



O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA

*Ricardo Maurício Freire Soares**

*Gilson Alves de Santana Júnior***

RESUMO: O artigo propõe uma reflexão sobre o âmbito eficaz do princípio da dignidade da pessoa humana aplicado à pessoa idosa. Para tanto, adota como premissa a concepção de que o mencionado princípio constitui-se em código-diferença do ordenamento jurídico brasileiro, à luz da perspectiva neoconstitucionalista e dentro das premissas pós-positivistas de reaproximação entre o Direito, a moral e a ética, da dimensão normativa princípios jurídicos, do caráter principiológico dos direitos fundamentais e da necessidade de construção de métodos adequados de resolução de antinomias entre princípios jurídicos e entre direitos fundamentais. Finalmente, propõe uma reflexão sobre a necessidade e os fundamentos para a construção de políticas públicas inclusivas e sobre possíveis ameaças à concretização da dignidade da pessoa idosa, lançando um olhar sobre importantes dados estatísticos alusivos ao tema.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Dignidade da pessoa humana. Pessoa idosa. Políticas públicas inclusivas.

INTRODUÇÃO

* Pós-Doutor em Direito pela Università degli studi di Roma. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

** Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público. Professor do curso de graduação da Universidade do Estado da Bahia e do Centro Universitário Estácio-FIB da Bahia. Advogado. E-mail: gilson.sjr@gmail.com

O pensamento jurídico contemporâneo tem caminhado no sentido de buscar superar as limitações mostradas pelo jusnaturalismo e pelo positivismo jurídico, o primeiro no que tange à falta de segurança jurídica de seus preceitos fundamentais e o segundo no que se refere ao distanciamento entre Direito e ética, o que, ao cabo, propicia um distanciamento entre este e a própria ideia de justiça. Assim, o epicentro do pensamento pós-positivista, consolidado no movimento neoconstitucionalista erigido após o término da II Guerra Mundial, é a dignidade da pessoa humana.

Nessa nova perspectiva, reconhece-se o caráter normativo dos princípios jurídicos e o caráter principiológico dos direitos fundamentais, sendo todos estes derivados de um valor fundamental de todo o ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo o valor fundamental do ordenamento jurídico e possuindo um conteúdo semântico aberto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado e valorado atendendo às especificidades das situações concretas em que venha a projetar seus mandamentos. Assim, poderão ser extraídos desse princípios diferentes diretrizes e comandos, de modo que cada situação concreta guarde o máximo de proximidade com a ideia-força contida da dignidade humana.

Uma outra abordagem importante é a de que a concepção sistêmica do direito presuppõe a existência de um código-diferença, vale dizer, de algum mecanismo responsável pela introjeção, dentro do sistema, dos elementos integrantes do meio-ambiente em que este se insere. No caso do direito, à luz da concepção pós-positivista, este papel é desempenhado pelo princípio da dignidade humana, que atua como premissa interpretativa de qualquer ação pública ou privada ou de qualquer norma jurídica.

Assim, será juridicamente aceitável tudo aquilo que guardar correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, ou ao menos aquilo que o princípio não proíba, o que deve ser aplicado também na definição do tratamento jurídico a ser destinado às pessoas idosas, evitando privilégios indevidos, mas também e sobretudo, impedindo que estes não tenham sua situação de vulnerabilidade devidamente tutelada, o que em outro sentido implica em violação à dignidade humana.

Ante o exposto, o artigo propõe uma reflexão sobre a concretização da dignidade da pessoa idosa, enquanto manifestação específica do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando identificar até que ponto o ordenamento jurídico brasileiro abstratamente considerado e o Poder Público, através de políticas públicas inclusivas, vêm atendendo às demandas específicas de materialização e efetividade da dignidade da pessoa idosa.

Neste percurso, o artigo faz uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana dentro do movimento neoconstitucionalista e do pós-positivismo jurídico, bem como examina brevemente ações governamentais voltadas à concretização da dignidade da pessoa idosa e os possíveis obstáculos à sua máxima efetividade no Brasil contemporâneo.

1 A DIGNIDADE HUMANA COMO CÓDIGO-DIFERENÇA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O processo de afirmação histórica dos direitos humanos, embora tenha transcorrido de maneira eminentemente caótica e alógica, desde as mais remotas civilizações, como bem demonstra Fábio Konder Comparato¹, ganhou, após as revoluções liberais burguesas do século XVIII, um grau de concretude jamais visto, a partir da positivação de direitos humanos em tratados internacionais e nas constituições de quase todos os países do mundo.

De outro lado, o aprofundamento teórico acerca dos direitos humanos e fundamentais também teve por objetivo e mérito blindar este grupo de direitos contra todo tipo de ação individual ou de Estado que possa significar um enfraquecimento desta categoria de direitos.

Por conta disto é que a doutrina vem elencando diversos princípios aplicáveis aos direitos humanos e fundamentais, como por exemplo, a proibição do retrocesso, conforme leciona Canotilho²:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial

Pela mesma razão, os direitos fundamentais encontram-se elencados na CRFB/88 como cláusulas pétreas, inscritas no artigo 60, § 4º. A doutrina clássica refere-se com grande entusiasmo às características dos direitos fundamentais como sendo, entre outras, sua universalidade, imprescritibilidade, atemporalidade, indisponibilidade, conforme ensinam Uadi Lammêgo Bullos³ e André Ramos Tavares⁴.

Ainda com o intuito de fazer uma aproximação inicial do tema, a doutrina vem identificando a dignidade da pessoa humana como valor do qual decorrem todos os direitos humanos (e fundamentais), conforme afirma Ricardo Maurício Freire Soares⁵:

As diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta

1 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*.

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 321

3 BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 533

4 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 361-370.

5 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. 277 f. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 159.

plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Decerto, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Para prosseguir com este estudo, é imprescindível refletir sobre o papel dos direitos fundamentais como normas principiológicas fundantes do ordenamento jurídico e da dignidade da pessoa humana como código-fonte, de um ordenamento jurídico democrático, uma vez que isto servirá de base para o entendimento sobre a necessidade de afirmação e concretização constante da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e, especialmente, de sua aplicação às pessoas idosas.

Para tanto, a teoria sistêmica do direito de Niklas Luhmann⁶ permite vislumbrar o papel do código-diferença para um sistema e, no caso particular, o papel da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico brasileiro.

Nascida na biologia, no início do século XX, a teoria dos sistemas foi trazida para o campo da ciência política por David Easton⁷ em meados do século XX, com o intuito de fazer uma análise mais acurada de campos sociais, em relação ao ambiente em que se inserem.

