

GERSON EDUARDO FERREIRA ZANINI

Inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil

Bacharel em Direito

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS

2009

GERSON EDUARDO FERREIRA ZANINI

Inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil

Monografia apresentada ao Departamento de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Profº Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior e orientação geral do Profº Rubens Galdino da Silva.

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICIPIO DE ASSIS

ASSIS

2009

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de 2009

Assinatura

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior: _____

Examinador: Sérgio Augusto Frederico: _____

Dedicatória

Dedico esse trabalho aos meus pais Gerson (*in-memorian*) e Janes, a minha esposa Vânia e minha filha Fernanda, pois foram as pessoas que sempre estiveram ao meu lado e me deram animo no árduo caminho para o arremate de mais um objetivo em minha vida.

Agradecimentos

Acima de tudo agradeço a Deus, por ter me guiado e abençoado a minha caminhada para transpor mais este objetivo em minha vida, agradeço ainda aos professores do curso de Direito da FEMA que ao longo dos anos de estudo se tornaram grandes amigos, em especial, o Mestre e Orientador Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, pela dedicação e paciência durante as orientações para conclusão do presente trabalho sem as quais não teria alcançado a conclusão. Agradeço também aos amigos de sala, especialmente a Adriana pela grande amizade construída durante todos esses anos.

Resumo

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, vários foram os princípios Constitucionais conquistados pelos cidadãos, dentre os princípios destacamos o princípio da igualdade ou isonomia e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O objetivo dos referidos princípios visa assegurar direitos as pessoas, nomeadamente as pessoas do tema da pesquisa, ou seja, as pessoas com mais de sessenta anos (60) de idade. Os persistentes desrespeitos desses direitos por parte de nossos legisladores infraconstitucionais, fizeram que Tribunais, Juristas e a sociedade se mobilizassem, para ajustar o atual dispositivo (artigo 1641, inciso II do Novo Código Civil), a realidade dos dias atuais. Não deve as pessoas com mais de 60 anos de idade serem tratadas com indiferenças, da forma que está preceituado o dispositivo no Código Civil, essas pessoas são consideradas incapazes de livremente escolher o regime de casamento a qual pretendem.

Palavras-chave

Idoso – Estatuto do Idoso – Código Civil – Constituição Federal/1988 -

Abstract

With the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, several had been the principles Constitutional conquered by the citizens, amongst the principles we detach the beginning of the equality or isonomy and the Dignity of the Person Human being. The objective of the related principles aims at to assure rights the people, nominated the people of the subject of the research, that is, the people with more than sixty years (60) of age. The persistent disrespectes of these rights on the part of our legislators infraconstitutional, had made that Courts, Jurists and the society if mobilized, to adjust the current device (1641, interpolated proposition II, of the New Civil Code), the reality of the current days. It does not have people with more than 60 years of age to be treated with differences, of the form that is preceituado the device in the Civil Code, these people are considered incapable freely to choose the regimen of marriage which they intend.

Ke words

Aged – Statute of the Aged one – Civil Code – Federal/1988 Constitution

Sumário

Introdução.....	08
I – Histórico do Idoso no Mundo.....	10
1.1 – Idoso no Brasil.....	13
1.2 – Políticas do idoso.....	14
1.3 – Perfis dos idosos no Brasil.....	15
1.4 – O idoso no ano 2000.....	15
1.5 – Idosos responsáveis pelos domicílios.....	15
1.6 – Estatuto do Idoso.....	18
1.6.1- Principais pontos do Estatuto do Idoso.....	20
1.6.2 – Dos Direito Fundamentais (do direito a vida).....	21
1.6.3 – Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade.....	21
1.6.4 – Dos Direitos Previdenciários aos Idosos.....	21
1.6.5 – Dos alimentos.....	22
1.6.6 – Do Direito à saúde.....	23
1.6.7 – Da Educação, Cultura, Esporte e Lazer.....	24
1.6.8 – Da Habitação.....	25
1.6.9 – Prioridades na tramitação de processos no judiciário e administrativo.....	25
1.7.0 – Da proteção nos casos de violência.....	26
1.7.1 – Aspectos Penais – artigos 93 e seguintes do Estatuto do Idoso.....	26
II – Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Isonomia.....	28

