

O QUE FAZER PARA CONCRETIZAR A POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO?

Eduardo Camargos Couto¹

O trabalho, que é uma espécie de porvir, se resolve no emprego dos meios para atingir um fim. A coincidência do seu resultado com o propósito depende da adequação dos meios aos fins; em outras palavras, de escolhê-los bem e utilizá-los com habilidade. Caso se possua tal qualidade, a ação é útil e frutífera, ou inútil e infrutífera. Tal coincidência é o que é chamado de êxito.²

Francesco Carnelutti

1 INTRODUÇÃO

A julgar por vários dos capítulos deste livro, em especial o que avalia a efetividade da Política Nacional do Idoso (PNI), conclui-se que esta política ainda não existe plenamente no plano real, material, tal como idealizaram seus redatores na lei que a dispôs – Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.

O norte da PNI é a conquista de uma velhice melhor para todo cidadão brasileiro, com mais autonomia, saúde, maior participação no mercado de trabalho, melhores condições de vida, mais felicidade. Contudo, para que a PNI seja levada a efeito, são necessárias ações complementares para efetivar valores da sociedade instrumentalizados na lei, de modo que os cidadãos desfrutem com qualidade os anos a mais advindos com o aumento da expectativa de vida.

Quais seriam essas ações? Este texto discorrerá sobre algumas providências importantes, como o emprego da legística, ciência do direito que orienta todo o ciclo de efetivação de uma lei, desde o seu planejamento, os meios necessários para a sua implantação, a medição dos seus possíveis impactos na sociedade antes mesmo de a lei entrar em vigor, até o monitoramento de sua execução e de seus

1. Advogado; e mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

2. "El obrar que es una especie de devenir se resuelve en el empleo de los medios para alcanzar un fin. La coincidencia de su resultado con el propósito depende de la adecuación de los medios al fin; en otros términos, de escogerlos bien y de usarlos diestramente. Según se posea tal cualidad, la acción es útil y fecunda o inútil e infecunda. Tal coincidencia es lo que suele llamarse éxito" (Carnelutti, 2011, p. 1, tradução nossa).

efeitos. As etapas de construção da lei propostas e defendidas por Caupers (2003) possibilitam uma sistematização prática do processo de construção da lei – sendo este também o exercício que balizou este artigo.

Traçaremos, além disso, considerações sobre a necessidade da participação daqueles que sofrerão os impactos da lei, os cidadãos, em todas as etapas do ciclo de vigência da lei, citado anteriormente. Participação por meio da legítima e constitucional representação dos conselhos, que exercem o papel de controle social sobre as ações governamentais. Outro importante papel nesse processo de construção da lei cabe ao Ministério Público, guardião do cumprimento da lei tanto pelo Estado quanto pelo cidadão, exigindo que a PNI seja respeitada e efetivada.

2 O INTERESSE DA LEGÍSTICA

O jurista Carnelutti (2011) sintetiza de forma brilhante o sentido das normas em termos gerais, em especial o daquelas que regem as políticas públicas: construir o que “deve ser”, o desejado, a evolução de uma situação objetiva atual para uma situação futura melhor. O autor nos lembra que atingir a situação-objetivo é resultado de uma construção, de um processo, e que a lei, na sua formalidade, serve apenas como orientação, expressando a intenção, o planejamento, o valor que a sociedade quer ver concretizado no mundo real. Dizer que a materialização de um valor é resultado do emprego dos meios adequados, utilizados, trata-se de uma verdade inquestionável, por ser de uma lógica transparente. No presente caso, isso passa por utilizar as ferramentas da legística, ciência jurídica que define as precondições e as metodologias necessárias para que as legislações em geral, em especial as de políticas públicas, como a PNI, sejam levadas a efeito.

A legística é um saber jurídico composto por princípios, métodos e técnicas que visam melhorar a eficácia da legislação e a comunicação legislativa por meio de instrumentos, tais como avaliação legislativa e técnicas para melhor compreensão e aplicação dos textos legislativos (Soares, 2004). Esta doutrina da legislação investiga as possibilidades e os limites de uma elaboração e de um tratamento científico da legislação. Por isso, seu âmbito de atuação situa-se na interseção entre o direito público, a teoria do Estado e a ciência política. Sua finalidade é melhorar o nível de eficácia das leis, que devem ser mais bem redigidas, resultando em um menor número de normas e de modificações (Soares, 2004). Para fins da legística, a eficácia da lei é medida pelo alcance dos objetivos que motivaram a sua criação, uma avaliação em que se mede o grau de cumprimento da norma pelos atores sociais.

Segundo Delley (2004, p. 1), um dos grandes princípios dessa ciência é: “antes de redigir a lei é preciso pensar a lei”. Este autor propõe uma metodologia de problematização do impulso legiferante que consiste na definição dos seguintes aspectos.

- 1) Natureza: em que consiste o problema?
- 2) Causas: a quem atribuir o problema? Em que condições ele surgiu e quais são suas causas?
- 3) Duração: o problema é permanente ou temporário?
- 4) Dinâmica: pode-se observar uma evolução do problema (ciclos, regularidade, agravamento)?
- 5) Meios envolvidos: quem é afetado pelo problema e de que maneira, direta ou indiretamente?
- 6) Consequências: o que ocorreria caso os atores e os setores envolvidos se omitissem?

A título de exemplo, o Relatório Mandelkern (2000) oferece ao mundo o que alguns denominam carta de princípios da legística.

O princípio da necessidade determina que um ato normativo só deve ser adotado se for absolutamente essencial para a aplicação de uma nova política.

