

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	8
CAPÍTULO I – A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	16
1.1 O direito fundamental à saúde como norma programática	16
1.2 Direito à saúde da criança e do adolescente.....	22
1.3 Direito à saúde do idoso.....	28
CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS	37
2.1 Importância dos princípios para a aplicação do direito	37
2.2 Princípio da Proporcionalidade.....	39
2.3 Princípio da Igualdade	43
2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	46
CAPÍTULO III – CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A CRIANÇA E ADOLESCENTE EM FACE DO IDOSO: O ATENDIMENTO PRIORITÁRIO À SAÚDE.....	49
3.1 O sentido da expressão atendimento prioritário.....	49
3.2 Criança e adolescente <i>versus</i> idoso na prioridade do atendimento à saúde nos casos de urgência: a solução do conflito de interesses	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
BIBLIOGRAFIA	67

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “Criança e adolescente versus idoso: A prioridade do atendimento à saúde nos casos de urgência” tem por objetivo demonstrar que o Estado pode solucionar possíveis conflitos de interesses entre os referidos sujeitos de direito, promovendo equilíbrio no que diz respeito ao direito fundamental à saúde. Tais conflitos, claramente se demonstram, levando em consideração a inteligência do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e art. 3º do Estatuto do Idoso.

Analisando os referidos Estatutos, percebe-se que ambos asseguram prioridade de um mesmo bem jurídico a diferentes sujeitos de direito, gerando conflito entre bens jurídicos tutelados e garantidos com igual prioridade em ambos dispositivos legais. Diante do conflito, levantou-se como problema de pesquisa o questionamento sobre qual dos sujeitos de direito se deve a prioridade no atendimento à saúde em caso de urgência.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, sobretudo nos dois capítulos iniciais. Também se inclui pesquisa de campo, mediante entrevistas, para averiguação dos impactos produzidos por tal conflito, no caso concreto, junto a autoridades médicas e judiciais no Município de Caratinga/MG. Em face do universo discutido, o trabalho se revela de natureza trans e interdisciplinar, uma vez que aborda discussões envolvendo o Direito Constitucional e legislação infraconstitucional ordinária, diga-se, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Como marco teórico da monografia em epígrafe tem-se o entendimento sustentado por Gilmar Ferreira Mendes, o qual defende que nos casos de conflito entre interesses legalmente protegidos, o mesmo deve ser solucionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo este considerado a forma mais justa para solucionar tal questão. Dessa forma se expressa o aludido autor:

[...] assim, o princípio da proporcionalidade é o princípio que se deve usar para a justa medida, quando houver colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, para evitar-se desnecessárias ou abusivas restrições

contra os direitos fundamentais, cuidando-se de aferir a compatibilidade entre os meios e fins.¹

É sabido que tanto a criança e o adolescente, quanto o idoso, figuram na classe de hipossuficientes são, portanto, protegidos por leis especiais. Observa-se uma tendência ao favorecimento do menor, sob o argumento de que o art.227 da Constituição da República de 1988 eleva o direito do menor a tal prioridade, não fazendo a mesma menção ao idoso. Tal argumento insurge-se contra o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, os quais tornam impossível que tal prioridade subsista em caráter absoluto. De tal forma, não há que se falar em prioridade da criança e adolescente sobre o idoso ou vice-versa, haja vista que o fator etário não estabelece uma escala de valores entre tais categorias de pessoas.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese de que, o Estado ao buscar dirimir tais conflitos, deve-se firmar sobre o princípio da proporcionalidade, levando em consideração o estudo do caso concreto. Tal princípio além de trazer equilíbrio entre o meio empregado e o fim almejado, fortalece também o senso de justiça, ao evitar o sacrifício total de um em benefício de outro.

Para uma melhor compreensão do tema a presente monografia foi dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “A saúde como direito fundamental”, aponta a evolução e a importância da saúde como direito fundamental, a qual, para fins desse estudo, foi abordada a partir do reconhecimento dos direitos humanos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, abarcando somente o que foi necessário à compreensão do tema, sem pretensão de explorá-lo sob outra perspectiva, enfatizando o direito à saúde da criança, do adolescente e do idoso.

Já no segundo capítulo, denominado “Princípios constitucionais fundamentais”, analisa a importância dos princípios para a aplicação do direito de uma forma flexível, para que sejam atendidos os fins sociais da norma, tendo como foco principal o princípio da proporcionalidade e da igualdade, que será de suma importância para resolução do conflito de interesse entre a criança, o adolescente e o idoso, no que tange ao direito fundamental à saúde.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos políticos**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250.

Por fim, o terceiro capítulo, a saber, “Conflito de interesses entre a criança e adolescente em face do idoso: O atendimento prioritário à saúde” encerra a discussão examinando a aplicação do princípio da proporcionalidade e da igualdade, levando em consideração a análise do caso concreto. De forma que o uso de tais princípios enseja representar a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. De modo a não agir com demasia, nem de modo insuficiente na realização de seus objetivos. O que possibilitou, portanto, a confirmação da hipótese da pesquisa em epígrafe.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para uma melhor análise do cerne deste trabalho, viável se faz trazer alguns conceitos básicos para maior clareza de sua exposição. Dentre eles destacamos: Criança, adolescente e idoso; direito fundamental à saúde; dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade e princípio da proporcionalidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, formalizado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, também conhecido como ECA, é uma lei ordinária federal que dispõe sobre a proteção integral à criança, pessoa até doze anos de idade incompletos, e ao adolescente pessoa entre doze e dezoito anos de idade incompletos. O seu texto, só excepcionalmente, é aplicado às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, como o prolongamento da medida de internação até os 21 anos e assistência judicial.²

Já a Organização Mundial da Saúde (OMS), considera criança, a pessoa até nove anos de idade, e delimita a adolescência como a segunda década de vida (10 a 19 anos)³. O conceito de criança adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU)⁴ abrange o conceito brasileiro de criança e adolescente. Na Convenção Sobre os Direitos da Criança⁵, entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.⁶

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente; as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram de objetos a serem sujeitos de direitos, considerados em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento⁷ e a quem se deve assegurar

² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 1990. 6. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005, p.23.

³ Conceito dado Pelo Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.saude.df.gov.br>. Acesso em: 14/11/2011.

⁴**Organização das Nações Unidas**. Resolução 1.386 de 20 de novembro de 1989.

⁵ A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – aprovada na Resolução 44/25 em 20 de novembro de 1989, e no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 21/11/ 2011.

⁶BRASIL. **Diário Oficial da União de 22/11/1990. Decreto nº. 99.710**. Promulgação da Convenção Sobre os Direitos da Criança em 21/11/1990. Seção I, p. 256.

⁷PONTES Jr., Felício. In **Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente: uma modalidade de exercício do Direito de Participação Política- Fatores determinantes e modo de atuação**. Rio de Janeiro, 1992, p. 24.

prioridade absoluta na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos orçamentários das diversas instâncias político-administrativas⁸ do País.

Ser sujeito de direitos representa, hoje, condição especial que deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁹

Já Antônio Carlos Gomes da Costa, alerta que:

A condição peculiar de desenvolvimento não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.¹⁰

O que nos leva a compreensão de que tanto a criança quanto o adolescente, por não ter atingido a maturidade e nem se integrado adequadamente à sociedade, está de certa forma em situação oposta ao adulto. Com a normatização dos direitos da criança e adolescente, inaugurou-se no País uma forma completamente nova de percebê-los e que vem, ao longo dos anos, sendo assimilada pela sociedade e pelo Estado. Isso porque a mudança não se concretiza num momento, mas se perpetua através das gerações.

As crianças e adolescentes não podem ser objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹¹ São protegidos tanto pela legislação especial, como pela legislação decorrente dos direitos fundamentais¹² inerentes à pessoa.

⁸Programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 67.)

⁹MARQUES, Marcio Thadeu Silva, **Melhor Interesse da criança: do Subjetivismo ao Garantismo**, in O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, São Paulo: Malheiros, 1991, p. 468.

¹⁰ DA COSTA, Antônio Carlos Gomes. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 39.

¹¹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6. ed., Malheiros, p. 44.

¹² Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado; os quais receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. (BONAVIDES, Paulo *apud* Carl Schmitt. **Curso de direito constitucional**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p.561).

Quanto ao idoso podemos defini-lo com sendo aquele que atingiu a plenitude da idade. O Estatuto do Idoso em seu art.1º considera idoso “[...] pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”¹³, ou seja, considera-se idoso uma pessoa de idade avançada. A Organização Mundial de Saúde (OMS) considera idosas as pessoas com mais de 65 anos em países desenvolvidos, e com mais de 60 anos de idade em países em desenvolvimento, considerando que a expectativa de vida do brasileiro é de 68 anos para os homens e de 75 anos para as mulheres. Para todos os efeitos, a legislação considera e protege as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.¹⁴ Com a aprovação da emenda constitucional 66/2010, elevou-se para 70 anos este conceito.

Em termos estritos, idoso é aquele que tem muita idade. A definição de muita traz uma carga valorativa. Os valores que referendam esse juízo dependem de características específicas do ambiente onde os indivíduos vivem. Logo, a definição de idoso não diz respeito a um indivíduo isolado, mas à sociedade como um todo. Em termos de saúde, assumir que a idade cronológica é o critério universal de classificação para a categoria idoso, é correr o risco de afirmar que indivíduos de diferentes lugares e diferentes épocas são homogêneos.¹⁵

O que torna os idosos um grupo diferente dos demais e objeto específico de estudos acadêmicos é o constante crescimento das suas vulnerabilidades físicas e mentais, proporcionais à idade, e a proximidade da morte.¹⁶ O que não justifica a existência de preconceitos em relação ao grupo e muito menos o detrimento de seus interesses em prol dos demais.

Para uma melhor compreensão no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, achamos por bem delinear um conceito de saúde, sabendo que a mesma é pressuposto para a qualidade de vida e dignidade de qualquer pessoa.

O termo saúde assinala diferença de pensamentos, pois de um lado o entendimento de que a saúde relaciona-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro lado, o conceito de saúde como ausência de doenças.¹⁷ Pode-se

¹³ BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁴ Conceito dado Pelo Ministério da saúde. Disponível em <http://www.saude.df.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2011.

¹⁵ CAMARANO, A. A., MEDEIROS, M. Introdução. In: **Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros**. Rio de Janeiro: IPEA, dez. 1999.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Doença deriva-se do latim ‘dolentia, padecimento’ designada pela medicina como um distúrbio das funções de um órgão, da psiqué ou do organismo como um todo. Está associada a sintomas específicos. Pode ser causada por fatores externos ou internos como outros organismos (infecção), ou por disfunções ou malfunções internas, como as doenças autoimunes. A patologia é a ciência que estuda as doenças e

dizer que o brocardo "*Mens Sana In Corpore Sano*",¹⁸ exterioriza o primeiro conceito de saúde.¹⁹

Com o surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946,²⁰ a saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano independente de crença, política, condição social ou econômica.

Contudo, o conceito de saúde, dado pela Organização Mundial da Saúde, deu ocasião a inúmeras críticas, haja vista que as verbas públicas podem não ser suficientes para efetivar um completo bem-estar físico, mental e social. Posto isso, pode-se dizer que a saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais e ausência de doenças.²¹ A saúde está diretamente relacionada à qualidade de vida, conforme descreve Bolzan de Moraes:

O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.²²

No tocante ao direito fundamental à saúde, necessário se faz dizer que esta é um direito subjetivo fundamental do indivíduo inclusive nos direitos sociais, que são direitos fundamentais de 2ª geração, surgidos nas constituições do Estado Social de Direito,²³ onde a obrigação do Estado vem mais como um dever de fazer ou de dar algo

procura entendê-las. Disponível em <http://www.infoescola.com/doencas/endemia-epidemia-e-pandemia> acesso em 18 nov. 2011.

¹⁸ Pode ser entendida como uma afirmação de que somente um corpo sã pode produzir ou sustentar uma mente sã. Seu uso mais generalizado expressa o conceito de um equilíbrio saudável no modo de vida de uma pessoa. Disponível em www.webartigos.com/artigos/mens-sana-in-corpore-sano/8924/ acesso em 18 nov. 2011.

¹⁹ HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 19 nov. 2011

²⁰ A **Organização Mundial da Saúde (OMS)** é uma agência especializada em saúde, fundada em 07 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. Sua sede é em Genebra, na Suíça. Segundo sua constituição, a OMS tem por objetivo desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos. Disponível em <http://portal.saude.gov.br>. Acesso em: 18/11/2011.

²¹ Idem.

²² MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.185.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

em favor dos seres humanos;²⁴ ou seja, é um direito tutelado pelo Estado. O que bem expressa Magalhães:

Os direitos sociais constituem o segundo grupo de direitos que compõem os Direitos Humanos. São direitos fundamentais que vêm se somar aos direitos individuais, oferecendo meios para que todos possam ser livres, e não apenas alguns. Marcam eles uma mudança de comportamento do Estado, que passa a se preocupar com o bem-estar social.²⁵

A saúde está indissociavelmente ligada ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana que segundo Alexandre de Moraes:

[...] é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que vise à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).²⁶

Temos o direito à vida como o mais importante dos direitos da personalidade, pois, decorre de um direito inato, adquirido no nascimento, e, portanto intransmissível, irrenunciável, indisponível e inviolável. Alexandre de Moraes ressalta:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.²⁷

²⁴MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Método, 2008, p. 158.

²⁵Ibidem.

²⁶MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 796.

²⁷Ibidem.

Segundo Bonavides, os direitos fundamentais da segunda geração "são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social".²⁸

Entende-se por direitos fundamentais as normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana. Normas estas, positivadas constitucionalmente por um Estado Democrático de Direito que, por sua importância, não só legitimam como também fundamentam todo o ordenamento jurídico.

São válidas as palavras de José Afonso da Silva, para quem direitos fundamentais "são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".²⁹

Já a dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana, pois, pelo simples fato de ser humana, a pessoa merece todo o respeito, independente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Ainda nas palavras de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto humanos.³⁰

Recorremos então ao princípio da igualdade, o qual consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais;³¹ não permitindo qualquer forma de discriminação. Quanto ao princípio da igualdade, Alexandre de Moraes nos traz:

²⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 197.

²⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176.

³⁰MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21-22.

³¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça. [...] a igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda a situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama [...] Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.³²

Assim, para solucionar a colisão de direitos é necessário analisar em cada caso concreto o princípio da proporcionalidade, que é o primeiro limite a concretização do direito a saúde. Segundo Gandini “[...] a proporcionalidade serve como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais”.³³

Como explicita Guerra Filho. “[...] tem-se a adequação da medida adequada quando se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.³⁴

No mesmo sentido Gandini:

A proporcionalidade, pelo critério da estrita necessidade, é capaz de evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito a saúde, pois se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público.³⁵

No entendimento de Humberto Bergmann Ávila a proporcionalidade, então, "destina-se a estabelecer limites concreto-individuais à violação de um direito

³² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36-37.

³³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; FERREIRA, Samantha; DE SOUZA, Andre Evangelista. **A judicialização do direito a saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos, insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências.** Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, n. 28, ano III, p.17 abr. 2008.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75.

³⁵ Idem.

fundamental – a dignidade humana – cujo núcleo é inviolável".³⁶ Assim, o princípio da proporcionalidade é o princípio que se deve usar para a justa medida, quando houver colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, para evitar desnecessárias ou abusivas restrições contra os direitos fundamentais, cuidando-se de aferir a compatibilidade entre os meios e fins.³⁷

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade: Aspectos Jurídicos Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15.

CAPÍTULO I – A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 - O direito fundamental à saúde como norma programática

Os direitos fundamentais originam-se de uma vasta e crescente evolução histórica e social; isto, devido à constante necessidade da sociedade em buscar proteger direitos inerentes ao ser humano. O maior e mais precioso bem, digno de tal proteção é o bem vida, o qual está interligado à dignidade da pessoa humana. Não basta simplesmente viver, mas sim viver dignamente usufruindo ao menos o mínimo necessário para tal. Sendo a vida o bem mais valioso, sem ela nenhum outro direito se justifica. Portanto, é inaceitável dissociar da vida, a saúde como direito fundamental, ambas estão intimamente ligadas e se completam.

Nesse entendimento, podemos destacar a importância da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.³⁸ Revolução esta que teve seus direitos consagrados universalmente, pois através dela manifestou-se o ‘embrião’ da internacionalização dos direitos humanos. Nesse sentido entende Bonavides: “a universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.”³⁹ O lema desta revolução do séc. XVIII, exprimiu em três princípios básicos todo o possível conteúdo dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.⁴⁰ Mas para que esta universalidade abstrata se materializasse, seria preciso que tais direitos fossem inseridos positivamente em cada ordenamento político.

A trajetória desses direitos projetou-se na história das sociedades com a consagração de seu art. 16 que: “[...] afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida à separação dos poderes não tem constituição”.⁴¹ Projeção esta, que bem preceitua

³⁸ BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.**

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, p.578.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.**

Andrade: “[...] de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado espaço aos direitos ou liberdade fundamentais”.⁴²

Nessa trajetória, torna-se visível a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁴³ ratificada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU),⁴⁴ em 10 de dezembro de 1948, a qual destacou os direitos humanos em âmbito internacional, elevando conseqüentemente os direitos fundamentais ao mesmo nível, o que ocasionaria de forma natural maior preponderância desses direitos no contexto interno de cada ordenamento jurídico. Principiando então, o desenvolvimento embrionário da Revolução Francesa. Nesse sentido preceitua Bonavides:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.⁴⁵

Desde então, os direitos fundamentais começaram a lograr realce, tanto em contexto internacional, quanto no ordenamento jurídico interno de cada Estado, sendo visto agora como algo essencialmente necessário. O que traduz com excelência José Afonso da Silva:

A vista disso é que se tem procurado firmar vários pactos e Convenções internacionais, sob o patrocínio da ONU, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem, pelos quais as altas partes pactuantes, reconhecendo – (c) que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos fundamentais do homem – comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, no seu território e sob sua jurisdição, esses direitos reconhecidos naqueles instrumentos internacionais.⁴⁶

⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 27-28.

⁴³ BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789**.

⁴⁴ ONU – Organizações das Nações Unidas.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., São Paulo: Malheiros, p.578.

⁴⁶ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p.165

Apesar de toda desenvoltura da história no que tange aos direitos fundamentais, estes só vieram a se estabelecer no Brasil, de forma mais abrangente e respeitável, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição da República de 1988, quando foram, podemos assim dizer, definitivamente positivados. O positivismo dos direitos fundamentais e suas garantias, esculpido no art. 5º da Constituição de 1988, possui além de outros objetivos, o de impor definitivamente ao Estado o ônus de zelar pela dignidade da pessoa humana.

Ainda, enfocando o tema em questão, os arts. 196 e 197 da Constituição impôs ao Estado o dever de zelar pela saúde de todos que estejam em território nacional. Assim prevê o referido artigo: “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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.⁴⁷ O que torna imperativo ao Estado, a responsabilidade de desenvolver políticas que atendam à aspiração do legislador constituinte no que lhe atribuiu como dever e obrigação.

A saúde se tornou então, um direito social elencada no rol dos direitos fundamentais de 2ª geração, “sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica”,⁴⁸ e passou portando, a ser disciplinada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Assim sendo, questiona-se, se as normas referentes à saúde, como um direito fundamental, têm aplicabilidade imediata ou são meramente normas de cunho programático dependentes de regulamentação futura. Segundo Maria Helena Diniz, normas programáticas são:

[...] “aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado.”⁴⁹

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 371.

Segundo José Afonso da Silva, “a finalidade dos direitos fundamentais só se cumprem se as normas que os tornam manifestos possuam efetividade”.⁵⁰ E divide a eficácia e aplicabilidade das normas em três tipos, a saber:

a) Normas de eficácia plena: – São aquelas que não necessitam de nenhuma ação do legislador para alcançarem o destinatário, por isso são de aplicação direta e imediata; ou seja:

São aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta enormativamente, quis regular.⁵¹

A fim de esclarecer o referido conceito podemos citar os remédios constitucionais, ou ainda “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Art. 5º, II da Constituição de 1988.⁵²

b) Normas de eficácia contida – Referem-se àquelas que poderão ser limitadas em seu alcance, mas que, na ausência de uma norma regulamentadora, permanecem no mundo jurídico com sua eficácia de forma plena. Assim sendo, possuem também aplicação imediata e direta, podendo ser restringida pelo legislador infraconstitucional.

São as que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer, ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁵³

⁵⁰ Ibidem. p. 46

⁵¹ Idem.

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

⁵³ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 46.

A título de exemplo: art. 5º, XIII da Constituição – “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”,⁵⁴ ou seja, “pode-se exercer livremente e de forma plena qualquer trabalho, ofício ou profissão, salvo se vier uma norma estabelecendo certos requisitos para conter essa plena liberdade”.⁵⁵

c) Normas de eficácia limitada – São aquelas, que necessitam de uma lei para que possam surtir efeitos concretos em relação aos interesses protegidos, uma lei posterior que lhes confira executoriedade. Portanto, sua aplicação é indireta ou mediata, mas sua eficácia jurídica é imediata⁵⁶ devido à carência da lei mediadora de sua aplicação; ou seja, “são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.⁵⁷ Como exemplo, podemos citar o art. 5º, XXXII da Constituição: “O estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor viabilizou a aplicação desta norma, o que não seria possível por si mesma”.⁵⁸ Por se preocupar com tal questão a Constituição instituiu em seu art.5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁵⁹

A tese de que o direito à saúde é uma norma programática sem efetividade imediata também não é acolhida pela doutrina, como vemos em Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ A eficácia jurídica diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica aos casos concretos, com a conseqüente aptidão para geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Já a eficácia social se vincula à noção de efetividade da norma e à sua real observância pela comunidade. A efetividade da norma significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. (DA ROCHA, Simone Mariano, (Procuradora de Justiça) *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. Pag. 208. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id135.htm>. Acesso em 21/11/2011.

⁵⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 47.

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

⁵⁹ Idem.

O direito à saúde não pode se consubstanciar em vagas promessas e boas intenções constitucionais, garantido por ações governamentais implantadas oportunamente, mas não obrigatoriamente. O direito à saúde (art. 6º e 196) é dever estatal que gera para o indivíduo direito subjetivo público, devendo o Estado colocar à sua disposição serviços que tenham por fim promover, proteger e recuperar a sua saúde.⁶⁰

No mesmo sentido, entendem os tribunais brasileiros, de que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata, a manifestação desse entendimento pode ser observado em voto prolatado pelo Ministro Celso de Mello, do STF, o qual afirma:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁶¹

O voto do Relator Ministro José Delgado, do STJ, também salienta o mesmo entendimento:

[...] portanto, desnecessário se faz quaisquer comentários para discutir a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido pela Constituição Brasileira de 1988 de que ‘a saúde é um direito de todos e dever do Estado, (art. 196).⁶²

Posto isto, entendemos que as normas programáticas possuem aplicabilidade imediata quanto a sua exigibilidade, mas nem sempre incidem no tocante ao resultado. Nesse sentido alude a Ministra do STF, Ellen Gracie, em seu entendimento de que “[...]”

⁶⁰ CARVALHO, G.I., SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde**, 1. ed., Campinas-SP: Editora da UNICAMP, 2002, p. 331.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº. 271.286-AgR. Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 12/09/2000.

⁶² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, **Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança n.º. 11183/PR** publicado em 12/09/2011, acesso em 21/11/2011.

o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante implantação de políticas públicas,⁶³ impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”.⁶⁴ No mesmo sentido se expressa Bonavides:

[...] será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.⁶⁵

Percebemos, então, que as políticas públicas são um dos pilares na constituição do bem-estar e efetivação dos resultados concernentes ao direito à saúde, no que se refere tanto à população em geral, quanto à infante-juvenil e à idosa.

1.2 - Direito à saúde da criança e do adolescente

O contexto da criança e do adolescente como prioridade absoluta, e sua proteção como dever do Estado, além da família e da própria sociedade,⁶⁶ foi abordada pela Constituição de 1988, quando preceitua em seu art. 227 que:

É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

⁶³Política pública pode ser definida como o conjunto de ações desencadeadas pelo Estado, no caso brasileiro, nas escalas federal, estadual e municipal, com vistas ao bem coletivo. Elas podem ser desenvolvidas em parcerias com organizações não governamentais e, como se verifica mais recentemente, com a iniciativa privada. As Políticas Públicas podem ser compreendidas como um sistema, conjunto de elementos que se interligam, com vistas ao cumprimento de um fim: o bem-comum da população a quem se destinam. (Disponível em: <http://bpp.ufabc.edu.br/sobre-bpp/o-que-sao-politicas-publicas>. Acesso em 03/12/2011).

⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **Agravo de Instrumento nº. 734.487-AgR**, Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado em 20/08/2011, acesso em: 05/12/2011.

⁶⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, p. 808.

⁶⁶CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6. ed., Malheiros. Art. 4º Pág. 36

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶⁷

O Estatuto da Criança e do Adolescente é a conclusão do que o legislador tinha em mente ao positivar tais direitos, consolidando a expressão da lei de que:

[...] o direito de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, incluindo [...] o seu direito à vida, saúde, educação [...].⁶⁸

O que já havia sido apregoado pela Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e promulgada no Brasil em 1990, e transformada em lei interna.⁶⁹

Dessa forma, além dos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, a criança e o adolescente possuem direitos especiais devido à sua própria condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, preceitua o art. 7º do ECA que: “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.⁷⁰

Tais políticas sociais prestadas pelo Estado ou até mesmo pela própria sociedade se manifestam, dentre outras formas, através de estudos e ações para combater endemias,⁷¹ epidemias⁷² e prevenir toda sorte de doenças. Ao ver de Munir Cury,

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed., São Paulo: Malheiros, p.808.

⁶⁸ COELHO, João Gilberto Lucas, **Criança e Adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira**, UNICEF, pág.3.

⁶⁹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6. ed., São Paulo: Malheiros, p. 44.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ É uma doença localizada em um espaço limitado denominado “faixa endêmica”. Isso quer dizer que, endemia é uma doença que se manifesta apenas numa determinada região, de causa local. Para entender melhor, endemia é qualquer doença que ocorre apenas em um determinado local ou região, não atingindo nem se espalhando para outras comunidades. Enquanto a epidemia se espalha por outras localidades, a endemia tem duração contínua porém, restrito a uma determinada área. No Brasil, existem áreas endêmicas. A título de exemplo, pode ser citada a febre amarela comum Amazônia. No período de infestação da doença, as pessoas que viajam para tal região precisam ser vacinadas. A dengue é outro exemplo de endemia, pois são registrados focos da doença em um espaço limitado, ou seja, ela não se espalha por toda uma região, ocorre apenas onde há incidência do mosquito transmissor da doença.

caberia ao Governo Federal estabelecer as linhas políticas de maior propensão, avaliar, fiscalizar e coordenar essas linhas e também as ações; aos Estados caberia o planejamento e a execução dessas políticas visando o bem comum, ficando a encargo do Município, como menor unidade político-administrativa, a responsabilidade de adequar os serviços fornecidos a real necessidade local dos cidadãos.⁷³

Tanto a criança quanto o adolescente são pessoas que ainda estão em fase de desenvolvimento, portanto são mais vulneráveis em todos os sentidos: emocional, espiritual e físico. Em relação à saúde, devido à sua fragilidade, possuem maior propensão em contrair doenças consideradas próprias da população infantil;⁷⁴ muitas delas transmitidas por vírus e bactérias.⁷⁵ Nesse sentido tem o Estado atuado tanto de forma preventiva, curativa quanto paliativa.⁷⁶

A vacina é a principal forma de combater as doenças imunopreveníveis e infecto-contagiosas, para proteger a população dessas doenças, o Ministério da Saúde, por meio do Programa Nacional de Imunizações (PNI), disponibiliza um elenco de vacinas que alcança desde o nascimento até a terceira idade. Ocorre também essa

(Disponível em: <http://www.infoescola.com/doencas/endemia-epidemia-e-pandemia/>. Acesso em 23/11/2011).

⁷²É uma doença infecciosa e transmissível que ocorre numa comunidade ou região e pode se espalhar rapidamente entre as pessoas de outras regiões, originando um surto epidêmico. Isso poderá ocorrer por causa de um grande desequilíbrio (mutação) do agente transmissor da doença ou pelo surgimento de um novo agente (desconhecido). A gripe aviária, por exemplo, é uma doença “nova” que se iniciou como surto epidêmico. Assim, a ocorrência de um único caso de uma doença transmissível (ex.: poliomielite) ou o primeiro caso de uma doença até então desconhecida na área (ex.: gripe do frango) requerem medidas de avaliação e uma investigação completa, pois, representam um perigo de originarem uma epidemia. Com o tempo e um ambiente estável a ocorrência de doença passa de epidêmica para endêmica e depois para esporádica. (Disponível em: <http://www.infoescola.com/doencas/endemia-epidemia-e-pandemia/>. Acesso em 23/11/2011).