2.0 – Dignidade da Pessoa Humana.....	28
2.1 – Princípios da Igualdade ou da isonomia.....	34
III – Obrigatoriedade do Regime da Separação de bens no matrimônio contraído por pessoas com mais de 60 anos de idade.....	38
3.0 – Dos regimes estipulados no novo Código Civil.....	38
3.1 – Do regime da separação de bens obrigatória.....	39
3.2 – Da inobservância das causas suspensivas.....	39
3.3 – Discussão Súmula 377 do STF.....	42
3.4 – Da inconstitucionalidade do regime da separação de bens obrigatória ao maior de 60 anos de idade.....	44
Conclusões finais.....	51
Referências.....	53

Introdução

O presente trabalho tem por escopo discutir a inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil Brasileiro, onde estabelece a obrigatoriedade do regime da separação de bens as pessoas que contraírem matrimônio com mais de sessenta anos (60) de idade.

O assunto é polemico, a pesquisa revelou que a tendência majoritária da doutrina é de ver a restrição estabelecida pelo legislador infraconstitucional às pessoas com mais de sessenta anos (60) de idade de forma inconstitucional, mas há opiniões diferenciadas.

O trabalho foi desmembrado em três (03) capítulos, sendo que no primeiro capítulo, foi abordado o histórico do idoso no mundo, o Idoso no Brasil, Política Nacional do Idoso, perfis do idoso no Brasil, O Idoso no ano de 2000 e por fim o Estatuto do Idoso.

O segundo capítulo foi utilizado para discorrer sobre os princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Isonomia, elucidando suas origens. Mesmo com os direitos Constitucionais assegurados na Constituição, o legislador ao constituir o novo dispositivo mais uma vez desrespeitou a Constituição Federal.

No terceiro capítulo discute-se a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas com mais de sessenta anos (60) de idade, imposição absurda, arbitrária e preconceituosa do legislador infraconstitucional.

O interesse pela pesquisa surgiu de minha experiência pessoal, que adquiri após trinta e cinco (35) anos de serviços prestados em Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, na maioria em preparo para habilitação de casamento.

Pude observar nestes anos de labor o inconformismo, a indignação das pessoas ao serem informadas que seria obrigadas por lei infraconstitucional sujeitarem-se ao regime da separação de bens obrigatória ao contraírem matrimônio.

A grande maioria protestava sobre a obrigatoriedade estabelecida pelo legislador por infringirem dispositivo infraconstitucional, enfim, mesmos inconformados, humilhados, desrespeitados em sua dignidade e em sua liberdade de escolha, acabavam por convolar núpcias.

Em todo o tempo em que me dediquei aos serviços cartorários nunca concordei com o dispositivo em questão, onde o Estado interferia na vida particular do cidadão, cerceando dessa maneira o direito de escolha, tratando de forma desigual as pessoas sujeitas ao regime obrigatório da separação de bens.

I – Histórico do Idoso no Mundo

A Organização das Nações Unidas (ONU) divide os idosos em três categorias: Pré-idosos entre 55 e 64 anos; idosos jovens entre 65 e 79 anos ou entre 60 e 69 anos para quem vive na Ásia e na região do Pacífico; e os idosos de idade avançada com mais de 75 anos ou 80 anos. Os idosos com mais de 80 anos de idade, são e vão continuar sendo do sexo feminino.

Com a elevação da expectativa de vida no mundo, a maioria dos países convive com idosos de várias gerações, possuindo dessa forma as mais variadas necessidades, exigindo com isso, políticas assistenciais diferenciadas. É fato inegável que a população mundial está ficando cada vez mais velha, a Organização Mundial da Saúde (OMS) prevê que, por volta do ano de 2025, pela primeira vez na história da humanidade teremos mais pessoas idosas do que crianças no planeta.

O principal motivo da elevação da expectativa de vida dá-se em virtude do avanço da medicina e a melhoria na qualidade de vida em países industrializados e desenvolvidos.

Nos países em desenvolvimento, as desigualdades sociais e econômicas em relação aos países industrializados são enormes, o desnível social incide nas condições de saúde da população.