O princípio da proporcionalidade estabelece que qualquer ato normativo deve basear-se num equilíbrio entre as vantagens que oferece e os condicionamentos que impõe.

O princípio da transparência determina que todo o processo conducente à adoção de certa legislação deve poder ser de conhecimento público.

O princípio da responsabilidade diz respeito à preocupação que deve existir com a aplicabilidade dos atos normativos.

O princípio da inteligibilidade determina que a legislação deve ser coerente, compreensível e acessível àqueles a quem se destina.

O princípio da simplicidade determina que os atos normativos devem ser tão pormenorizados quanto necessário, e tão simples quanto possível.

Uma boa lei, que produza os efeitos desejados, pressupõe políticas e diretrizes claras, e a criação de um ambiente favorável. Portanto, uma estrutura administrativo-organizacional condizente com a capacidade de executar o serviço passa a ser condição para que a lei seja efetivamente observada. Isto confirma o pressuposto de que é comum haver relação entre a ciência da legislação – aqui tratada como legística – e a ciência da administração, uma vez que a lei é também um instrumento de realização de políticas, de concretização de planos, de prossecução de objetivos (Caupers, 2003).

Quando um problema é abordado sob poucas perspectivas e/ou por poucas pessoas, há mais chances de faltar bom senso na busca legislativa de soluções a problemas sociais. O embate saudável de interesses, principalmente observado em reuniões de trabalhos, traz para o processo de construção coletiva de uma lei

a lógica dos *pesos e contrapesos*, os quais tendem a equilibrar e dotar as soluções, a serem resolvidas por normas legisladas, com forte caráter de razoabilidade. Ou seja, as normas construídas coletivamente, por todos os interessados e afetados futuros pela norma, são as que têm maiores chances de surtirem bons impactos e solucionarem os problemas a que se propõem.

Uma lei como decisão administrativa é cada vez menos uma manifestação unilateral do poder, e sua aprovação passa por complexas negociações e transações, dentro e fora das esferas de poder. Por isso mesmo, a elaboração da lei deve sempre, em maior ou menor medida, refletir uma composição equilibrada de interesses públicos e privados (Caupers, 2003).

No processo de elaboração de uma lei, deve-se procurar uma convergência de interesses na prossecução dos interesses públicos e privados, selando, ao final, o que se define como *pactuação*, ou seja, o resultado de uma ampla e profícua negociação (Rivera, 2006). Portanto, frise-se, a orientação dos cientistas da legística é envolver o público-alvo da legislação na elaboração da lei. Caupers (2003, p. 34) observa: “a proximidade do autor do ato normativo relativamente aos destinatários do mesmo é um fator a tomar em consideração”.

Uma vez vencida a fase da redação da lei, que se enquadra no âmbito da *técnica legística*, com o texto da lei pronto – também chamado de minuta da lei ou anteprojeto –, é momento de se perguntar: a lei produzirá os efeitos desejados? Ou produzirá alguns efeitos perversos, piorando a situação que se verificava antes de sua entrada em vigor?

Antecipar as consequências da aplicação da lei é a chamada *avaliação prospectiva* (anterior à vigência da lei). Esta tenta calcular as hipóteses de êxito da intervenção, as resistências previsíveis, os efeitos perversos que ela pode acarretar, e refere-se, portanto, à análise do custo-benefício – vantagens e desvantagens decorrentes da medida legislativa (Morand, 1999).

Ressalva-se: a entrada em vigor da lei não é suficiente para produzir os efeitos pretendidos por ela. Há necessidade de prever recursos administrativos (estrutura organizacional) e financeiros para aquisição de instrumentos ou capacitação dos funcionários responsáveis.

Assim, após este percurso de construção legislativa orientado pela legística, passa-se à fase da aplicação da lei. Neste ponto, devem-se criar instrumentos de vigilância das normas estabelecidas, de modo a estabelecer um sistema de monitorização.

Outros movimentos necessários para implementar a lei são a sua ampla divulgação junto aos seus destinatários e o fomento ao controle social, na busca da efetivação de direitos a que a nova lei se propõe.

3 A QUESTÃO DO CONTROLE SOCIAL

O papel do controle social no resultado ou não de políticas públicas é de relevante importância. Ao tratar as formas de exercer o poder e a democracia, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) introduz a participação cidadã como uma forma de controlar a ação dos governos. Maués (1998, p. 183) assim argumenta:

portanto, as formas pelas quais o povo pode controlar o governo, seu grau e qualidade, tornam-se os aspectos centrais no exame do caráter democrático de um regime político (...). A partir disso, poderíamos estabelecer uma escala da participação, em que o grau máximo estaria na tomada de decisões políticas pelo povo, e o grau mínimo, na eleição periódica de representantes como a única decisão tomada pelo povo.

Como o sanitarista Paulo Fortes, partimos do princípio de que o controle social se efetua no exercício da vontade autônoma da coletividade, partilhando-se o poder de decidir questões públicas (Fortes, 2006). Lembra-nos o autor que, em um contexto de múltiplos e divergentes interesses, a presença de diversos segmentos da sociedade nas decisões do aparelho de Estado constitui uma forma de garantir o direito de tornar o Estado efetivamente coisa pública.

No caso da PNI, o *Relatório de Gestão do Conselho Nacional de Direitos do Idoso* (gestão 2010-2012) descreve assim o cenário interno do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI) (Brasil, 2012, p. 20).

O CNDI atua na função de controle democrático e de representante do interesse de toda a população brasileira, pessoas idosas e não idosas que trilham o mesmo caminho que resulta da duração da vida: envelhecem.

