

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I- O DIREITO À SAÚDE	13
1.1 A geração de direitos.....	13
1.2 O Direito à saúde na Constituição de 1988.....	16
CAPÍTULO II- O IDOSO	22
2.1 A terceira idade e seus desafios.....	22
2.1 O Estatuto do Idoso e o direito à saúde.....	24
CAPÍTULO III EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE GARANTIDO AO IDOSO	29
3.1 Eficácia social e eficácia jurídica.....	29
3.2 A judicialização do direito á saúde do idoso.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

O Estatuto do Idoso nos dá a certeza de que todos os direitos inerentes eles devem ser reconhecidos e verdadeiramente respeitados. Tem-se a proteção integral aos idosos, criando direitos especiais e específicos a eles, considerando a condição peculiar em que se encontram.

Nesse intento, o que é concernente à saúde do idoso deverá ser respeitado em sua integralidade, cumprindo aquilo que o Estatuto do Idoso expõe, indo além do acesso médico hospitalar, mas todos os demais serviços que auxiliem a manutenção de sua saúde, como o combate às doenças típicas da velhice.

Como é sabido, quando o tem em saúde em nosso país vemos diversas situações dificultosas, fazendo com que os idosos se tornem vítimas diárias desse sistema falido. É comum verificar nos estabelecimentos hospitalares de todo país grande número de idosos sem o atendimento adequado a que tem direito, visto que além da grande quantidade de pessoas, não tem acesso ao profissional especializado.

Logo, questiona-se: A determinação constitucional contida no artigo 196 que garante a promoção a saúde do idoso, bem como o contido no artigo 3º Estatuto do Idoso que resguarda o acesso aos meios com absoluta prioridade garantem a afirmação ao efetivo direito à saúde enquanto direito fundamental?

Embora a Constituição da República, em seus artigos 196 e 230, bem como o Estatuto do Idoso no artigo 3º, expressem a obrigação da família, sociedade e Estado, em garantir com absoluta prioridade o acesso do idoso à saúde, essa não tem sido a realidade de nosso cotidiano. Nota-se, portanto, que a lei em questão não vem produzindo a eficácia desejada.

Desse modo, é imprescindível o investimento de políticas públicas nesse sentido, a fim de viabilizar tal promoção sem que haja o processo de judicialização para a promoção da saúde do idoso de modo eficaz.

O direito à saúde é garantido a todos os cidadãos e é dever do Estado fazer com que todos tenham acesso a ele. Nesse contexto, encontram-se incluídos os idosos, pois, a existência de leis nesse sentido não é garantia da promoção da saúde ao idoso

O Estado tem a obrigação de promover a saúde do idoso com eficácia. Nesse sentido, Kildare de Carvalho, marco teórico da pesquisa:

O envelhecimento é reconhecido como um direito social protegido pela garantia (entre outras formas de prioridade à terceira idade) preferencial de atendimento imediato e individualizado na capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços de informação de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.¹

Nesse contexto o objetivo principal dessa monografia consiste em analisar a garantia do acesso à saúde dos idosos com absoluta prioridade. Pretende-se, ainda, analisar a determinação constitucional concernente à saúde do idoso; averiguar o que o Estatuto do idoso determina em relação à saúde do menor; fazer uma abordagem crítica da postura dos estabelecimentos hospitalares diante do atendimento aos idosos; estabelecer a diferença entre a eficácia social e jurídica; explanar sobre o mandado de segurança, instrumento utilizado na promoção da judicialização da saúde do idoso em nosso país; mostrar como estão as jurisprudências nesse sentido; levantar bibliografia sobre o assunto; pesquisar legislação.

A monografia a ser elaborada conterá três capítulos. O primeiro capítulo “O Direito à Saúde” serão abordadas questões referente ao Direito à Saúde de um modo geral, desde a geração de direitos até a Constituição de 1988 e o contido no Estatuto do Idoso

O segundo capítulo “Do idoso”, as garantias dadas ao idoso serão trazidas a tona demonstrando os cuidados do legislador com esses indivíduos

Finalizando a monografia o terceiro capítulo será “Eficácia do Direito à saúde garantida ao idoso”, aqui será realizada uma análise crítica nesse sentido, diferenciando eficácia social e jurídica.

¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.1274.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O legislador constitucional de 1988 inseriu em seu texto, no artigo 196 o direito à saúde, que é estendido a todos os cidadãos brasileiros:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.²

Em comentário ao dispositivo citado as considerações de Kildare Gonçalves Carvalho são pertinentes:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas na medicina curativa, mas, também na medicina preventiva, dependente por sua vez de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciado pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradias e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras.³

Desse modo, cabe ao Estado promover de modo eficaz não apenas medicina curativa, mas a determinação legal é que também seja garantido a todos os cidadãos a medicina preventiva.

Quando o dispositivo faz menção a “todos os cidadãos” estão incluídos nesse rol os idosos, os quais são voltados para necessidades especiais que são peculiares à idade.

Em conformidade com o disposto no artigo 1º do Estatuto do Idoso considera-se idosa toda pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos⁴, o que demanda cuidados especiais, embora não restam dúvidas sobre a melhora da qualidade de vida obtida nos últimos anos.

² BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.60.

³ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.1274.

⁴ BRASIL, ESTATUTO DO IDOSO. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.999.