A principal causa de mortalidade em países pobres ou em desenvolvimento são doenças infecciosas. Já nos países desenvolvidos, predominam os males degenerativos, como doenças circulatórias e câncer. (http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/preocupacao_futura.html) – acessado em 10/02/2009

Segundo as Nações Unidas, no ano de 2050 pessoas maiores de 60 anos de idade representarão 32% da população mundial, e como já enfatizada anteriormente superará o número de crianças.

Este aviso foi dado pela Divisão de População do departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, que apresentou informações comparativas sobre as conseqüências econômicas e sociais do envelhecimento da população.

Segundo a coordenadora do estudo Global sobre o Envelhecimento e a Saúde Adulta da Organização Mundial da Saúde (OMS) Somnath Chatterji: “Minha mensagem é que o envelhecimento da população é algo que deve ser abordado. Há uma mudança dramática que atingirá tanto o mundo em desenvolvimento como o desenvolvido”.

A Organização das Nações Unidas (ONU) delineou que o crescimento anual da população mundial é de 1,14%.

Atualmente, a população mundial é composta por 28% de crianças (menores de 15 anos), 18% de jovens (de 15 a 24 anos); e 44% de população economicamente ativa (de 25 a 59 anos); os idosos (acima de 60 anos) representam 10% da população. No entanto a Organização das Nações Unidas (ONU) prevê que o número de idosos de 60 anos irá triplicar, dos atuais 705 milhões, para quase 2 bilhões no ano de 2050.

A Europa é a região onde a população é mais velha, as pessoas idosas representam 21% do total, enquanto as crianças representam 15%. Em 35 anos a Itália será o segundo país onde haverá a maior população idosa, atrás apenas da Espanha, previu a coordenadora do estudo Global sobre o Envelhecimento e a Saúde Adulta da Organização Mundial da Saúde (OMS), Chatterji.

Na Europa há expectativa que os idosos constituam 35% da população total, no ano de 2050, já na América do Norte, que atualmente é a segunda região mais velha do planeta (com 17% de idosos), alcance 27% no mesmo ano.

Já a África, conta atualmente com uma população mais jovem, possui apenas 5% da população são idosos e 15% crianças. A ONU prevê que a África terá em 2050 uma parte da população jovem e anciã, nos moldes em que a América Latina e o Caribe possuem atualmente.

No momento a região da América Latina e do Caribe detém 10% da população com mais de 60 anos, com expectativa de um aumento de 24% no ano de 2050.

Chatterji declarou “Os países em desenvolvimento envelheceram antes de se tornarem”, e isso terá repercussões no plano social e econômico, o que tornará necessária uma maior assistência no financiamento de serviços de saúde.

Entretanto há expectativa que a população infantil diminua em terço e caia para 19% em 2050 nos países em desenvolvimento, nos países industrializados continuará nos 16% atuais. Dessa forma, a quantidade de pessoas idosas com relação à população economicamente ativa (25 a 59 anos de idade) aumentará tanto nos países ricos como pobres.

Nos países desenvolvidos, o número de idosos aumentará entre 32 e 62%, para cada 100 pessoas em idade economicamente ativa em 2050, em países em desenvolvimento passará de 13% para 34% no mesmo espaço de tempo.

(<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/O.,AA1514744-5602,00.html>) – acessado em 10/02/2009

O número de idosos no planeta é o maior em toda a história da humanidade, a maioria dos idosos concentra-se no continente europeu, em 1995 já eram de 578 milhões de idosos.

Há uma estimativa que daqui a 30 anos os idosos irão representar 40% da população na Alemanha, do Japão e da Itália que será o único país no mundo a ter mais pessoas acima de 65 anos do que com menos de 15 anos, até a metade do século XXI os países industrializados chegaram a este patamar.

Nos países desenvolvidos a média de vida dos homens no ano de 2050 será de 87,5 anos, e 92,5 para mulheres (contra 70,6 e 78,4 anos em 1998), nos países em desenvolvimento a média será de 82 anos para homens e 86 para mulheres, 21 anos a mais do que nos dias atuais, que é de 62,1 e 65,2.