Portanto, ao CNDI cabe insistir e exigir o reconhecimento do Estado e da sociedade sobre todas as questões afetas ao envelhecimento e à velhice. Para alcançar sua visão/missão, o CNDI necessita relacionar-se com seus públicos de interesse, diretamente por meio de iniciativas e ações que garantam sua efetividade, tanto no ambiente interno (plenário, comissões, secretaria e colaboradores) quanto no ambiente externo (ministérios, conselhos, Ministério Público, poderes Legislativo e Judiciário).

A seguir, o relatório denuncia a insuficiente estrutura do CNDI, o que compromete o funcionamento do conselho no cumprimento de suas competências e atribuições legais no que tange ao controle social do Poder Executivo.

Atualmente, a secretaria do CNDI é vinculada à SDH [Secretaria dos Direitos Humanos] e conta com apenas dois funcionários: uma secretária executiva/coordenadora geral do CNDI, em cargo comissionado, e uma auxiliar administrativo, cedida pelo Ministério da Justiça. Cabe a essa secretaria executar o que o CNDI determina, conforme art. 40, I do Regimento Interno do Conselho.

No cenário interno do CNDI, dado o tamanho e a abrangência de sua responsabilidade, chama atenção a extrema fragilidade organizacional e operacional deste conselho para lidar com os múltiplos destinatários das políticas públicas (Brasil, 2012, p. 20-21).

Quanto à falta de autonomia administrativa e financeira do CNDI, o relatório explicita:

neste momento, fica claro que o CNDI está subordinado à SDH e não tem autonomia para manter pessoas que consideram mais capacitadas para seu quadro funcional, nem para destituir as pessoas incompetentes para o cargo (Brasil, 2012, p. 64).

Ao tratar do planejamento estratégico da entidade, além de fazer considerações sobre as dificuldades de relacionamento com a SDH e os diversos empecilhos governamentais para a realização de seus trabalhos, o relatório traz como exemplo a dificuldade para se organizar a terceira conferência. Assim, o texto deixa evidente que o governo cerceia as ações do conselho, desconsidera seu caráter deliberativo, em tudo para indicar o firme propósito de impedir a fiscalização e a participação da população no processo de concretização da PNI.³

Conforme temido e anunciado pelo CNDI, após a saída do secretário executivo do CNDI e da sua substituição por pessoas da confiança da SDH, o clima era de grande tensão entre o CNDI e a SDH, posto que a pessoa que o substituiu entre abril de 2011 e agosto de 2011 não acompanhava as reuniões da comissão organizadora da terceira conferência, não encaminhava as decisões dessa comissão dentro da própria SDH e não acatava as determinações do CNDI, deixando explícito o seu papel de defesa dos interesses do gestor federal. As informações para os conselheiros eram difíceis, comprometendo o funcionamento do CNDI (*idem, ibidem*).

Outras providências governamentais com o fito de impossibilitar ou regular o funcionamento do CNDI foram: *i*) adiar ou mesmo não publicar as resoluções do conselho; *ii*) mudar a “subordinação” deste a vários órgãos governamentais diferentes durante toda a sua existência, em desrespeito ao princípio da continuidade que pauta a administração pública; e *iii*) mudar o gestor, cargo administrativo que deveria ser de escolha do próprio conselho, estando a ele subordinado. Na prática, o gestor é escolhido pela SDH, sendo subordinado ao gestor desta secretaria, o que confirma a falta de autonomia do CNDI. O propósito de tudo é provocar a descontinuidade dos processos e das articulações do CNDI.

Desde a publicação da Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994), a gestão federal da política já esteve no Ministério da Previdência e Assistência Social, no Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, no Ministério da Justiça/Secretaria Especial de Direitos Humanos e, desde março de 2009, encontra-se sob a coordenação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (Decreto nº 6.800/2009). É importante compreender que tal troca não se deveu a uma disputa ministerial pela política ou pela causa da pessoa idosa, e sim à dificuldade de vinculação da defesa do interesse do segmento idoso nas pastas por que passou, em que sempre figurou como uma política marginal (Brasil, 2012, p. 73).

3. Tantos boicotes por parte do governo para anular o controle social mereceram um título especial no relatório de gestão: *As pedras no caminho* (sugerimos que esta parte seja lida no próprio relatório).

Em outro trecho:

o gestor ao qual se vincula a Coordenação da Política/Direitos do Idoso também mudou três vezes e a cada mudança a promessa de que haveria apoio para a defesa dos direitos da pessoa idosa, porém, sem atuação próxima ao conselho e sem realizar a articulação interministerial prevista.

Outro fato a ser registrado é o espaço físico destinado ao CNDI. Diferentemente do que se poderia esperar para um conselho que tem finalidades tão relevantes para o povo brasileiro, o CNDI tem funcionado em espaços inadequados e incompatíveis com suas funções.

Finalmente, ao longo destes dois anos, e mais especialmente em 2012, o CNDI trabalhou sem que houvesse a degravação dos registros das plenárias, em razão de descontinuidade dos convênios da SDH com as empresas que realizam este serviço. Isso impediu a publicação de atas e dificultou o seguimento das pautas pelo conselho (Brasil, 2012, p. 65).

O relatório continua elencando uma série de desrespeitos por parte dos governos federal, estaduais e municipais, e do Distrito Federal às normas da PNI. Portanto, os documentos analisados não deixam dúvidas de que a PNI em muitos dos seus artigos esteja funcionando como letra morta, ou seja, existe formalmente, mas não é cumprida.

