

A PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE RIGHT TO HEALTH AND THE ELDER CONSUMER: AN ANALYSIS FROM EFFECTIVENESS THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Sibhelle Katherine Nascimento

Advogada (OAB/PR n. 39547). Juíza Leiga remunerada junto à 11ª Secretária do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda do Foro Central da Comarca de Curitiba, de novembro de 2012 a julho de 2014. Juíza Leiga junto ao 1º Juizado Especial da Comarca de Joinville, de janeiro de 2013 a fevereiro de 2014. Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Unibrasil (Curitiba-PR).

Resumo: O presente artigo analisa a proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos instrumentos criados para efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem os subprincípios do melhor interesse do idoso, da vedação à discriminação e a absoluta prioridade dos seus direitos, avaliando os possíveis impactos para as garantias constitucionais já consagradas em favor desta classe, com destaque para a vedação à discriminação e seus reflexos nos contratos de plano de saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Discriminação. Idoso.

Abstract: This article analyzes the protection of the elderly in the Brazilian legal system based on the instruments created for the effectiveness of the principle of human dignity, from which the subprinciples of the best interests of the elderly, the prohibition of discrimination and the absolute priority of their rights, Evaluating the possible impacts on the constitutional guarantees already established in favor of this class, with emphasis on the prohibition of discrimination and its impact on health plan contracts.

Keywords: Fundamental rights. Discrimination. Elderly.

Sumário: **1** Introdução – **2** O advento da Lei nº 10.741/2003 – **3** A proibição de discriminação do idoso – **4** Conclusão

1 Introdução

Os microsistemas foram criados para instrumentalizar os direitos fundamentais previstos em sede constitucional, reafirmando o ordenamento jurídico enquanto unidade constitucional erigida num sistema aberto que busca correspondência com

aqueles que se devem tutelar. Esse diálogo direto que existe entre a Constituição e os microssistemas conduz à necessidade de equilíbrio nas relações, fazendo do Estatuto do Idoso um instrumento para melhor atenção do idoso e da manutenção da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto do Idoso ao definir seus tutelados leva em conta apenas critérios biológicos partindo da premissa de que, ao atingir aquele patamar definido em lei (60 anos), o indivíduo passa a ter sua capacidade diminuída, devido à concepção social de que as pessoas idosas são debilitadas fisicamente, o que, portanto, as tornaria mais vulneráveis.

Referida vulnerabilidade atribuída aos idosos decorre, entre outros fatores, do estigma social disseminado pelo conhecimento popular de que eles necessitam de maiores cuidados com a saúde, devido à fragilidade do seu corpo. Concomitantemente ao estigma popular, tem-se que o agrisalramento da população brasileira não decorreu de uma melhoria na condição social dos indivíduos ou no atendimento à saúde dessa classe, que comumente não dispõe de recursos para pagamento ou manutenção de um plano de saúde. Muito pelo contrário, o envelhecimento da população decorreu da ampliação de programas de imunização que acabaram por atingir a população mais carente, contribuindo, assim, com a erradicação de doenças que vitimavam brasileiros, aumentando a expectativa de vida.

Atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 230 a proteção aos idosos, impondo à família e a toda sociedade a obrigação de por eles zelar, estabelecendo regras de cunho protetivo que balizam a atividade do legislador infraconstitucional e as políticas públicas necessárias para efetivação dessa proteção. Neste mesmo sentido, o Estatuto do Idoso surge como um instrumento jurídico necessário para reafirmação da dignidade da pessoa humana para realização da cidadania plena, cujo propósito é operacionalizar a garantia dos direitos consagrados, inserindo-os socialmente naquela almejada eficácia constitucional, reafirmando a tradição democrática, cidadania e respeito, por meio de políticas públicas e mecanismos processuais.

Salvaguardar os direitos dos idosos, notadamente afastados do mercado de consumo, é uma tentativa do Estado de afastar a velhice dos sinônimos de fracasso e exclusão social, já que nem as famílias nem o Estado prepararam-se para garantir o futuro daqueles que perdem sua capacidade de produção na dinâmica capitalista.

