

O IDOSO E O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

THE OLD AND THE RIGHT TO PHYSICAL INTEGRITY

Resumo

O presente artigo trata das garantias constitucionais e democráticas ao bem estar do idoso, especialmente acerca da garantia de sua integridade física. Para tanto, será delineado o panorama de enfrentamento das questões dos idosos, para que, em seguida, seja demonstrado o arcabouço legal de proteção do idoso, especialmente no que tange aos direitos de personalidade. A seguir, será trazida à baila a posição jurisprudencial acerca do tema, para que possamos concluir de o sistema protetivo do idoso no Brasil é eficaz.

Palavras-chave: Idoso. Integridade física. Ordem Constitucional.

Abstract

This article deals with the constitutional and democratic guarantees the welfare of the elderly, especially about ensuring their physical integrity. For both, the landscape will be designed to address the issue of the elderly, so that then the legal framework for the protection of the elderly is demonstrated. The following will be brought to the fore the jurisprudence on the subject, so we can conclude the protective system of the elderly in Brazil is effective.

Keywords: Elderly. Physical integrity. Constitutional Order.

1 UMA QUESTÃO DOLOROSA: MAUS TRATOS A IDOSOS

Podemos lançar diferentes olhares sobre a velhice: o olhar de admiração por quem parece transbordar sabedoria, por já ter vivido muitos anos e ter se lançado a múltiplas experiências, ou o olhar de ternura diante de alguém que já relewa fragilidade e, por isso mesmo, inspira o desejo de proteger e cuidar.

Infelizmente, há outros tipos de olhares, nada benevolentes: aqueles que revelam o descaso, a impaciência e a raiva incontida.

Encontramos, de um lado, situações de proteção e até superproteção ao velho; de outro, visualizamos situações de negligência extrema e agressão à pessoa idosa, que marcam o seu corpo e aniquilam o seu espírito.

Não são poucos os fatores que propiciam a vulneração de direito da pessoa idosa: o corpo encontra-se mais fadigado e já não acompanha a mente, as doenças são mais frequentes, a solidão se instala em razão do afastamento do trabalho e da perda de pessoas queridas. As fragilidades podem se avolumar a ponto de o idoso torna-se completamente dependente de outras pessoas.

Frequentemente, a conduta violadora dos direitos de personalidade do idoso é imputável àqueles que lhe são mais próximos desenvolve-se na intimidade da casa, no seio da família e encontra-se escondida sob um véu de aparente normalidade, até ser percebida pelos estranhos e denunciada. Mas não podemos esquecer que nas instituições de abrigo também ocorrem casos de maus tratos. E num e noutro lugar, a mão que deveria afagar é aquela inflige os maus tratos.

O enfrentamento da dolorosa questão dos maus tratos à pessoa, na velhice, passa pelo estudo dos direitos de personalidade, porquanto esse comportamento imoral e antijurídico viola múltiplos bens da personalidade, comprometendo a integridade física e moral.

Assim passamos a revisitar essa categoria de situações jurídicas subjetivas.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: CONSTRUÇÃO ATUAL

Podemos conceituar direitos da personalidade como aqueles que têm, por objeto, diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna.

O Código Civil de 2002 foi a primeira norma legal brasileira a disciplinar explicitamente os direitos da personalidade, dedicando-lhes os artigos de 11 a 21. Isso não significou a introdução dessa categoria de direitos subjetivos na ordem jurídica nacional, porquanto já reconhecida a categoria a partir da principiologia civilística e constitucional e, ainda, mediante leis esparsas.

Antes mesmo da recodificação do Direito Privado nacional, a Constituição Federal, ao inscrever a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República (artigo 1º, inciso III), já conferia proteção aos atributos da personalidade, mediante cláusula geral de tutela.

Assim, a inovação do Código Civil é a consagração de uma evolução jurisprudencial à luz de princípios constitucionais e do reconhecimento do valor intrínseco da pessoa humana.

Esse novo olhar para a pessoa, enquanto ser concreto, remete-nos a uma compreensão mais ampla da velhice e suas vicissitudes, e nos instiga a pensar respostas para questões atinentes à construção biográfica do idoso. São muitas as dimensões da vida do idoso que merecem especial proteção: a saúde física e psíquica, o trabalho e a aposentadoria, as relações familiares, as relações consumeristas, para citar apenas as mais pungentes.