Ademais, no caso brasileiro, a participação dos cidadãos em conselhos ainda é muito incipiente. Elias (2002, p. 96) salienta:

o Brasil não conta com a tradição de participação da sociedade, (...) dos segmentos populares, trabalhando para o Estado, ou substituindo o Estado, no sentido de prestarem serviços voluntários. Os movimentos sociais no Brasil caracterizam-se por serem reivindicativos junto ao Estado, demandando serviços ou acessos a bens de consumo coletivos. (...) Mesmo nos casos em que a participação nessas instâncias colegiadas tem o caráter deliberativo, há resistência por parte dos representantes dos movimentos populares em assumir a corresponsabilidade junto com o poder público: esta continua sendo uma tarefa do “governo”, no geral personalizado no prefeito, no secretário de saúde, no diretor ou no chefe do serviço.

Na prática, a participação popular ainda é muito tímida. Os idosos de hoje ainda trazem a marca do silêncio imposto pela ditadura, são relativamente pouco contestadores e reivindicativos em seus direitos. Da mesma maneira, os conselhos de idosos são frágeis: estão operacional e paradoxalmente vinculados aos gestores da política pública, a quem deveriam fiscalizar, e agem de modo desarticulado, interna e externamente. Mesmo quando o assunto é de seu total interesse, como as instituições de longa permanência (Ilpis), não interagem com outros conselhos gestores (habitação, assistência social, saúde, direitos das pessoas com deficiências etc.) para incluir este tema e o envelhecimento populacional nas pautas e nas agendas políticas dos gestores.

Obviamente, o processo de fortalecimento e emancipação dos conselhos de idosos está apenas no princípio. Há muito por fazer, a começar pela mobilização de entidades e movimentos de trabalhadores, idosos, aposentados e pensionistas, para participar e exigir respeito aos direitos dos idosos. É preciso não se fiar no cansativo discurso da falta de orçamento ou verbas para o segmento, nem no da ineficiência da administração pública. Devem-se criar conselhos de idosos onde estes ainda não existam,⁴ com a autonomia financeira e a infraestrutura administrativa – recursos humanos e físicos – necessárias para seu ótimo funcionamento.

4 A ANÁLISE DA PNI UTILIZANDO-SE COMO CRITÉRIO AS RECOMENDAÇÕES DA CIÊNCIA JURÍDICA “METÓDICA LEGÍSTICA”

A metódica legística recomenda fazer uma pesquisa para se conhecerem os efeitos de uma lei no mundo fático, desde o início da sua vigência até os dias atuais. Ou seja, por meio de uma pesquisa retrospectiva, procura-se saber o grau de efetividade de uma legislação.⁵ A pergunta a ser respondida é: quais os efeitos dessa lei? Esta questão envolve duas perspectivas: a processual e a de resultados. Delas decorrem os seguintes objetivos: *i*) identificar que processos, meios, estruturas e organização foram implantados para alcançar os efeitos desejados da lei; e *ii*) verificar os seus resultados e efeitos.

Para o professor português Canotilho (1996), a parte mais significativa do objetivo da metódica da legislação está justamente na avaliação retrospectiva da lei, aquela que é feita após algum tempo de vigência e aplicação desta. Como dito, a avaliação legislativa assenta-se na pesquisa científica dos efeitos da lei sobre a sociedade. Segundo Issalys (2004), a lei leva o plano político e administrativo à discussão jurídica, sendo seu objetivo principal a melhoria da ação do Estado no sentido de uma eficácia maior, de uma melhor eficiência ou de atenuação de seus efeitos negativos.

Políticas públicas nos Estados ocidentais só acontecem amparadas por lei, em obediência ao princípio da legalidade. Assim, no que diz respeito tanto aos aspectos metodológicos como às funções no processo de decisão política, não há diferença fundamental entre a avaliação legislativa e a avaliação das políticas públicas. É, pois, mais uma mera diferença terminológica a expressão de tradições e de interesses específicos da ciência jurídica e a das ciências política e administrativa.

Todavia, atribuir uma relação de causalidade entre o ato normativo e os seus efeitos ou impactos no domínio das ciências sociais é algo complexo, se comparado com o que ocorre nas ciências naturais. Nas ciências sociais, sobre as relações de causalidade, pode-se falar mais em probabilidades que em certezas, pois estamos no

4. Ver orientações em Brasil (2013).

5. O capítulo 17 deste livro é inteiramente dedicado a esta tarefa.

campo do comportamento humano e suas complexas relações sociais. Nas palavras de Mader (1991):

a maior dificuldade da avaliação retrospectiva da lei está no isolamento, entre todos os fatores que poderiam ter contribuído para a alteração de comportamentos ocorrida, daqueles que se não teriam verificado se não tivesse sido a existência da lei.

Apesar das limitações incontestáveis do instrumento, esta complexidade não nos deve, em contrapartida, levar a pô-lo de lado.

Para minimizar esta complexidade, Mader sugere que a avaliação parta dos objetivos do legislador e tente examinar se estes foram alcançados. Podem-se definir critérios para avaliar uma série de efeitos diferentes:

- intencionais ou não intencionais;
- previstos ou imprevistos;
- benéficos ou perversos;
- diretos ou indiretos;
- imediatos ou diferidos;
- concretos ou simbólicos; e
- efeitos de antecipação ou de retroação.

Essa avaliação dos atos normativos permitirá programar correções e modificações nos próprios atos normativos, nas estruturas administrativas, nos orçamentos dos governos, na capacitação de pessoas, para lhes garantir maior efetividade e eficácia.