2 O advento da Lei nº 10.741/2003

O direito ao envelhecimento com dignidade foi positivado na Constituição Federal de 1988, amparada nos princípios de cidadania e dignidade da pessoa

humana, cuja proteção dirigida à pessoa idosa passou a compor o conjunto de direitos voltados à concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, dentro dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana decorrem do reconhecimento das diretrizes relativas aos direitos humanos, reconhecendo as diferenças, entre as prestações positivas do Estado, nas quais se insere a proteção dos idosos em seus mais diversos aspectos. Neste sentido, pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos:¹

À primeira vista talvez não se percebe a importância desse dispositivo constitucional para as pessoas idosas. Todavia, trata-se de enorme engano. [...]

A afirmação de que a República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção à efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional, portanto, aponta no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda a sua vida.

Acrescenta ainda o autor:

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade.²

A sociedade, portanto, foi convocada ao reconhecimento de novos direitos que buscam suprir diferenças concretas, deficiências políticas e sociais relativas à omissão da família e do Estado em dar efetividade à diretriz constitucional, resgatando a dignidade dos idosos, integrando-o à vida social e democrática. Anteriormente tratados como “velhos”, tanto a Constituição Federal de 1988 como

¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Pessoa idosa e pessoa portadora de deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: Ceaf, 2003. p. 133.

² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Pessoa idosa e pessoa portadora de deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: Ceaf, 2003. p. 149.

o Estatuto do Idoso passaram a usar o termo *idoso* para definir pessoas com idade superior a 60 anos, inserindo-os num plano que não leva em consideração apenas suas possibilidades de consumo de bens, mas também a necessidade de tutela de seus direitos.

A emissão de regras específicas de proteção e execução de integração social por meio da Política Nacional do Idoso é de competência concorrente entre União, estados e municípios e cria condições para promover o prolongamento da vida do idoso, cabendo ao Ministério Público a fiscalização da lei e a garantia de prioridade na sua aplicação.

A dinâmica social e a tradição legalista estabelecida no Brasil acabaram por estabelecer a necessidade de ampliação do texto legislativo de proteção, trazendo infraconstitucionalmente as diretrizes necessárias para garantia de sua efetividade. Desse modo, portanto, concebeu-se primeiramente a Lei nº 8.442/94, dispondo sobre a Política Nacional do Idoso que, devido à sua insuficiência, trouxe à discussão a efetividade da proteção almejada em prol do idoso.

Na sequência, sancionou-se a Lei nº 10.741/2003, batizada como Estatuto do Idoso, trazendo, finalmente, em seu bojo definições e disposições específicas de proteção estatal e dos deveres de proteção àqueles que envolvem toda sociedade, trazendo respeito e dignidade a essa parcela da população que cresce a cada dia, em decorrência do aumento da expectativa de vida. Desta forma, o Estatuto do Idoso, ao refutar o estigma da inutilidade associado ao avanço da idade, trouxe a inserção dos idosos ao mercado de consumo, cuja ampliação do critério cronológico³ atende ao critério formal da lei, independentemente do critério subjetivo que leva o indivíduo a se sentir idoso, outorgando-lhe o cuidado e a solidariedade necessários ao envelhecimento ativo.

Entre algumas garantias, constam neste diploma o direito à assistência familiar, à não discriminação e ao recebimento de um benefício mensal que lhes garanta o sustento, a garantia de transporte intermunicipal ou interestadual gratuito e, especialmente, de atenção integral à saúde, vedando-se a discriminação da classe pela cobrança de valores diferenciados em planos de saúde em razão da idade.