Por sua vez, Luhmann propôs uma teoria sistêmica do Direito, trazendo para a análise desta ciência social as contribuições do campo da biologia e da ciência política.

Segundo o autor, o direito é um sistema que tem como função a estabilização de expectativas de condutas, ainda que na prática corra uma frustração destas. Assim, o direito se constitui em um sistema aberto, ou seja, que se comunica com o ambiente social, mas que é capaz de controlar a maneira como o ambiente influencia o sistema, através do monopólio do seu código-diferença. Daí porque o autor afirma que o Direito é um sistema autopoietico.

A concepção do Direito como sistema autopoietico pressupõe a assimetria entre complexidade do sistema jurídico e supercomplexidade do meio ambiente na sociedade moderna. Diante da complexidade não-estruturada ou indeterminada/indeterminável do meio ambiente, o Direito positivo construiria complexidade sistêmica estruturada ou determinada/determinável. Para isso, exige-se tanto a auto-referência consistente do sistema jurídico com base no código de diferença entre lícito e ilícito quanto a heterorreferência adequada ao correspondente meio ambiente, a tal ponto que o problema da justiça interna e externa é reduzido, respectivamente,

6 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

7 EASTON, David. **A System Analysis of Political Life**. New York: Wiley, 1965.

à questão desses dois modos de referência sistêmica⁸.

Todavia, embora o Direito possua um controle sobre seu código-diferença, ele depende do meio ambiente social para determinar quais condutas ou fatos sociais serão juridicamente tutelados, o que acaba dando ao direito um caráter operativamente fechado e cognitivamente aberto.

Deve-se considerar que a relação que o sistema jurídico mantém com o extrajurídico não é uma relação normativa, mas, nesse caso, uma relação “cognitiva” (“abertura cognitiva do sistema”), porque se trata de um processo auto-regulado (regulado do interior). Isso significa que, na comunicação, a informação ou os “estímulos” externos são transformados pelo sistema, ao longo do processo auto-referencial.⁹

Pois muito bem, a definição do critério de seleção – código-diferença – do sistema jurídico é um fato social, ou seja, há uma disputa social pela definição de qual deve ser o código-diferença do direito.

Em relação ao positivismo jurídico, é possível afirmar que o código-diferença era o lícito/ilícito, o que implica dizer que não havia uma preocupação ética do ordenamento jurídico; antes, os aspectos principais eram a existência, a validade e a eficácia da norma jurídica.

Tal modelo, entretanto, foi radicalmente alterado sob os influxos do neoconstitucionalismo, devido à necessidade de se fazer uma reaproximação entre o direito, a ética e a moral, a fim de se construir um sistema jurídico mais protegido contra um modelo político de extrema direita, como ocorreu no período pré II Guerra Mundial, a exemplo do nazismo e do facismo.

Assim é que o sistema jurídico neoconstitucional foi reestruturado, passando a adotar o código-diferença justo/injusto, ao mesmo tempo em que atrelou este conceito de justiça à necessidade de concretização dos direitos fundamentais, todos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, o compromisso maior do sistema jurídico democrático neoconstitucional é com a materialização da justiça, e não há justiça sem preservação da dignidade da pessoa humana em todas as suas faces, quais sejam, os direitos fundamentais.

Assim, no novo paradigma neoconstitucional, o valor e o papel dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais foram profundamente modificados, conforme se demonstrará a seguir.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

8 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 133.

9 ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 168.

O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para incorporar-se às ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do Direito.

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas parece ser a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deve ocupar-se exclusivamente de descrever o Direito, através de uma atividade neutra aos valores sociais e alheia ao problema da efetividade do sistema jurídico.

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados às Constituições através dos princípios ético-jurídicos, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que podem entrar em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere verdadeira natureza política à atividade do jurista.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, além de evidenciar que algumas descrições podem ter uma significação política, vem apresentando a virtude de evidenciar que não se deve colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos os juízos de valor se reconduzem ao âmbito incontável da subjetividade.

Por fim, verifica-se que o movimento neoconstitucionalista, com a internalização dos valores consubstanciados pelos princípios jurídicos, revela-se favorável à idéia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. A legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna, cujo parâmetro é a Constituição, e de crítica externa, cujo parâmetro é o substrato axiológico da moralidade social.

Desse modo, o neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado Democrático de Direito e no Direito constitucional, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica.

Em outras palavras, uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo consiste na freqüente utilização de princípios jurídicos no embasamento de processos hermenêuticos e decisórios, como espécies normativas que permitem conciliar as estimativas de justiça (legitimidade), típicas do jusnaturalismo, com as exigências de segurança (legalidade), próprias do positivismo jurídico.

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, *pari passu*, pela progressiva constitucionalização destes cânones éticos, promovendo a transição do modelo formal de Constituição, que a reduz a um mero catálogo de competências e procedimentos – para o paradigma material de Carta Magna, que a eleva ao patamar de repositórios dos valores fundantes do Estado e do conjunto da Sociedade civil.

Como salienta Maria Moraes¹⁰, tais princípios jurídicos, extraídos da cultura, exprimem a consciência social, o ideal ético e, portanto, a noção de justiça presente na sociedade, figurando, portanto, como os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização principiológica, através da qual a Constituição passa a representar o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto axiológico fundamental da convivência coletiva.

Com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo, torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo uma inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

As diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça.

Decerto, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Segundo Fábio Comparato¹¹, inspirado no pensamento kantiano, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse, pois o ser humano e, de um modo geral, todo ser racional, existe como uma finalidade própria, sem figurar como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante. Pela sua vontade racional, ao contrário das coisas, só a pessoa humana vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Logo, todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.

Sendo assim, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das

10 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.

11 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

condições materiais de subsistência, quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.

Como salienta Oscar Vieira¹², ao servir de veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana pelo Direito, os direitos fundamentais passam a se constituir numa importante parte da reserva de justiça do sistema jurídico, sobretudo, pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade, o que se verifica pela internalização de valores morais, como a dignidade humana. Uma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana pode ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana, sob os influxos do pós-positivismo neo-constitucionalista, converteu-se numa verdadeira fórmula de justiça substancial, passível de ser invocada concretamente pelos sujeitos de direito, sem os limites decorrentes das concepções jusnaturalista e positivista de fundamentação do direito justo.

Não é outro o entendimento de David Pardo¹³, para quem a relação dos princípios com os valores, especialmente dos princípios jusfundamentais com o valor da dignidade, permite identificar a Constituição como um sistema normativo aberto à moralidade social cambiante, o que possibilita afirmar que todo o sistema jurídico recebe irradiação desse sentido de justiça emanado do conjunto dos princípios jusfundamentais e dos direitos fundamentais que os traduzem normativamente.