Nesse sentido, reconhecendo essa condição de fragilidade e indo ao encontro das necessidades especiais dos idosos, o legislador constitucional foi além, visto que não apenas garantiu-lhes o direito à saúde, mas determinou que todos, família, sociedade e Estado tem o dever de amparar os idosos: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”⁵

Já o conceito de eficácia deve-se desdobrar em eficácia jurídica e eficácia social. Pedro Lenza auxilia nosso entendimento com o que se segue:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. **Eficácia jurídica**, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.⁶

Assim, a dignidade da pessoa humana se traduz como forma de concretizar a igualdade entre as relações humanas, como preleciona Eder Marques de Azevedo:

A noção de dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundamentador da República brasileira é constituída pela recepção de vários conteúdos de direitos fundamentais. [...] 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 [...] requer a participação do Estado juiz em oferecer suporte ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. Só subsiste dignidade, portanto, quando houver garantia e efetividade dos próprios direitos fundamentais, observada a igualdade das relações humanas.⁷

Como visto, o direito à saúde é garantido a todos os cidadãos e é dever do Estado fazer com que todos tenham acesso a ele. Nesse contexto encontram-se incluídos os idosos, pois, a existência de leis nesse sentido não é garantia da promoção da saúde ao idoso de forma eficaz.

⁵ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.68.

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.135.

⁷ AZEVEDO, Eder Marques de. *A aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia das Faculdades Integradas de Caratinga- v. 1. jan./dez. 2009 p.38.

CAPÍTULO I- O DIREITO À SAÚDE

Antes de falarmos sobre o direito à saúde em si, é de extrema relevância explanar sobre a geração dos direitos, ou seja, como eles surgiram e fixaram em nosso ordenamento jurídico.

1.1 A geração de direitos

Diversas são as preocupações do homem com o futuro da humanidade, ou seja, do próprio homem, assuntos que contornam em torno do aumento populacional incontrolado, degradação do meio ambiente e armamento, dentre outros.

Nesse sentido o direito se alia a tais preocupações buscando englobar as questões de cunho social.

Denota-se que Norberto Bobbio, busca demonstrar que o problema não é recente e que desde o início da década moderna, tem-se a preocupação com os direitos inerentes ao homem voltados as questões sociais.

O problema, bem entendido, não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais [...] Mas também é verdade que somente depois da segunda guerra mundial é que o problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela- pela primeira vez na história- todos os povos.⁸

Resta evidenciado que os progressos técnicos e científicos pelos quais a sociedade passou nas últimas décadas, outra questão a ser observada dizem respeito ao progresso moral, no qual encontra dificuldade de enfrentamento de acordo com o autor.

Ainda que todos estivéssemos de acordo sobre o modo de entender a moral, ninguém até agora encontrou indicadores para medir o progresso da moral de uma nação, ou mesmo de toda a humanidade, tão claros quanto o

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.49.

são os indicadores que servem para medir o progresso científico e técnico. [...] O ser humano devido sua consciência moral, é aviado ao caminho do “bem (ou, pelo menos, para a correção limitação e superação do mal), que são uma característica essencial do mundo humano”⁹

Diante da necessidade de regras de conduta para a convivência em sociedade, vê-se o liame entre as mesmas e a moral. Com isso, o indivíduo se porta com imposições pessoais que posteriormente influenciarão toda a sociedade. Logo, a atitude do ser humano se perfaz “ [...] impondo a si mesmo regras de conduta, passando posteriormente influenciar a sociedade, dando-se então, a passagem do código dos deveres para o código dos direitos”¹⁰

O Estado democrático de direito o indivíduo passa a obter não apenas direitos privados, mas também públicos [...], ou seja, tantos os individuais como os sociais, sendo estes “mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade”¹¹

Dessa forma, na atualidade o direito deve abarcar toda a sociedade como um todo, protegendo tanto os direitos individuais, quanto os sociais, considerando as questões morais e éticas.

A Constituição da República de 1988, em seu Título II direitos e garantias fundamentais. Atualmente, a doutrina os subdivide baseados na ordem cronológica em que passaram a ser reconhecidos como de primeira, segunda e terceira geração.

Para Alexandre de Moraes pode ser assim entendido:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹²

Tal distinção é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direito surgem. Sobressalte-se que quando se

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.51

¹⁰, idem, p.55.

¹¹ Ibidem. p.61.

¹² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.26

fala em sucessão de gerações, não implica na afirmativa de que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados em outro surgidos posteriormente.

Para Gilmar Mendes:

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardam hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social[...].¹³

Logo, os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles que abarcam os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, como as liberdades públicas.

Já os de segunda geração, referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século. Por fim, os de terceira geração, igualmente protegidos pela Constituição da República, são que se relacionam à solidariedade ou fraternidade.

Alexandre de Moraes sobre os direitos de terceira geração preleciona: “[...] englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, [...]”¹⁴

Existem ainda os chamados direitos de quarta geração, que podem ser compreendidos como aqueles seriam aqueles que surgiram diante do adiantado desenvolvimento tecnológico da humanidade.

Tem-se nos direitos de quarta geração o resultado da globalização dos direitos fundamentais, buscando universalizá-los de forma institucional. A título de exemplo tem-se o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados.

Para Paulo Bonavides “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo político. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro [...]”¹⁵

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.268.