O Estatuto do Idoso, portanto, apresenta-se como um conjunto de medidas estatais para resguardar os direitos dos idosos, viabilizando-lhes o exercício da cidadania por meio de medidas capazes de minimizar as diferenças no plano concreto, as quais devem ser fiscalizadas por órgãos criados para efetivação dessas vantagens. Essa necessidade decorre da cultura brasileira que entende o

³ O Estatuto define o idoso como a pessoa com idade igual a superior a 60 anos, em contraponto ao estigma criado pela palavra “velho”, que carrega em seu bojo uma carga pejorativa que em nada se assemelha à experiência decorrente da idade.

envelhecimento como uma fase da vida negativa para homens e mulheres, cujo amadurecimento carrega em seu bojo uma ideia formada de que o indivíduo perde sua condição humana de autonomia e independência. Com base nessa ideia disseminada culturalmente, os idosos tendem a alimentar o processo de exclusão social do qual o Estado Democrático de Direito procura se afastar, criando instrumentos para realização da cidadania plena.

Neste mesmo diapasão de proteção aos idosos, foi sancionada, em dezembro de 2015, a Lei nº 13.228, com propósito de estabelecer causa de aumento de pena na hipótese de estelionato cometido contra idosos, evidenciando a vontade do legislador em desestimular a prática de crimes contra essa classe.

Consigne-se, ainda, a previsão no Código Penal, em seu art. 133, do crime de abandono de incapaz, perfeitamente aplicável àqueles idosos impossibilitados de se defender dos riscos resultantes do abandono sofrido.

Contudo, apesar do avanço de políticas sociais de inclusão de idosos, o Estatuto do Idoso não estabeleceu prioridades para sua implementação, tampouco fontes para o seu financiamento. O estabelecimento de medidas sem a definição de uma fonte pagadora resulta na sua não implementação, ocasionando conflitos intergeracionais, como exemplo, ao instituir a meia-entrada em favor dos idosos sem subsidiar o custo aos proprietários dessas atividades de lazer, acaba repassando à sociedade seu financiamento indireto por meio do aumento de preços. Outro fator negativo do Estatuto refere-se à variação de idade entre essa classe: a amplitude do intervalo etário – que se inicia aos 60 anos – resulta em uma população idosa bastante heterogênea e com necessidades diferenciadas, mas que não recebe a chamada destinação privilegiada de recursos públicos para proteção e defesa do idoso.

De igual modo, não há previsão na legislação de implementação de políticas públicas de educação, capacitação para o mercado de trabalho e garantia de uma política de reajuste que garanta manutenção de valores pagos pela Previdência Social em favor desse público, o que ainda favorece a discriminação de idosos.

Apesar das discrepâncias encontradas nos casos concretos, o Estatuto estabeleceu a proteção integral ao idoso resgatando sua inclusão social e a manutenção de uma vida digna. Referida proteção respeita os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, reconhecendo-se que os idosos estão em constante processo de envelhecimento e declínio biológico, afastando a ideia de hipossuficiência que gera desigualdade de tratamento e afasta o idoso da vida social e do mercado de consumo.

Conclui-se, por derradeiro, que o prolongamento da vida por meio da medicina e do progresso científico não é garantia de envelhecimento com dignidade, já que não houve conscientização da população para garantia de respeito à população idosa e aos sinônimos do envelhecimento.

2.1 A prioridade absoluta da pessoa idosa e a proteção dos seus direitos fundamentais

A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso são instrumentos legislativos surgidos para salvaguarda daqueles que exigem especial atenção devido à vulnerabilidade decorrente da idade. Possuem como finalidade atribuir à pessoa idosa as mesmas possibilidades jurídicas de outros grupos constitucionalmente protegidos, já que, com o avançar da idade, passam a sofrer com a fragilização do corpo e da psique, tornando-se socialmente vulneráveis.

A proteção constitucional e infraconstitucional protege os idosos dos agravos ocasionados pela idade, ao mesmo tempo em que reconstrói o conceito de igualdade atrelado à inclusão social. Ser cidadão e ter direitos assegurados é ponto de partida para outorgar eficácia a direitos formalmente abstratos.

Deste modo, em sintonia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade positiva, da igualdade material, da solidariedade social e da não discriminação, o Estatuto do Idoso visa atender às necessidades dos idosos por meio de políticas de integração entre Estado e sociedade, de grupos considerados marginalizados, tal como os idosos.