Destarte, convém investigar os elementos que definem esse processo de positivação do direito justo, a partir do suporte axiológico e teleológico do princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, desde o processo da internacionalização dos direitos humanos até a sua expressa conversão em normatividade constitucional.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA EXPERIÊNCIA AXIOLÓGICA DO DIREITO

Antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço. Daí porque, longe de ser enclausurada como um ideal metafísico, absoluto e invariável, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendida em sua dimensão histórico-cultural.

Decerto, a apreensão do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana não se afigura como o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas, em

12 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

13 PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 197.

verdade, requer um conhecimento de base concreta e real, que repousa sobre valorações. Entendida a cultura como tudo aquilo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores, com o escopo de atender aos seus interesses e finalidades, será possível constatar que o princípio da dignidade da pessoa humana é dotado de um sentido de conteúdo valorativo, pertencente, portanto, ao campo da cultura humana.

Disso se apercebeu o tridimensionalismo jurídico, ao conceber o valor da dignidade como fundamento concreto do direito justo. Foi integrado nessa linha de pensamento que Miguel Reale¹⁴ desenvolveu a sua teoria tridimensional do Direito. Para ele, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor se resolve, num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação.

Trata-se de um tridimensionalismo concreto, dinâmico e dialético, visto que estes elementos estão em permanente atração polar, já que o fato tende a realizar o valor, mediante a norma. A norma deve ser concebida como um modelo jurídico, de estrutura tridimensional, compreensiva ou concreta, em que fatos e valores segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório), emanado do legislador ou do juiz, ou resultante de opções costumeiras ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade dos particulares.

Com essa teoria integrativa, Reale rejeita todas as concepções setorializadas de direito (normativismo abstrato, sociologismo jurídico e moralismo jurídico), postulando, assim, uma doutrina que requer a integração dos três elementos constitutivos do direito, numa unidade funcional e de processo, em correspondência com os problemas complementares da validade social (eficácia), da validade ética (fundamento) e da validade técnico-jurídica (vigência). O conhecimento jurídico desponta como uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida em que esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores, para a realização ordenada da vida humana.

Segundo Reale¹⁵, o fundamento último que o Direito tem em comum com a Moral e com todas as ciências normativas deve ser procurado na dignidade intrínseca da própria vida humana, não como entidade abstrata à maneira dos jusnaturalistas, mas como ser racional destinado por natureza a viver em sociedade e a realizar seus fins superiores. Da análise da natureza racional do homem e da consideração de que o homem é por necessidade um animal político, resulta a idéia de que cada homem representa um valor e que a pessoa humana constitui o valor-fonte de todos os valores. A partir deste valor-fonte, torna-se possível alcançar o fundamento peculiar do Direito, remetendo ao valor-fim próprio do Direito que é a Justiça, entendida não

14 REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74.

15 Idem. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972, p. 275.

como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como uma ordem que a virtude justiça visa a realizar.

Neste sentido, o Direito se desenvolve porque os homens são desiguais e aspiram à igualdade, inclinando-se para a felicidade e querendo ser cada vez mais eles mesmos, ao mesmo tempo em que aspiram a uma certa tábua igual de valores. Refere o jurisfilósofo que a idéia de Justiça, que, no seu sentido mais geral, exprime sempre proporção e igualdade, é própria da dignidade da pessoa humana, como ente racional e social. Vivendo em sociedade e procurando o seu bem, o homem acaba compreendendo a necessidade racional de respeitar em todo homem uma pessoa, condição essencial para que também possa se afirmar como pessoa. Sendo assim, a idéia de Justiça liga-se, de maneira imediata e necessária, à idéia de pessoa humana, pelo que o Direito, como a Moral, figura como uma ordem social de relações entre pessoas.

Na visão de Miguel Reale¹⁶, os valores que se ligam necessariamente ao valor-fonte da dignidade da pessoa humana constituem o conteúdo próprio da Justiça e, uma vez traduzidos em preceitos incorporados à cultura, tornam-se eles preceitos universais, comuns a todos os povos e lugares, pelo que toda regra que atualize esses preceitos fundamentais conta com o assentimento dos sujeitos. Ao lado destes preceitos gerais que exprimem a constante ética do Direito, outros há que também servem de fundamento às regras do Direito Positivo, na condicionalidade de cada cultura, representando as infinitas formas de integração dos valores mais altos no desenvolvimento histórico das civilizações em face do lugar e do tempo.

Dentro da dimensão valorativa do direito e no campo da fundamentação de sua validade ética, o problema da justiça adquire relevo. O que importa não é a definição da justiça – dependente sempre da cosmovisão dominante em cada época histórica –, mas sim o seu processo experiencial através do tempo, visando a realizar cada vez mais o valor da dignidade da pessoa humana, valor fonte de todos os demais valores jurídicos. Pode-se afirmar que, nesse contexto, a justiça se apresenta como condição transcendental da realização dos demais valores, por ser a base sem a qual os demais valores não poderiam se desenvolver de forma coordenada e harmônica, em uma comunidade de homens livres. É por tal razão que a justiça deve ser entendida como um valor franciscano, na condição de valor-meio, sempre a serviço dos demais valores para assegurar-lhes seu adimplemento, em razão da dignidade da pessoa humana que figura como o valor-fim da ordem jurídica

4 A DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA: FUNDAMENTOS PARA POLÍTICAS PÚBLICAS INCLUSIVAS

Após as análises até aqui desenvolvidas, é forçoso reconhecer que o conceito de dignidade da pessoa humana pode implicar em manifestações distintas, a depender de sua aplicação concreta. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana resultará em normas jurídicas

16 Ibidem, p. 300.

diversas em razão da necessidade de sua aplicação material, a fim de concretizar o valor justiça.

Tal característica decorre do fato de o conceito de justiça empregado pelo ordenamento jurídico neoconstitucional estar atrelado a um conceito de igualdade material, ou seja, existe a necessidade concreta de se adotar políticas públicas tendentes a corrigir desigualdades materiais ou sociais, a fim de que todas as pessoas possam viver segundo um mesmo parâmetro de oportunidades.

A rigor, é a situação de desigualdade entre as pessoas que justifica o tratamento favorecido que o ordenamento jurídico neoconstitucional dá àqueles que se encontram em situação de desvantagem ou vulnerabilidade. Assim, partindo do pressuposto de que a pessoa idosa está em situação de vulnerabilidade ou desvantagem em relação aos não idosos, o ordenamento jurídico brasileiro, sob os influxos do neoconstitucionalismo, destina diversas políticas públicas de atenção à pessoa idosa.