¹⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.26 p.27.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* 27 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p.590.

Prossegue o autor na afirmativa de que os direitos de quarta geração voltam-se para a concretização da democracia.

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia e da comunicação, e legitimamente sustentável graças às informações corretas e às aberturas pluralistas do sistema.¹⁶

Já a quinta geração de direito, também trazida por Paulo Bonavides está voltada para o direito à paz juridicamente reconhecida, buscando a comunhão social.

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro de juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito de quinta geração.¹⁷

O direito à saúde enquadra-se nos direitos de segunda geração. Desse modo ele faz parte de nosso ordenamento jurídico sendo garantido a todos os cidadãos brasileiros.

1.2 O Direito à saúde na Constituição de 1988

A Constituição da República de 1988 consagrou texto, no artigo 196 o direito à saúde, que é estendido a todos os cidadãos brasileiros:

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

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* 27 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p.590.

¹⁷ *Ibidem*. p.602/603.

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁸

Em comento ao dispositivo citado as considerações de Kildare Gonçalves Carvalho são pertinentes:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas na medicina curativa, mas, também na medicina preventiva, dependente por sua vez de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciado pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradias e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras.¹⁹

Para que o direito à saúde fosse estendido a todos os cidadãos foi criado do Sistema Único de Saúde – SUS- sistema esse que buscou viabilizar o atendimento a todos sem qualquer distinção.

Nesse aspecto as considerações de José Afonso da Silva tornam-se pertinentes:

O Sistema Único de Saúde integrado numa rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre o seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito À promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.²⁰

Segundo o artigo 198 da Constituição da República de 1988, as ações e os serviços de saúde devem ser organizados por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com as diretrizes de atendimento integral, descentralização e participação comunitária.

Novamente José Afonso da Silva nos auxilia com suas considerações:

O Sistema Único de Saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera do governo, do

¹⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.60.

¹⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.1274.

²⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p.833.

atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma o seu caráter social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. É também por meio dele que o Poder Público desenvolve uma série de atividades de controle de substâncias de interesse para a saúde e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias. O Sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes.²¹

A descentralização da saúde é uma questão que influencia os Municípios de forma geral, visto que esta é um processo de transferência de responsabilidades do governo Federal para o Estado e deste para os municípios.

O artigo 9º da Lei 8.08/90 preceitua que a direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição da República de 1988, sendo exercida em cada esfera de governo por meio dos seguintes órgãos: “I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.”

22

Para Diógenes Gasparini na Administração Pública ocorre a execução centralizada, conforme prescreve a seguir:

Diz-se que a prestação ou a execução dos serviços públicos é centralizada quando a atividade, sobre integrar o aparelho administrativo do Estado, é realizado por meios dos órgãos que o compõem, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade. O serviço vai da Administração Pública que o executa e explora, ao administrado, seu beneficiário último, sem passar por interposta pessoa.²³

Percebe-se que a Constituição da República de 1988 alterou significativamente a posição dos Municípios na Federação, passando a compor a estrutura federativa. Ela assim prescreve em dois momentos; no artigo 1º no qual declara que a República Federativa do Brasil “é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”²⁴e, no artigo 18 que estatui que “a

²¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. 833.

²² BRASIL. Lei Federal 8.080/1990. Brasília: Ministério da Saúde, 1990. Acesso em 15 jun. 2012.

²³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15.ed. atualizada por Fabrício Motta., São Paulo: Saraiva, 2010, p.366.

²⁴ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.61

organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”²⁵.

Sendo assim, fica claro que o sistema constitucional elevou os Municípios à categoria de entidades autônomas, isto é, dotadas de organização e governo próprios e competências exclusivas, o que demonstra que o Brasil adquiriu peculiaridades próprias, em que se vislumbram três esferas governamentais: União (governo federal), Estados Federados (governos Estaduais) e a dos Municípios (governos municipais), além da autonomia do Distrito Federal.

Importante nesse momento diferenciar descentralização política de descentralização administrativa

Segundo Di Pietro:

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhe empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais.²⁶

Sendo assim, na descentralização administrativa, o Estado, em certos momentos, cria pessoas para auxiliá-lo em suas atribuições e, em outros transfere determinadas atividades para particulares.

A descentralização conforme explicitado se processa através da distribuição de competência de uma pessoa jurídica ou física a outra, através da descentralização se transfere o poder decisório para outra pessoa criada para esse fim, já a desconcentração se processa no âmbito interno, através da distribuição de competência dentro de uma mesma pessoa jurídica, no intuito de tornar mais eficiente sua prestação de serviços, ou seja, ocorre sempre dentro dos órgãos da Administração Direta. Na desconcentração há a manutenção dos vínculos de hierarquia entre os órgãos envolvidos.

Em conformidade com os ensinamentos de Odete Medauar: “Existe desconcentração quando as atividades são distribuídas de um centro para setores

²⁵ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 60.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.381.

periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores, dentro da mesma entidade ou da mesma pessoa jurídica...”²⁷. Sendo assim, pode-se deduzir que a desconcentração só ocorre na Administração Direta e nela não se perde o vínculo de subordinação.

