).

A *Société Anonyme Lanson Pere & Fils* (também conhecida como *Champgne Lanson Pere & Fils*) e outras sociedades francesas ajuizaram ação declaratória contra a União Federal (Departamento Nacional de Propriedade Industrial) e as sociedades empresárias brasileiras Armando Peterlongo & Cia. Ltda., Champgne Georges Aubert S/A, Mosele S/A Estabelecimentos Vinícolas Indústria e Comércio e Dreher S/A Vinhos e Champanhas, pretendendo que se declarasse que esses produtores de vinhos espumantes brasileiros não têm o direito de usar, nos rótulos dos seus produtos, em publicidade ou outro qualquer modo, a denominação de origem *champagne* e suas variantes *champanhe* e *champanha*, ou outras que viessem a ser criadas, utilização essa que violaria os artigos 100 e 101 do Código da Propriedade Industrial (Decreto-lei nº 7.903/1945) e o artigo 1º do Acordo de Madrid, de 14.04.1891, revisto em Washington, em 26.06.1911, e em Haia, em 06.11.1925, o qual estabelece repressão às falsas indicações de procedência.

Em síntese, alegavam as autoras da referida ação que (i) estão localizadas na região geográfica da França denominada *Champagne* e que se dedicam à produção de vinho espumante conhecido sob o mesmo nome; (ii) que se trata de denominação de origem, que não se integra, tão somente, pelo nome do lugar de obtenção do produto, mas também pela influência dos fatores naturais imanentes ao local; (iii) que utilização do nome *champagne* em um vinho espumante indica a existência, na bebida, de qualidade e características próprias e diferenciadas daquela região; (iv) que nos países vinícolas o consumidor se interessa mais pela origem do produto do que pela sua marca e (v) que não se pode admitir que a expressão *champagne* se tenha tornado uma designação de uso comum, indicativa apenas de tipo de vinho, pois, a palavra *champagne* não é e não pode ser tida como sinônima de vinho espumante.

Oportuno registrar que as autoras da ação, para fortalecerem os seus argumentos, contrataram parecer do renomado jurista brasileiro Orozimbo Nonato, que houvera sido Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Porém, a ação foi julgada improcedente em primeira instância, sentença essa que foi mantida pela segunda instância e também pelo Supremo Tribunal Federal (RE 78.835/GB).

Em resumo, prevaleceram os seguintes argumentos para a improcedência da ação: (i) os artigos 1º e 4º do Acordo de Madrid estabelecem repressão à falsa indicação de procedência e não à falsa denominação de origem; (ii) o termo *champagne* não constitui indicação de procedência (proveniência), isto porque nem todos os produtores de vinho, estabelecidos na antiga província de *Champagne*, têm o direito de usá-lo; (iii) a palavra *champagne* não constitui denominação de origem, mas designa modalidade característica de vinho, oriunda de processo especial de fabricação; (iv) mesmo que fosse denominação de origem, a legislação brasileira não a protege e o artigo 1º do Acordo de Madrid a ela não se refere; (v) não é possível a aplicação analógica para também alcançar a figura jurídica da denominação de origem, já que a sua utilização implicaria, por consequência, em interpretação extensiva das normas penais, o que não é permitido; (vi) o artigo 71 da Lei nº 5.772/1972 é expresso ao dispor que a utilização de nome geográfico que se houver tornado comum para designar natureza, espécie ou gênero de produto ou mercadoria a que a marca se destina não será considerada indicação de lugar de procedência; (vii) enfim, o uso do termo *champagne* pelos

vinicultores brasileiros não tipifica falsa indicação de procedência, mas simples qualificação de vinho espumante, tanto mais que, em todos os rótulos dos produtores nacionais há menção expressa à origem nacional do produto, bem como indicações precisas sobre o nome do fabricante, que tornam inconfundíveis os produtos nacionais com os franceses.

Muito embora não conste da fundamentação do acórdão do Supremo Tribunal Federal, mostra-se oportuno destacar que no momento em que foi proferido, a política econômica do regime militar era nacionalista, o que acabava, de certa forma, influenciando os valores da sociedade naquela época, ou seja, de proteger a indústria brasileira nascente.

Porém, em que pese a argumentação adotada pelo Supremo Tribunal Federal para não reconhecer, naquele momento, a proteção exclusiva do uso do termo *champagne*, enquanto Indicação Geográfica (IG), pelas produtoras francesas, é certo que se constitui sim em denominação de origem, aliás uma das mais famosas e antigas, na medida em que sempre representou a procedência de um vinho com características próprias inerentes a uma determinada região.