A complexidade das relações dos idosos, em todas as dimensões, não deixa de ser uma consequência do prolongamento da existência do ser humano. A velhice pode se tornar longa. Em outras palavras, a vida pode não ser tão curta. Se a expectativa de vida vem crescendo a cada pesquisa global do IBGE, hoje, situando-se na faixa de oitenta anos, e, para o Estatuto do Idoso a velhice se instala, “oficialmente”, aos sessenta anos, temos, em média, vinte anos de história pessoal para contar na fase mais tardia da trajetória humana.

Os caminhos são muitos. Pode-se trilhar o caminho da enfermidade ou da saúde; da dependência ou da autonomia; da atividade ou da passividade; do prover ou do ser provido. Ao longo desses caminhos muitos bens jurídicos da personalidade podem ser postos em riscos ou efetivamente vulnerados. O viver importa no encontro e no confronto. Noutros termos, viver não é apenas existir, mas estar em face do outro, ou seja, relacionar-se. A alteridade é elemento inafastável das experiências humanas.

Diante disso, quando se relaciona os direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, não se pode pensar no ser humano em si, desatrelado do seu contexto social e do seu universo particular. A dignificação do ser humano é um processo e não um simples reconhecimento da lei, mesmo a Lei Constitucional. Nas palavras de Hasso Hofmann: “Pode-se depreender que a dignidade não pode ser pensada desvinculada de uma comunidade concreta de reconhecimento e significação” (HOFMANN, 1999, p.625).

3 AS POSSIBILIDADES CLASSIFICATÓRIAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código Civil de 2002, ao destinar um capítulo específico para os direitos da personalidade, de maneira alguma, pretendeu esgotar os diversos aspectos de proteção da personalidade. Os direitos subjetivos especificamente mencionados não constituem *numerus clausus*, mas apenas situações que, por serem mais corriqueiras na vida do cidadão, já haviam ensejado uma construção jurídica mais consistente na doutrina e na jurisprudência que, naturalmente, inspirou o legislador.

Vale mencionar duas construções teóricas distintas acerca da natureza dessa categoria de situação subjetiva. A teoria monista, inspirada na Lei Fundamental de Bonn, afirma a existência de uma única situação jurídica de personalidade: um direito geral de personalidade que seria suficiente para abrigar todos os atributos porventura violados. A adoção da teoria monista torna desnecessária a tipificação de situações de vulneração da pessoa porquanto qualquer uma delas possui proteção jurídica. Por negar a multiplicidade de direitos da personalidade, a teoria monista é, também, conhecida como Teoria do Direito Geral de Personalidade.

A teoria pluralista afirma que há tantos direitos da personalidade quantos são as projeções e os atributos da pessoa. Implica, portanto, na existência e na tipificação de múltiplos direitos subjetivos. À evidência, o Código Civil brasileiro orientou-se pela pluralidade e não pelo monismo sem, contudo, ater-se a tipificação fechada dos direitos da personalidade. A técnica utilizada pelo legislador brasileiro também está presente na tipificação dos contratos, porquanto a existência de tipos legais não exclui a criação de novos tipos contratuais pela vontade das partes. Do mesmo modo, a tipificação de direitos da personalidade não exclui o reconhecimento de outras situações jurídicas subjetivas nascidas de normas gerais de proteção à pessoa, constitucionais e infraconstitucionais.

Não se pode ignorar que a interpretação desse código parte da premissa de que a ordem jurídica é um sistema aberto de normas, podendo abarcar novas construções jurídicas de proteção à pessoa.

Seria interessante indagar se uma teoria é superior ou mais importante que a outra. Na realidade elas embasam técnicas legislativas distintas, mas que podem levar à mesma eficácia social.

A escolha da teoria monista, pela Lei Fundamental de Bonn, naquela época, é perfeitamente compreensível e justificada. Não havia uma construção jurídica anterior de respeito à pessoa humana a ser consagrada pelo legislador. Havia, sim, uma necessidade de a Alemanha reconquistar a credibilidade internacional e curar as feridas do seu próprio povo com o compromisso de respeito à humanidade em qualquer situação. E é exatamente isso que

a Teoria Geral do Direito da Personalidade viabiliza ao proteger todos os aspectos da pessoa, independentemente de previsões específicas.