Tendo por referência Mader, é importante lembrar que, para compreender e explicar o fenômeno legislativo, a ciência jurídica também deve necessariamente interessar-se pelo processo de criação das normas, por sua aplicação e seus efeitos, considerando a legislação como um processo dinâmico e reiterativo de interação entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, no decurso do qual diversos atores sociais ou políticos equacionam problemas e formulam expectativas em relação ao Estado.

Portanto, cumprir as etapas preconizadas pela ciência jurídica que estuda a feitura de boas leis (como diz a professora portuguesa Marta Tavez) é pré-condição inarredável para se elaborar uma lei que seja observada na prática, seja eficaz, que produza os efeitos desejados e seja efetiva. A pergunta que se faz aqui é: em que medida a PNI observou ou tem observado a metódica legística?

Caupers (2003) criou uma disciplina para estudar a “metódica da legislação”, estabelecendo como primeira etapa do percurso para se fazer uma boa lei a “análise

da situação de fato que é problematizada como um caso de falta, insuficiência ou desatualização da lei”. Neste sentido, são inquestionáveis tanto a necessidade quanto a oportunidade da PNI, posto que o Brasil experimenta um acelerado e intenso processo de envelhecimento populacional que desafia a sociedade e as políticas públicas a responderem às demandas dele decorrentes.

Além disso, Camarano (2013, p. 23) nos lembra que:

no caso de sociedades como a brasileira, às novas demandas trazidas pelo processo de envelhecimento se somam as necessidades sociais básicas não resolvidas como educação, saúde e segurança para o conjunto da população.

Contudo, do histórico da construção da lei da PNI registrado, percebe-se o envolvimento de alguns setores científicos e administrativos, bem como de movimentos sociais, mas inexistem registros para afirmarmos se a análise prospectiva (feita antes da lei entrar em vigor) da PNI foi realizada. Pela falta desta tradição legislativa no país, podemos afirmar que a construção da PNI não passou por esta importante etapa de construção legislativa. Esta análise pressupõe o conhecimento da realidade antes da entrada em vigor da lei, e, para tanto, todos os recursos de informação disponíveis à época deveriam ter sido utilizados. As condições necessárias à produção dos efeitos desejados deveriam ter sido previamente avaliadas, bem como a potencial reação dos destinatários da lei.

Outro ponto da PNI que diverge indiscutivelmente da orientação da legística é a falta de previsão financeira para a sua aplicação, questão que é apontada como um dos grandes gargalos para a efetivação desta política. Nas palavras da pesquisadora do Ipea Ana Amélia Camarano, referindo-se ao Estatuto do Idoso, um dos instrumentos legais da PNI:

muito embora as leis aprovadas no estatuto signifiquem grandes avanços no sentido de políticas sociais de inclusão dos idosos, não foram estabelecidas prioridades para a sua implementação (Mendonça, 2005) nem fontes para o seu financiamento (Camarano, 2013, p. 7).

Além disso, como política de estado, a PNI tem dificuldades de estabelecer e criar identidade. Basta lembrar que reiteradas vezes ela tem sido transferida de gestor federal, sem, contudo, ganhar em efetividade.

A última mudança resultou na sua transferência para a SDH, por meio de um decreto presidencial. Preliminarmente, observamos que o art. 1º do Decreto nº 6.800/2009⁶ transfere a coordenação da PNI para a SDH, *contrariando* a lei que determina, em seu arts. 5º e 8º:

6. Este decreto dá nova redação ao art. 2º do Decreto nº 1.948, que regulamenta a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, a qual dispõe sobre a PNI e cria o Conselho Nacional do Idoso (Brasil, 2009).

Art. 5º – Competirá ao *órgão ministerial responsável pela assistência e promoção social* a coordenação geral da política nacional do idoso, com a participação dos conselhos nacionais, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso.

Art. 8º – À União, por intermédio do *ministério responsável pela assistência e promoção social*, compete:

I – coordenar as ações relativas à política nacional do idoso.

O art. 24 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, dispõe sobre as competências da SDH.

À Secretaria de Direitos Humanos compete assessorar direta e imediatamente o presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária, bem como coordenar a política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), articular iniciativas e apoiar projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto por organizações da sociedade, e exercer as funções de ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias.

§ 1º Compete ainda à Secretaria de Direitos Humanos, sem prejuízo das atribuições dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), atuar em favor da ressocialização e da proteção dos dependentes químicos.

§ 2º A Secretaria de Direitos Humanos tem como estrutura básica o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, o Gabinete, a Secretaria Executiva, o Departamento de Ouvidoria Nacional e até 4 (quatro) secretarias (Brasil, 2003a).

Este decreto é ilegal por ferir os limites da sua competência regulamentar, contrariando a lei e criando o que os juristas chamam de direito novo. Um decreto não pode modificar o que uma lei determina, mas surpreendentemente esta ilegalidade está vigendo e, até o presente, não foi questionada por nenhuma entidade jurídica do país.

Portanto, fica claro que o Estado não assumiu a PNI como prioridade, uma vez que o orçamento público não garante os recursos específicos estabelecidos em lei; e não respeita o controle social legalmente instituído no que se refere a esta política. Tudo isso aumenta a responsabilidade do Ministério Público em exercer seu papel de guardião de direitos deste país, funcionando simultaneamente como um defensor da sociedade e um fiscal da lei, a fortalecer os mecanismos de controle

social no país (Pereira, 1961). Ele pode e deve atuar nas três searas: cível, criminal e política, obrigatoriamente na defesa dos direitos e dos interesses da lei.