Inconscientemente, tem-se que a marginalização faz com que a cidadania e seu exercício percam seu sentido, criando um cenário de exclusão que não interessa ao capitalismo. O exercício dessa cidadania e a inclusão social desses grupos, portanto, depende da oferta de condições para manutenção da vida digna, em especial, da preservação do direito à saúde. Entre os idosos, a preservação da sua saúde garante a participação na vida pública em sociedade, efetivando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Nesse diapasão, tem-se que a inclusão de determinados grupos pressupõe o exercício da tolerância por meio da solidariedade. Alçar os mais vulneráveis às condições de igualdade permite-lhes criar um sentimento de pertença e reciprocidade dentro da sociedade, afastando as debilidades e fragilidades decorrentes do grupo ao qual pertencem. A especial proteção conferida aos idosos é instrumento afirmativo que consolida o princípio da igualdade, outorgando absoluta prioridade aos direitos dos idosos.

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso dispõe em seu art. 3º que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Nas palavras de Tânia da Silva Pereira, além de o cuidado ser considerado a base dos direitos fundamentais, “se

somam a paciência e a tolerância com os idosos, como desafios permanentes no cotidiano familiar, nos hospitais e nas entidades de atendimento”.⁴

Além das prioridades elencadas no art. 3º do Estatuto do Idoso, é assegurado ao idoso (i) atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde (SUS); (ii) recebimento gratuito de medicamentos, especialmente aqueles de uso contínuo (tratamentos de diabetes, hipertensão, entre outros); (iii) tratamento de habilitação ou reabilitação com fornecimento de próteses e órteses pelo Poder Público; (iv) direito à acompanhante em caso de internamento; (v) direito ao transporte público gratuito para maiores de 65 anos, (vi) reserva mínima de 10% dos assentos dos veículos de transporte público; (vii) a reserva de duas vagas gratuitas em cada veículo no transporte interestadual feito por comboio ferroviário ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros, para idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos (conforme Decreto nº 5.934 de 2006 que estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 do Estatuto do Idoso); (viii) reserva mínima de 5% das vagas de estacionamentos posicionadas de modo a garantir a comodidade do idoso, cabendo ao Poder Público sua regulamentação; (ix) prioridade no recebimento de restituições do Imposto de Renda; (x) direito à prestação alimentícia na forma da lei civil; (xi) pagamento de meia entrada em atividades de cultura esporte e lazer; (xii) prioridade de tramitação em processos e procedimentos judiciais; (xiii) a idade passa a ser o primeiro critério de desempate em concursos públicos; (xiv) garantia de recebimento de um salário-mínimo aos idosos comprovadamente pobres, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas).

A Constituição consagrou a solidariedade entre gerações garantindo o cuidado especial entre pais e filhos e advindo da família aos idosos, segundo o seu melhor interesse. O princípio do melhor interesse do idoso é composto pelos subprincípios da proteção integral e da absoluta prioridade concedidos em favor dessa classe considerada vulnerável. Inclui-se nesta proteção o oferecimento de oportunidades e facilidades para preservação da saúde física e mental das pessoas idosas, do aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e com dignidade.

O termo *absoluta prioridade* está expressamente consignado no art. 3º do Estatuto do Idoso e consagra a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, além daqueles direitos que transcendem a órbita individual para manutenção do seu bem-estar. A inclusão social dos idosos e o convívio

⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. Apresentação. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. XII.

com as demais gerações também lhes garantiu imediatez e individualização em atendimentos em ambientes públicos ou privados.

O melhor interesse do idoso decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e exige igualdade de tratamento mesmo em situações em que se verifica a vulnerabilidade de uma das partes, interpretando seus direitos em conformidade com os princípios constitucionais, bem como conferir-lhes prioridade em face de direitos de terceiros que se enquadram no mesmo *status*.

3 A proibição de discriminação do idoso

A igualdade de tratamento, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, parece não conceber situações de discriminação consideradas positivas ou até mesmo necessárias para atendimento de uma finalidade maior. Para Rosalice Pinheiro,⁵ o direito à igualdade de tratamento compõe o substrato da dignidade da pessoa humana em sua dimensão substancial, impondo o direito de não receber tratamento discriminatório, sob pena de quebra da igualdade.