⁷³ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6. ed., Malheiros, 1991, p. 66.

⁷⁴ As crianças são muito frágeis às doenças infecto contagiosas como a catapora e o sarampo, por exemplo. Isso ocorre porque o sistema de auto defesa do corpo, também chamado de sistema imunológico ainda não está totalmente desenvolvido. Por isso, essas doenças são chamadas de ‘doenças infantis’ ou ‘doenças da infância’, que se desenvolvem quando o sistema imunológico, ainda não é capaz de combatê-las. (Disponível em <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/doencasinfantis.htm>. Acesso em 23/11/2011).

⁷⁵ As bactérias são micróbios que podem sobreviver no corpo humano, no ar, na água, no solo, mas não necessitam de células vivas para a sua sobrevivência. As bactérias podem multiplicar-se (dividir-se) muito rapidamente. Os antibióticos podem, no entanto, matar essas bactérias, sendo assim capazes de salvar vidas. As bactérias causam doenças como: Pneumonia; Meningite; Infecções das feridas; Faringites e otites. Os vírus são muito menores que as bactérias e precisam de células humanas vivas para sobreviverem (como um parasita). Para se multiplicarem precisam de penetrar numa célula viva. Como? Ao “forçar” a célula a fazer uma cópia do vírus. Posteriormente, a célula do hospedeiro é destruída e o vírus começa a espalhar-se dentro do corpo humano. Os antibióticos não são ativos contra os vírus. Os vírus causam doenças como: Constipação; Bronquite aguda; Gripe; A maioria das faringites e otites; Sarampo; Rubéola; Hepatite viral; SIDA. Disponível em http://app.esac.ua.ac.be/public/index.php/pt_pt/double-edged-ribbon/bugs. Acesso em 23/11/2011.

⁷⁶ Ações e serviços públicos de saúde que possam promover a saúde e prevenir, de modo mais direto os riscos de adoecer (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (assistência curativa).

prevenção nas campanhas nacionais de vacinação, as quais ocorrem no Brasil desde 1980, consideradas de interesse prioritário à saúde pública do país. Só em 2011, segundo dados fornecidos pelo Ministério da saúde, foram realizadas três campanhas, a título de prevenção, englobando a população infantil e a idosa, contra influenza, poliomielite e sarampo, imunizando quase 60 milhões de pessoas. Só no ano de 2010 foram vacinadas mais de 88 milhões de pessoas contra influenza A (H1N1), incluindo os idosos, e em 2011 o total de 16,8 milhões de crianças de um a seis anos de idade.⁷⁷

Neste ano de 2011, os recursos aplicados na área da saúde, pela União, deverão chegar a R\$ 79 bilhões e em 2012, à aproximadamente R\$ 86 bilhões.⁷⁸ Nesse sentido, o Governo Federal vem realizando importantes investimentos na produção de vacinas, visando prevenir as doenças próprias da população infantil.

O esforço do Governo em investir na prevenção da saúde, por meio da vacinação em massa, traz um retorno compensador, influenciando o índice de mortalidade do País. O que bem expressa o secretário de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, Jarbas Barbosa, "todo o investimento destinado pelo Ministério da Saúde ao Programa Nacional de Imunizações é amplamente recompensado pela redução do número de casos e de mortes associadas a essas doenças".⁷⁹ A taxa de mortalidade infantil é um importante indicador das condições de vida e do acesso e qualidade das ações e serviços de saúde.

Impulsionado pela determinação do art.14 do referido Estatuto, que determina em seu parágrafo único a obrigatoriedade da vacinação preventiva,⁸⁰ o governo tem implantado programas de vacinação que alcançam diferentes fases do desenvolvimento infantil como forma de prevenção. Segue anexo o calendário de vacinação do ano de 2011, fornecido segundo o Ministério da Saúde:

⁷⁷BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.saude.df.gov.br>. Acesso em: 14/11/2011.

⁷⁸<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/3624/162/senado-aprova-definicao-de-recursos-para-a-saude.html>

⁷⁹BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 14/11/2011.

⁸⁰ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 37.

Campanhas Nacionais	Datas	Público	UF
1ª etapa da Campanha Nacional de Vacinação contra a Poliomielite	18 de junho (Dia de Mobilização) a 22 de julho	Crianças de 0 a menores de 5 anos (4 anos, 11 meses e 29 dias)	Todos os estados e municípios
1ª fase da Campanha de Seguimento contra o Sarampo		Crianças de 1 ano a menores de 7 anos (6 anos, 11 meses e 29 dias)	Todos os municípios de: AL, BA, CE, MG, PE, RJ, RS, SP
2ª etapa da Campanha Nacional de Vacinação contra a Poliomielite	13 de agosto (Dia de Mobilização) a 16 de setembro	Crianças de 0 a menores de 5 anos (4 anos, 11 meses e 29 dias)	Todos os estados e municípios
2ª fase da Campanha de Seguimento contra o Sarampo		Crianças de 1 ano a menores de 7 anos (6 anos, 11 meses e 29 dias)	Todos os municípios de: AC, AM, AP, ES, GO, MA, MS, MT, PA, PB, PI, PR, RN, RO, RR, SE, SC, TO e Distrito Federal

Fonte: Ministério da Saúde

Nas duas fases da campanha contra o sarampo o Governo Federal, através do Ministério da Saúde, teve como meta vacinar 95% da população alvo, que é de 17.094.835 crianças. Para as duas etapas, o ministério investiu R\$ 146,7 milhões na compra e distribuição das doses, agulhas e seringas e repassou mais R\$ 16,3 milhões aos estados e municípios.⁸¹

Ainda a título de políticas públicas preventivas, implica também o trabalho do governo no fornecimento de água limpa, saneamento adequado, educação básica, alimentação e nutrição adequada, a todos os cidadãos e principalmente ao público infantil, já que à criança e ao adolescente pertence a “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”.⁸² Seria esta a prevenção em sua forma primária a qual se preocupa com a eliminação das causas e condições de aparecimento das doenças.⁸³

A prevenção em sua forma secundária pode ser entendida como uma forma acauteladora mais específica, buscando impedir o aparecimento de determinada doença, por meio da vacinação e controles de saúde, atuando de forma integrada com o diagnóstico e tratamento, detectando precocemente as mesmas evitando que se

⁸¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.saude.df.gov.br>. Acesso em: 14/11/2011.

⁸² Idem.

⁸³ Revista da Saúde Pública. v.7. n.2. São Paulo jun. 1973. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101973000200007>. Acesso em 05/12/11.

manifestem.⁸⁴ E a terciária atua visando limitar a prevalência de incapacidades crônicas ou de recidivas.⁸⁵

No tocante à forma curativa de atuar do Estado busca-se tratar e curar as doenças já existentes no indivíduo e a paliativa se dá quando não há mais nada a ser feito em relação à cura, restando somente empregar recursos com a finalidade de aliviar o sofrimento relacionado com a doença, visando o prolongamento da vida.⁸⁶

Ou seja, a saúde curativa incide sobre as doenças já existentes no indivíduo, buscando o tratamento e a cura, enquanto a saúde preventiva busca desenvolver, interligada ao diagnóstico, ao tratamento e detecção precoces de doenças, uma forma de evitar sua manifestação⁸⁷. Porém quando, no tocante à cura, não há mais nada a ser feito surge o cuidado paliativo, que pode ser definido como “uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameacem a continuidade da vida, por meio da prevenção e do alívio do sofrimento. Requer identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual”⁸⁸, conforme definição da Organização Mundial de Saúde, revista em 2002. São indicados para pacientes com um mínimo de expectativa de vida.⁸⁹

O atendimento médico à criança e ao adolescente, prestado por órgãos oficiais de qualquer natureza, é caracterizado por essa busca constante do Estado em aperfeiçoar a saúde em todas as suas formas.⁹⁰ Visando um melhor atendimento na área da saúde o Ministério da Saúde vem proporcionando qualificação específica para este fim,⁹¹ o que

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 42.

⁸⁶ Segundo a atual definição da OMS (2002), cuidado paliativo é “uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares que enfrentam doenças que ameacem a continuidade da vida, por meio da prevenção e do alívio do sofrimento. Requer identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual”. (MANUAL DE CUIDADOS PALIATIVOS/Academia Nacional de Cuidados Paliativos. 1. ed., Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009, p.16).

⁸⁷ Revista da Saúde Pública. v.7. n.2. São Paulo jun. 1973. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101973000200007>

⁸⁸ MANUAL DE CUIDADOS PALIATIVOS/Academia Nacional de Cuidados Paliativos. - Rio de Janeiro :Diagraphic, 2009, p.16.

⁸⁹ MACIEL, M. G. S. **Definições e princípios**. Cuidado paliativo, CREMESP, 1-I, p. 18-21, 2008, p.18.

⁹⁰ Na Portaria 48 da Secretaria de Assistência Médico-Social do Ministério do Trabalho e Previdência Social publicada em junho de 1972, determina-se que a assistência médica a ser prestada pelos órgãos da Previdência Social "deverá ser preventiva, curativa e organizada de modo a se coordenar, no que for indicado, com os demais serviços gerais de saúde" (BRASIL. Diário Oficial da União de 30/06/1972. Portaria n.º. 48/1972 da Secretaria de Assistência Médico-Social).

⁹¹ Segundo estimativas do Ministério da Saúde “a meta atual estabelecida, com o apoio de instituições e escolas parceiras, é formar 94,7 mil profissionais até 2015. Essas parcerias vêm sendo implantadas por

no caso da criança e do adolescente envolve a pediatria.⁹² O que demonstra o esforço do governo, juntamente com a família e a sociedade, em efetivar o resultado dos preceitos estatutários impostos ao Estado em prol da criança e do adolescente, dentre os quais o de “pertencer-lhes a absoluta prioridade”.⁹³ Indica-se, assim, um esforço em conjunto para cumprir a cada dia, mais uma etapa dentre inúmeras a serem alcançadas e desde muito almeçadas.

1.3 Direito à saúde do idoso

A evolução da ciência médica dos últimos anos propiciou o aumento da expectativa de vida e como consequência o crescimento da população idosa, que por sua vez requer mais atenção tanto por parte do Estado e profissionais da saúde como da sociedade em geral. Estima-se ainda, segundo a Organização Mundial da Saúde, que a população idosa, até o ano de 2020, supere a população infantil entre zero e quatorze anos, 22,1% e 19,6%, respectivamente, fato esse inédito na história da humanidade.⁹⁴ Assim sendo, observa-se que o aumento da população idosa incide na redução do número de crianças e adolescentes, tanto no Brasil como em todo o mundo, se tornando um elemento importante a ser considerado pelos governantes.

Segundo o Ministério da Saúde, o envelhecimento de uma população relaciona-se a uma redução no número de crianças e jovens e a um aumento na proporção de pessoas com 60 anos ou mais. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa (IBGE), as taxas de crescimento correspondentes às crianças de 0 a 14 anos mostram que este segmento vem diminuindo desde o período 1990 – 2000, ou seja, enquanto a população infantil de 0 a 14 anos corresponde a 26,47% da população total, a população idosa com 65 anos ou mais representa 6,53%. A previsão é de que até o ano 2050, a

meio de medidas como o Programa de Formação de Profissionais de Nível Médio para a Saúde, com o objetivo de habilitar e qualificar trabalhadores em cursos de educação profissional para o setor saúde, que já atuam ou que serão inseridos no SUS”.

⁹² Pediatria é um amplo ramo da Medicina Humana que trata da saúde do lactente, da criança e do adolescente - seu crescimento e desenvolvimento e sua oportunidade para o pleno amadurecimento como adulto. A responsabilidade do progresso físico, mental e emocional daquele que nasceu é assumida, após o período neonatal, pelo médico pediatra. (Disponível em <http://www.inst-medicina.com.br/pneona.htm> acesso em 29/11/2011).

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3ª. ed, São Paulo: Saraiva. 2010.

⁹⁴ Organização Mundial da Saúde. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Tradução Suzana Gontijo. – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 1. ed., 2005. p.

situação muda, o primeiro grupo representará 13,15%, ao passo que a população idosa ultrapassará os 22,71% da população total.⁹⁵

Tal fato se dá devido à diminuição da natalidade, aliada a uma maior expectativa de vida. Segundo o IBGE desde a década de 80 vem ocorrendo uma redução na taxa de natalidade no Brasil, o que pode ser observado na tabela em anexo:

Tabela 9
BRASIL - Taxas específicas de fecundidade por grupos de idade
1980 - 2050

Anos	Taxas específicas de fecundidade							Taxa de fecundidade total
	Pontos médios dos grupos etários							
	17,5	22,5	27,5	32,5	37,5	42,5	47,5	
1980,5	0,0742	0,1983	0,2104	0,1611	0,1089	0,0490	0,0101	4,06
1985,5	0,0773	0,1850	0,1731	0,1317	0,0792	0,0333	0,0058	3,43
1990,5	0,0817	0,1569	0,1399	0,0945	0,0551	0,0244	0,0054	2,79
1995,5	0,0816	0,1455	0,1261	0,0845	0,0439	0,0171	0,0031	2,51
2000,5	0,0899	0,1401	0,1161	0,0757	0,0407	0,0133	0,0021	2,39
2005,5	0,0915	0,1407	0,1022	0,0494	0,0215	0,0059	0,0012	2,06
2010,5	0,0822	0,1271	0,0862	0,0377	0,0141	0,0034	0,0004	1,76
2015,5	0,0755	0,1170	0,0780	0,0331	0,0119	0,0026	0,0003	1,59
2020,5	0,0735	0,1141	0,0748	0,0309	0,0104	0,0022	0,0002	1,53
2025,5	0,0725	0,1125	0,0738	0,0305	0,0103	0,0021	0,0002	1,51
2030,5	0,0722	0,1121	0,0735	0,0303	0,0102	0,0021	0,0002	1,50
2035,5	0,0721	0,1119	0,0734	0,0303	0,0102	0,0021	0,0001	1,50
2040,5	0,0721	0,1119	0,0733	0,0303	0,0102	0,0021	0,0002	1,50
2045,5	0,0721	0,1119	0,0733	0,0303	0,0102	0,0021	0,0002	1,50
2050,5	0,0721	0,1119	0,0733	0,0303	0,0102	0,0021	0,0002	1,50

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais.

Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica.

Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o Período 1980 - 2050 - Revisão 2008.

Em relação ao aumento da expectativa de vida, fator também preponderante no aumento da população idosa, anexamos a tabela abaixo:

⁹⁵ Disponível em: WWW.ibge.gov.br acesso em: 05/12/2011.

Brasil: Vida média às idades exatas (X), por sexo: 2000, 2009 e 2010

Idade X	Vida Média = E(X) + X								
	Ambos os sexos			Homens			Mulheres		
	2000	2009	2010	2000	2009	2010	2000	2009	2010
0	70,46	73,17	73,48	66,73	69,42	69,73	74,36	77,01	77,32
5	73,11	75,18	75,42	69,57	71,64	71,88	76,79	78,77	79,01
10	73,25	75,29	75,53	69,74	71,76	72,00	76,91	78,86	79,09
15	73,39	75,40	75,63	69,91	71,89	72,12	77,01	78,94	79,16
20	73,76	75,69	75,92	70,43	72,33	72,55	77,19	79,07	79,29
25	74,27	76,12	76,34	71,20	72,98	73,19	77,42	79,24	79,46
30	74,82	76,56	76,76	72,00	73,62	73,81	77,69	79,45	79,66
35	75,41	77,03	77,22	72,82	74,27	74,45	78,02	79,71	79,90
40	76,07	77,56	77,74	73,70	74,99	75,15	78,44	80,03	80,22
45	76,86	78,22	78,38	74,70	75,83	75,97	78,99	80,49	80,66
50	77,81	79,04	79,18	75,87	76,85	76,97	79,70	81,08	81,25
55	78,94	80,03	80,16	77,22	78,06	78,16	80,59	81,85	82,00
60	80,32	81,27	81,39	78,84	79,55	79,63	81,70	82,83	82,97
65	81,97	82,77	82,87	80,73	81,30	81,37	83,09	84,07	84,19
70	83,92	84,58	84,66	82,93	83,37	83,43	84,78	85,61	85,71
75	86,29	86,82	86,89	85,58	85,92	85,96	86,88	87,55	87,63
80	89,13	89,55	89,60	88,69	88,97	89,01	89,46	90,00	90,06

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica.

Com o esforço governamental, mediante ações voltadas a proporcionar ao idoso um envelhecimento ativo, “a taxa de mortalidade por doenças crônicas⁹⁶ não transmissíveis (DCNT) diminuiu 26% entre 1991 e 2009, caindo de 711 para 526 mortes para cada 100 mil habitantes”,⁹⁷ aumentando a expectativa de vida.

Envelhecimento ativo é o “processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas”.⁹⁸ O termo envelhecimento ativo foi adotado pela Organização Mundial da Saúde no final dos anos 90, considerando este conceito mais abrangente do que envelhecimento saudável, abordando-o como um reconhecimento dos direitos humanos das pessoas mais velhas.⁹⁹

Envelhecer é um processo natural do ciclo da vida, pelo qual o ser humano passa e vê-se debilitado em suas funções básicas, físicas e mentais. Considera-se idoso a

⁹⁶Principais doenças crônicas que afetam os idosos em todo o mundo • Doenças cardiovasculares (tais como doença coronariana) • Hipertensão • Derrame • Diabete Câncer • Doença pulmonar obstrutiva crônica • Doenças músculo-esqueléticas (como artrite e osteoporose) • Doenças mentais (principalmente demência e depressão) • Cegueira e diminuição da visão. <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2884/162/taxa-de-mortalidade-por-doencas-cronicas-cai-26.html> acesso em 06 de dez. de 2011.

⁹⁷Como aponta o estudo Saúde Brasil 2010 – uma publicação do Ministério da Saúde que analisa a situação geral de saúde do brasileiro e contribui para a definição de estratégias e políticas públicas de saúde. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2884/162/taxa-de-mortalidade-por-doencas-cronicas-cai-26.html> acesso em 06 de dez. de 2011.

⁹⁸BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 14/11/2011.

⁹⁹Idem.

pessoa com idade igual ou superior a 60 anos,¹⁰⁰ tal conceito é taxativo por ser uma previsão legal, embora não o seja para a área da saúde pelo fato de que pessoas da mesma idade reagem de forma diferente ao processo de envelhecimento. A vantagem advinda do critério etário de definição de idoso reside na facilidade de sua verificação pelas políticas públicas, no entanto, qualquer que seja a idade definida dentro dos diferentes contextos, importante se faz reconhecer que a idade cronológica não delimita com precisão as mudanças que acompanham esse processo.¹⁰¹

A conscientização da fragilidade e dependência que envolve os idosos, pela sociedade e pelo constituinte, resultou em sua proteção pela Constituição que em seu art.196 determina a saúde como direito de todos e dever do Estado e pelo Estatuto do Idoso, promulgado no dia 1º de outubro de 2003 sob a Lei nº 10.741, o qual define em seu art. 8º o envelhecimento como direito personalíssimo e a sua proteção como direito social, objetivando a proteção e regulamentação dos direitos fundamentais do idoso.

Acerca da importância do Estatuto do Idoso, pertinente se faz o comentário de Paulo Roberto Ramos Alves, o qual afirma que:

O Estatuto do Idoso, no tocante à saúde, abre portas e dá novo ânimo às pessoas com idade superior a sessenta anos na incessante busca pela efetivação das promessas constitucionais sanitárias, fortalecendo, dessa forma, a garantia fundamental presente no art. 196 da Carta. O estatuto reforça a obrigatoriedade constitucional do Estado, bem como atribui tal responsabilidade à família, à comunidade e à sociedade, na efetivação do direito à saúde, trazendo em seu bojo previsões direcionadas, de modo que tal direito, no caso dos idosos, seja efetivado de forma plena e irrestrita.¹⁰²

Assim como à criança e ao adolescente, é devido à família, à sociedade e ao Estado, o amparo às pessoas idosas, a defesa de sua dignidade e a garantia de seu direito à vida, veiculando inclusive programas de amparo aos idosos.¹⁰³ O que ao ver de

¹⁰⁰ BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁰¹ CAMARANO, A. A. **Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica**. In: DE FREITAS, E. V. et al. Tratado de geriatria e gerontologia. Guanabara - RJ, 2002. p.58-71.

¹⁰² ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Do Constitucionalismo Sanitário ao Estatuto do Idoso: O direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação**. 5. ed., n. 2, Passo Fundo – RS: RBCEH. 2008. p. 141-149, jul./dez.

¹⁰³ BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

Alexandre de Moraes é mais do que devido, não só como forma de reconhecimento, mas como obrigação do Estado para com aqueles que contribuíram tanto para o seu crescimento quanto para seu desenvolvimento, devendo-lhes respeito aos seus direitos fundamentais firmados no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁴

Comparando o Estatuto do Idoso com o Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que ambos em quase nada diferem, excetuando as terminologias criança, adolescente e idoso, alterando as designações com as necessárias adequações. Não raramente ocorre na íntegra a transcrição do texto, a título de exemplo citaremos os art. 4º do ECA com o art. 3º do Estatuto do Idoso respectivamente, os quais são o tema central de nossa pesquisa. A saber, do ECA:

[...] é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar (à criança e adolescente), com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.¹⁰⁵

Do Estatuto do Idoso:

[...] é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.¹⁰⁶

Nota-se, portanto, o interesse do legislador em defender os direitos dos idosos tanto quanto os direitos da criança e do adolescente. O que nos leva a concluir que aqueles têm necessidades e fragilidades semelhantes a estes. Nesse sentido vem o Estado implantando políticas e ações de saúde voltadas ao interesse do idoso, impulsionado pela força do mencionado Estatuto, que “permitam um envelhecimento

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. Rev. Atual. São Paulo. Atlas, 2011 p.878, 879.

¹⁰⁵ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁰⁶ BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

saudável e em condições de dignidade”.¹⁰⁷ Sobre o qual, menciona Alexandre de Moraes:

[...] além de prever o direito à saúde assegura a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde,¹⁰⁸ garantindo-lhe acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços,¹⁰⁹ para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.¹¹⁰

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso em seu art. 15, inciso II, além de estabelecer a prevenção e manutenção da saúde do idoso, prevê o atendimento geriátrico¹¹¹ e

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ O Sistema Único de Saúde (SUS) “é o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas Federais, Estaduais e Municipais, da Administração direta ou indireta e das Fundações mantidas pelo poder público e complementarmente pela iniciativa privada”, (Lei Federal 8.080/90). É uma nova formulação política e organizacional para o re-ordenamento dos serviços e ações de saúde, estabelecida pela Constituição de 1988 e posteriormente pelas leis que a regulamentam. O SUS é uma política de saúde e um novo sistema que está em construção, produto de ampla participação de técnicos, políticos e sociedade civil, organizada ou não. O SUS há que ser entendido em seus objetivos finais - dar assistência à população de forma universal e integral, baseada em um modelo da promoção, proteção e recuperação da saúde, para que assim busquemos os meios - processos, estruturas e métodos - capazes de alcançar tais objetivos com eficiência e eficácia, consolidando-o, assim, em nosso país. Segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das 3 esferas autônomas de governo: federal, estadual e municipal. Assim, o SUS, não é um serviço ou uma instituição, mas um sistema orgânico que significa um conjunto de unidades, de serviços e ações que se integram e interagem para um fim comum”. Disponível em: <http://www.saudeprev.com.br/psf/embu/sus.php>. Acesso em 30/11/2011.

“Tornou o acesso à saúde direito de todo cidadão. Até então, o modelo de atendimento dividia os brasileiros em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados, os que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada) e os que não possuíam direito algum. A implantação do SUS unificou o sistema, já que antes de 1988 a saúde era responsabilidade de vários ministérios, e descentralizou sua gestão. Ela deixou de ser exclusiva do Poder Executivo Federal e passou a ser administrada por Estados e municípios. Entre as ações mais reconhecidas do SUS estão a criação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), Políticas Nacionais de Atenção Integral à Saúde da Mulher, de Humanização do SUS e de Saúde do Trabalhador, além de programas de vacinação em massa de crianças e idosos em todo o país e da realização de transplantes pela rede pública”. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/atendimento> acesso em 30/11/2011.

¹⁰⁹ Lei nº 2.009, de 24 de junho de 1998, que cria o cartão facilitador de saúde para atendimento aos idosos na Rede do SUS do Distrito Federal.

¹¹⁰ “Principais doenças crônicas que afetam os idosos em todo o mundo: Doenças cardiovasculares (tais como doença coronariana), hipertensão, derrame, diabete, câncer, doença pulmonar obstrutiva crônica, doenças músculo-esqueléticas (como artrite e osteoporose), doenças mentais (principalmente demência e depressão), cegueira e diminuição da visão” (MANUAL DE CUIDADOS PALIATIVOS/Academia Nacional de Cuidados Paliativos. 1. ed: Rio de Janeiro, Diagraphic, 2009, p.16).

¹¹¹ Lei nº 2.282, de 7 de janeiro de 1999, institui o Programa de Assistência Médico-Geriátrica a idosos nos Centros Comunitários de Idosos do Distrito Federal.

gerontológico¹¹² em unidades geriátricas com pessoal especializado visando, além do tratamento, a reabilitação em relação às seqüelas decorrentes do agravo da saúde, “tais profissionais são os responsáveis, direta e indiretamente, pela realização de um cuidado em saúde seguro, ético e com qualidade, sendo, portanto, agentes viabilizadores da efetivação das Políticas Públicas de Saúde dirigidas às pessoas idosas”.¹¹³ Prevê também o atendimento domiciliar, muito difundido nos Países desenvolvidos e que vêm timidamente sendo propagado no Brasil pelas ações governamentais.¹¹⁴

Segundo o Manual de Cuidados Paliativos da ANCP, “a internação domiciliar compreende o conjunto de atividades prestadas no domicílio a indivíduos clinicamente estáveis que exijam intensidade de cuidados de menor complexidade que no ambiente hospitalar”.¹¹⁵ A Lei nº 10.424 de abril de 2002, sancionada pelo Ministério da Saúde (MS), inclui procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, necessários ao cuidado integral dos usuários em seu domicílio por equipe exclusiva para este fim. Já a Lei nº 8.080 estabelece, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), assistência e internação domiciliar.¹¹⁶

Segundo o Ministério da Saúde, o Programa de Saúde da Família (PSF) é uma estratégia governamental fundamental para o desenvolvimento da atenção básica em todo o País, além de garantir o direito de acesso aos serviços, estimula a prática da saúde por meio de ações de promoção e prevenção da mesma.¹¹⁷

A implantação do atendimento domiciliar no Brasil é recente, atua tanto no setor privado como no setor público, visando por parte do Estado, diminuir o alto custo das internações hospitalares. Não que essas não se façam necessárias, mas seriam estabelecidas somente em caráter de necessidade, quando o tratamento realizado no domicílio do paciente se tornasse inviável. Além de contribuir para a otimização dos leitos hospitalares, o atendimento domiciliar, proporciona assistência integral e

¹¹²A Gerontologia é uma ciência que estuda o processo do envelhecimento. Cuida da personalidade e da conduta dos idosos, levando em conta todos os aspectos ambientais e culturais do envelhecer. É uma ciência médico-social. Em linhas gerais a Gerontologia trata do processo do envelhecimento, enquanto a geriatria se limita ao estudo das doenças da velhice e de seu tratamento. Disponível em <http://www.famema.br/ligas/geriatria/page2.html>. Acesso em: 30 de Nov. de 2011.

¹¹³ Disponível em: <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php> acesso em: 30 de Nov. de 2011.

¹¹⁴ Idem. Alexandre de Moraes

¹¹⁵MANUAL DE CUIDADOS PALIATIVOS/Academia Nacional de Cuidados Paliativos. - Rio de Janeiro : Diagraphic, 2009, p.16.

¹¹⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Contribuições pragmáticas para a organização dos recursos humanos em saúde e para a história da profissão médica no Brasil:** à de obra Maria Cecília Donnangelo / [André Mota et al.]. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 13.

¹¹⁷ Idem.

humanizada, reintegrando o paciente ao seio familiar, de forma a conceder ao idoso a preservação de sua autonomia, no intuito de restabelecer sua independência funcional.

Com o crescimento da população idosa, surgiu também o movimento social denominado ‘força grisalha’, o qual provocou necessárias modificações no cenário político, dentre essas o Decreto 1.948/96 que veio para regulamentar a Política Nacional do Idoso¹¹⁸ instituída pela Lei 8.842/94, ampliando as garantias instituídas pela Lei Orgânica de assistência Social (LOAS),¹¹⁹ demonstrando a luta dos idosos pelo direito de envelhecer com dignidade.¹²⁰ O aludido movimento está relacionado a uma maior participação da população idosa nos processos políticos e em outros aspectos da vida em comunidade, visando à interação do idoso nas políticas públicas implantadas pelo Governo.

