



DIREITOS DIFUSOS - O ESTATUTO DO IDOSO FRENTE À LEI 13.146/2015.

PASSIG, Andressa

Resumo

Este trabalho analisa o Estatuto do Idoso em comparado ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, e o sopesamento dos princípios aplicados para resolução do caso concreto, quando estes em colisão. Pondera os direitos fundamentais, frente aos conflitos encontrados na sociedade, trazendo, portanto, considerações quanto as “gerações” de direitos fundamentais, criadas por Karel Vasak. Ensejando por fim, uma problematiza de resolução deste quadro social em que o Estado se abstém. Tem-se como objetivo, avaliar a aplicabilidade em concreto quanto os direitos difusos, princípios em colisão frente ao estatuto do idoso, bem como da pessoa com deficiência, utilizando o método lógico-dedutivo. Concluindo com a presente pesquisa, que em se tratando de direitos difusos e transindividuais, a efetividade na resolução dos conflitos frente a sociedade, não é tarefa fácil, tão pouco simples. Deste modo, o Estado precisa de medidas eficazes e não apenas paliativas.

Palavras-chave: Direitos difusos; Pessoa com deficiência; Idoso; Transindividuais; Direitos Fundamentais; Dignidade da Pessoa humana;

Abstract

This paper analyzes the Statute of the Elderly in comparison to the Statute of the Person with Disability, and the balancing of the principles applied to solve the concrete case, when these in collision. Weighs fundamental rights, in the face of the conflicts found in society, thus bringing into consideration the “generations” of fundamental rights created by Karel Vasak. Finally a problematization of the resolution of this social structure in which the State abstains. The objective is to evaluate the applicability in concrete as diffuse rights, principles in collision with the status of the elderly, as well as the person with disability, using the logical-deductive method. Concluding with the present research, that in the case of diffuse and transindividual rights, the effectiveness in the resolution of the conflicts in front of the society, is not easy task, so simple. In this way, the State needs effective measures, not just palliative measures.

Keywords: Diffuse rights; Person with Disability; Elderly; Transindividuals; Fundamental rights; Dignity of human person;

INTRODUÇÃO

Os diretos de terceira geração vieram para amparar as gerações humanas, presentes e futuras, consagrando o princípio da solidariedade e fraternidade, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa.

Os mesmos, têm como característica marcante, a transindividualidade, necessitando de sufrágio numa escala mundial, para que estes sejam genuinamente efetivados.

Por conseguinte, o idoso faz parte de um dos grupos etários que necessitou de criação de um Estatuto, para proteção de necessidades específicas, com intermédio de políticas públicas por parte do Estado.

Não obstante, a necessidade de regulamentação da Convenção de Nova York, em que o Brasil é signatário, aludiu à necessidade da lei 13.146/2015, onde aflora-se à autonomia individual, transcendendo a sua aplicabilidade e ensejando importantes reformas tanto no Código Civil, quanto no Código de Processo Civil.

A discussão sobre uma reforma, na qual se falasse mais na autonomia das pessoas com deficiência, algum mecanismo que trouxesse uma medida de assistência, medida protetiva, entre outros, já havia sido iniciada, mesmo que de forma embrionária, quando da lei 10.216/2001, conhecida como lei da reforma psiquiátrica.

Portanto, a reforma psiquiátrica, “que teve como estopim, o episódio da “Crise da DINSAM (Divisão Nacional de Saúde Mental)”¹. , predispôs inúmeros debates, proporcionando assim, melhores discussões e reflexões sobre a matéria, sobre o que vinha acontecendo, em questão de tratamento das pessoas com deficiência.

Deste modo, ensejou uma nova linha de raciocínio no sistema como um todo, ocasionado novas linhas de pensamento, novos modelos propostos, onde tivemos como um de seus frutos, o novo “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, por isso, sua relevância em ser analisado frente a problemática do dia-a-dia e atual aplicabilidade.

¹ AMARANTE Paulo. **Loucos pela vida**: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil, 2 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995. p 51.

MATERIAL E MÉTODO

O método a ser empregado, será o de referência bibliográfica, com pesquisa em doutrinas, artigos, jurisprudências, etc.

RESULTADOS E DISCUSSÕES OU REVISÃO DE LITERATURA

Frente à contemporaneidade do tema, quanto à busca de direitos que integralizem a pessoa com deficiência no contexto social real, objetivando inclusão nas atividades mais diversas possíveis, visando autonomia da vontade, bem como, seu livre poder de decidir sobre seus atos, claro, atos estes que não requeira grau técnico para tomada de uma decisão, mas sim, atos volitivos inerentes aos direitos indisponíveis, cujos quais, devem, na análise do caso concreto serem respeitados, temos a relevância do estudo e aprofundamento da temática em questão.