Fornecendo-nos um exemplo de como ocorre a desconcentração, Marcelo Alexandrino demonstra que:

Exemplificando, ocorre a desconcentração no âmbito da Administração Direta federal quando a União distribui competências entre diversos órgãos de sua própria estrutura, tais quais os ministérios (Ministério da Educação, Ministério dos Transportes, etc.); ou quando uma autarquia, por exemplo, uma universidade pública, estabelece uma divisão interna de funções, criando na sua própria estrutura, diversos departamentos (departamento de graduação, departamento de pós-graduação, departamento de Direito, departamento de Filosofia, departamento de Economia) etc.²⁸

A desconcentração é uma forma de desobstrução do poder central, como forma de facilitar e racionalizar o desempenho de suas atribuições, sendo assim, cria-se uma série de órgãos auxiliares ao Executivo, visando o melhor andamento da gestão pública. O que não se pode perder de vista na desconcentração é que sempre se manterá o vínculo de hierarquia e subordinação.

Feitas as considerações sobre descentralização e desconcentração administrativa, torna-se imprescindível ressaltar que o Estado vem por meio da descentralização efetivar a promoção ao direito à saúde.

A descentralização da saúde é uma questão que influencia os Municípios de forma geral, visto que se traduz num processo de transferência de responsabilidades do governo Federal para o Estado e deste para os municípios.

Ou seja, a descentralização não se resume na transferência de responsabilidades, mas também contempla a participação da população, sendo este o maior desafio encontrado no momento, pois consiste na mobilização da sociedade civil para participar das ações referentes à política de saúde. O primeiro passo do

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3 ed., rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.53.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16 ed., São Paulo: Método. 2008. p. 26.

processo é o da busca por movimentar as instituições sociais para que cada uma escolha um membro para representá-lo no conselho municipal de saúde.

O sistema descentralizado e participativo busca delegar poder aos Municípios e ao mesmo tempo divide esta responsabilidade com a sociedade civil. “A descentralização representa não só um rearranjo político, mas possibilidade de aprofundamento da democracia e da participação.”²⁹

²⁹ HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>. Acesso em: 15 jun2012.

CAPÍTULO II- O IDOSO

2.1 A terceira idade e seus desafios

É certo que a palavra idoso, tem uma certa conotação pejorativa, que impõe um determinado censo de desprestígio aquelas pessoas com a idade avançada. “Daí haver uma série de expressões para identificar as pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior, etc”.³⁰

Mas afinal qual é a idade que a pessoa deve atingir para ser considerada como idosa? O Estatuto do Idoso, em seu artigo 1º define como idosa a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, como visto nas considerações conceituais dessa pesquisa.

Não se deve confundir envelhecimento, que por sinal é um direito personalíssimo, esculpido no artigo 8º da Lei 10.741/03 com senilidade. Muito ao contrário, o envelhecimento pressupõe amadurecimento e um melhor entendimento das questões inerentes a vivência do ser humano.

A segurança a velhice, o direito a envelhecer, encontra-se garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Da mesma forma a Constituição da República, que tem por fundamento o Princípio da pessoa humana, garante a todos a total proteção estatal. Temos uma Constituição cidadã, democrática e igualitária e expressamente proíbe qualquer discriminação em razão da idade.

Ela assegura proteção especial ao idoso, em seu artigo 230, atribuindo a família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir que ele participe de forma ativa na comunidade em que vive, defendendo sua dignidade e seu bem estar. “Não se refere tal preceito apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas dos mais velhos”.³¹

O artigo 4º da Lei 10.741/03 proíbe toda e qualquer discriminação ao idoso: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência,

³⁰ DIAS, Maria Berenice, *MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS*- 6 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.412.

³¹ *Ibidem*, p.414.

crueledade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”³²

Essa proibição está diretamente relacionada à preservação da igualdade material, consagrada na Constituição da República.

Ter mais de sessenta anos não permite que seja justificativa para qualquer tipo de discriminação.

Roberta Papen da Silva nesse sentido expressa que:

Sinala-se que a idade não é critério de discriminação, muito menos condição para atuação dos atos da vida, pois não torna um ser humano menos cidadão que o outro. Contudo, apesar de ser dos menos precisos, o critério cronológico é um dos mais utilizados para estabelecer o que é ser idoso, até para delimitar a população de um determinado estudo, ou para análise epidemiológica, ou com propósitos administrativos e legais voltados para desenho de políticas públicas e para o planejamento ou oferta de serviços. A experiência galgada pela vivência não se aprende e sim, se conquista. Desta forma, assegurar a dignidade aos idosos é fundamental para que seja alcançado o fim social almejado, qual seja um verdadeiro Estado Democrático de Direito.³³

Denota-se então que a função precípua do Estatuto é funcionar como uma carta de direitos, dando forças ao Poder Público para que se alcance um melhor tratamento das pessoas da chamada melhor idade, com o respeito à sua dignidade, galgando um lugar de respeito, buscando dar a eles a posição de cidadão efetivo na sociedade, a través de uma participação ativa.

Políticas públicas visando amparar os idosos devem ser implantadas, com programas de apoio para garantir uma melhor qualidade de vida.

Não é simplesmente cumprir a revelia o que a lei determina, atenção, carinho, desvelo, cuidado dentre outros sentimentos devem ser dispensados aos idosos sempre.