5 O PAPEL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SEGUNDO A CF/1988

A promotora Iadya Gama Maio, em sua tese de doutorado, constata que os órgãos do Ministério Público, nas suas 27 unidades estaduais e na do Distrito Federal, relegam a questão da defesa dos direitos do idoso, numa lista de nove propostas, à sua última prioridade (Maio, 2016, p.131). Isso é fundamentado por outro resultado da pesquisa: a representação social da velhice, entre os promotores entrevistados, reproduz a da sociedade, ou seja, estes concebem a velhice como uma etapa da vida na qual o investimento para promover melhorias não se justifica. Assim, como na sociedade brasileira, a velhice sofre discriminação, e as pessoas resistem a tratar o tema. Uma das propostas da pesquisadora é fortalecer a atuação extrajudicial do Ministério Público; caso não consiga induzir as instituições à adequação às normas, esta não pode abrir mão de provocar o Judiciário, sob pena de perder sua competência. Além disso, o próprio Judiciário também precisa evoluir no sentido de se especializar no cuidado dos direitos da pessoa idosa, à semelhança do que já ocorreu com as varas de infância e juventude, de família, de meio ambiente, por exemplo.

No seu art. 27, a CF/1988 inova ao tratar o Ministério Público como órgão autônomo da administração pública e competente para “defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis” (Brasil, 1988). Sua função institucional é, segundo o art. 129, II: “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (Brasil, 1988).

Novas leis e novas causas têm fortalecido o papel do Ministério Público. Foi o caso do Estatuto do Idoso, o qual, à semelhança do que um dia ocorreu com a defesa do meio ambiente, do consumidor, da pessoa com deficiência, da criança e do adolescente, instrumentaliza o Ministério Público para exercer a tutela jurídica das pessoas idosas e a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso (artigos 73 a 92 do Estatuto do Idoso). Para o público não familiarizado com o direito, esclarece-se o sentido jurídico de cada um destes interesses a seguir.

O interesse é difuso quando os titulares do direito são todas as pessoas da coletividade que poderiam, podem ou poderão (inclusive gerações futuras) entrar em contato com risco que ameace ou despreze os seus direitos. Ou o perigo afeta todos ou não afeta ninguém; os sujeitos são indeterminados e indetermináveis. É como a contaminação da água de um rio: ela é indivisível porque a coletividade inteira estará exposta aos seus efeitos nocivos à saúde. Se evitado, porém, toda a coletividade ficará livre do perigo, não sendo possível identificar individualmente

aqueles que estarão a ele expostos. Não poluir a água é uma obrigação, expressa em lei ambiental, de saúde pública e no Código Penal.⁷

Os interesses coletivos em sentido estrito⁸ são aqueles cujos titulares são determináveis, mas o interesse coletivo é diferente da soma do interesse individual dos envolvidos. Por exemplo, se houver uma cláusula abusiva no contrato entre as Ilpis e os idosos nelas residentes, cada um destes, individualmente considerado, poderia propor ação própria para discutir a cláusula em juízo. Entretanto, há o interesse coletivo dos idosos residentes naquela Ilpi, o qual a lei considera indivisível. Assim, a decisão judicial ou beneficia todos os que se encontram na situação jurídica base, ou não beneficia ninguém.

Interesses individuais indisponíveis são interesses que, embora digam respeito a alguém em particular, referem-se a valores ou direitos cuja proteção interessa à coletividade como um todo. Não cabe escolha (indisponível). Por exemplo, por ser a vida e a sua preservação um valor caro à sociedade, qualquer tentativa de homicídio ou homicídio será obrigatoriamente apurado pelo Estado, sendo os responsáveis penalizados, independentemente do desejo da família ou da vítima em fazê-lo.

Interesses individuais homogêneos são interesses individuais agrupados por origem comum, que, por isso mesmo, podem ser objeto de tutela coletiva. Por exemplo, se determinado fornecedor divulga na mídia um produto farmacêutico que não contém o princípio ativo indicado no rótulo, e se este causar danos ao consumidor, haverá interesse difuso (indivisível e entre pessoas não identificadas) de todos aqueles que potencialmente foram expostos à propaganda. Entretanto, haverá interesse individual homogêneo daqueles que, tendo adquirido o produto, sofreram danos de fato (Gonçalves, 2012, p. 21).

6 OS INSTRUMENTOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITOS DOS IDOSOS INSTITUCIONALIZADOS

São cinco os instrumentos do MP.

- 1) Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) – visa proteger, entre outros, os interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, dispostos no art. 129 da CF/1988. O Ministério Público deverá estar presente como autor ou interveniente em qualquer ação deste tipo quando o assunto versar sobre interesses difusos ou coletivos dos idosos.

7. No interesse difuso há um *vínculo fático* comum entre as pessoas cujos direitos são desrespeitados. Não há uma relação jurídica comum entre os poluidores e os consumidores da água, apenas o *fato* de estarem potencialmente expostos ao risco.

8. No art. 81, parágrafo único, inciso II do Código do Consumidor: “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de *pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”, como um contrato de prestação de serviços, por exemplo (Brasil, 1990, grifo nosso).