O número de idosos tende a aumentar em escala mundial, e esse aumento se dá em razão do aumento da taxa de fecundidade, na década de 1960, a taxa de fertilidade era maior que a atual.

Na atualidade a mulher tem metade ou menos dos filhos que a geração de sua mãe costuma a gerar, outro fator da redução da fecundidade é a medicina preventiva, programas voltados à qualidade de vida.

(http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/idoso_no_mundo.html)-acessado em 11/02/2009

No ano de 1999, a Organização das Nações Unidas (ONU) recomendou que fosse o Ano Internacional do Idoso, em reconhecimento ao fato de que a população mundial está envelhecendo e isto pode significar também uma possibilidade de amadurecimento dos atos e das relações sociais, econômicas, culturais e espirituais da humanidade em geral, o que pode contribuir em muito para a paz e o desenvolvimento global do século XXI.

Com base no tema “Uma sociedade para todas as idades”, os países foram chamados a refletir, discutir e tomar ações para que pessoas idosas e também de todas as idades, vivam de maneira digna, com respeito a seus direitos (grifo nosso) e sempre observando as peculiaridades de cada faixa etária.

De forma sintética segundo a ONU, independência, participação, cuidado e possibilidade de auto-satisfação, são palavras-chave que devem estar presentes no meio de qualquer política destinada aos idosos em qualquer país do mundo.

(http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/ano_internacional_idoso.html)-acessado em 11/02/2009

O envelhecimento populacional é realidade universal, tanto em países desenvolvidos como em países emergentes, são apresentados estudos pela ONU e OMS, onde ilustram uma revolução demográfica mundial, desde o início do século até o ano de 2050.

O aumento de número de idosos, nos países emergentes, decorre de altos números de fecundidade durante as primeiras décadas do século passado, como já explanado a taxa de fecundidade nos países menos desenvolvidos teve redução somente a partir da década de 1960.

O envelhecimento, nos países europeus nas últimas décadas é em razão das altas taxas de fertilidade, ou seja, houve um grande número de nascimento de criança e, as taxas de mortalidade nos países desenvolvidos eram decrescentes em todos os grupos etários.

1.1 Idoso no Brasil

O Brasil, já foi considerado um país de jovens, hoje conta com cerca de 13,5 milhões de idosos, em duas décadas será o sexto país no mundo com o maior número de idosos, tais dados devem servir de base para que o governo e a sociedade previnam-se para essa realidade não tão distante.

As principais causas de envelhecimento do brasileiro são as reduções da mortalidade infantil, da taxa de fecundidade e da mortalidade causada por doenças infecciosas e parasitárias. Existe ainda no Brasil lacuna de expectativa de vida entre os entes federados, no Rio Grande do Sul e Santa Catarina a expectativa média de vida é de 70 anos, já no Estado da Paraíba a expectativa média de vida é menor que 50 anos.

As causas são as mais diversificadas, as principais, são os fatores econômicos e sociais.

No Brasil, o idoso no seu dia-a-dia enfrenta vários problemas, a perda do contrato de trabalho, desvalorização de aposentadoria, depressão, abandono da família, falta de atividades, enfim o idoso no Brasil é tratado de forma desigual, ferindo sobre maneira os preceitos fundamentais, garantidos na Constituição Federal.

1.2- Políticas do Idoso

É grande a desinformação sobre o idoso e o seu envelhecimento em nosso contexto social, na verdade o envelhecimento humano quase nunca foi estudado. Rara as escolas no país que criaram cursos para auxiliar as pessoas idosas, exemplo disso, não muito tempo atrás o médico que quisesse fazer especialização em geriatria tinha que fazer tal especialização na Europa.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou evidente a preocupação e atenção que deve ser dispensada ao assunto, quando inseriu em seu texto a questão: “Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”: III-IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O texto constitucional acima citado foi o marco inicial para a definição da Política Nacional do Idoso, traçando os direitos dos idosos e as linhas de ação do setor.

Somente após a criação da Política Nacional do Idoso, pro meio da Lei ordinária 8842 de 04 de janeiro de 1994, é que as faculdades passaram a adaptar-se, com o intuito de atender a determinação da lei, que previa a criação e existência de cursos de especialização em Geriatria e gerontologia Social nas Faculdades de Medicina no Brasil.