A terceira idade não deve ser encarada como um problema e sim como um espaço muito característico de nossas vidas, que deve ser entendido com objetividade. Não resta dúvida que a sociedade deve estar sensibilizada com seu processo de envelhecimento, que afinal não é próprio só de países ricos e sim um fenômeno universal. Ao criar planos e viabilizar políticas que cuidem da infância, da mulher, etc, a sociedade deve também destacar

³² BRASIL, ESTATUTO DO IDOSO. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.999.

³³ SILVA, Roberta Pappen da. *Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades?*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7723>>. Acesso em 20 out 2012.

seus cuidados com a terceira idade. A doença, a fragilidade, a inatividade, a dependência e a solidão são imagens que devem ser afastadas da terceira idade. A terceira idade deve ser considerada uma fase feliz da existência, um momento de transmissão de experiência e sabedoria e o envelhecimento deve ocorrer com dignidade. Para que tal ocorra toda sociedade deve participar ativamente.³⁴

Sabemos que atualmente o idoso tem participação ativa na sociedade, sua atuação no mercado de trabalho é considerável, é muito comum termos aposentados que continuam a trabalhar e com isso são arrimo de família em muitos lares.

A participação cultural deve ser destacada, pois com toda a sua vivência muito tem contribuído para a juventude através de seus ensinamentos valiosos.

2.1 O Estatuto do Idoso e o direito à saúde

O Estatuto do Idoso foi uma grande conquista para aqueles que atingiram a melhor idade, lhes garantindo uma série permanente de direitos.

Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso. Não se trata de um conjunto de regras de caráter pragmático, pois normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, conforme preceitua art. 5º §1º CF. (DIAS. 2007: p.413)

O Estatuto em seu artigo 3º indica aqueles que são obrigados a dar proteção efetiva aos idosos. “Somente cabe questionar se a comunidade, a sociedade, o poder público e até mesmo a família estão prontos para assumir essa responsabilidade”.

Nota-se que o Estatuto do Idoso veio a lume provocando transformações, em defesa da cidadania, por parte de setores organizados da sociedade. Entretanto, há que se ressaltar não é, ainda, cumprido plenamente, apesar de todo o avanço que ele representa e das efetivas mudanças já proporcionadas, considerando que há muito por se fazer, os fundamentos exigem mudança de mentalidade para a sua concretização, já que alteram antigas relações de poder.

³⁴ AZEVEDO, João Roberto de. *Como mudar o comportamento frente ao idoso*. Disponível no site <http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3053&ReturnCatID=1770>. Acesso em 15 set. 2012.

Conforme expressa Kildare de Carvalho

O idoso deve ser amparado pelo Estado, pela família e pela sociedade, tendo assegurada sua participação na comunidade, com dignidade, bem estar e garantia do direito à vida. O princípio da solidariedade vem afirmando pelo Estatuto, ao obrigar a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público a assegurarem a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária.³⁵

Atentando para a determinação constitucional, o Estatuto do Idoso traz elencado em seu artigo 3º, dentre outros o direito à saúde ao 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.³⁶

O parágrafo único do dispositivo estabelece como se dará a prioridade nesses casos:

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;
- VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.³⁷

Sobre a importância do Estatuto do Idoso Marcelo Alexandrino aduz o que se segue:

³⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.1274.

³⁶ BRASIL, ESTATUTO DO IDOSO. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.999.

³⁷ Ibidem, p.999.

A regulamentação das regras constitucionais de proteção ao idoso foi operada pela Lei 10.741/2003, denominada “Estatuto do Idoso”. A rigor, não se trata de mera regulamentação. Essa lei criou diversos direitos exercitáveis pelos idosos, conferindo efetividade nessa área, ao valor central de nossa constituição, a dignidade da pessoa humana.³⁸

O Estatuto do Idoso prescreve ainda em seu artigo 15 atenção integral ao direito à saúde:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

I – cadastramento da população idosa em base territorial;

II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;

III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;

IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;

V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravamento da saúde.³⁹

Em comentário tem-se as considerações de Kildare de Carvalho:

Estabelece ainda o Estatuto que a prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de cadastramento da população idosa com base no art. 15 do Estatuto do Idoso[...] constitui ainda encargo do Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos, especialmente de uso continuado dentre outros recursos que visem a manutenção da sua saúde.⁴⁰

Via de regra, nenhum idoso poderia ser privado de seu direito em desfrutar dos serviços referentes à manutenção e cuidado com sua saúde, entretanto não é o

³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008, p.421.

³⁹ BRASIL, ESTATUTO DO IDOSO. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.999.

⁴⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.1299.

que se observa na realidade atual, pois nem todas têm acesso aos tratamentos de saúde, quiçá com prioridade.

Com isso, tem-se a ideia de que todos os direitos inerentes aos idosos devam ser reconhecidos e verdadeiramente respeitados. A proteção integral aos idosos fornece direitos especiais e específicos a eles, considerando a condição de desenvolvimento em que se encontram.

O processo para a efetivação do Estatuto vem provocando a manifestação de posições adversas a ele, por parte de diferentes setores, elas podem ser notadas nos vários meios de comunicação e até mesmo entre aqueles intimamente ligados aos idosos.

Posições que, quando não inviabilizam, prejudicam as ações de atenção à população idosa na perspectiva do direito, ainda hoje o Estatuto não é suficientemente conhecido pela sociedade, em virtude da precária divulgação e por haver poucos debates a respeito.