- 2) Notificações recomendatórias – alertam o responsável pelo gerenciamento da atividade quanto à necessidade de adequação legal de sua conduta ante a constatação da ofensa a princípios constitucionais ou a norma positiva específica. Geralmente é estabelecido um prazo para adequação e, findo este período, caso a situação persista, opta-se pela via judicial.
- 3) Medida de proteção – estabelecida no art. 45 do Estatuto do Idoso, permite ao Ministério Público dar agilidade aos casos que muitas vezes não podem esperar até a apreciação judicial. Segundo os artigos 56 a 60 do mesmo estatuto, o representante do Ministério Público, ao verificar ameaças ou violações ao direito do idoso, poderá determinar: *i*) o seu encaminhamento à família ou ao curador, mediante termo de responsabilidade; *ii*) orientar o idoso, apoiá-lo e acompanhá-lo temporariamente; *iii*) expedir requisições para tratamento de sua saúde; *iv*) incluir o próprio idoso ou a pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas; *v*) abrigar em definitivo ou temporariamente o idoso em entidade; *vi*) redigir recomendações, instaurar inquérito civil e termo de ajustamento de condutas (TAC); *vii*) fiscalizar as entidades de atendimento; e *viii*) instituir medidas administrativas (Brasil, 2003b).
- 4) TAC – documento extrajudicial em que estão colocados os termos acordados entre o Ministério Público e as partes, com previsão de multa revertida aos fundos de financiamento das políticas públicas em caso de não cumprimento de alguma determinação.
- 5) Transações relativas a alimentos⁹ – segundo o art. 14 do Estatuto do Idoso, trata-se de um termo de compromisso assinado entre o Ministério Público e as partes, o qual passará a ter efeito de título executivo extrajudicial. Não tendo condições econômicas de o idoso, ou os seus familiares, promover o seu sustento, será imposto ao poder público este ônus, no âmbito da assistência social (Brasil, 2003b).

Quando alguma entidade cometer infração que coloque em risco os direitos assegurados pela PNI ou pelo Estatuto do Idoso, compete ao Ministério Público tomar as providências cabíveis (advertir e multar¹⁰, no caso de entidade privada, e recomendar o afastamento provisório ou definitivo do dirigente da entidade), bem

9. *Alimentos* é a denominação de um instituto jurídico que vai além do significado comum da palavra; juridicamente, alimentos significa sustento. Os alimentos/sustento serão prestados ao idoso como estabelecido nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil e nos artigos 528 a 533, V, do Código de Processo Civil.

10. A multa só é cabível para os entes privados. No caso de a lpi ser pública, são elaborados relatórios solicitando ao ente público que aplique as mesmas sanções aos responsáveis pela conduta ilícita, sob pena de o Ministério Público denunciá-los à Justiça ou propor uma Ação Civil Pública. Outra opção viável é firmar um TAC, recurso muito utilizado.

como promover, sem a necessidade de processo judicial, a *suspensão das atividades ou a dissolução da entidade*, com a proibição de atendimento aos idosos a bem do interesse público.

Outra intervenção importante e disponível ao MP, mas ainda pouco utilizada, é a *responsabilização civil do Estado* na sua forma *subjetiva e objetiva*.

O art. 37, § 6º da CF/1988 consagra a responsabilidade *objetiva* das entidades de direito público; das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos integrantes da administração; das sociedades de economia mista, quando prestadoras de serviços públicos; e das sociedades jurídicas não integrantes da administração indireta (particulares delegados do Estado, como as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos). A responsabilidade civil objetiva do Estado decorre de ato positivo do Estado ou do agente que causa dano a terceiro.

A responsabilidade civil do Estado na forma *subjetiva* decorre da omissão estatal, principalmente na *faute du service*. Esta ocorre quando o Estado não cumpre a sua função de evitar o risco, ou seja, quando ele se omite de seu dever jurídico de agir para impedir o evento danoso. Neste caso, deve-se demonstrar a culpa administrativa ou a falta do serviço, como acontece com acidentes causados por fenômenos da natureza (por exemplo: um alagamento por acúmulo indevido de águas pluviais causado pela falta do serviço, pois não houve limpeza dos bueiros de escoamento e das galerias), ou com o comportamento inadequado de terceiros (por exemplo: furto ou roubo realizado na presença de policiais inertes), entre outras inúmeras situações.

Observe-se que a teoria da *faute du service* tem ampla aplicação no direito brasileiro, mesmo porque a legislação afirma que o Estado responderá por sua inércia, omissão ou falha na prestação de serviço público essencial, desde que devidamente caracterizadas. Este era e continua sendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a partir do caso julgado relatado pelo ministro Temístocles Cavalcanti em 1968, quando este decidiu que “a administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa”.¹¹

A doutrina de Mello (2010, p. 1013) resume a questão sob o ângulo da licitude, afirmando:

a responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de

11. STF – 2ª Turma – RE – Relator Temístocles Cavalcanti – j. 29 de maio de 1968 – RDA 97/177. Disponível em: <

negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou por falta de serviço. É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por imperícia, por imprudência, ao negligenciar a obrigação e atuar tempestivamente. Cumpre tão só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela.

Por fim, assevere-se que a suma do art. 37, § 6º da CF/1988 cria duas relações de responsabilidade: *i*) a do Estado e a de seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de natureza objetiva (em regra – teoria do risco administrativo), baseada no nexo causal, e de natureza subjetiva (só nos casos de omissão, segundo entendimento doutrinário prevalente – teoria da *faute du service*), calcada na culpa administrativa; *ii*) a do agente público causador direto do dano perante o Estado ou o delegado na prestação de serviço público, de caráter exclusivamente subjetivo, com base na culpa ou no dolo. É o que consta no art. 37, § 6º da CF/1988:

as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

É bom lembrar que o princípio da eficiência deve ser objetivamente observado pela administração pública dos entes federados (municípios, estados, Distrito Federal e União). Ele está expressamente previsto no artigo 37 da CF/1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Brasil, 1988).