Por outro lado, é perfeitamente compreensível e justificada a escolha do legislador brasileiro pela teoria pluralista que teve, no entanto, o cuidado de afastar a tipicidade fechada, harmonizando-se com o disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República. Adotar a tipicidade fechada de direitos da personalidade em lei ordinária resultaria em disposição eivada de inconstitucionalidade.

Feitas essas considerações, passamos a analisar em uma das situações mais frequentes de violação dos direitos da personalidade da pessoa idosa, no âmbito da integridade física: os maus tratos por cuidadores e familiares.

4 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

Selecionamos um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹ que demonstra o descaso para com o idoso e que abarca várias situações de desrespeito aos direitos da personalidade, sobretudo no que diz respeito à integridade física:

MEDIDA DE PROTEÇÃO AO IDOSO - SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE RISCO À SAÚDE E A DIGNIDADE - AUSÊNCIA DE CUIDADOS BÁSICOS JUNTO A FAMÍLIA - ABRIGO EM ENTIDADE - NECESSIDADE DEMONSTRADA. Estando comprovado nos autos que a senhora idosa, apesar de viver na companhia de filho e nora, sofria de maus tratos, privada de alimentação, higiene e saúde, patente a situação de risco, a justificar a medida de abrigamento em entidade assistencial, prevista no artigo 45 da Lei n.º 10.741/03. O Município, nos termos da Constituição Federal, tem o dever juntamente com a família e a sociedade de amparar os idosos,

¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do estado. Apelação Cível n. 1.0245.07.126964-2/002 - 1269642-25.2007.8.13.0245 (1). Relatora: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=14&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=maus%20tratos%20idoso&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

criando estabelecimentos adequados para o seu abrigamento ou mesmo arcando com os custos de uma entidade particular.

Após denúncia, o Ministério Público instaurou "Procedimento para Verificação de Situação de Risco e Aplicação de Medidas específicas de proteção" à idosa Tereza Pereira de Souza. Chegou ao conhecimento do MP que a idosa estaria sendo negligenciada pela família, residindo em um cômodo na casa de um filho, sem alimentação e cuidados higiênicos. Foi noticiado, também, que ela recebia benefício de prestação continuada. Além de reter o benefício de sua mãe, o filho contraiu empréstimo consignado em nome da idosa, o que inviabilizou o abrigamento da referida senhora em instituição de longa permanência. Verificada a situação de risco, o MP requereu a aplicação de medida específica de proteção dentre as previstas no rol do artigo 45, do Estatuto do Idoso.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância, com a determinação de abrigamento da idosa à custa do Município de Santa Luzia em instituição privada ante a ausência de instituição pública para esse fim. A entidade pública apelou da decisão sustentando a incidência da teoria da reserva do possível, argumentando, ainda, que o benefício de prestação continuada fora restabelecido e, assim, a própria idosa teria condições de arcar com sua estadia em casa de repouso.

Como pedido sucessivo, em caso de entendimento da Corte pela participação do Município no sustento da idosa, que fosse determinado, apenas, a continuidade da entrega da cesta básica, fraldas geriátricas e remédios da lista básica de medicamentos.

O Tribunal manteve a decisão lastreando-se nas normas constitucionais de proteção ao idoso, a saber:

Art. 229 da CF Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230 da CF. 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.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

Invocou a Corte Mineira, também, as seguintes disposições do Estatuto do Idoso:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I - atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II - preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III - destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V - priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

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

IX - prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

Da legislação transcrita facilmente se visualiza os direitos da personalidade do idoso que foram violados no caso relatado, em razão dos maus tratos infligidos.

O direito à saúde foi desrespeitado porquanto a idosa foi privada de atendimento médico-hospitalar e de medicamentos necessários, tendo em vista a precariedade de sua condição física. Tanto assim que o Município, mesmo recorrendo da decisão de primeiro

grau, tomou as medidas imprescindíveis para zelar pela saúde da idosa, através de atendimento domiciliar e em hospitais, com o devido tratamento de infecção urinária e da seqüela no membro inferior ocasionada por uma queda.