1.3 – Perfis dos idosos no Brasil

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas IBGE publicaram pesquisa “Perfil dos idosos responsáveis pelo domicílio no Brasil – 2000”, com informações sobre a população de 60 anos ou mais de idade, que não cessa de crescer.

Comparando os Censos observamos que em 1996 eram 16 idosos para cada 100 crianças; no ano de 2000, eram quase 30 idosos para 100 crianças.

1.4 – O idoso no ano de 2000

O IDOSO EM 2000

População	-----	-----	-----	14.536.029
Idosa total	-----	-----	-----	
Distribuição	-----	-----	-----	54,9%homens
por sexo	-----	-----		55,1%mulheres
Pessoas com	-----	-----	-----	

mais de 100 ----- **24.576**

anos -----

<http://www1.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/home.html>

A população idosa total era de 14.536.029, sendo distribuída por sexo, na proporção de 54,9% do sexo masculino, 55,1% do sexo feminino.

1.5 – Idosos responsáveis pelos domicílios

IDOSOS RESPONSÁVEIS PELOS DOMICÍLIOS

Total	8.964.850
Distribuição por sexo	62,4% homens
	37,6% mulheres
Média de idade	69 anos
Escolaridade média	3,4 anos de estudo
Rendimento médio	R\$ 657,00
http://www1.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/home.html	

Os idosos responsáveis pelo domicílio somavam em 2000, 8.964.850 idosos, cuja distribuição por sexo era na proporção de 62,4% sexo masculino, 37,6% do sexo feminino, com idade média de 69 anos, com escolaridade média 3,4 anos de estudo, tendo como rendimento médio R\$ 657,00.

Foi observado na publicação da pesquisa que as mulheres brasileiras possuem expectativa de vida, em média oito a mais que os homens, muitas idosas responsáveis pelos domicílios (93%) vivem sem o cônjuge, mesmo que ainda morem com os filhos ou outros parentes.

A grande maioria dos idosos brasileiros, responsáveis ou não pelo domicílio, vive nas grandes cidades, 81% nas áreas urbanas. As capitais com maior proporção são Rio de Janeiro (12,8%) e Porto Alegre (11,8%).

A média em anos de estudos de idosos da cidade de Niterói/RJ é de 8,2 anos, no Estado de Piauí, nos municípios de Barra de Alcântara e de Novo Santo Antonio, a média de estudo dos idosos é de 0,2 anos de estudo.

A pesquisa ainda mostra que 59,4% dos idosos responsáveis pelo domicílio, são analfabetos funcionais, haja vista que possuem menos de 4 anos de estudo.

A renda média dos idosos responsáveis pelos domicílios subiu de R\$ 403,00 para R\$ 657,00 entre os censos de 1991 e 2000. A principal fonte de renda é a aposentadoria, em ambos os sexos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE., a desigualdade de renda entre diferentes camadas da população idosa chamam a atenção, vejam:

Rendimento médio dos idosos do sexo masculino	R\$ 752,00
Rendimento médio dos idosos do sexo feminino	R\$ 500,00
Rendimento médio nas zonas rurais	R\$ 297,00
Rendimento médio nas zonas urbanas	R\$ 739,00
Rendimento médio na Região Nordeste	R\$ 386,00
Rendimento médio na Região Sudeste	R\$ 835,00

<http://www1.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/home.html>

Fontes:

<http://www.bernerartes.com.br/ideiasedicas/historia/idoso.html>)-acessado em 12/02/2009

Tragédia dos idosos no Brasil – <http://pt.shvoong.com/medicine-and-health/1857532-trag%C3%A9dia-dos-idosos-brasil/>-acessado em 12/02/2009

<http://www1.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/home.html-acessado> em 12/02/2009

Está demonstrado por meio da publicação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), que a Política Nacional do Idoso, implantada pela Lei acima citada caminha a passos morosos, para proteção dos idosos, quanto ao estabelecido na Constituição Federal que determina no artigo 230:

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 a vida (CF art. 30).