A esta altura, cumpre referir quem é a pessoa idosa, segundo o ordenamento jurídico pátrio.

Inicialmente, vale ressaltar que a cronologização da vida e a sua separação em fases ou faixas etárias não são biologicamente explicadas, mas são uma produção sócio-cultural. Assim, o conceito de idoso pode variar (como de fato tem variado) a partir de relações e interesses sociais.

[...] um processo biológico é elaborado simbolicamente com rituais que definem fronteiras entre as idades pelas quais os indivíduos passam e que não são necessariamente as mesmas em todas as sociedades¹⁷

Em sociedades primitivas, a definição das etapas da vida são comumente marcadas por ritos de passagem simbolicamente estabelecidos pelo grupo social e não pela idade cronológica. Modernamente, entretanto, os ritos de passagem foram substituídos por uma consideração cronológica da vida, sujeitando todas as pessoas a uma mesma classificação etária.

Ao longo dos séculos XIX e XX, as classificações das fases da vida e as diferenças de gênero passam a ser gerenciadas por esse sistema dominante de idéias. Instituições e áreas de conhecimento desenvolvidas neste processo histórico colaboram para esta nova compreensão das etapas da vida: a escola, o hospital, o asilo, a pedagogia, a psiquiatria, a demografia, a sociologia, a psicologia, a gerontologia, e a geriatria. Donzélot vai chamar este conjunto de “polícias da família” entendendo por polícia a característica disciplinadora e controladora dessas diferentes instâncias da vida social. Constróem-se, portanto, saberes, práticas e instituições para períodos específicos que, examinados detalhadamente, acabam por gerar novas especialidades, novas formas de controle e novas possibilidades de construções de outras classificações

¹⁷ DEBERT, Guita Grin. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. In: BARROS, Myriam Moraes Lins de (Org.). **Velhice ou terceira idade?: Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p.51.

etárias: primeira infância, pré-adolescência, adolescência, maturidade, velhice. E hoje: terceira idade, quarta idade, velhos-jovens, velhos-velhos. Essas temporalidades marcam segregações entre elas, definem e institucionalizam as idades para escolaridade, trabalho, casamento, aposentadoria.¹⁸

A título de exemplo, Debert¹⁹ menciona que a infância, enquanto categoria etária, só surgiu na idade média. Antes deste período histórico, assim que a pessoa atingia condições físicas para o trabalho, era inserida nesse contexto, razão pela qual a separação entre a infância e a idade adulta só veio a ocorrer devido à necessidade de “[...] construção do adulto como um ser independente, dotado de maturidade psicológica, direitos e deveres de cidadania”²⁰.

No que se refere à velhice, esta só veio a ser sedimentada teoricamente a partir da década de 1970, quando os ordenamentos jurídicos ocidentais passaram a destinar políticas públicas específicas de atenção e proteção aos idosos²¹.

No Brasil, atualmente, a pessoa idosa é definida como aquela com 60 anos ou mais de idade (art. 1º da lei 10.741/2003), à qual é sujeito de direitos e garantias especiais, compatíveis com a sua condição de vulnerabilidade.

Lei 10.741/2003

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º 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.

É facilmente perceptível no Estatuto do idoso o tratamento especial conferido a esta parcela da população, como forma de corrigir as distorções impostas pela idade avançada às condições materiais de fruição da dignidade humana.

18 BARROS, Myriam Moraes Lins de. Velhice na contemporaneidade. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers (Org.). **Família e envelhecimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 15-16.

19 DEBERT, Guita Grin. **A reinvenção da velhice**: Socialização e processos de reprivatização do envelhecimento. São Paulo: USP-Fapesp, 2004, p. 43.

20 Idem. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. In: BARROS, Myriam Moraes Lins de (Org.). **Velhice ou terceira idade?**: Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 52.

21 Ibidem, p. 53.

É com base nesta concepção que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou o conceito de “envelhecimento ativo” para orientar as políticas públicas a serem implementadas pelo Estado em atenção à pessoa idosa.

O termo “envelhecimento ativo” foi adotado pela Organização Mundial de Saúde no final dos anos 90. Ele procura transmitir uma mensagem mais abrangente do que “envelhecimento saudável”, e reconhecer, além dos cuidados com a saúde, outros fatores que afetam o modo como os indivíduos e as populações envelhecem. Com esta abordagem, o planejamento estratégico deixa de ter um enfoque baseado nas necessidades biológicas ou de cuidados (que considera as pessoas mais velhas alvos passivos) e passa ter um enfoque baseado nos direitos, o que permite o reconhecimento dos direitos dos mais velhos à igualdade de oportunidades e tratamento em todos os aspectos da vida à medida que envelhecem. Esta abordagem apoia a responsabilidade dos mais velhos no exercício de sua participação nos processos políticos e nos outros aspectos da vida em comunidade²².

O que se busca, portanto, não é simplesmente o atendimento das necessidades básicas de cuidado da pessoa idosa, mas sim a viabilização de que esta continue exercendo ativamente suas competências e habilidades no ambiente social, o qual se encontra material e juridicamente preparado para permitir este estado de vida ativa, que extrapola a mera subsistência.

Ainda nesse sentido, o Brasil incorporou também ao seu ordenamento jurídico os “Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas”²³, os quais definem, no âmbito da proteção global aos direitos humanos, dezoito diretrizes para o tratamento normativo e social da pessoa idosa. São eles:

Independência 1. Os idosos devem ter acesso a alimentação, água, alojamento, vestuário e cuidados de saúde adequados, através da garantia de rendimentos, do apoio familiar e comunitário e da auto-ajuda. 2. Os idosos devem ter a possibilidade de trabalhar ou de ter acesso a outras fontes de rendimento. 3. Os idosos devem ter a possibilidade de participar na decisão que determina quando e a que ritmo tem lugar a retirada da vida activa. Documentos Legais 4. Os idosos devem ter acesso a programas adequados de educação e formação. 5. Os idosos devem ter a possibilidade de viver em ambientes que sejam seguros e adaptáveis às suas preferências pessoais e capacidades em transformação. 6. Os idosos devem ter a possibilidade de residir no seu domicílio tanto tempo quanto possível.