Desta feita, fazer ponderações quantos aos direitos humanos e direitos fundamentais do homem, se faz necessário, para que a posteriori se adentre ao tema principal.

O caminho que os direitos fundamentais percorreram até chegar ao que se conhece hoje foi descontínuo. No início da Idade Moderna, a doutrina avançou em seu pensamento filosófico europeu, fazendo as primeiras formulações quantos aos direitos inerentes a pessoa humana.

Já os direitos naturais e inalienáveis do homem, como a vida, liberdade, propriedade e resistência, foram reconhecidos por John Locke no século XVIII. Somente os cidadãos² valiam-se desse direito de resistência, sendo estes legítimos sujeitos, não apenas peças do governo.

Contudo, no final da Idade Moderna, Tomas Paine difundiu a expressão "direitos do homem" substituindo o termo "direitos naturais" que vinha sido empregada, estabelecendo assim, a terminologia que se conhece hoje.

² Cidadãos no entendimento de John Locke, são aqueles detentores de propriedades.

Deste modo, deve-se lembrar que direitos fundamentais são arranjos jurídicos reconhecidos e resguardados na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados.

Ainda, é possível definir um conceito segundo Ingo SARLET:

Conceito de direitos fundamentais compatível com as peculiaridades da ordem constitucional brasileira, é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas a Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possa lhes ser equiparados, tendo ou não assento na Constituição formal.³

É notório, que os direitos fundamentais enfrentaram um vasto período de transformações, mas foi por meio de Karel Vasak⁴, quando da conferencia proferida em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estambul, que surgiu a ideia de que o progresso dos direitos do homem poderia ser compreendido através de uma identificação de três "gerações" de direitos.

A doutrina costuma classificar o estudo dos direitos fundamentais em gerações ou "dimensões", adotando esta tri partilha.

A primeira geração desses direitos, chamada também de individuais ou negativos, consagra a luta pela conquista da liberdade e segurança perante o Estado. Balizando o abuso de poder estatal, conferindo aos cidadãos a não intervenção do estado no particular, este não podendo mais, sancionar a liberdade do indivíduo, garantindo autonomia para a livre escolha religiosa, liberdade de expressão, o direito à vida e vários outros aspectos sociais. Por esta razão, tais direitos são relacionados ao indivíduo propriamente dito.

A segunda geração de direitos, é voltada aos grupos sociais, visando garantias aos menos favorecidos, que implica ao Estado uma obrigação de

³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p 269.

⁴ Karel Vasak é um jurista tcheco-francês e foi o primeiro a propor o estudo de uma divisão dos direitos humanos em gerações.

prestar determinados direitos, tais como, saúde, moradia, segurança pública, alimentação, educação, etc.

Não faz sentido a conquista dos direitos individuais de liberdade, de primeira geração, se estes forem desiguais perante a sociedade. Tais direitos relacionam-se com os de primeira geração, exigindo-se, portanto condições mínimas atuação estatal.

Por último, – há quem fale sobre existência de uma quarta e até quinta geração. Mas, por hora, importa mencionar os direitos de terceira geração, sendo estes direitos difusos e coletivos.

Os direitos fundamentais transindividuais são caracterizados por uma titularidade difusa, delineando-se como pessoas indeterminadas, ligadas apenas por uma situação de fato. Na acepção de Hugo Nigro MAZZILLI os direitos difusos “... são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas⁵”.

Deste modo, os direitos difusos não pertencem a apenas um grupo, engloba o todo, são direitos de titularidade absoluta, porém indeterminada, ou seja, são direitos que pertencem a todos, mas a ninguém isoladamente.

João TRINDADE, esclarece no seguinte contexto:

São direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou *supraindividuais* (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).⁶

Os direitos da pessoa idosa e da pessoa com deficiência caracterizam-se como direitos transindividuais e de titularidade difusa. Eis o enfoque principal dessa pesquisa, a pessoa com deficiência frente ao idoso, quando estes, encontram seus direitos em conflito.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53

⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. stf.jus.br. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. p. 13. Acesso em: 14 ago. 2017.

Partindo da premissa que os direitos fundamentais não possuem hierarquia constitucional, estes direitos devem ser analisados a luz do caso concreto, para que o sujeito de direito não seja lesado no todo ou em partes, frente a dois direitos conflitantes, resultado de sua convivência social.