Oportuno lembrar que, mesmo com a referida decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 78.835/GB), as empresas brasileiras, com o passar dos anos, começaram a se utilizar de outras terminologias, como espumantes, para identificar o seu produto ao invés de adotar o signo *champagne*. O próprio mercado acabou por ajustar, com o tempo, a controvertida decisão do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, em 11.12.2012, o INPI deferiu o registro da denominação de origem *champagne*, conforme processo IG201102. Esse registro foi concedido para o *Comité Interprofessionnel Du Vin de Champagne*, cuja proteção alcança a zona de produção de uvas que entram na sua composição, bem como na sua elaboração, limitada à área geográfica a 100 quilômetros ao nordeste de Paris, que reagrupa propriedades delimitadas de 319 comunas dos departamentos de *Marne*, de *Aisne*, de *Aube*, de *Haute-Marne* e de *Seine-et-Marne*. com superfície total de produção de 34.200 hectares (INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversos países, como o Brasil, protegem há muito tempo as Indicações Geográficas, muito embora os produtores brasileiros venham se utilizando mais deste instituto jurídico nos últimos vinte anos, principalmente após a internalização do TRIPS e a criação da Lei nº 9.279/1996 (Direito Industrial).

A Indicação Geográfica (IG), seja na modalidade Indicação de Procedência (IP) ou na Denominação de Origem (DO), pode contribuir para a mais-valia dos produtos especializados pelo meio geográfico, fomentando um ciclo multiplicador positivo para os seus produtores.

O instituto jurídico da Indicação Geográfica (IG) vem sendo muito utilizado para determinados produtos, dentre os quais ganham destaque os vinhos e os queijos.

Apesar de o *champagne* ser considerado uma das mais antigas e importantes Indicações Geográficas do mundo, durante décadas o Brasil acabou por não reconhecer a sua devida proteção tendo em vista o controvertido acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE 78.835/GB, 1974), conforme analisado neste artigo. Finalmente, em 11.12.2012, o INPI deferiu o registro da denominação de origem *champagne*, conforme processo IG201102, para o *Comté Interprofessionnel Du Vin de Champagne*.

Do total das Indicações de Procedência (IP) registradas no Brasil, 13% delas se referem a vinho, enquanto 5% envolvem queijo. Já do total das Denominações de Origem (DO) registradas no Brasil, 39% envolvem vinho, enquanto 6% se referem a queijo. Não sem razão se afirmam que os vinhos são as Indicações Geográficas por excelência.

Se a marca é um signo distintivo que potencializa o negócio de um único agente econômico, a Indicação Geográfica (IG) é um signo distintivo que alavanca o negócio de uma entidade coletiva (associação, cooperativa, sindicato), ou seja, contribui tanto para impulsionar os produtores que dela participam a alcançarem um padrão de qualidade como a obterem um maior valor agregado para os seus produtos, enfim, um melhor resultado financeiro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, A. F. R. **Denominação de origem e marca**. Coimbra: 1999.
- ASCENSÃO, J. O. Indicações geográficas e países em desenvolvimento. In: GORINI, A. J. V. et al (Org.). **Propriedade Intelectual: plataforma para o desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 101-121.
- BASSO, M. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BARBOSA, C. **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BARBOSA, D. B. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 78.835**. Guanabara. Relator: Ministro Cordeiro Guerra, j. 26.11.1974. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CHAMPAGNE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybmo586r>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Guia básico de indicação geográfica**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica/guia-basico-de-indicacao-geografica>>. Acesso em 20 jan. 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Indicações de procedência reconhecidas (IP)**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/arquivos-dicig/LISTACOMASINDICAESDEPROCEDNCIACONCEDIDAS.At16Jan2018.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2018.
- LOCATELLI, L. **Indicações Geográficas: a proteção jurídica sobre a perspectiva do desenvolvimento econômico**. Curitiba: Juruá, 2008.
- MACHADO, A. F. As indicações geográficas no Brasil e no mundo (panorama atual). In: LIMA, L. F. B. (Coord.). **Propriedade Intelectual no Direito Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 155-197.
- MIRANDA, P. **Tratado de Direito Privado: Direitos das coisas: Propriedade industrial**. Atualizado por Carlos Henrique de Carvalho Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. 17 p. 299-316.
- PIMENTEL, L. O. Prefácio. In: LOCATELLI, L. **Indicações Geográficas: a proteção jurídica sobre a perspectiva do desenvolvimento econômico**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 9-12.

REDE DE PESQUISA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA (REPPITTEC). **160 Anos de Lucro com a Indicação Geográfica.**

Publicado em: 04 jun. 2012. Disponível em:

<http://www.reppittec.org.br/home/secao.asp?id_secao=1226#>. Acesso em 20 jan. 2018.

VERÇOSA, H. M. D. **Direito Comercial:** teoria geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

VOCABULÁRIO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA (VOLP).

Disponível em: <<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>>.

Acesso em 20 jan. 2018.