Participação 7. Os idosos devem permanecer integrados na sociedade, participar activamente na formulação e execução de políticas que afectem directamente o seu bem-estar e partilhar os seus conhecimentos e aptidões com as gerações mais jovens. 8. Os idosos devem ter a possibilidade de procurar e desenvolver oportunidades para

22 KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa. Direitos Humanos, envelhecimento ativo e saúde da pessoa idosa: marco legal e institucional. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, n. 47, abr. 2009. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 mai. 2015.

23 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Documentos Legais**. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/copy2_of_DOCUMENTOS_LEGAI5.pdf>. Acesso em 13 mai. 2015.

prestar serviços à comunidade e para trabalhar como voluntários em tarefas adequadas aos seus interesses e capacidades. 9. Os idosos devem ter a possibilidade de constituir movimentos ou associações de idosos.

Assistência 10. Os idosos devem beneficiar dos cuidados e da protecção da família e da comunidade em conformidade com o sistema de valores culturais de cada sociedade. 11. Os idosos devem ter acesso a cuidados de saúde que os ajudem a manter ou a readquirir um nível óptimo de bemestar físico, mental e emocional e que previnam ou atrasem o surgimento de doenças. 12. Os idosos devem ter acesso a serviços sociais e jurídicos que reforcem a respectiva autonomia, protecção e assistência. 13. Os idosos devem ter a possibilidade de utilizar meios adequados de assistência em meio institucional que lhes proporcionem protecção, reabilitação e estimulação social e mental numa atmosfera humana e segura. 14. Os idosos devem ter a possibilidade de gozar os direitos humanos e liberdades fundamentais quando residam em qualquer lar ou instituição de assistência ou tratamento, incluindo a garantia do pleno respeito da sua dignidade, convicções, necessidades e privacidade e do direito de tomar decisões acerca do seu cuidado e da qualidade das suas vidas.

Realização pessoal 15. Os idosos devem ter a possibilidade de procurar oportunidades com vista ao pleno desenvolvimento do seu potencial. 16. Os idosos devem ter acesso aos recursos educativos, culturais, espirituais e recreativos da sociedade.

Dignidade 17. Os idosos devem ter a possibilidade de viver com dignidade e segurança, sem serem explorados ou maltratados física ou mentalmente. 18. Os idosos devem ser tratados de forma justa, independentemente da sua idade, gênero, origem racial ou étnica, deficiência ou outra condição, e ser valorizados independentemente da sua contribuição econômica.

A situação de vulnerabilidade que justifica o tratamento jurídico diferenciado do qual a pessoa idosa é merecedora decorre, de um lado, das características contemporâneas da sociedade capitalista. Ora, o idoso, no mais das vezes, não tem condições físicas e de saúde para continuar atuando como força produtiva no mercado de trabalho, ao menos não em condições concretas de igualdade face à população jovem. Daí porque a necessidade de destinação de políticas públicas específicas de amparo material e financeiro ao idoso, a exemplo do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC-LOAS), da aposentadoria, entre outros institutos.

Um outro fundamento para o estabelecimento de direitos especiais para a pessoa idosa decorre do próprio paradigma ético da sociedade brasileira e, por conseguinte, do ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, a ciência jurídica é uma ciência social e, como tal, é profundamente marcada pela sociedade que pretende regular. Retomando a concepção sistêmica de Direito, já trabalhada, percebe-se que o sistema jurídico é do tipo aberto, ou seja, ele é influenciado pelo ambiente em que está inserido, embora adquira certa autonomia através do controle do seu código-diferença.

Desta forma, é forçoso reconhecer que o Direito é uma das formas de regular o convívio social e, como tal, reflete os valores sociais que caracterizam a sociedade regulada. Isto pode ser facilmente percebido ao se comparar ordenamentos jurídicos de povos com base cultural bastante distinta, o que invariavelmente resulta em normatizações distintas para o mesmo fato social.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro tem sua gênese e fundamento nos princípios e valores da sociedade brasileira, naquilo que Kelsen já denominava Norma Hipotética Fundamental²⁴ e, conforme já aqui referido, os direitos fundamentais, lastreados no conceito de dignidade da pessoa humana, compõem o núcleo desses princípios e valores fundamentais.

Portanto, o paradigma ético da sociedade brasileira exige uma atenção especial às populações vulneráveis, como é o caso da criança e do adolescente, do índio, da pessoa com deficiência, da pessoa em situação de miséria econômica e, também, da pessoa idosa.

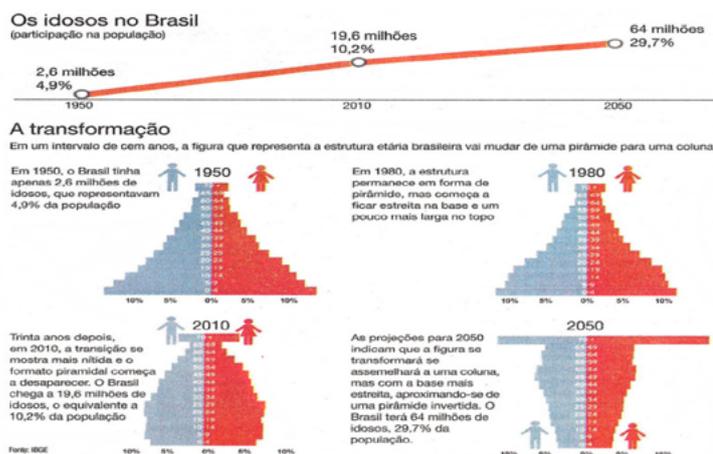
Curiosamente, as estatísticas demonstram que a população brasileira está envelhecendo rapidamente, ao mesmo tempo em que tem permanecido por cada vez mais tempo no mercado de trabalho. Percebe-se, pois, a necessidade de uma reflexão sobre as regras atinentes à pessoa idosa enquanto força produtiva, vale dizer, é necessário criar o ambiente de trabalho adequado à concretização da dignidade da pessoa idosa, além de lhe garantir condições concretas de atuação no mercado de trabalho, de modo a sua idade não representar uma desvantagem competitiva em relação aos seus concorrentes.

Tal preocupação com o envelhecimento ativo decorre não só de uma determinação teórica do Direito, mas também de uma condição prática: a população brasileira está vivendo mais.

As estatísticas mostram que a população brasileira está envelhecendo e que os idosos tem exercido um papel cada vez mais ativo na sociedade. A figura abaixo registra, com base nos dados coletados pelo IBGE, que a população de idoso saltou de 4,9% da população brasileira em 1950 para 10,2% da população em 2010, com projeção de 29,7% em 2050.