Por que negar o Estatuto se isto equivale a negar o direito que ele expressa, bem como a sua contribuição para a construção de um país mais justo a partir da atenção aos idosos.

Na verdade, a sociedade brasileira possui forte traço autoritário-conservador, determinada concepção de homem e de mundo que gera correspondente concepção de direito, normas de relacionamento e nesse enfoque, os homens são considerados como naturalmente desiguais e o direito “naturalmente” se concretiza de forma desigual, qualitativa e quantitativamente, o predomínio dessa visão tem resultado na manutenção de privilégios da minoria e na reprodução de profunda desigualdade social.

Assim, um fato de impedimento à consecução plena do Estatuto seria o próprio direito instituído por ele, exemplificando, como uma lei de garantia de direitos, cujo conteúdo avança para além das frágeis convicções a respeito da democracia, da igualdade e dos direitos constantemente desrespeitados e banalizados, pode ser executada por uma sociedade imbuída de valores conservadores como a brasileira?

O Estatuto do Idoso, enquanto mecanismo de garantia de direitos, ao ser aplicado não está isento de sofrer tais contradições, soma-se ao gravante de ser operacionalizado por essa mesma sociedade conservadora, através de seus organismos de prestação de serviços.

Para parcela restrita da população a garantia dos direitos, especialmente os sociais, pode ser obtida através dos serviços oferecidos pela rede privada, os demais, sem essa possibilidade, enfrentam os riscos sociais individualmente ou recorrem à assistência social pública, um direito constitucional.

CAPÍTULO III EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE GARANTIDO AO IDOSO

3.1 Eficácia social e eficácia jurídica

Quando se tem uma lei espera-se que ela seja revestida de eficácia para que produza os efeitos desejados por toda a sociedade.

A norma jurídica tem obrigação de ser "eficaz"; a norma jurídica já não vale só por si mesma, mas unicamente na medida em que concorre para a realização de fins mais vastos que a ultrapassam, para a concretização de "programas" ao serviço dos quais se encontra; por fim, a norma jurídica não poderá ser apreciada isoladamente, mas em função da sua inserção em "seqüências de acção" de que é apenas um elemento. Toda a norma se encontra integrada num conjunto mais vasto, formado por uma constelação de decisões que encaixam umas nas outras e estão ligadas entre si.⁴¹

Nesse ponto torna-se indispensável fazer a diferenciação do que vem a ser a eficácia jurídica e eficácia social. Pedro Lenza auxilia nosso entendimento com o que se segue:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. **Eficácia jurídica**, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.⁴²

O Direito não se preocupa que uma norma possua somente a eficácia jurídica, ou seja, que tenha competência formal para causar efeitos, mas que ela tenha eficácia social, isto é, que os efeitos sejam verdadeiramente sentidos pela sociedade.

⁴¹ VIEIRA, Douglas dos Santos. *A eficácia social da norma constitucional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14393>>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁴² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.135.

Nesses termos, Luis Roberto Barroso, preleciona

Entende que a efetividade se concretiza no desempenho capaz de traduzir a função social do Direito, qual seja, a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”, e, a “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.⁴³

Por sua vez, Teresa Arruda Alvim Wambier, também, enfatiza a necessidade da norma possuir eficácia social.

[...] o direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos “formais”, isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real. Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional.⁴⁴

No mesmo sentido do texto, João Batista Lopes, aduz o que se segue:

É inquestionável a importância do resultado do processo para se chegar ao conceito de efetividade, mas ele não é suficiente para fornecer o conceito e elastério desta última. Há que examinar a efetividade a partir do princípio do devido processo legal, do modelo constitucional de processo, de modo que só se poderá considerar efetivo o processo em que forem observadas as garantias constitucionais.⁴⁵

Assim sendo é de suma importância atentar para a necessidade de qualificar as normas não somente de eficácia jurídica, mas também de eficácia social.

A discordância das normas com a realidade social, muito evidente na atualidade, acarreta uma descaracterização da Constituição, tornando-a um simples texto, sem qualquer respaldo na vida diária das pessoas.

Deste modo, para a efetividade social das normas, é fundamental o compromisso de variados setores da sociedade, seja dos governos movendo

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo*. São Paulo: RT, 2003, p. 63.

⁴⁵ LOPES, João Batista. *Função Social e Efetividade do Processo Civil*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 13, p. 29-34, abril. 2004.

políticas públicas que condicionem o exercício da cidadania, seja através do desenvolvimento da consciência pública quanto a importância da imprescindibilidade deste feito. Lado outro, poderá comprometer a consolidação do Estado Democrático de Direito.

3.2 A judicialização do direito à saúde do idoso

Quando se fala em respeito aos idosos. Trata-se da necessidade de envelhecer com dignidade, como preleciona Kildare de Carvalho, marco teórico da pesquisa:

O envelhecimento é reconhecido como um direito social protegido pela garantia (entre outras formas de prioridade à terceira idade) preferencial de atendimento imediato e individualizado na capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços de informação de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.⁴⁶

Nesse intento, o que é concernente à saúde dos idosos deverá ser respeitado em sua íntegra, cumprindo aquilo que a Constituição da República e o Estatuto do Idoso dispõem indo além do acesso médico hospitalar, mas todos os demais serviços que auxiliem a manutenção de sua saúde, como o combate às doenças típicas da velhice.