A vedação contra a discriminação decorre do princípio da igualdade e da dignidade humana, tendo por finalidade evitar tratamentos desiguais que dificultem ou impeçam o livre desenvolvimento das potencialidades individuais, ou seja, da personalidade. O art. 3º da Constituição Federal de 1988 ao exigir uma proibição de discriminação por meio da aplicação direta dos direitos fundamentais – cuja tarefa de extinguir as discriminações foi expressamente atribuída ao Estado – tem exigido que o Judiciário se manifeste acerca da extensão e eficácia de direitos aparentemente colidentes, devido à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Deste modo, portanto, tem-se que a vedação à discriminação afasta os critérios externos (gênero e espécie) na tentativa de garantir a igualdade de chances.⁶

Por isso, os contornos da discriminação jurídica serão condizentes com os elementos constitutivos dessa política, como por exemplo, com os critérios que a legitima e as específicas finalidades perseguidas (por ex., a acentuar a garantia da dignidade ou a garantir a igualdade de chances). São essas razões que permitem que se fale com sentido de, por exemplo, uma discriminação contra fumantes,

⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 113.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 395.

ainda que, juridicamente, o fato de fumar não justifique a incidência de regras antidiscriminatórias.⁷

A proibição de determinados tipos de discriminação exige do legislador a definição de parâmetros capazes de acolher o direito à igualdade de tratamento, delimitando situações de discriminação no direito privado consideradas permitidas, dado o caráter lícito da discriminação.

Os critérios considerados aceitáveis e repudiáveis utilizados para se definir a discriminação e suas possibilidades devem levar em consideração a proporcionalidade. Neste sentido, Pinheiro leciona que “Trata-se, portanto, de um comportamento que se dirige contra um grupo ou coletivo de pessoas, e cuja proibição não visa apenas evitar a exclusão do acesso à prestação, mas proteger a integridade dos membros do grupo”.⁸

Segundo José Afonso da Silva, no direito brasileiro há um catálogo aberto de sinais protegidos contra discriminação, ou seja, aquilo que é levado em consideração na tomada de decisões, embora existam modalidades vedadas de discriminação facilmente identificáveis. Esse catálogo aberto de sinais favorece a utilização de outros critérios para complementá-lo; podendo-se

[...] cogitar a utilização do critério preconceito, expressamente referido pelo art. 3º, IV ao lado da ideia da discriminação, como elemento definidor. Ainda que preconceito e discriminação sejam conceitos só parcialmente conectados, o preconceito é capaz de estabelecer um critério material de escolha, além de ter a vantagem de pressupor a existência de um determinado grau de significado social para que o específico sinal seja incluído na lista.⁹

O texto constitucional não possui um rol exaustivo ao apontar fatores de discriminação, nesse sentido o art. 3º, inc. IV, CF, que dispõe “e quaisquer outras formas de discriminação” e o art. 5º, inc. XLI, CF, “qualquer discriminação atentatória a direitos fundamentais”, dos quais se pode inferir a possibilidade de inclusão de valores constitucionais socialmente relevantes, em que se verifica uma vinculação entre a proibição de discriminação e o princípio democrático. Segundo Pinheiro,¹⁰ isso ocorre porque no direito brasileiro há apenas um princípio implícito de proibição

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 393.

⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, jul./set. 2014. p. 61.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 399.

¹⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, jul./set. 2014. p. 67.

de discriminação no direito privado que remete exatamente aquele catálogo aberto de sinais que não alcança os casos de discriminação indireta, revelando-se aquele menos democrático que o direito europeu.

Para Ariadna Rull, o problema da discriminação decorre da não participação ativa de determinados grupos na configuração dos sistemas políticos e jurídicos aos quais deveriam ter sido integrados.