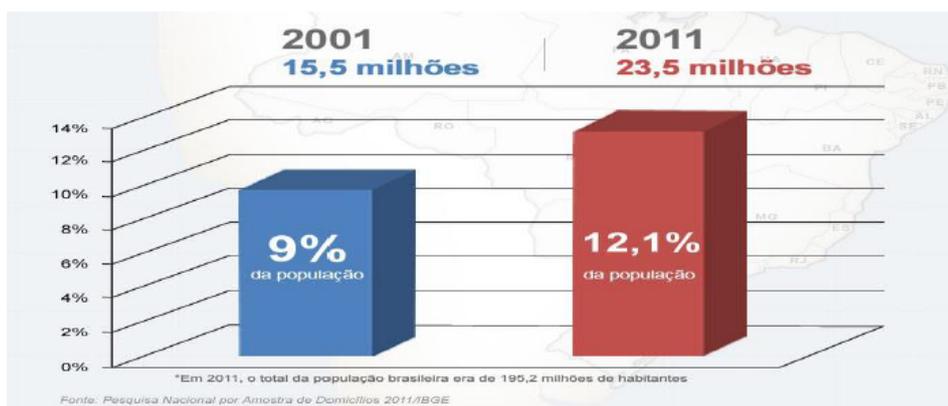
24 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 155.

Figura 1- Transformações da pirâmide etária brasileira



Fonte: site Brasil Idoso²⁵

Figura 2- Número de pessoas com mais de 60 anos de idade



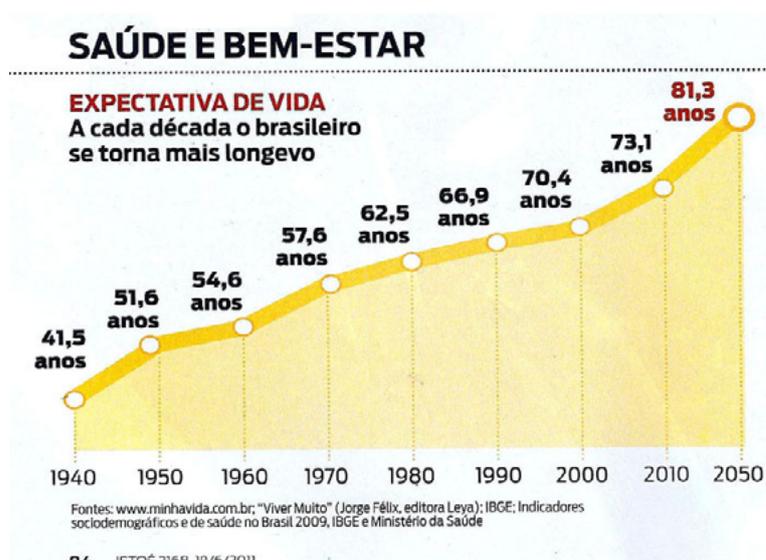
Fonte: Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos²⁶

A expectativa de vida do brasileiro também tem crescido significativamente nas últimas décadas, o que aumenta também a demanda pelo reconhecimento de direitos que materializem a dignidade da pessoa idosa. O aumento da população idosa no Brasil remete com maior intensidade os problemas e as demandas sociais específicas deste grupo para o campo das políticas públicas, haja vista que o Estado precisará destinar cada vez mais recursos públicos para a proteção desta parcela vulnerável da população.

25 Disponível em: <<https://brasilidoso.wordpress.com/estatisticas/#jp-carousel-154>>. Acesso em 13 mai. 2015.

26 Disponível em: BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. **Dados sobre o envelhecimento no Brasil**. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentoonoBrasil.pdf>> Acesso em 13 mai. 2015.

Figura 3- Expectativa de vida no Brasil



Fonte: site Brasil Idoso²⁷

Paradoxalmente, segundo dados oficiais do governo brasileiro, o país tem experimentado algum avanço na afirmação da dignidade da pessoa idosa, embora ainda esteja muito aquém do que se espera da sétima maior economia do mundo.

Foram esses avanços que colocaram o Brasil na 31ª posição no ranking dos países que oferecem melhor qualidade de vida e bem-estar a pessoas com mais de 60 anos, segundo o Global AgeWatch Index 2013, da organização não-governamental Help Age International, que luta pelos direitos dos idosos. Os indicadores consideraram quatro áreas-chave: garantia de renda, saúde, emprego e educação, e ambiente social. O Brasil obteve nota 58,9 e seu melhor desempenho foi na categoria garantia de renda, em que ocupou a 12ª posição, graças às transferências de renda implementadas pelo governo brasileiro, como forma de reduzir a desigualdade social. No entanto, no quesito emprego e educação para pessoas entre 55 e 64 anos empregadas, e o grau de instrução dos idosos, o País teve o seu pior desempenho, ficando em 68º lugar. Já nas categorias saúde e ambiente social, o obteve as 41ª e 40ª colocações, respectivamente.²⁸

Mas a maior contradição, no que tange a concretização da dignidade da pessoa idosa no Brasil, tem sido a restrição a direitos fundamentais dos idosos, conforme abordado no capítulo seguinte.

5 A ALOPOIESE DO DIREITO E A ESCASSEZ DE RECURSOS: AMEAÇAS À DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA

²⁷ Disponível em: <<https://brasilidoso.wordpress.com/estatisticas/#jp-carousel-154>>. Acesso em 13 mai. 2015.

²⁸ BRASIL. Brasil é reconhecido por políticas públicas em favor de idosos. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/01/brasil-e-reconhecido-por-politicas-publicas-em-favor-de-idosos>> Acesso em 13 mai. 2015.

Como visto, Luhmann classifica o direito como um sistema autopoietico, isto é, autor-referente, com controle sobre o seu código-diferença.

A concepção do Direito como sistema autopoietico pressupõe a assimetria entre complexidade do sistema jurídico e supercomplexidade do meio ambiente na sociedade moderna . Diante da complexidade não-estruturada ou indeterminada / indeterminável do meio ambiente, o Direito positivo construiria complexidade sistêmica estruturada ou determinada /determinável . Para isso, exige-se tanto a auto-referência consistente do sistema jurídico com base no código de diferença entre lícito e ilícito quanto a heterorreferência adequada ao correspondente meio ambiente, a tal ponto que o problema da justiça interna e externa é reduzido, respectivamente, à questão desses dois modos de referência sistêmica

Entretanto, a realidade dos países periféricos (para utilizar a terminologia do próprio autor) é consideravelmente distinta. Marcelo Neves²⁹ chama a atenção para o fato de que nesses países, o sistema jurídico perde o controle sobre seu código-diferença, devido à influência de outros sistemas, como o político e o econômico, passando então a ser heterorreferente.