Infelizmente, a saúde de todo o país encontra-se revestida de problema, fazendo com que os idosos se tornem vítimas diárias desse sistema. É comum verificar nos estabelecimentos hospitalares de todo país grande número de idoso sem o atendimento adequado a que tem direito, visto que além da grande quantidade de pessoas, não tem acesso ao profissional especializado.

Os hospitais não tem tido condições de atender à demanda referente aos idosos, em muitos casos são atendidos por profissionais que não são adequados a

⁴⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.1274.

prestar tal atendimento. Percebe-se aí a falta de interesse desses estabelecimentos, pois a grande maioria da população é usuária do Sistema Único de Saúde.

Diante dos problemas apresentados tem cabido ao Judiciário exercer seu papel e garantir esse acesso à saúde através das decisões dos mandados de segurança impetrados, fazendo com que o acesso à saúde seja judicializado.

Diversas são as decisões do Tribunais nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA com pedido liminar Medicamentos Portador de insuficiência renal Fornecimento de fármaco não padronizado pelo SUS Art. 196 da Constituição Federal O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna, ainda mais tratando-se de interesse de idoso, albergado na regra do artigo 15, § 2º, da LF nº 10.741/03 Sentença mantida Reexame necessário improvido.⁴⁷

Diante disso resta demonstrado a necessidade de obter, por vias judiciais aquilo que o ordenamento jurídico garante aos todos os idosos. Vê-se, portanto que a o dispositivo do Estatuto do Idoso mencionado é ineficaz.

Os remédios constitucionais são garantias constitucionais, isto é, medidas utilizadas para tornar efetivo o exercício dos direitos, a ação popular é o meio constitucional em que qualquer cidadão poderá dispor para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais ou lesivos ao patrimônio federal, estadual ou municipal.

O mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista, etc.

Excluindo-se a proteção de direito inerentes à liberdade de locomoção e ao acesso ou retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, através do mandado de segurança busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, geradores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, entende-se por natureza jurídica: “trata-se da garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é

⁴⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo *Mandado de Segurança* 0004597-53.2011.8.26.0575 Relator(a): Luiz Sérgio Fernandes de Souza Data do julgamento: 21/05/2012 Data de registro: 21/05/2012, Acesso em 22 mai. 2012

garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo.⁴⁸

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré constituída, sem a necessidade de dilação probatória, o cabimento do mandado de segurança dá-se quando perpetuada a ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no Poder Público.

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitada no momento da impetração.⁴⁹

O legitimado ativo, sujeito ativo, impetrante é o detentor de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, podendo ser toda pessoa física, jurídica, órgãos públicos despersonalizados, porém com capacidade processual, universalidades de bens e direitos, agentes políticos e o Ministério Público.

Já o legitimado passivo, sujeito, impetrado é a autoridade coatora responsável pela ilegalidade ou abuso do poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas atribuições do Poder Público.

Como explica Alexandre de Moraes, a competência para processar e julgar o mandado de segurança;

A competência para processar e julgar o mandado de segurança é definida em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, comissiva ou omissiva, que possa resultar em lesão ao direito subjetivo da parte e não será alterada pela posterior elevação funcional da mesma.⁵⁰

O direito à saúde reconhecido como direito líquido e certo dos idosos permite a impetração de mandado de segurança para que seja garantido. Tal direito encontra-se relacionado à garantia da continuação da sua personalidade, sendo

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 147.

⁴⁹ LENZA, Pedro *Direito Constitucional Esquematizado*. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 733.

⁵⁰ *Ibidem*. p.154.

este um direito humano, ao lado de outros direitos desta natureza que se liga com a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, os artigos 196 e 230 da Constituição da República não estão revestidos de eficácia social, deixando os idosos sem receber o tratamento adequado que lhes é garantido por lei. A garantia da eficácia social da lei em questão irá atender aos preceitos da dignidade da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana se traduz como forma de concretizar a igualdade entre as relações humanas, como preleciona Eder Marques de Azevedo:

Trata-se de verdadeiro descaso para com esses idosos, pois diante de seu estado físico, deveriam ter o tratamento adequado e priorizado conforme determinado por lei considerando o fato da falta do mesmo vir a causar prejuízos em sua saúde.⁵¹

Desse modo, é imprescindível o investimento de políticas públicas nesse sentido, a fim de viabilizar tal promoção sem que haja o processo de judicialização para a promoção da saúde do idoso de modo eficaz.

Confirmando esse entendimento tem-se as considerações de Paulo Bonavides:

Enquanto perdurar esse entendimento da impossibilidade de fixar-lhes limites o determinar até onde o Estado pode e deve ser o distribuidor justo de bens materiais, os direitos sociais terão dificuldades de fazer-se “acionáveis” ou “justificáveis” padecendo, na praxe graves falhas na aplicação, diante do comportamento omissivo do Estado. Em virtude disso, a estabilidade social, longe de converter-se em estabilidade jurídica, seria primeiro a expressão de uma política social imprevisível ou cambiante, não instrumento corretivo das desigualdades sociais.⁵²

Como aludido, o direito à saúde é fruto do Estado Social de Direito o qual estabelece uma série de tarefas ao Estado para com a população, sendo, portanto, uma norma programática, ou seja, depende de uma série de ações, no caso da saúde, leis infraconstitucionais para operacionalizá-la, não sendo, portanto, auto-aplicáveis.