Sólo puede darse respuesta a la discriminación garantizando la inclusión de los colectivos excluidos, garantizando su participación activa en la comunidad, tendiendo a un ideal de justicia participativa. Los textos constitucionales sí conocen ese ideal de justicia y lo imponen al establecer el principio democrático. Sin embargo, justamente al actuar como límite a ese principio, al establecer un catálogo de derechos fundamentales que vinculan al legislador democrático, entran en una contradicción, que se hace patente en el derecho a no ser discriminado. No ser discriminado supone justamente ser tenido en cuenta también como autor, en la definición de esos derechos.¹¹

Na discriminação direta o indivíduo recebe tratamento menos favorável ao que possa ser dado a outrem em situação comparável, não havendo elementos que possam justificar a diferença de tratamento. O foco da vedação encontra-se, sobretudo, na proteção ao indivíduo.¹²

A discriminação indireta é definida pela adoção de critérios aparentemente neutros que colocam a pessoa em situação de desvantagem comparativamente às demais. A utilização de critérios vinculados à idade e à disponibilidade de exercício de uma jornada de trabalho em tempo integral, a submissão a testes de inteligência ou exames de saúde, bem como a exigência de peso e altura mínimos na seleção de empregados, contratação bancária e acesso ao crédito, além da existência de cadastros paralelos de informações referentes ao crédito para concessão de produtos desse mercado, figuram como alguns exemplos de discriminação indireta.

Contudo, apesar de aparentemente inconcebíveis no ordenamento jurídico brasileiro, as discriminações aparecem sorrateiras, parecendo anteceder-se a alguns fenômenos sociais. É o caso, por exemplo, do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos que contraírem núpcias, o qual contradiz o

¹¹ AGUILERA RULL, Ariadna. *Contratación y diferencia: prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público*. Tese (Doutorado em Direito) – Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Espanha, 2010. p. 59. Disponível em: www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/31874/taa.pdf. Acesso em: 2 fev. 2017.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 402.

disposto no art. 1º do Código Civil brasileiro que dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Referida norma de caráter aparentemente protetivo mitiga a autonomia da vontade de pessoas maiores de 70 anos ao deixar de justificar, sem o devido processo legal, a imposição do regime de casamento por pessoas idosas, evidenciando o caráter discriminatório e sancionador contido em seu bojo. Subentende-se que o caráter protetivo atribuído à norma se dirige apenas aos herdeiros do nubente idoso, os quais terão assegurado por lei o patrimônio a eles cabível, violando a autonomia privada daquele e contrariando o disposto no art. 10, §1º da Lei nº 8.842/94, que assim dispõe: “§1º É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada”.

A autonomia privada decorre da interpretação ao direito geral de liberdade e não pode ser limitada ou restringida sem argumentação, quando incidente nas relações interprivadas, tal como o casamento. Caio Mário da Silva Pereira define o princípio da autonomia formal como a capacidade do indivíduo de ser “livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações”.¹³

A imposição do regime marital relativiza a capacidade do nubente bem como sua autonomia, desconsiderando que para os demais atos da vida civil, tal como vender, comprar, alienar, contratar de modo geral, sua suposta vulnerabilidade – concebida como incapacidade de determinar a destinação e administração de seus bens após o casamento – não é considerada, afrontando o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana que a norma encerra. Para Paulo Lôbo,¹⁴ são 3 princípios regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e da igualdade. O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. Para o autor, referida imposição legal aos nubentes com idade igual ou maior a 70 anos, configura-se “[...] hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”. “Consequentemente, é inconstitucional esse ônus”.¹⁵

A imposição de regime reflete o caráter patrimonialista do Código Civil, impingindo uma violação aos direitos da pessoa idosa e à sua dignidade à medida

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I. p. 479.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999. p. 104.

¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 299.

que os infantiliza e os ridiculariza ao associar a senilidade à rechaçada inutilidade e incapacidade, entendendo-se como dispensável a suposta proteção dirigida ao indivíduo em função de seu patrimônio e idade avançada. Para Maria Berenice Dias, “[...] das hipóteses em que a lei determina a separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1641, II) em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso”.¹⁶

Nesta perspectiva, Rosalice Pinheiro¹⁷ relata que sempre que houver um conflito entre uma situação subjetiva existencial e outra considerada patrimonial, tal como a que ocorre na imposição de regime matrimonial aos idosos, aquela deve prevalecer em face da dignidade da pessoa humana, o que, contudo, não se observa na legislação brasileira.