Os direitos ao mínimo existencial e à integridade física foram completamente ignorados pelos familiares. É estarrecedora a situação relatada pelo acórdão: a idosa vivia junto a seu filho e nora, contudo, sem alimentação, cuidados de higiene e desidratada; vivia praticamente sozinha em cômodo com odor insuportável e, durante dias, permanecia utilizando a mesma fralda; muitas vezes ficava no chão, sem ter condições físicas de se levantar ou de andar.

Está claro que a idosa vivia em situação de abandono moral e material, ainda que cercada por familiares.

Não menos importante salientar que o comprometimento da renda da idosa foi resultado direto da ação de seu filho que a levou a contrair empréstimo consignado, impossibilitando-a de receber o benefício de prestação continuada, que deveria ter sido utilizado para satisfação de suas próprias necessidades. Vê-se, nas entrelinhas, a violação do direito de liberdade, pois não há como admitir, na situação em que se encontrava, que a contratação do empréstimo fora um ato decorrente do exercício de autonomia patrimonial da idosa.

Em uma situação de tanto desamparo e descaso, como esta, não há como manter a idosa junto à família, e foi o que determinou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Casos como esse são mais comuns do que se imagina.² É frequente identificarmos, tanto na jurisprudência quanto nos locais de abrigamento de idosos, relatos de situações de

² AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MEDIDA DE PROTEÇÃO AO IDOSO. ABRIGAMENTO. IDOSA COM SÉRIOS PROBLEMAS DE SAÚDE. AGRESSÕES OCORRIDAS. MAUS TRATOS CARACTERIZADOS. DEVER IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE ZELAR PELO BEM-ESTAR E VIDA DO IDOSO. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO.

Medida de proteção ao idoso ajuizada pelo Ministério Público, objetivando o abrigamento temporário da idosa, às expensas do Município, em razão de viver em péssimas condições, sofrendo inclusive maus tratos por parte de familiares.

A protegida possui sérios problemas de saúde, como paralisia infantil, AVC isquêmico, cardiopatia, depressão, dentre outras moléstias.

Prova nos autos que evidenciam a situação precária em que se encontra a idosa.

O art. 230 da Constituição Federal protege o idoso, a fim de defender a sua dignidade, garantindo-lhe bem-estar e direito à vida, impondo um dever à família, à sociedade e ao Estado (lato sensu), de zelar por ele, não cabendo ao Município se eximir deste dever.

Agravo de instrumento desprovido.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do estado. Agravo de Instrumento n. 70058821703. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Data de Julgamento: 28/05/2014. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70058821703%26num_processo%3D70058821703%26codEme>

risco e violação à integridade física da pessoa idosa. Faltam cuidados básicos, tais como higiene, alimentação e saúde. O idoso sofre com o isolamento social e a omissão da família, quando não é vítima de agressões verbais e físicas. Vivendo assim, o medo e a tristeza povoam a sua alma.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. In: *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 105/118.

FIUZA, César; COUTO E GAMA, André. Teoria geral dos direitos da personalidade. In: FIUZA, César (coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: IOB, 2007, vol. 2, p. 9/29.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. Responsabilidade civil por dano aos direitos da personalidade: um enfoque eminentemente jurisprudencial. In: FIUZA, César (coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: IOB, 2007, vol. 2, p. 195/247.

HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, serie 4, anno 76, p. 620/650, out./dez 1999.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, no prelo.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do estado. Apelação Cível n. 1.0245.07.126964-2/002 - 1269642-25.2007.8.13.0245 (1). Relatora: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=14&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=maus%20tratos%20oidoso&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do estado. Agravo de Instrumento n. 70058821703. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Data de Julgamento: 28/05/2014. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70058821703%26num_processo%3D70058821703%26codEmenta%3D5789925+maus+tratos+idoso&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70058821703&comarca=Comarca+de+Veran%F3polis&dtJulg=28-05-2014&relator=Newton+Lu%EDs+Medeiros+Fabr%EDcio>. Acesso em: 19 jun. 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011