Isso significa dizer que o sistema jurídico passa a ser definido e a evoluir não por questões de lógica ou de dogmática jurídica, mas por determinações do campo político, econômico, entre outros.

A alopoiese do direito tem um efeito devastador sobre a concretização da constituição, uma vez que causa um distanciamento entre a teoria jurídica e a prática jurídico-social, com um consequente esvaziamento dos direitos – inclusive fundamentais – em diversos níveis.

A insuficiente concretização normativa do texto constitucional, no qual todas as instituições referidas são proclamadas, é um sintoma da incapacidade do sistema jurídico de responder às exigências do seu “meio ambiente”. Os direitos fundamentais constituem-se, então, em privilégio de minorias, sobrevivendo, para a maioria da população, quase apenas na retórica político-social dos “direitos humanos”, tanto dos ideólogos do sistema quanto dos seus críticos. A inclusão através do Estado de bem-estar, proclamado na Constituição, é relevante apenas no discurso da realização das normas programáticas num futuro remoto. O desrespeito ao *due process of law* constitucionalmente festejado é a rotina da prática dos órgãos estatais (especialmente da polícia) com relação às classes populares (à maioria). A politização particularista da administração impede a concretização generalizada dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. A corrupção e as fraudes eleitorais impossibilitam a legitimação constitucional (generalizada) do sistema político, que passa, então, a subordinar-se instavelmente aos interesses particularistas de cima e às necessidades concretas de baixo, sendo constrangido a adotar mecanismos substitutivos de “legitimações casuísticas” inconstitucionais (favores, concessões, ajudas e trocas ilícitas).³⁰

29 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 113-128.

30 Ibidem, p. 140.

Tal fenômeno acaba por potencializar a função simbólica da norma jurídica (e da norma constitucional), no sentido de que ela passa a atuar não como instrumento de regulação social e vinculação de condutas, mas como mecanismo de dilação compromissória ou afirmação de valores sem efetividade social. Há um distanciamento entre o sentido latente e o sentido manifesto, de modo que a norma não cumpre mais o papel por ela declarado.

Levado ao extremo, o autor denomina este processo de hipertrofia do sentido conotativo da norma jurídico-constitucional como constitucionalização simbólica, ocasionado pela perda, por parte do direito, da autonomia quanto ao seu código-diferença³¹.

De fato, algumas alterações normativas podem ser interpretadas como uma ingerência dos campos político e econômico no campo jurídico (sobretudo no que tange à dignidade da pessoa idosa), uma vez que significaram uma drástica restrição aos direitos fundamentais da pessoa idosa, motivadas por determinações de campos alheios ao jurídico. Um bom exemplo disto foi a taxação de inativos da previdência social (no regime próprio de previdência), conforme dispõe o artigo 40 da Constituição Federal.

A taxação de inativos da previdência implica em uma redução do valor líquido recebido pelo aposentado, o qual não será revertido diretamente em seu próprio benefício, o que impactará negativamente sua qualidade de vida em um dos momentos de maior vulnerabilidade de sua trajetória.

Constituição Federal

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Em outro mote, a escassez de recursos tem sido utilizada como justificativa para a restrição, ou implementação parcial, dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos fundamentais da pessoa idosa.

A questão de fundo reside em uma suposta impossibilidade financeira de o Poder Público realizar os direitos fundamentais de prestação positiva, uma vez que eles demandam a implementação de políticas públicas e ações afirmativas de natureza econômica.

Segundo Gustavo Amaral³², perfilhando-se ao entendimento de Stephen Holmes e Cass Sunstein, a escassez de recursos e a organização democrática do Estado determina que a adoção de medidas alocativas de recursos, com a tomada de decisão acerca de qual direito deve

31 Ibidem, p. 76 – 94.

32 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

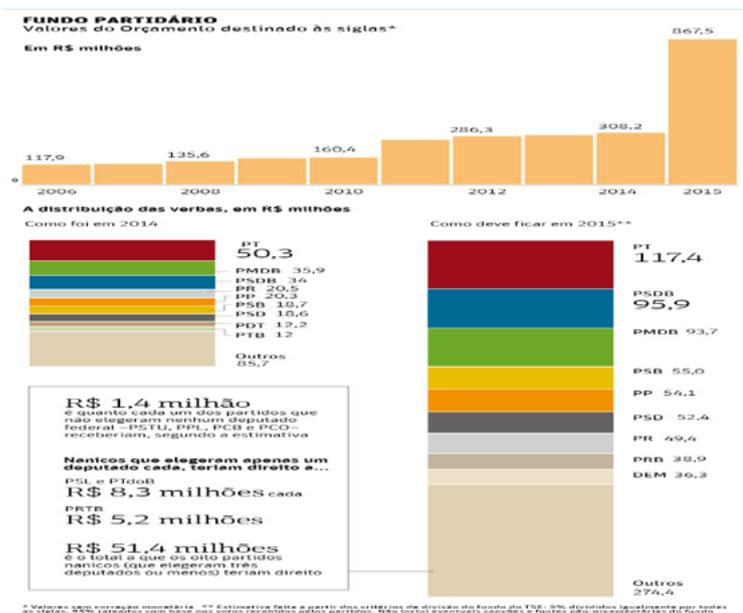
ser implementado e em que medida³³, deve ficar a cargo do poder executivo, o qual recebeu a missão constitucional de executar o orçamento público.

Todavia, sendo a dignidade da pessoa humana o valor essencial do código-referência do sistema jurídico neoconstitucional (justo/injusto), não se justifica o sacrifício de direitos fundamentais (ou sua não implementação) antes de se fazer sacrifícios em demandas não fundamentais.

Curiosamente, o argumento da escassez de recursos sempre é utilizado quando o assunto é a concretização de direitos fundamentais prestacionais, mas é rapidamente esquecido quando o tema versa sobre interesses da agenda política.

Exemplo recente disto foi a aprovação no Congresso Nacional da verba destinada ao fundo partidário em valor aproximadamente 300% (R\$ 578.000.000,00) superior à proposta inicial encaminhada pela Presidência da República (R\$ 289.000.000,00)³⁴.

Figura 4- Valores destinados ao fundo partidário no Brasil



Fonte: Folha de S. Paulo³⁵

Como, pois, entender plausível a alegação de escassez de recursos para a implementação e ampliação de políticas públicas concretizadoras da dignidade da pessoa idosa?