A violação à dignidade da pessoa humana, segundo Daniel Sarmento,¹⁸ ocorre quando o homem tem sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, cabendo ao Estado não apenas o dever de se abster de praticar os atos que atentem contra esse princípio como também de promovê-lo por meio de condutas ativas.

Com devido respeito à vulnerabilidade atribuída aos idosos, não se pode admitir no Estado Democrático de Direito que motivações de cunho estritamente patrimonial esvaziem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, fulminando a dignidade da pessoa humana.

Ainda neste diapasão, observam-se os casos práticos de abuso de direito perpetrados pelas operadoras de saúde que reajustam a mensalidade dos planos de saúde em função da idade, por meio de cláusulas contratuais elaboradas unilateralmente pelo contratado. Referidos casos que violam expressamente o disposto no art. 15, §3º do Estatuto do Idoso, quando submetidos à apreciação do Poder Judiciário, apenas declaram a nulidade de cláusulas consideradas abusivas com base no Código de Defesa do Consumidor sem aprofundarem a reflexão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Notadamente, referidas decisões apenas reconhecem o dever de boa-fé objetiva nas relações contratuais, afastando o caráter inquisitório na construção da informação odiosa que viola os direitos fundamentais para sua elaboração. Neste sentido é que ocorrem as discriminações nos reajustes de mensalidades em contratos de planos de saúde realizados por pessoas idosas. Essa prática contratual decorre de uma ideia geral de que os idosos necessitam de maiores cuidados com a saúde, fazendo com que esse grupo acabe sendo colocado em desvantagem em relação às pessoas

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257.

¹⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 116.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 71.

de faixa etária distinta, seja no momento da contratação ou durante a vigência do contrato.

Cláudia Lima Marques afirma que a interpretação assegurada pela jurisprudência brasileira, sob análise do Código de Defesa do Consumidor, é favorável aos consumidores nos contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada, ao presumir sua boa-fé subjetiva, o que originou o entendimento jurisprudencial das súmulas nºs 302, 229, 61 e 31, todas do STJ.

Os contratos de saúde foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientização da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade e boa-fé e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade, até chegarmos à Súmula 302, STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado”.¹⁹

As relações entre consumidores e operadoras de planos de saúde demonstram que os custos para manutenção de saúde de seus beneficiários não são diluídos ao longo do contrato, concentrando-se no intervalo dos 59 anos. Apesar da estipulação infraconstitucional de vedação ao reajuste de mensalidades de planos de saúde em decorrência de idade, essa prática é muito comum no mercado em razão do suposto risco de inviabilidade do plano.

Entre as ações propostas pelo Estatuto do Idoso, a proibição de cobrança pelos planos de saúde de valores diferenciados para maiores de 60 anos baseia-se em sua fragilidade econômica. Segundo gestores dos planos de saúde, a eliminação da discriminação etária nos planos de saúde resulta no seu encarecimento, pois os aumentos dos custos decorrentes do envelhecimento dos segurados passarão a ser compartilhados com os demais participantes dos planos. Nesse mesmo sentido, a ANS estabeleceu, no art. 3º da Resolução nº 63 de 2003, que o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária.²⁰

Observa-se, contudo, que as decisões do STJ não reconhecem a discriminação dirigida aos idosos nos contratos de planos de saúde que preveem o reajuste da mensalidade em função da idade. Essa tendência dos Tribunais de se afastarem

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2006. p. 470.