O aumento da população idosa traz como consequência um maior número de doenças crônicas, as quais aumentam a demanda no atendimento médico e demais prestações de serviços sociais, o que torna os idosos potenciais consumidores de serviços de saúde e de assistência. A saúde do idoso não se resume em prevenir e controlar os agravos de doenças crônicas, mas na interação da saúde física e mental levando em consideração a situação sócio-econômica de cada idoso.¹²¹ Nesse sentido o art. 15, parágrafo 3º do Estatuto do Idoso, veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

O Estatuto do Idoso, estabeleceu prioridade absoluta às normas de proteção ao idoso, inserindo em seu contexto novos direitos, viabilizando mecanismos de proteção a estes direitos, que vão desde à prioridade no atendimento ao contínuo aperfeiçoamento

¹¹⁸ Política Nacional do Idoso, promulgada em 1994 e regulamentada em 1996, assegura direitos sociais à pessoa idosa, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade e reafirmando o direito à saúde nos diversos níveis de atendimento do SUS (Lei nº 8.842/94 e Decreto nº 1.948/96). Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf> acesso em 03 de dez. 2011.

¹¹⁹ A Lei Nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, dispõe sobre a organização da Assistência Social, representando um marco para o reconhecimento da assistência social como direito a qualquer cidadão brasileiro aos benefícios, serviços, programas e projetos socioassistenciais. Disponível em <http://www.mds.gov.br/gestaodainformacao/biblioteca/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/cadernos/lei-organica-de-assistencia-social-loas-anotada-2009/lei-organica-de-assistencia-social-2013-loas-anotada>. Acesso em 03/11/2011.

¹²⁰ GOLDMAN, S.N. **As dimensões sociopolíticas do envelhecimento. Tempo de envelhecer: percursos e dimensões psicossociais.** Rio de Janeiro: Nau Editora, 2004. Cap.3, p.61-81.

¹²¹ RAMOS L. R., 2002. **Epidemiologia do envelhecimento in: Tratado de Geriatria e Gerontologia,** Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, p. 74.

em suas condições de vida, alcançando a inviolabilidade física, moral e psíquica do idoso.¹²²

Apesar do esforço demandado na proteção do idoso muito há que ser feito para que tenham materialmente assegurados seus direitos à saúde como prioridade, não só pelo Estado, mas pela família e pela sociedade como um todo.

¹²² CENEVIVA, W. **Estatuto do Idoso, Constituição e Código Civil: a terceira idade nas alternativas da lei.** A Terceira Idade, v.15, n.30, p.7-23, 2004.

CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

2.1 Importância dos princípios para a aplicação do direito

Partindo da premissa de que os princípios norteiam todo o ordenamento jurídico, dificultoso se faz analisarmos tal ordenamento sem a luz interpretativa que deles emana. Na opinião do jurista italiano Perassi, citado por Bonavides, tais princípios atuam como vínculo no sistema jurídico, congregando as normas de forma a constituírem um bloco sistemático.¹²³ Estes se impõem ao jurista na orientação à interpretação das leis, quando estas se mostram obscuras ou suprindo-as quando silentes.¹²⁴

É consagrado pela doutrina que os princípios em nada diferem das normas, essas se elevam à categoria de gênero, do qual o princípio e a regra são espécies.¹²⁵ Imprescindível se faz nesse sentido o entendimento de Norberto Bobbio:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E porque não deveriam ser normas?¹²⁶

Como critério de diferenciação dos princípios das regras, temos o entendimento de Alexy, o qual determina os princípios como “mandamentos de otimização”, concretizando o reconhecimento de que eles são normas, e o fator preponderante para a diferenciação se baseia na colisão dos princípios e no conflito de regras, ou seja, a

¹²³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed., Brasília-DF: NB, 1997, p. 158-159.

principal diferenciação se dá na forma de solucionar o conflito. Assim sendo, para o aludido autor a colisão de princípios se resolve na dimensão do valor ou peso e as regras na da validade, o que melhor elucida quando expressa que “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula”.¹²⁷

Já no caso dos princípios afirma Bonavides, sustentando ainda o entendimento de Alexy, que a colisão ocorre “quando algo é vedado por um princípio e permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar”,¹²⁸ não significando, porém, a nulidade do princípio no qual se operou a renúncia, nem introdução nele de uma cláusula de exceção.¹²⁹ Dessa forma conclui que, “em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro, ou que em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária”,¹³⁰ ou seja, “que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”.¹³¹ Concluindo portanto, o entendimento de que as regras estão para a validade, assim como os princípios para os valores.¹³²

Ainda para Bonavides, na concepção de Dworkin, que em muito coincide com a de Alexy, a validade da norma se resume em tudo ou nada; não possuindo compatibilidade com a dimensão peso ou valor, cabíveis somente aos princípios. Sendo esse o critério mais seguro para distinguir princípios de regras.¹³³ Ainda para Dworkin, “só as regras ditam resultados, caso o resultado alcançado seja contrário, as mesmas são abandonadas ou alteradas, ao passo que os princípios não, se eles se inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e ela não prevalece, os princípios sobrevivem intactos”.¹³⁴ Assim sendo, ao ocorrer um determinado conflito legal, os princípios envolvidos, mesmo não estipulando uma solução particular, nortearão a quem couber

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 279.

¹²⁸ ALEXY, Robert *apud* Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed, atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 280.

¹²⁹ *Idem*

¹³⁰ *Idem*

¹³¹ *Idem*

¹³² *Idem*

¹³³ DWORKIN, Ronald *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 282.

¹³⁴ *Idem*.

tomar a decisão; o qual “levará em conta todos os princípios envolvidos, elegendo um deles, sem que isso signifique, todavia, identificá-lo como válido”.¹³⁵

Dessa forma, tais ensinamentos nos levam a perceber ser inconcebível aos operadores do Direito interpretarem as normas de qualquer ordenamento jurídico, sem vinculá-las ao pleno exercício dos princípios, sendo, portanto, irrelevantes para a concepção, direção e interpretação das mesmas.¹³⁶

2.2 Princípio da Proporcionalidade

Como visto, ao ocorrer um conflito de princípios, necessário se faz verificar qual deles exerce maior peso diante das circunstâncias concretas, determinando certa dose de ponderação no estabelecimento das regras, harmonizando pelo uso coerente das normas positivadas as relações jurídicas conflitantes. Nesse sentido proveitoso se faz o entendimento de Gilmar Mendes:

Assim, o princípio da proporcionalidade é o princípio que se deve usar para a justa medida, quando houver colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, para evitar-se desnecessárias ou abusivas restrições contra os direitos fundamentais, cuidando-se de aferir a compatibilidade entre os meios e fins.¹³⁷

Ainda no mesmo sentido Suzana Barros se refere ao conceito amplo do referido princípio, aludindo à necessidade de distingui-lo em suas peculiaridades:

A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido

¹³⁵ DWORKIN, Ronald *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 282.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15.

estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.¹³⁸

Como consequência dos avanços doutrinários, o princípio da proporcionalidade foi dividido em três subprincípios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁹ Segundo Gilmar Mendes “o subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos”,¹⁴⁰ ou seja, buscam aferir se a medida adotada representa “o meio certo para levar a cabo o fim desejado”,¹⁴¹ e ainda, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”.¹⁴²

Quanto ao subprincípio da necessidade descreve Canotilho:

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados).¹⁴³

Assim sendo o meio empregado, segundo o subprincípio da necessidade ou meio mais benigno,¹⁴⁴ deverá ser capaz de impor menos restrição possível aos interesses conflitantes. Significando ao ver de Gilmar Mendes “que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos

¹³⁸BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed., Brasília - DF: Brasília jurídica, 2000.p. 73.

¹³⁹LEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vladés. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.111.

¹⁴⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed., Brasília - DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 250.

¹⁴¹Zimmerli *apud* Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 396.

¹⁴²Philippe *apud* Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 397.

¹⁴³CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998, p. 262.

¹⁴⁴LEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vladés. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.113.

pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é descrito de forma pertinente por Raquel Stumm nos seguintes termos:

[...] o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido¹⁴⁵.

Como exemplo do uso da proporcionalidade em sentido estrito, usaremos um artigo publicado por Noel Antônio Tavares, retirado de um livro do grande jurista alemão Heinrich Scholler:

[...] no caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional (...), alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, inc.II, da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para a sua saúde e integridade física.¹⁴⁶

Embora se diferenciem por uma linha muito tênue, a proporcionalidade em sentido estrito, não deve se confundir com o princípio da razoabilidade, esse se refere a um juízo quantitativo e aquele a um juízo de ponderação.

Para Humberto Ávila, a confusão existente entre conceitos de razoabilidade e proporcionalidade “é um problema fenomênico porque, se há dois fenômenos distintos a

¹⁴⁵STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 81.

¹⁴⁶TAVARES DE JESUS, Noel Antônio. **O Processo de Concretização Constitucional: limites e possibilidades**. Revista de Direito Constitucional e Internacional n.º. 50, p. 211.

considerar, porque chamá-los da mesma forma? Não há razão para isso. É banalizar a linguagem, deixando de tirar proveito dela.”¹⁴⁷

Para o aludido autor, “o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.”¹⁴⁸

A título de exemplo da aplicação do princípio da razoabilidade, podemos citar a decisão da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça da Comarca de Blumenau, que manteve sentença garantindo matrícula escolar a uma criança menor de 6 anos no ensino fundamental de uma determinada instituição. A matrícula fora-lhe negada ao argumento de que não estaria com seis anos completos até o dia 1º de março, data determinada por orientação da Gerência Regional de Educação e Inovação - Gerei. O menor completaria tal idade somente em 18 de maio.¹⁴⁹ Segue o parecer, do relator do processo Desembargador César Abreu, baseado no princípio da razoabilidade ao qual se deu votação unânime:

Não é razoável que seja interrompido o ciclo normal educacional, levando-o a permanecer por um período de um ano fora dos bancos escolares por conta de 77 dias que levaria para alcançar seis anos de idade. Tal medida causaria imensurável prejuízo a sua formação intelectual, e quiçá psicológica, pela exclusão repentina do menor.¹⁵⁰

Dessa forma, o observado na análise do caso concreto foi o *quantum* prejudicial à criança. Confirmando o fato de que a razoabilidade se atém ao quantitativo do dano.

Quanto ao princípio da proporcionalidade importante se faz mencionar o entendimento de Alexy:

O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que

¹⁴⁷Karl Larenzaapud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 35-36.

¹⁴⁸ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 143.

¹⁴⁹Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº. 2008.073613-0. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/774696/razoabilidade-garante-matricula-para-crianca-menor-de-6-anos>.

Acesso em 27/11/2011.

¹⁵⁰Idem.

se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.¹⁵¹

Para um maior esclarecimento faz-se proveitosa a alusão de Gilmar Ferreira Mendes ao mencionar decisão do Tribunal Constitucional Alemão, destacando que:

Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e exigíveis à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é exigível se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.¹⁵²

Na compreensão de Humberto Ávila, “a proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos, meio e fim”.¹⁵³ O que já foi demonstrado em exemplos anteriores tornando perceptível a semelhança entre os dois princípios não deixando, porém de diferenciá-los.

2.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é norma supraconstitucional explícita no texto da Constituição “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 igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”.¹⁵⁴ Tal princípio consiste basicamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem, não permitindo qualquer forma de discriminação.¹⁵⁵

¹⁵¹ALEXYS, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 9.

¹⁵²MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p.41

¹⁵³ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

¹⁵⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3ª. ed, São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁵⁵BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p.229.

Alexandre de Moraes alude que, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei e que a igualdade configura como uma eficácia superior e nobre, de forma que toda situação de desigualdade configurada à entrada em vigor da norma constitucional, não deverá ser recepcionada se não compatíveis com os valores constitucionais; proclamando como norma suprema que “[...] assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.”¹⁵⁶

O que bem preceitua Kelsen, “seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.”¹⁵⁷

Ainda pertinente se faz nesse sentido a lição de Maria Berenice Dias, Desembargadora do TJRS, em referência à lei Maria da Penha aludindo que:

[...] a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei – não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação mediante a redução das diferenças sociais. Trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.¹⁵⁸

Assim compete aos juristas interpretar a determinação de iguais e de iguais perante a lei, no tocante às desigualdades eventualmente estabelecidas por leis, interpretando o conteúdo da norma, visando seu propósito através dos princípios consagrados no Direito Constitucional e tornando-os efetivos. Nesse sentido expressa Carlos Maximiliano quando se referindo à interpretação da norma nos adverte que “deve ser o Direito interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências e vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis.”¹⁵⁹

De acordo com Pinto Ferreira igualdade perante a lei “deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser feita, deve ser interpretada como um

¹⁵⁶MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 86.

¹⁵⁷KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1. ed., Martins Fontes. São Paulo. 2009

¹⁵⁸ Disponível em: <http://mbdias.com.br/swfs/hartigos.aspx?0,27> acesso em 27/11/2011.

¹⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Forense: Rio de Janeiro. 1984, p.166.

impedimento à legislação de privilégios de classe, deve ser entendida como igualdade diante dos administradores e dos juízes".¹⁶⁰

Já o célebre José Afonso da Silva expressa que "porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a equalização das condições desiguais".¹⁶¹ Portanto, a muito se busca a igualdade. No que se refere a sua aplicação possui um caráter duplo, sendo que a aplicação teórica visa repudiar privilégios injustificados e a aplicação prática reduzir os efeitos que porventura possam se originar das desigualdades evidenciadas no caso concreto. Assim, tal princípio constitucional se constitui na ponte entre o Direito e a realidade que não lhe é manifestamente clara.¹⁶²

A igualdade promulgada pela Constituição da República se faz, basicamente compreendida sob dois pontos de vista: o da igualdade material e o da igualdade formal. O entendimento da igualdade material compreende o tratamento imparcial e uniforme que deve ser dado a todos os seres humanos, bem como igualar em condições e benefícios no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades, ou seja, devem ser fomentadas de forma igualitária para todos os cidadãos.¹⁶³

No tocante à igualdade formal, descrita no já mencionado art. 5º da Constituição, seria a identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais. Interpretando o texto em sua literalidade tem-se que todos devem ser tratados da mesma maneira, independente da condição socioeconômica. O que bem preceitua Pinto Ferreira quando diz que "a formalidade da igualdade na lei não se exaure com a uniforme aplicação da norma jurídica, mas esta afeta diretamente o legislador, proibindo-lhe que de uma forma ou de outra, conceder privilégios em conformidade com a classe."¹⁶⁴

Vale ressaltar que a igualdade não se confunde com a isonomia. Segundo Ada Pellegrini, o princípio da igualdade possui duas dimensões, a estática e a dinâmica. A estática se dá quando a lei descreve a igualdade de todos perante a lei de modo formal, imputando ao legislador a observância à existência da desigualdade e a dinâmica, quando o Estado assume o compromisso de constatar as desigualdades

¹⁶⁰PINTO FERREIRA. Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva. 1983, p.770.