Em verdade, percebe-se uma definição política e econômica das prioridades de inves-

33 Gustavo Amaral refere-se a tais tomadas de decisão como “escolhas trágicas”, uma vez que resultarão na negativa de direitos fundamentais a alguém, ante uma impossibilidade financeira. O autor menciona que a finitude dos recursos públicos apresenta-se como uma impossibilidade material de atender todas as demandas sociais por direitos fundamentais prestacionais. Em certa medida, assiste razão ao autor, desde que o sacrifício de direitos fundamentais não ocorra antes do sacrifício de demandas não fundamentais.

34 Cf. CRUZ, Valdo; BOGHOSSIAN, Bruno; MAGALHÃES, Vera. Dilma sanciona aumento do fundo partidário para R\$ 868 milhões. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1619126-dilma-sanciona-aumento-do-fundo-partidario-para-r-868-milhoes.shtml>>. Acesso em 13 mai. 2015

35 Disponível em: CRUZ, Valdo; BOGHOSSIAN, Bruno; MAGALHÃES, Vera. Dilma sanciona aumento do fundo partidário para R\$ 868 milhões. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1619126-dilma-sanciona-aumento-do-fundo-partidario-para-r-868-milhoes.shtml>>. Acesso em 13 mai. 2015.

timento público no Brasil, e a consequente regulação jurídica, nas quais a atenção à pessoa idosa tem melhorado, mas sem ainda alcançar níveis satisfatórios.

Segundo pesquisa do IPEA³⁶, 71% dos municípios brasileiros não têm instituições para idosos, sendo que dois terços das instituições existentes estão localizadas no sudeste e apenas 6,6% são instituições públicas³⁷.

Ademais, os idosos ainda são alvo de violência, tanto no ambiente familiar quanto no ambiente social, o que denota a necessidade de políticas públicas de esclarecimento e informação, bem como de amparo ao idoso em situação de violência.

A Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, através do seu Disque-Direitos Humanos (DDH-100), registrou, no ano de 2012, que “[...] 68,7% de violações por negligência, 59,3% de violência psicológica, 40,1% de abuso financeiro/econômico e violência patrimonial, sendo para esta população o maior índice desta violação, e 34% de violência física”³⁸.

Esta pesquisa revela a natureza da violência a que o idoso é submetido, em sua maior parte por negligência, o que deixa claro sua situação de vulnerabilidade e a necessidade de o Poder Público desenvolver políticas de amparo a esta população, superando os obstáculos anteriormente referidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o término deste trabalho, foi possível compreender a transição paradigmática pela qual passou a ciência do Direito, do positivismo jurídico ao pós-positivismo jurídico, identificando as principais transformações teóricas e seus reflexos práticos.

Percebeu-se ainda como o pós-positivismo jurídico contribuiu para o desenvolvimento de uma visão neoconstitucionalista do direito, a qual ressignifica o papel da Constituição, das normas jurídicas – princípios e regras – bem como do intérprete do Direito, o qual assume um papel muito mais ativo, no sentido de concretizar os valores constitucionais e a ideia de justiça.

Estas constatações permitiram reconhecer o papel desempenhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana enquanto código-diferença do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a importância da dignidade da pessoa idosa enquanto valor do sistema jurídico neoconstitucional e o papel dos direitos fundamentais a ela atrelados.

A mudança do código-diferença lícito/ilícito (positivismo jurídico) para o justo/injusto (pós-positivismo jurídico e neoconstitucionalismo) criam para o ordenamento jurídico e para o poder público um dever de materializar a justiça, tomando por base a dignidade da pessoa

36 Instituto de pesquisa econômica aplicada

37 Cf. 71% dos municípios não têm instituições para idosos. IPEA. 24 mai. 2011. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8574:71-dos-municipios-nao-tem-instituicoes-para-idosos&catid=10:disoc&Itemid=9>. Acesso em 20 mai. 2015.

38 BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. **Dados sobre o envelhecimento no Brasil**. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentoNoBrasil.pdf>> Acesso em 25 mai. 2015.

humana e os direitos fundamentais.

Assim, é essencial que a doutrina jurídica caminhe no sentido de dar às normas jurídicas uma interpretação consonante com o paradigma neoconstitucional, dando prevalência à materialização da justiça, em detrimento de manifestações políticas ou econômicas que pretendam reduzir a eficácia ou a efetividade da dignidade da pessoa idosa em atenção a interesses de suporte teórico pragmático.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Myriam Moraes Lins de. Velhice na contemporaneidade. *In*: PEIXOTO, Clarice Ehlers (Org.). **Família e envelhecimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

BRASIL. Brasil é reconhecido por políticas públicas em favor de idosos. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/01/brasil-e-reconhecido-por-politicas-publicas-em-favor-de-idosos>> Acesso em 13 mai. 2015.

_____. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. **Dados sobre o envelhecimento no Brasil**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadossobreoenvelhecimentoonoBrasil.pdf>> Acesso em 13 mai. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Documentos Legais**. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/copy2_of_DOCUMENTOS_LEGAI.pdf>. Acesso em 13 mai. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DEBERT, Guita Grin. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. *In*: BARROS, Myriam Moraes Lins de (Org.). **Velhice ou terceira idade?**: Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

DEBERT, Guita Grin. **A reinvenção da velhice**: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento. São Paulo: USP-Fapesp, 2004.

EASTON, David. **A System Analysis of Political Life**. New York: Wiley, 1965.

CRUZ, Valdo; BOGHOSSIAN, Bruno; MAGALHÃES, Vera. Dilma sanciona aumento do fundo partidário para R\$ 868 milhões. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1619126-dilma-sanciona-aumento-do-fundo-partidario-para-r-868-milhoes.shtml>>. Acesso em 13 mai. 2015

71% dos municípios não têm instituições para idosos. **IPEA**. 24 mai. 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8574:71-dos-municipios-nao-tem-instituicoes-para-idosos&catid=10:disoc&Itemid=9>. Acesso em 20 mai. 2015.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa. Direitos Humanos, envelhecimento ativo e saúde da pessoa idosa: marco legal e institucional. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, n. 47, abr. 2009. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 mai. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. 277 f. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

ABSTRACT: This article aims to propose a reflection on the scope effectiveness of the principle of human dignity applied to the elderly person. To this end, takes as its premise the idea that the mentioned principle is in code-difference of Brazilian law in the light of neoconstitucionalism perspective and within the post-positivist rapprochement premises between law, morality and ethics, a normative size of legal principles and the principiously character of fundamental rights, as well as the need to build appropriate methods of resolving antinomies between legal principles and fundamental rights. Finally, it proposes a reflection on the need and rationale for building inclusive public policies and on possible threats to the achievement of the dignity of the elderly, casting an eye on important statistics depicting the theme.

Keywords: Neoconstitucionalism. Dignity of human person. Elderly person. Inclusive public policies.