²⁰ ANS. *Resolução Normativa nº 63 de, 22 de dezembro de 2003*. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>. Acesso em: 2 fev. 2017.

da discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas cria um vácuo jurisprudencial ao desconsiderar a questão da repercussão geral da discriminação contra os idosos e seus efeitos socialmente relevantes, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Nos contratos de plano de saúde, os valores cobrados a título de mensalidade devem guardar proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados. 2. O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado. Essa norma não confronta o art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto. 3. Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda proporção com a demanda, preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998, o aumento é legal. 4. Agravo provido em parte para se dar provimento ao recurso especial.²¹

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Nos contratos de seguro de saúde, os valores cobrados a título de prêmio devem ser proporcionais ao grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado. Essa norma não confronta o art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto. Na hipótese dos autos, o aumento do valor do prêmio decorreu do maior risco, ou seja, da maior necessidade de utilização dos serviços

²¹ STJ, 3ª T. AgRg no REsp nº 1.315.668/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. *DJe*, 14 abr. 2015.

segurados, e não do simples advento da mudança de faixa etária. 3. Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda proporção com o risco e se foram preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998, o aumento é legal. 4. Recurso especial conhecido e provido em parte.²²

O afastamento dos fundamentos constitucionais das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores viola, entre diversos princípios, o da dignidade da pessoa humana oferecendo uma proteção mitigada contra a discriminação dos idosos em contratos de planos de saúde, o que acentua o papel hermenêutico do intérprete na incidência do direito à igualdade de tratamento nas relações privadas.

A delimitação dos direitos fundamentais no direito privado demarcaria a tênue relação entre liberdade e autonomia privada, atendendo-se nos casos concretos às expectativas dos consumidores e à almejada igualdade substancial das partes, impedindo toda forma de discriminação.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito confirma-se pela igualdade de tratamento. Sob essa ótica, o Estatuto do Idoso consagrou a prioridade absoluta da pessoa idosa e a proteção dos seus direitos fundamentais, revelando-se como uma ferramenta constitucionalmente valorada na busca da igualdade e da não discriminação, inclusive do idoso enquanto consumidor nas relações contratuais.

4 Conclusão

A evolução das relações sociais fez com que os direitos fundamentais passassem por uma mutabilidade na tentativa de se ampliar a proteção atribuída aos indivíduos, mediante reconhecimento da eficácia destes direitos também no âmbito das relações privadas. Observou-se, portanto, que as violações aos direitos fundamentais poderiam também decorrer de atos praticados por particulares.

Neste sentido, o contrato passou a revestir-se de novos valores sociais, cuja interpretação deve ser feita à guisa dos valores e princípios constitucionais para equilíbrio das relações contratuais, transmutando os institutos de direito privado e mitigando a liberdade contratual dos envolvidos. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor inseriu inúmeras restrições à liberdade contratual, possibilitando ao consumidor uma maior proteção, apesar de o ordenamento brasileiro não dispor de um dever geral de proibição de discriminação, ao contrário do que ocorre na Comunidade Europeia.

²² STJ, 3ª T. REsp nº 1.381.606/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. *DJe*, 31 out. 2014.

A força normativa das normas constitucionais, bem como a extensão da eficácia dos direitos fundamentais, em especial da saúde, tem sido comumente suscitada no âmbito dos tribunais nacionais devido à dificuldade de se reconhecer a dimensão prestacional neste direito nas relações privadas.

De modo breve e objetivo, devido à imensidão e complexidade em torno do tema, conclui-se pela ausência de um conceito unívoco do conteúdo do conceito do idoso, já que referida identidade o situa em diversas esferas da vida social, ao mesmo tempo que simplifica a heterogeneidade existente no grupo, colocando no mesmo patamar, inclusive, aquele que rejeita esse *status*. É exatamente a classificação dos idosos como um grupo homogêneo que faz disseminar na cultura popular a proximidade desse grupo com a morte, priorizando-os entre as políticas públicas.

A consagração do direito social à saúde e a prioridade dos direitos do idoso vinculam o Poder Público à sua promoção e pleno acesso, o que deve ocorrer por meio de prestações materiais que compensem as desigualdades materiais existentes na sociedade ao mesmo tempo em que devem ser superadas teses ou teorias que dificultem, limitem, restrinjam ou promovam redução no exercício dos direitos fundamentais, resguardando as bases do Estado Democrático de Direito.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO, Sibhelle Katherine. A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 17-32, out./dez. 2019. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.002.

Recebido em: 03.03.2017
1º parecer em: 11.03.2017
2º parecer em: 10.04.2017