¹⁶¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.14. ed. São Paulo:Malheiros , 1997, p. 128.

¹⁶²Idem.

¹⁶³Idem.

¹⁶⁴PINTO FERREIRA. Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva. 1983, p.770.

criando mecanismos para remediá-las, transformando-as em igualdade em real e não formal. Salienta a aludida autora que, “a igualdade pode ser vista sob seu aspecto meramente formal, contrapondo-se à igualdade material, e pode ser vista sob o ângulo do esforço de transformação da igualdade formal em igualdade material.”¹⁶⁵

Ainda segundo o entendimento da aludida autora, o fato de a igualdade formal determinar a igualdade de todos perante a lei, é considerada como uma ficção jurídica pelo fato de todos serem desiguais, sendo esta desigualdade não reconhecida pelo legislador. De tal forma que “a isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real”.¹⁶⁶

Concluindo a autora em epígrafe entende ainda que:

O princípio da isonomia não admite que o juiz contemporâneo tenha uma posição complacente, uma visão puramente formal do princípio, se constatar a existência de desigualdade entre as partes deve atuar de forma concreta e efetiva, promovendo a igualização, procurando, assim, manter o equilíbrio dos interessados, conferindo amplas e iguais oportunidades para alegar e provar. Em outras palavras, dar tratamento igualitário às partes é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades; efetivamente, trata-se de um princípio dinâmico.¹⁶⁷

Portanto concluir-se-á que a isonomia refere-se a um senso de igualdade real e absoluta, enquanto a igualdade em si, manifesta formalmente ou substancialmente, viabiliza uma igualdade virtual e de oportunidades.

2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Sabemos que todos são iguais em dignidade perante a lei, portanto o princípio da dignidade da pessoa humana está interligado ao princípio da igualdade. Como se observa na lição de Alexandre de Moraes ao dizer que “o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 6.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

direito de não receber qualquer tratamento discriminatório no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais”.¹⁶⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na Declaração Universal das Nações Unidas de 1948 em seu art. 1º¹⁶⁹ e está inserido também no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁰ A dignidade além de ser um direito do ser humano é também sua essência,¹⁷¹ ou seja, é própria da personalidade humana, ultrapassa o físico e se eleva a um nível espiritual e moral, se tornando o elo de ligação entre direitos e garantias fundamentais.¹⁷² O que bem expressa Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...]¹⁷³

Segundo Sarlet, entende-se por dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁷⁴

¹⁶⁸MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.21, ed., São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 86.

¹⁶⁹Art. 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

¹⁷⁰A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁷¹SODER, José. **Direitos do Homem**. 1. Ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 9.

¹⁷²MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.21, ed., São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 16.

¹⁷³Idem.

¹⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

Já para Kant o homem é somente um fim em si mesmo e não um meio para os outros, e que “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade”, sendo que uma coisa possuindo determinado preço pode ser substituída por outra equivalente, mas quando uma coisa é superior ao preço não permitindo substituição, tem-se a dignidade.¹⁷⁵

Podemos dizer que uma sociedade evolui de acordo com a medida com que protege a dignidade humana. Para Sarlet a dignidade existe mesmo sem o reconhecimento do Direito, impossibilitando sua perda em qualquer situação,¹⁷⁶ permitindo assim que o próprio indivíduo interprete suas lesões.¹⁷⁷ A esse respeito leciona Azevedo que, este princípio é recepcionado tanto pela concepção subjetiva como pela objetiva:

[...] o primeiro caso, determina que a dignidade da pessoa humana é valor intrínseco ao sujeito, fruto de sua autonomia da vontade, de sua moral autônoma, cabendo ao próprio indivíduo interpretar suas lesões. Na concepção objetiva requer a participação do Estado juiz em oferecer suporte ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, observada a igualdade entre as relações humanas.¹⁷⁸

Portanto torna-se perceptível a necessidade do indivíduo de recorrer ao Estado juiz quando tem seu direito ameaçado ou mesmo ignorado, impossibilitando que o mesmo seja parcial ao julgar os interesses em conflito, já que o indivíduo que a ele se reporta espera alcançar decisão justa e proporcional à lesão sofrida.

¹⁷⁵Kant *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p.40.

¹⁷⁷AZEVEDO, Eder Marques. *Ensaio Científico Doctum/Fic*. 1. ano 2. v. 1. jan/dez 2009, p. 38.

¹⁷⁸ *Idem*.

CAPÍTULO III – CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A CRIANÇA E ADOLESCENTE EM FACE DO IDOSO: O ATENDIMENTO PRIORITÁRIO À SAÚDE

3.1 O sentido da expressão atendimento prioritário.

O atendimento prioritário demonstra o reconhecimento da necessidade de cuidar de modo especial das pessoas que, por sua fragilidade natural ou por estar numa fase em que se completa a sua formação, correm maiores riscos, sendo-lhes devido atendimento preferencial. A língua portuguesa define o adjetivo preferencial como a “possibilidade de passar à frente dos outros; prioridade”.¹⁷⁹ Quanto a esta última é sinônimo de preferência ou primazia.¹⁸⁰ Assim posto, o atendimento preferencial pode ser entendido como sendo aquele realizado com prioridade, dispensado à frente de outros.

O art. 4º do ECA, em seu parágrafo único, enumera alguns procedimentos que visam garantir a prioridade da criança e do adolescente, dispondo em seu texto:

A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.¹⁸¹

Segundo Munir Cury, quando a lei fala em primazia, “está supondo hipóteses em que poderá haver opção entre proteger ou socorrer em primeiro lugar um indivíduo em face de outro”, e que a precedência de atendimento nos serviços públicos, ainda no entendimento do autor, se dá no caso de que “se algum serviço for prestado,

¹⁷⁹ HOUAISS. **Dicionário eletrônico da língua portuguesa** 1.0.7. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva Ltda., setembro de 2004.

¹⁸⁰ Disponível em: <http://www.dicionarioaurelio.com/Prioridade> acesso em 06 de dezembro de 2011.

¹⁸¹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

simultaneamente e no mesmo local, a crianças ou adolescentes e também a adultos, aqueles devem ser atendidos em primeiro lugar”.¹⁸²

A garantia de prioridade absoluta no tocante aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tanto pelo ECA quanto pela Constituição, exigiram do Poder Público a preferência na destinação de recursos como também a efetividade de sua aplicação.

Em relação aos idosos, o art. 3º do Estatuto do Idoso assegura-lhes a mesma garantia de prioridade à saúde, o que expressa seu parágrafo único:

A garantia de prioridade compreende:

- I - atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;
- II - preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;
- III - destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso [...]

De tal forma que tanto aos idosos quanto à criança e ao adolescente compete à prioridade no atendimento à saúde pelos órgãos públicos e privados como também a preferência nas políticas sociais públicas, assim como o privilégio na destinação de recursos públicos voltados à sua proteção.

3.2 Criança e adolescente *versus* idoso na prioridade do atendimento à saúde nos casos de urgência: a solução do conflito de interesses

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º frisa que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde [...]”.¹⁸³

¹⁸² CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6. ed., Malheiros. p. 36.

¹⁸³ EBRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

Já o Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, determina que “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito a vida, à saúde [...]”.¹⁸⁴

Considerando a inteligência do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o art. 3º do Estatuto do Idoso, surge o questionamento relacionado a qual dos sujeitos de direito se deve a prioridade de atendimento nos casos de urgência, caso ocorra um conflito de interesses.

Observa-se que o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente basicamente em nada difere do art. 227 da Constituição da República de 1988 ao afirmar que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde [...]”.¹⁸⁵ O aludido artigo traduz uma final preocupação do constituinte em colocar a criança e o adolescente como prioridades do Estado.

Assim sendo, partindo da premissa de que a Constituição de 1988, em seu art. 3º inciso IV, tem como um de seus objetivos fundamentais promoverem o bem de todos sem preconceito ou discriminação, inclusive em relação à idade do cidadão, e que o Estatuto do Idoso em seu art. 4º e 9º, respectivamente, visa proteger o idoso de qualquer forma de negligência, discriminação e atentado aos seus direitos, imputando ao Estado a obrigação de garantir-lhe a vida e a saúde, não se pode concluir que a prioridade concedida à criança e ao adolescente tenha caráter absoluto, e sim relativo. O que em caso contrário ensejaria violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais impossibilitam que tal prioridade subsista em caráter absoluto.

No entanto, apesar dos preceitos aludidos, não raramente nos deparamos com a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade devidos ao idoso. O que pode ser observado em dadas circunstâncias, tais como o atendimento médico em caráter de urgência e ações intentadas pelo idoso buscando garantir tais princípios. Tais circunstâncias ainda causam divergência de entendimento entre os magistrados, o que pode ser observado em voto prolatado pela Des.^a Maria Isabel de Azevedo Souza, em apelação feita pelo Ministério Público ao Estado em favor de uma idosa. Segue:

¹⁸⁴ BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁸⁵BRASIL.Constituição da República federativa do Brasil de 1988. JOYCE, Anne [Org.]. **VadeMecum**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, art. 227, p. 72.

[...] diante disso, não faz jus a Apelada ao seu fornecimento. O fato de se tratar de medicamento importante à saúde do paciente, por si só, não é suficiente para a procedência do pedido. Isso porque, em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. [...] mas, como todo direito fundamental não é (de liberdade ou não) absoluto, estando seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente.¹⁸⁶

Em sentido diverso temos o voto do Des. Jorge Maraschin dos Santos, em outra ação judicial que visa o mesmo objetivo, entendendo que o Estado deve arcar com o fornecimento dos medicamentos necessários à saúde independente dos mesmos constarem ou não da lista de medicamentos fornecida pelo SUS. Nesse sentido dispõe:

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA COMUM. ENTES FEDERADOS. Compete aos Entes federados, solidariamente, o fornecimento dos medicamentos e tratamentos médicos necessários à proteção da vida e da saúde do cidadão, independentemente da esfera governamental, observado ao disposto nos artigos 23, II, e 196 da Constituição Federal. [...] a ausência do fármaco nas listas do SUS não afasta a responsabilidade, prevista constitucionalmente, do Poder Público pelo fornecimento de medicamentos necessitados, garantindo assim o mínimo existencial. [...] pois não é apenas o direito à vida garantia constitucional, mas também o direito à saúde. LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. Não há nos autos prova de que o Município não tenha condições de custear os medicamentos postulados pela parte autora ou que existam outras prioridades que com o custeio acabariam por ficar desatendidas, prejudicando a comunidade.¹⁸⁷

Tal discriminação não se faz perceptível em relação à criança e ao adolescente, aos quais se obriga o Estado assumindo a responsabilidade de fornecer-lhes o medicamento necessário impulsionado pela disposição do art.227 da Constituição, o que pode ser demonstrado pela tendência dos tribunais em atender sem precedentes suas necessidades urgentes, ao contrário do idoso. Nesse sentido:

¹⁸⁶ Apelação cível nº 70042336487, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Julgamento em: 30/06/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 06/12/2011.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70045325784, Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 30/09/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em 06/12/2011.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DA INFANTE AOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECÊ-LOS. 1. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública buscando a efetivação de direitos individuais heterogêneos de crianças e adolescentes. 2. O Município tem responsabilidade solidária com o Estado e deve figurar no pólo passivo da ação, devendo também responder pela obrigação reclamada. 3. O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o seu pronto atendimento, ainda que por compra em estabelecimento particular em face da indisponibilidade de tal droga em rede pública.¹⁸⁸

No mesmo sentido, já proferiu esse mesmo Tribunal:

MEDICAMENTOS.SOLIDARIEDADE ENTRE OS PODERES. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À VIDA E À SAÚDE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO ADMINISTRATIVO. [...]a realização de exames, cirurgias ou a aquisição de medicamentos à criança independe de previsão orçamentária, tendo em vista que a Constituição Federal, ao assentar, de forma cogente, que os direitos das crianças e adolescentes devem ser tratados com prioridade, afasta a alegação de carência de recursos financeiros como justificativa para a omissão do Poder Público. Restando comprovado que a menor necessita do tratamento médico, do medicamento postulado, prevalece o direito constitucional à saúde da criança e do adolescente. [...]o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de atendimento prioritário às crianças e adolescentes, além do exame da prova dos autos, conduz ao pronto atendimento do pedido da inicial.¹⁸⁹

A discriminação aos idosos se manifesta também nos contratos celebrados com operadoras de planos de saúde, que além de determinarem valores diferenciados por faixa etária, o que é proibido por lei,¹⁹⁰ demonstra também desinteresse em tê-los como beneficiários, ocasionando a necessidade da intervenção do Estado para garantir-lhes tal direito. Segue, a título de exemplo, algumas intervenções estatais em prol do idoso buscando preservar seu direito à saúde:

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário Nº 70009895269. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 10/11/2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>. Acesso em 06/12/2011.

¹⁸⁹ BRASIL. S Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70028970168. Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 02/04/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>. Acesso em 06 de dez. 2011.