Nas palavras de André Ramos TAVARES:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla fama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. (...) Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade também chamada “princípio da convivência das liberdades”, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.⁷

Portanto, a problemática com a qual se depara é como solucionar um caso, em que os direitos da pessoa com deficiência invadem diretamente os direitos do idoso? Qual é a posição do Estado em almejar solução, coerente, acessível e duradoura, para o presente caso?

Os direitos transindividuais se originaram de conflitos sociais instaurados no último século, obrigando o reconhecimento e a proteção de direitos (...) cuja titularidade compete a todo cidadão⁸, portanto, “o primeiro limite que os direitos fundamentais encontram é a própria existência de outros direitos, tão fundamentais quanto eles⁹”.

Nas palavras de Álvaro Luiz Valery MIRRA:

Não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendido aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que, frequentemente, o próprio Estado aparece como o causador de lesões aos direitos individuais. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 528.

⁸ OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. **Considerações sobre os direitos transindividuais**. Unigran.br. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/26/artigos/artigo01.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Op cit., p21.

e sim direitos pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade.¹⁰

Portanto, a pessoa com deficiência e transtorno mental, necessita de assistência médica que lhe deve ser assegurada, em face de seu direito fundamental a saúde. Porém, inexistem clínicas de tratamento e prestação de auxílio médico, em virtude da Lei 10.216 – de reforma da psiquiatria (lei antimanicomial), que extinguiu os manicômios, pelas condições desumanas em que os sujeitos eram submetidos. Atualmente, existe portanto apenas as APAE's (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais), que prestam auxílio (e não tratamento contínuo) no quesito saúde e CAPS (Centro de Atendimento Psicossocial). Tais instituições não podem manter a pessoa internada, mas apenas prestar um acompanhamento monitorado.

Diante dessa situação, vislumbra-se a necessidade de um amparo para as famílias, que por vezes veem seus entes necessitando de tratamento, contudo, por vezes, o próprio responsável legal ou curador dessas pessoas, já adultas, são pessoas idosas, e não podem prestar tal auxílio, visto que também detêm um direito fundamental, precisando de cuidados, sendo este, um idoso com saúde debilitada.

A problemática se instaura quando se encaixa o direito que resguarda a pessoa com deficiência, em face da ausência de intervenção estatal. Eis que o tratamento e acompanhamento das pessoas com deficiência psíquica e com transtornos mentais, ficou a cargo das famílias, que nem sempre possuem condições físicas e financeiras para tanto. O cuidado especial com esses sujeitos, requer daquelas um suporte que, não pode ser oferecido por quem não tem o mínimo, para garantir a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, o trabalho traz consigo a incumbência de problematizar uma possível “solução”, quanto esta lacuna estatal, visto que as medidas de tratamento não existem, porém, a demanda é eminente.

¹⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. (Coord). **Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007, p.115.

CONCLUSÃO OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, concluímos que em se tratando de direitos difusos e transindividuais, a aplicabilidade para uma efetividade de respaldo sócio estatal não é simples, tão pouco, algo superficial. Cada caso deve ser analisado isoladamente, porém, de antemão, deve-se ter uma visão global quanto aos parâmetros a serem adotados na aplicação da resolução dos conflitos que surgem na sociedade.

A Conversão de Nova York de 2007, recepcionada pela Constituição de 1988, em caráter de emenda constitucional, confere ao tema, a máxima da importância em ser estudado e debatido, nos mais amplos campos de pesquisa, aferindo seu caráter difuso.

A análise em comparado da Lei 13.146/2015 - Lei Brasileira de inclusão frente à Lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, dissemina a discussão dos direitos inerentes a pessoa vislumbrando um meio estatal e possível acalento, quando temos o princípio da dignidade da pessoa humana suprimido.

Quando dois ou mais direitos entram em conflito, não temos como hierarquiza-los, não se pode decidir de pronto, qual tem mais ou menos relevância, portanto, entendeu-se que o Estado, frente à problemática conflitante entre direitos a saúde, a moradia, a uma vida digna, etc., da pessoa com deficiência, não podem, interferirem nesses mesmo direitos, inerentes aos idosos.

Por fim, entende-se que essas minorias, devem ter seus direitos resguardados pelo Estado, a fim de possibilitar o efetivo exercício de seus direitos, garantindo, portanto, a dignidade da pessoa humana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Universo, por ter permitido que os caminhos me trouxessem até aqui.

Bem como, meus pais, amigos e professores que de todo, compartilharam seu tempo e ensinamentos corroborando para a elaboração da presente pesquisa.

Referências

AMARANTE, Paulo. **Loucos pela vida**: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil, 2 ed. Rio de Janeiro, Fiocruz, 1995.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. stf.jus.br. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/aneo/joao_trindade_teor_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al (Coord). **Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.