⁵¹ AZEVEDO, Eder Marques de. *A aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia das Faculdades Integradas de Caratinga- v. 1. jan./dez. 2009.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.185.

Segundo o artigo 198 da Constituição da República de 1988, as ações e os serviços de saúde devem ser organizados por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com as diretrizes de atendimento integral, descentralização e participação comunitária.

Como visto, o direito à saúde é garantido a todos os cidadãos e é dever do Estado fazer com que todos tenham acesso a ele. Nesse contexto encontram-se incluídos os idosos, pois, a existência de leis nesse sentido não é garantia da promoção da saúde ao idoso de forma eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, o direito deve abarcar toda a sociedade como um todo, protegendo tanto os direitos individuais, quanto os sociais. Tal distinção é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direito surgem. Sobressalte-se que quando se fala em sucessão de gerações, não implica na afirmativa de que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados em outros surgidos posteriormente.

É função do Estado atuar na promoção de modo eficaz não apenas medicina curativa, tendo em vista que a determinação legal barca essa garantia voltada a todos os cidadãos que é a medicina preventiva.

A Constituição da República em seu artigo 196 garante a todos os cidadãos o direito à saúde. Nesse ponto, quando o dispositivo faz menção a “todos os cidadãos” estão incluídos nesse rol os idosos, os quais são voltados para necessidades especiais que são peculiares à idade.

Tendo em vista que se deve reconhecer a condição de fragilidade, ainda que tenha participação ativa na sociedade, deve-se considerar as necessidades inerente à idade e indo ao encontro das necessidades especiais dos idosos, o legislador constitucional foi além, visto que não apenas garantiu-lhes o direito à saúde, mas determinou que todos, família, sociedade e Estado tem o dever de amparar os idosos.

Importante ressaltar que o legislador não facultou o fornecimento dos meios de promoção à saúde do idoso e sim como um dever ou obrigação.

Como visto, nenhum idoso poderia ser retirado de seu direito em desfrutar dos serviços referentes à manutenção e cuidado com sua saúde, contudo não é o que se observa no cotidiano dos hospitais ou mesmo em se tratando de medicina preventiva, pois nem todas têm acesso aos tratamentos de saúde, quiçá com prioridade.

Com isso, tem-se a ideia de que todos os direitos inerentes aos idosos devam ser reconhecidos e verdadeiramente respeitados. A proteção integral aos idosos aprovisiona direitos especiais e específicos a eles, considerando a condição de desenvolvimento em que se encontram. o reconhecimento desse direito se traduz na necessidade de envelhecer com dignidade

Com tais afirmativas, restou demonstrado que tudo o que envolve a promoção, cuidado e direito à saúde dos idosos deverá ser respeitado em sua íntegra, cumprindo aquilo que a Constituição da República e o Estatuto do Idoso dispõem indo além do acesso médico hospitalar, mas todos os demais serviços que auxiliem a manutenção de sua saúde, como o combate às doenças típicas da velhice.

Tendo em vista a existência dos problemas aqui demonstrados tem cabido ao Judiciário exercer seu papel e garantir esse acesso à saúde através das decisões dos mandados de segurança impetrados, fazendo com que o acesso à saúde seja judicializado

Os idosos estão tendo que recorrer as vias judiciais para conseguirem aquilo que o ordenamento jurídico já garante aos todos os idosos. Vê-se, deste modo que a o dispositivo do Estatuto do Idoso mencionado é ineficaz.

Verifica-se um verdadeiro descaso para com esses idosos, pois diante de seu estado físico, deveriam ter o tratamento apropriado e priorizado conforme determinado por lei considerando o fato da falta do mesmo vir a causar prejuízos em sua saúde.

Assim sendo, é mandatário o investimento de políticas públicas nesse sentido, para que possa tornar viável a promoção a esses direitos sem que haja o processo de judicialização para a promoção da saúde do idoso de modo eficaz.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16 ed., São Paulo: Método. 2008.

AZEVEDO, Eder Marques de. *A aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia das Faculdades Integradas de Caratinga- v. 1. jan./dez. 2009.

AZEVEDO, João Roberto de. *Como mudar o comportamento frente ao idoso*. Disponível no site <http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3053&ReturnCatID=1770>. Acesso em 15 set. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011.

BRASIL, ESTATUTO DO IDOSO. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011.

BRASIL. Lei Federal 8.080/1990. Brasília: Ministério da Saúde, 1990. Acesso em 15 jun. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo *Mandado de Segurança* 0004597-53.2011.8.26.0575 Relator(a): Luiz Sérgio Fernandes de Souza Data do julgamento: 21/05/2012 Data de registro: 21/05/2012, Acesso em 22 mai. 2012

CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional- Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIAS, Maria Berenice, *MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS*- 6 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15.ed. atualizada por Fabrício Motta., São Paulo: Saraiva, 2010.

HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=4839>. Acesso em: 15 jun 2012.

LENZA, Pedro *Direito Constitucional Esquematizado*. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 13, p. 29-34, abril. 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3 ed., rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

SLVA, Roberta Pappen da. *Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades?*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7723>. Acesso em 20 out 2012.

VIEIRA, Douglas dos Santos. *A eficácia social da norma constitucional*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14393>. Acesso em: 21 out. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo*. São Paulo: RT, 2003.