¹⁹⁰ BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010, art. 15º, § 3º.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. RECUSA EM CONTRATAR EM FUNÇÃO DA FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. [...] não é crível que a parte agravante fique sem assistência à saúde, em função de recusa por parte de operadoras de planos de saúde em contratar com aquele devido a sua idade avançada, o que importaria submeter o recorrente a situação de risco desnecessário, ato que atentaria ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia qualquer relação jurídica. diante disso, a decisão hostilizada não está em consonância com o nosso sistema jurídico ao não conceder a tutela antecipada pleiteada na inicial, tendo em vista que há perigo efetivo de dano irreparável. Isso se deve ao fato de que a vida é o bem maior a ser protegido, quanto mais no caso em tela, que a parte agravante é idosa e necessita da contratação do plano de saúde, sendo, a princípio, injusta a recusa da agravada.¹⁹¹

Nesse mesmo diapasão, tem-se:

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA (60 ANOS). ABUSIVIDADE DA CLAUSULA. ELEVAÇÃO DE MENSALIDADE PARA MONTANTE EXCESSIVO E ONEROSO PARA O CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/03). RESTITUIÇÃO DO VALOR COBRADO INDEVIDAMENTE DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE A JUSTIFICAR A REDUÇÃO DO AUMENTO PREVISTO PARA 30%. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 6º, INCISO V, DO CDC.(....) a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, no que pertine ao percentual de reajuste, haja vista que a decisão atacada vai ao encontro dos interesses da parte consumidora e hipossuficiente e revela-se em consonância com o vem se decidindo nesta Turma (...) em que pese a recorrente alegar que a incidência do percentual de reajuste por faixa etária estava previsto no contrato e, portanto, previamente informada à recorrida, fato é que se mostra excessivamente onerosa.¹⁹²

Anexamos a tabela de preços de uma operadora de planos de saúde,¹⁹³ com o intuito de demonstrar que os seus valores estabelecidos diferem aproximadamente em 600% considerando a faixa etária de 0 a 18 anos e acima de 59 anos respectivamente. O

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70029810108. Quinta Câmara Cível. Julgado em 19/05/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca> acesso em: 06 de dez. de 2011.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635043** Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 17/02/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> acesso em: 07 de dez. 2011.

¹⁹³Disponível em: http://www.rotaseguros.com.br/unimed/UNIMED_tabela_ind.pdf acesso em 05/12/2011.

que demonstra discriminação ao idoso devido à desproporcionalidade dos valores e dos índices de reajustes.¹⁹⁴

Tabela de Preços Enfermaria 2011*					
Faixa Etária	Unimax	Uniflex 1	Uniflex 2	Uniflex 3	Unifácil Flex 1
00 a 18	152,53	102,35	85,18	72,53	68,07
19 a 23	181,36	121,70	101,28	86,24	80,94
24 a 28	208,56	139,95	116,47	99,18	93,08
29 a 33	239,84	160,95	133,94	114,06	107,04
34 a 38	278,22	186,70	155,37	132,30	124,17
39 a 43	322,73	216,57	180,23	153,47	144,03
44 a 48	374,37	251,22	209,07	178,03	167,08
49 a 53	438,01	293,93	244,61	208,29	195,48
54 a 58	586,94	393,86	327,78	279,11	261,95
Acima de 59	915,62	614,43	511,34	435,42	408,64

Tabela de Preços Individual Unimed Apartartamento 2011*					
Faixa Etária	Unimax	Uniflex 1	Uniflex 2	Uniflex 3	Unifácil
00 a 18	206,29	153,45	110,59	93,50	***
19 a 23	245,28	182,45	131,50	111,17	***
24 a 28	282,07	209,81	151,22	127,84	***
29 a 33	324,38	241,29	173,90	147,02	***
34 a 38	376,28	279,89	201,73	170,54	***
39 a 43	436,48	324,67	234,00	197,83	***
44 a 48	506,32	376,62	271,44	229,48	***
49 a 53	592,39	440,65	317,59	268,49	***
54 a 58	793,81	590,47	425,57	359,78	***
Acima de 59	1.238,34	921,13	663,89	561,25	***

Fonte: Unimed

A fim de demonstrarmos a violação ao direito do idoso no tocante à prática do atendimento preferencial à saúde, realizamos também uma pesquisa de campo, no Município de Caratinga/MG, por meio de entrevistas feitas a profissionais da área de saúde, bem como da área judiciária. Dentre as quais destacamos as considerações do Especialista em geriatria, Iônio de Souza, também cirurgião geral e ginecologista.

Ao ser arguido sobre como se dá o atendimento prioritário à saúde nos casos de urgência, em relação à criança, ao adolescente e ao idoso, o mesmo fez menção da diferença entre emergência e urgência. Devido ao fato dos vocábulos serem semelhantes, no âmbito da saúde são totalmente diferenciados, até mesmo para fins de encaminhamento médico. A medida de diferenciação na área da saúde se dá conforme o grau da patologia, ou seja, no âmbito da Medicina a emergência se dá quando

¹⁹⁴ Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicações/livro> acesso em 20/12/2011.

determinada circunstância exige uma cirurgia ou intervenção médica imediata e a urgência quando o paciente necessita de tratamento médico ou até mesmo de uma intervenção cirúrgica mais sem o caráter imediatista da emergência.¹⁹⁵

Feita a distinção entre os dois termos, salientou que essa diferenciação é de suma importância para a decisão de prioridades no atendimento em unidades de pronto-socorro e que o estabelecimento sujeito a receber casos de emergência deverá estar preparado para tal, tendo uma equipe de plantão apta para efetuar o atendimento, o que não ocorre nos atendimentos de menor gravidade necessitando apenas de um ou alguns especialistas.

Partindo dessa premissa visou que na falta de preparo por parte daqueles que deverão receber o paciente e analisar a necessidade do atendimento, pode ocorrer a lesão ao direito do idoso; e que tal despreparo ocorre muitas vezes pela falta de gestão onde as autoridades políticas deixam de visar a real necessidade do ambiente de trabalho para ocupar as vagas disponíveis com parentes e afins, sendo que muitos desses não têm noção de como atuar na área da saúde.

Mencionou ainda como fator passível de ocasionar lesão aos direitos do idoso, a desmotivação dos profissionais da saúde do setor público, devida à falta de condições de trabalho, à baixa remuneração e à carga horária excessiva e que a desmotivação em relação ao atendimento público acaba afetando a relação médico-paciente. No tocante às políticas públicas governamentais, o SUS, além de ser o único sistema de saúde do mundo que oferece atendimento universal, é o que mais abrange o direito à saúde do idoso, sendo que o mesmo poderia funcionar com mais eficiência se o governo investisse também nos profissionais da saúde, tanto em relação à remuneração quanto às condições de serviço. Seria essa uma das formas de inviabilizar um possível conflito de interesses entre a criança, o adolescente e o idoso em relação à prioridade no atendimento à saúde.

Afirmou também que durante a trajetória de sua atuação profissional na área da saúde, não deparou com nenhum caso concreto de conflito entre a criança, o adolescente e o idoso, mas que isso, como dito anteriormente, é passível de ocorrer, principalmente naqueles ambientes onde o nível de recursos socioeconômico é escasso.

Finalizando, alegou que não existe um regulamento interno na área da saúde que regule tal prioridade em relação à criança, adolescente e idoso, até porque a

¹⁹⁵ Citou como exemplos de emergência: hemorragias, parada respiratória e parada cardíaca e de urgência: luxações, torções, fraturas (dependendo da gravidade) e dengue.

própria lei já o faz, mas que ocorrendo o conflito de interesses, o que há de predominar por parte do profissional da saúde, além da análise patológica, é o bom senso.

No tocante à área judicial imprescindível se faz mencionarmos as informações fornecidas pelo Oficial do Ministério Público, Varley Ferreira Rosa, em consonância com a Promotora de Justiça Ana Paula Resende Dornellas, ambos atuantes na 5ª Promotoria de Justiça, da Infância e Juventude e Idosos.

Em relação ao atendimento prioritário nos casos de urgência concedidos tanto à criança e ao adolescente quanto ao idoso, afirmou o aludido Oficial, que judicialmente é mais difícil ocorrer um conflito de interesses e que a probabilidade maior estaria relacionada à prática na área da saúde. Isso devido ao fato de ambos os sujeitos, de certa forma e de acordo com o direito pretendido, terem suas necessidades satisfeitas individualmente pelo Poder Judiciário.

Afirmou ainda que durante o tempo de exercício de sua função perante o Ministério Público, não presenciou o fato de serem pleiteadas ações idênticas visando à mesma pretensão de um bem jurídico tanto por parte da criança e do adolescente, quanto por parte do idoso e que, caso tal conflito ocorra, não havendo uma forma do Poder Judiciário atender à necessidade dos postulantes sem optar radicalmente em favor de um e em detrimento de outro, fica a decisão por conta do art. 227 da Constituição, tão somente pelo fato de se tratar de norma constitucional e conceder prioridade absoluta à criança e ao adolescente, embora também concorde que um maior senso de justiça se dar-se-ia pela análise do caso concreto e o bom senso dos aplicadores das normas.

Considerou que o Estado, ao determinar constitucionalmente tal direito à criança e ao adolescente, não o tornando explícito em relação ao idoso, deixa de certa forma transparecer a força do capitalismo com que é regido o nosso País. Em outras palavras seria dizer que a criança e o adolescente têm maior probabilidade de retornar ao Estado o investimento dedicado a estes, o que no caso do idoso não seria possível.

No tocante à prioridade, colabora a representante do Ministério Público alegando que, embora o ECA dê à criança e ao adolescente esse direito de prioridade absoluta reforçado ainda pela Constituição em seu art. 227 e o Estatuto do Idoso também o faça em relação aos idosos, não entende que tal prioridade seja absoluta, porém relativa. Levando em consideração que o justo seria sopesar as necessidades envolvidas no conflito levando em consideração a análise do caso concreto e também o

bom senso. Considerou ainda que seu tempo de atuação na referida promotoria perfaz apenas três meses o qual não foi suficiente para presenciar tal conflito.

Nesse mesmo entendimento se expressa o jurista Rodrigo Reis em uma análise hermenêutica acerca da aplicação da referida prioridade concedida à criança, ao adolescente e ao idoso:

[...] em vista à nova situação jurídica encontrada pelo ordenamento frente à ponderação dos bens tutelados pelo ECA e pelo Estatuto do Idoso pela tese da prioridade relativa da criança e do menor frente ao idoso, colocando seu atendimento como prioritário apenas se ambos estiverem sob risco iminente de vida, visto que a garantia material ao direito à vida ao menor, em face de sua juventude e potencial ao Estado e à sociedade, ser mais robusta até mesmo por razões biológicas, sociais, culturais e históricas.¹⁹⁶

Dessa forma defende o jurista que a prioridade da criança e do adolescente em relação ao idoso deve ser relativa e não absoluta, e que para o Estado é mais vantajoso a proteção àqueles, já que pela tese da prioridade relativa da criança e do adolescente frente ao idoso tal prioridade dar-se-ia apenas diante de um risco iminente de vida, o que seria mais conveniente ao Estado, já que aos tais pertence o potencial da juventude. Saliencia que apesar da Constituição em seu art. 227 traduzir expressamente a prioridade absoluta à saúde da criança e do adolescente, não o fazendo em relação ao idoso, difícil se faz crer que ocorrendo situações de conflitos entre ambos os sujeitos de direito, as matérias referentes ao idoso não se façam prioritárias, até mesmo por uma questão de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁷

Posto isso, necessário se faz uma análise sistemática e teleológica mais profunda frente à Constituição de 1988, confrontando o tema com os referidos princípios constitucionais. Nesse caso específico, cabe salientar o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, e como solução para um possível conflito de interesses entre a criança, o adolescente e o idoso, o princípio da proporcionalidade.

No que se refere ao idoso ficou instituído, pela Constituição Federal em seu art. 230, o dever do Estado, da família e da sociedade de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e

¹⁹⁶ Moreira, Rodrigo Reis. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B05F2C405-04F9-4923-AD16-B8EF65DB4ED9%7D_017.pdf acesso em: 06 de dez. de 2011.

¹⁹⁷ Idem.

garantindo-lhe o direito à vida, e também em seu art. 1º inciso III a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, o que nesse sentido preceitua Sarlet:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade.¹⁹⁸

Entendemos que pela concepção subjetiva da dignidade caberá ao próprio idoso determinar o grau das lesões por ele sofridas, requerendo assim pela concepção objetiva a participação do Estado juiz para lhe oferecer suporte ao conteúdo mínimo de seus direitos fundamentais, observando este a igualdade entre as relações humanas.¹⁹⁹ No entendimento de Alexandre de Moraes, a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, também previsto no Estatuto do Idoso, é “o reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país, [...] ensinando às novas gerações a importância do respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade”.²⁰⁰

Ao considerarmos a disposição do art.5º, caput, da Constituição de que todos são iguais perante a lei sem nenhuma distinção, incluindo a idade, não se deve entender que os interesses da criança e do adolescente se sobreponha aos do idoso ou vice-versa. O que deve ocorrer é um equilíbrio entre os direitos de ambos, sendo que para solucionar uma possível colisão desses direitos será necessário analisar em cada caso concreto o princípio da proporcionalidade, que é o primeiro limite a concretização do direito a saúde.

Segundo Gandini “[...] a proporcionalidade serve como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais”,²⁰¹ buscando através do referido

¹⁹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111-112.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. Atual. até a EC nº 53/06. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 805.

²⁰¹GANDINI, João Agnaldo Donizeti; FERREIRA, Samantha; SOUZA, Andre Evangelista de. **A judicialização do direito a saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos, insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências**.Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, n. 28, ano III, p.17, abr. 2008.

princípio a medida adequada para alcançar o objetivo desejado, não permitindo que um dos sujeitos seja beneficiado em detrimento total do outro. O que bem expressa Guerra Filho: “Tem-se a adequação da medida adequada quando se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.²⁰²

No mesmo sentido expressa Gandini:

A proporcionalidade, pelo critério da estrita necessidade, é capaz de evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito a saúde, pois se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público.²⁰³

Dá-se o caso de que, pela análise do caso concreto, fica expressamente claro que o Estado deve buscar o equilíbrio na solução dos conflitos de interesses. Equilíbrio este viabilizado pelo princípio da proporcionalidade. A esse respeito, o qual aduz Maria Christina de Almeida:

A aplicação do princípio da proporcionalidade repousa, portanto, na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que coadjuvam uma mesma relação jurídica. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas, implicando regras cujo estabelecimento depende de uma ponderação. Assim, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. Deste modo, este não deve agir com demasia, da mesma forma que não pode agir de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Ocorrerá violação ao princípio da proporcionalidade sempre que o administrador, tendo dois valores legítimos a sopesar, priorizar um a partir do sacrifício exagerado do outro.²⁰⁴

²⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989, p.75.

²⁰³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; FERREIRA, Samantha; SOUZA, Andre Evangelista de. **A judicialização do direito a saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos, insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências**. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, n. 28, ano III, p.17, abr. 2008.

²⁰⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito de Curitiba, Fundação Universidade do Paraná, 1998, p. 350-394.