Portanto, não há como os governos escusarem-se da obrigação de executarem qualquer política com eficiência comprovada por indicadores auferíveis e publicizados. Neste caso, não cabe o argumento de que os executivos (governos) têm a discricionariedade em fazer acontecer as políticas públicas. No caso da PNI, este argumento se mostra ainda mais débil, na medida em que ela chega ao cúmulo de nem mesmo existir na prática. Ou seja, não há discricionariedade por nenhum governo no Brasil em não promover as políticas públicas. A lei obriga todos os governos a serem eficientes na concretização das políticas públicas.

Ainda em relação à PNI, também chama atenção o fato de a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), até o presente, não ter feito uso de sua prerrogativa para ajuizar alguma ação civil pública com o intuito de cobrar do Estado o seu dever.

Concluindo, para que a PNI saia da formalidade do texto da lei e promova e assegure os valores e os anseios dos cidadãos por uma velhice boa e digna, é imprescindível o uso de metodologia recomendada pela legística, para planejar, executar, monitorar,

corrigir e melhorar a lei. É necessário também que a administração pública cumpra o dever constitucional de apresentar meios eficazes para promoção da PNI. Os cidadãos, exercendo de fato um controle social sobre os governos, por intermédio dos conselhos constitucionais, devem participar das decisões da administração pública em todas as fases orientadas pela legislação, além de fiscalizar e exigir que os governos cumpram com eficiência o que lhes é de obrigação. Por fim, o Ministério Público e a OAB devem empreender ativa atuação sobre entidades e Estado, para que se faça cumprir a vontade formalizada na PNI, pressionando o Estado no seu dever de criar meios suficientes para garantir o funcionamento efetivo desta política.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 4 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 maio 2003a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm>.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 out. 2003b.

_____. Decreto nº 6.800, de 18 de março de 2009. Dá nova redação ao art. 2º do Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996, que regulamenta a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 mar. 2009.

_____. **Relatório de gestão do Conselho Nacional de Direitos Humanos (gestão 2010-2012)**. Brasília: CNDI, 2012. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2013/04/26/15_35_24_362_Relat%C3%B3rio_de_Gest%C3%A3o_Conselho_Nacional_dos_Direitos_do_Idoso_Gest%C3%A3o_2010_2012.pdf>.

_____. **Quer um conselho?** Guia prático para a criação de conselhos e fundos estaduais e municipais de defesa dos direitos da pessoa idosa. Brasília: SEDHPR, 2013. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2015/04/cartilha-guia-prtico1.pdf>>.

CAMARANO, A. A. **Estatuto do Idoso**: avanços com contradições. Rio de Janeiro: Ipea, jun. 2013. (Texto para Discussão, n. 1840).

CANOTILHO, J. J. G. Estilo e norma constitucional. A propósito do direito constitucional técnico. **Instituto Nacional de Administração (INA)**, Oeiras, n. 16, p. 5-13, abr./jun. 1996.

CARNELUTTI, F. **Metodología del derecho**. Bogotá: Editorial Tenis S. A., 2011.

CAUPERS, J. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina metódica da legislação. **Legislação** – Caderno de Ciências da Legislação, Oeiras, n. 35, p. 1-61, out./dez. 2003.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escolado Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

ELIAS, P. E. Reforma ou contrareforma: algumas reflexões sobre as políticas de saúde no Brasil. *In*: ARANHA, M. I.; TOJAL, S. B. de B. (Org.). **Curso de especialização à distância em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal** – manual conceitual. Brasília: UnB; Fiocruz, 2002.

FORTES, P. A. C. Vigilância sanitária, ética e construção da cidadania. *In*: DE SETA, M. H.; PEPE, V. L. E.; OLIVEIRA, G. (Org.). **Gestão e vigilância sanitária**: modos atuais do pensar e fazer. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2006. p. 61-70.

GONÇALVES, M. V. R. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ISSALYS, P. **Langage et système des lois**: analyse critique du cadre législatif d'une institution administrative québécoise – rapport final du projet Morel présenté au Conseil de la Langue Française. Québec: Éditeur Officiel, 2004.

MADER, L. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito, legislação. **Legislação** – Cadernos de Ciência de Legislação, n. 1, p. 39-49, abr./jun. 1991.

MAIO, I. G. **Pessoa idosa dependente**: políticas públicas de cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MAUÉS, A. G. M. **Poder e democracia**: o pluralismo político na constituição de 1988. 1998. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAND, C. A. Formes et fonctions de l'évaluation législative. **Législation d'aujourd'hui**, n. 2, p. 79-104, 1999.

PEREIRA, C. M. da S. Parecer nº D-20, datado de 15 de junho de 1961. **Diário Oficial**, 20 jun. 1961.

RELATÓRIO MANDELKERN sobre a melhoria da qualidade legislativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Lisboa, n. 29, out./dez., 2000.

RIVERA, F. J. U. Negociação gerencial e liderança. *In*: DE SETA, M. H.; PEPE, V. L. E.; OLIVEIRA, G. (Org.). **Gestão e vigilância sanitária**: modos atuais do pensar e fazer. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2006. p. 71-88.

SOARES, F. M. **Teoria da legislação**: produção e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Safe, 2004.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

BRASIL. Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1994.

CAMARANO, A. A. (Org.). **Cuidados de longa duração para a população idosa**. Rio de Janeiro: Ipea, 2010.

MELLO, C. A. B. Formes et fonctions de l'évaluation législative. **Législation d'aujourd'hui**, n. 2, p. 79-104, 1999.

MORAND, C. A. Para uma metodologia da comunicação legislativa. **Cadernos de Ciência de Legislação**, n. 11, p. 19-34, out./dez. 1994.