Logo, ao considerar o caso concreto e a adequação da norma, não há referência a todas as circunstâncias de aplicação, mas somente a uma circunstância, isto é, a ameaça ao direito à saúde de determinado indivíduo. Suzana Barros alude:

A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.²⁰⁵

Dessa forma tem-se o aludido princípio como critério para a solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Neste sentido expressa Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.²⁰⁶

Posto isso, concluímos que o princípio da proporcionalidade tem o condão de verificar se a decisão a ser tomada pelo Estado, restringindo ou limitando um direito fundamental, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, mantendo o equilíbrio entre a garantia do bem tutelado e o meio empregado para este fim. Nesse contexto, para a aplicação do princípio da proporcionalidade, necessário se faz delimitar os direitos tutelados e os princípios passíveis de serem violados num possível conflito de interesses entre a criança, o adolescente e o idoso.

Como outrora mencionado, sabemos que a saúde é um direito constitucional inclusa nos direitos de 2ª geração e que por sua vez está intimamente ligado ao direito à vida, sendo este um direito constitucional fundamental e inviolável. A preservação desses direitos, à criança e ao adolescente, estão inseridos no art. 4º do ECA e elevados

²⁰⁵BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

²⁰⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p.195.

à absoluta prioridade pelo art. 227 da Constituição e demonstram o dever do Estado de protegê-los ante ameaça ou lesão aos seus direitos em face do próprio Estado ou de qualquer cidadão. Resguardando-lhes a dignidade e a igualdade, princípios fundamentais de um Estado Social de Direito.

No tocante ao idoso temos seus direitos, à vida e à saúde, protegidos pelo Estatuto do Idoso em seu art.3º como também pelo art. 230 da Constituição, os quais também visam preservar a dignidade e a igualdade perante o Estado e demais cidadãos. Pelo fato de a Constituição não mencionar expressamente o direito de prioridade absoluta ao idoso, não deixa de fazê-lo implicitamente em seu contexto, em seu art.3º e inciso IV, tem como um dos objetivos fundamentais, “promover o bem de todos, sem preconceitos de [...] idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e em seu art. 5º garante a todos, igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inviolabilidade do direito à vida, e à igualdade,²⁰⁷ o que leva ao entendimento de que a prioridade absoluta, referida à criança e ao adolescente, torna-se relativa, pela expressão dos aludidos artigos constitucionais. Pois, pela força normativa desses preceitos, não se pode ter prejudicado o direito do idoso em prol do menor, mas dever-se-á sopesar individualmente quais direitos adicionais, originados do próprio caso concreto, deverão ser preservados.

Consideremos que tanto a criança quanto o idoso tenham, junto a uma operadora de planos de saúde,²⁰⁸ um contrato que estabeleça a mesma cobertura para ambos. Sabendo que o idoso, comparado à criança, possui um maior grau de vulnerabilidade orgânica e como consequência, maior propensão às debilitações da saúde, isso por si só, não justifica o fato de que a diferença nos valores das mensalidades, ministradas pela operadora, relativas ao idoso em face da criança, alcance um percentual de 600%, o que pode ser comprovado pela tabela em anexo. Não justifica ainda o fato de que o índice de reajuste aplicado aos planos de saúde, mensurados pela faixa etária, chegue, no caso do

²⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

²⁰⁸Entende-se por plano de saúde, médico ou odontológico, o contrato ou direito adquirido individualmente ou por meio de empregador (público ou privado), visando o atendimento de saúde a ser prestado por profissionais e/ou empresas de saúde (clínicas, hospitais, laboratórios etc). O usufruto desse direito é garantido pelo pagamento de mensalidade diretamente pela pessoa ou por terceiro [...], por seu empregador ou por meio de desconto mensal em folha de pagamento. [...] entende-se como tendo cobertura de plano de saúde a pessoa que, na qualidade de titular (independentemente da idade e de ser, ou não, responsável pelo pagamento das mensalidades do plano), dependente ou agregado (independentemente de ter, ou não, laços de parentesco com o titular e de morar, ou não, na mesma unidade domiciliar

idoso, ao percentual de 100% sobre o valor contratado. Fato manifesto em Recurso Extraordinário enviado ao STF:

PLANO DE SAÚDE. IDOSO. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. PREVISÃO CONTRATUAL. AUMENTO DE APROXIMADAMENTE 100%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE ACRÉSCIMO PARA 30%. [...] 2. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada. 3. Não se afigura desarrazoada a cláusula contratual de plano de saúde que, [...] anterior ao Estatuto do Idoso, preveja o aumento da contribuição do aderente ao plano em razão de ingresso em faixa etária em que os riscos de saúde são abstratamente maiores, em razão da lógica atuarial que preside o sistema [...].²⁰⁹

Tal discriminação além de revelar abusiva configura um obstáculo a que o segurado permaneça no plano exigindo, dessa forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Desta forma complementa o aludido manifesto:

[...] todavia, revela-se abusiva e, portanto, nula, [...] a cláusula de reajuste em percentual tão elevado que configure uma verdadeira barreira à permanência do segurado naquele plano. [...] considerando os enormes prejuízos que teria o segurado se migrasse para outro plano ao atingir idade de risco, justifica-se a redução do percentual de reajuste. Aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade a justificar a redução [...].²¹⁰

Nesse diapasão torna-se evidente a discriminação do idoso em prol da criança e do adolescente, pelo critério etário, ferindo o princípio da igualdade determinado pelo art. 5º da Constituição, violando também seu direito à vida e à saúde, assim como sua dignidade. Mediante tal situação, necessária se faz a aplicação do princípio da proporcionalidade, confirmando assim o entendimento de Gilmar Mendes, usado como marco teórico da pesquisa em epígrafe:

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 521684. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicado em 02/08/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> acesso em: 06 de dez. 2011.

²¹⁰ Idem.

[...] assim, o princípio da proporcionalidade é o princípio que se deve usar para a justa medida, quando houver colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, para evitar-se desnecessárias ou abusivas restrições contra os direitos fundamentais, cuidando-se de aferir a compatibilidade entre os meios e fins.²¹¹

O aludido princípio tem, neste caso hipotético, a incumbência de trazer o equilíbrio no tocante às necessidades do idoso, minorando a lesão aos seus direitos e a violação dos princípios inerentes à pessoa humana, não permitindo que sejam prejudicados em sua totalidade e sim proporcionalmente segundo as necessidades de ambos os sujeitos de direito, preservando desse modo os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana concernentes também à criança e ao adolescente.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos políticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito positivo constitucional representou uma nova concepção de Estado, que tendo o homem como sua razão de ser, direciona toda atividade para construção de uma sociedade na qual todos possam usufruir uma existência digna. Assim, todas as normas referentes aos direitos fundamentais guardam relação com os princípios consagrados na Constituição, de modo que os direitos à vida, à saúde e à igualdade correspondem, direta ou indiretamente, às exigências elementares de realização dos ideais de dignidade da pessoa humana.

A preocupação com o idoso foi elevada a nível constitucional e a terceira idade passou a constar no rol das preocupações estatais, assim como a criança e o adolescente, tendo o estado a obrigação de colocar à disposição dos mesmos, meios necessários ao exercício de sua cidadania, adotando uma postura ativa em suas políticas públicas visando garantir-lhes um mínimo necessário de dignidade.

Tanto o estatuto do Idoso quanto o ECA representaram uma grande conquista social e um marco na garantia de direitos. Além disso, reafirmou a obrigação da família e sociedade como também do Poder Público para com a criança, o adolescente e o idoso. Portanto, justo se faz apontar que o Estado em conjunto com a sociedade tem implantado ações públicas visando melhorar a saúde do idoso para que tenha um envelhecimento ativo e saudável, no intuito de minorar a distância entre a população infante-adolescente.

A flexibilidade dos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico tem propiciado ao idoso um novo patamar na garantia de seus direitos, principalmente no tocante à saúde, de forma que não há necessidade de ter seu direito prejudicado devido à prioridade absoluta conferida à criança, e ao adolescente pelo texto constitucional. Prioridade esta que deve ser relativizada com a aplicação dos princípios fundamentais, dentre os quais fizemos menção dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, elevando o princípio da proporcionalidade como fator preponderante no critério da resolução de possíveis conflitos de interesses, entre os referidos sujeitos de direitos, que em um dado momento possam surgir. O aludido princípio tem a função de equilibrar os direitos e interesses dos referidos sujeitos de direito, de forma a beneficiar um sem prejuízo total do outro.

Observamos que, embora o idoso tenha o direito à vida e à saúde protegidos pela Constituição e pelo Estatuto do Idoso, não raramente se vê violado tais direitos, não só no atendimento médico-hospitalar, mas também na dificuldade em obter e manter um plano de saúde. Isso devido à discriminação feita pelas operadoras dos planos, vinculando os valores das mensalidades e os índices de reajuste à idade do beneficiado.

Entretanto, ao considerar o caso concreto, far-se-á necessário uma análise sistemática e teleológica do contexto geral da constituição e da intenção do legislador ao aferir dignidade da pessoa humana a todos, inclusive ao idoso. A aplicação de tal análise propiciará melhor entendimento no tocante à aplicação e abrangência dos princípios constitucionais, viabilizando proteger assim os direitos do idoso, sem prejuízo da criança e do adolescente. A possibilidade de preservar o direito de um sem prejuízo total do outro, se dará então pelo princípio da proporcionalidade, o qual estabelecerá para ambos os sujeitos, uma justa medida .

Assim sendo, a conclusão da pesquisa em questão leva-nos à confirmação da hipótese de que, o Estado não tem o direito de ignorar o direito de um indivíduo em sua totalidade em benefício de outro; mas pode amenizar os efeitos de possíveis conflitos entre os referidos sujeitos de um mesmo bem tutelado, aplicando os princípios que norteiam a própria Constituição. De forma tal, a promover uma decisão mais justa e equilibrada para ambas as partes.

BIBLIOGRAFIA

Lei Nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, <http://www.mds.gov.br/gestaodainformacao/biblioteca/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/cadernos/lei-organica-de-assistencia-social-loas-annotada-2009/lei-organica-de-assistencia-social-2013-loas-annotada>.

ALEXY, Robert *apud* Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed, atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vladés. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito de Curitiba, Fundação Universidade do Paraná, 1998.

ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Do Constitucionalismo Sanitário ao Estatuto do Idoso: O direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação**. 5. ed., n. 2, Passo Fundo – RS: RBCEH. 2008, jul./dez.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Eder Marques. Ensaio Científico Doctum/Fic. 1. ano 2. v. 1. jan/dez 2009, p. 38.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed., Brasília - DF: Brasília jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed., Brasília-DF: NB, 1997.

BONAVIDES, Paulo *apud* Carl Schmitt. **Curso de direito constitucional**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança n.º. 11183/PR.

BRASIL. **Diário Oficial da União de 22/11/1990. Decreto n.º. 99.710**. Promulgação da Convenção Sobre os Direitos da Criança em 21/11/1990.

BRASIL. Diário Oficial da União de 30/06/1972. Portaria n.º. 48/1972 da Secretaria de Assistência Médico-Social.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 1990. 6. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BRASIL. **Estatuto do Idoso, de 2003**. PINTO, Antônio Luiz de Toledo. [Dir.]. **VadeMecum**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.saude.df.gov.br>. Acesso em: 14/11/2011.

BRASIL. Organização Mundial da Saúde. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Tradução Suzana Gontijo. – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 1. ed., 2005.

BRASIL. Resolução 1.386 de 20 de novembro de 1989 da Organização das Nações Unidas. Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 21/11/ 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 521684. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicado em 02/08/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº. 271.286-AgR. Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 12/09/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635043** Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 17/02/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70029810108. Quinta Câmara Cível. Julgado em 19/05/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70028970168. Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 02/04/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário nº.70009895269. Julgado em 10/11/2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARANO, A. A., MEDEIROS, M. Introdução. In: **Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros**. Rio de Janeiro: IPEA, dez. 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998.

CARVALHO, G.I., SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde**, 1. ed., Campinas-SP: Editora da UNICAMP, 2002.

CENEVIVA, W. **Estatuto do Idoso, Constituição e Código Civil: a terceira idade nas alternativas da lei**. A Terceira Idade, v.15, n.30, 2004.

COELHO, João Gilberto Lucas, **Criança e Adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira**, UNICEF.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 6. ed., Malheiros.

DA COSTA, Antônio Carlos Gomes. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; FERREIRA, Samantha; SOUZA, Andre Evangelista de. **A judicialização do direito a saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos, insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências**. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, 2008.

GOLDMAN, S.N. **As dimensões sociopolíticas do envelhecimento. Tempo de envelhecer: percursos e dimensões psicossociais**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.

HOUAISS. **Dicionário eletrônico da língua portuguesa 1.0.7**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva Ltda., setembro de 2004.

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

Kant *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Karl Larenza *apud* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed., São Paulo: Malheiros.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1. ed., Martins Fontes. São Paulo. 2009

Lei nº 2.009, de 24 de junho de 1998, que cria o cartão facilitador de saúde para atendimento aos idosos na Rede do SUS do Distrito Federal.

Lei nº 2.282, de 7 de janeiro de 1999, institui o Programa de Assistência Médico-Geriátrica a idosos nos Centros Comunitários de Idosos do Distrito Federal.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Método, 2008.

MANUAL DE CUIDADOS PALIATIVOS/Academia Nacional de Cuidados Paliativos. 1. ed., Rio de Janeiro:Diagraphic, 2009.

MARQUES, Marcio Thadeu Silva, **Melhor Interesse da criança: do Subjetivismo ao Garantismo**, in O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar,São Paulo: Malheiros, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Forense: Rio de Janeiro.1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**.n. 23, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos políticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, Rodrigo Reis. Disponível em:
http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B05F2C405-04F9-4923-AD16-B8EF65DB4ED9%7D_017.pdf.

PHILIPPE *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

PINTO FERREIRA. Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva. 1983

PONTES Jr., Felício. In **Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente: uma modalidade de exercício do Direito de Participação Política- Fatores determinantes e modo de atuação**. Rio de Janeiro, 1992.

RAMOS L. R., 2002. **Epidemiologia do envelhecimento in: Tratado de Geriatria e Gerontologia**, Guanabara Koogan, Rio de Janeiro.

Revista da Saúde Pública. v.7. n.2. São Paulo jun. 1973. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101973000200007>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SODER, José. **Direitos do Homem**. 1. Ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES DE JESUS, Noel Antônio. **O Processo de Concretização Constitucional: limites e possibilidades**. Revista de Direito Constitucional e Internacional n°. 50.

ZIMMERLI *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.