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

§2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

1.6 – Estatuto do Idoso

No País havia apenas a Política Nacional do Idoso, não existia a normatização ou uma política voltada para eles, à normatização aconteceu com a lei 10741/03, de 01 de outubro de 2003, a mencionada lei é mais conhecida como Estatuto do Idoso, entrando em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 2004.

A nova Lei 10741/03, contempla inúmeros benefícios aos idosos, inerentes a todo ser humano, tais como o 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, portanto, mais abrangente que a Lei 8842/94 (Política Nacional do Idoso). Não seria necessário que os direitos estabelecidos aos idosos viessem regulamentados com inclusão de penas severas para quem desrespeitar ou abandonar idosos.

A implantação do Estatuto do Idoso, vem amparar o texto Constitucional acima citado, o texto define que as famílias e o Estado têm o dever de proteger os idosos, assegurado à participação na sociedade, defendendo a dignidade, o bem-estar, garantir o direito a vida. O Estatuto do Idoso garante ainda, outros direitos aos homens e mulheres idosos, como: alistamento eleitoral e voto facultativo; não incidência em imposto de renda sobre rendimento advindos de aposentadoria e pensão pagos pela previdência social as

peças com mais de 65 anos de idade, ou ainda, aos aposentados por invalidez; assistência social, independentemente de contribuição para a seguridade social; férias concedidas de uma só vez aos maiores de 50 anos.

A Constituição Federal redigiu uma norma limitadora de como deveria o idoso ter os direitos respeitados, preceitua o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O Constituinte originário foi objetivo na elaboração do texto constitucional, o idoso não tinha sua cidadania respeitada, sendo necessária normatização de lei complementar para os idosos terem seus direitos assegurados.

Segundo entendimento de Martinez, os direitos às pessoas idosas deveriam ser respeitados independentemente de uma lei disciplinadora:

Com a Lei 10741/03 (Estatuto do Idoso) culminou-se o processo legislativo mediante o qual o Governo Federal tentou celebrar a relevância individual e social das pessoas com mais idade. Exercitou a obviedade, mas a medida se impunha diante da impossibilidade de muitos idosos, sozinhos alquebrados por doenças ou hipossuficientes, às vezes abandonados pelos parentes, por esforço próprio enfrentarem as afrontas cometidas pelos adultos, e pior ainda, até mesmo serem alvos dos mais jovens, que deveriam respeitá-los, pelo simples fato de que, sem eles, não teriam existido. (MARTINEZ, 2005, p.13). (NOVAES MARTINEZ, Wladimir. **Comentários ao Estatuto do Idoso. 2. Ed. São Paulo: Editora Ltr, 2005).**

Para o jurista Capez:

a partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, surgiu a necessidade de se estabelecer uma forma de controle, um sistema de coordenação e composição dos mais variados e antagônicos interesses que exsurgem da vida em comunidade, objetivando a solução dos conflitos desses interesses, que lhe são próprios, bem como a coordenação de todos os instrumentos disponíveis para a realização dos ideais coletivos e dos valores que persegue.

Sem tal controle não se concebe a convivência social, pois cada um dos integrantes da coletividade faria o que bem quisesse, invadindo e violando a esfera de liberdade do outro. Seria o caos.

Por essa razão, não existe sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*), desempenhando esta função ordenadora das relações sociais (controle social). O direito que aqui se trata é o direito material, cujo objeto é a regulamentação e harmonização das faculdades naturais do ser humano, em

prol da convivência social. (CAPEZ, 2005, p. 4). (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 12.ed.São Paulo: Editora Saraiva, 2005.**)

Dessa forma é inegável o reconhecimento de que o Estatuto do Idoso, como lei normativa, onde disciplina o relacionamento das pessoas com mais de 60 anos de idade na sociedade brasileira é de suma importância.

Então como já fora explanado surge a Lei 10741/03, para regular os direitos assegurados constitucionalmente as pessoas com mais de 60 anos de idade.

Ressalta-se que o Estatuto do Idoso tramitou durante seis anos pelo Congresso Nacional até a promulgação.

O artigo 1º da Constituição Federal declara que são princípios fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, (...) I- a soberania, III – a dignidade da pessoa humana. (CF artº 1º, I e III).

O idoso é ser humano, além de cidadão e, possuindo status de cidadão tem como consequência assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, o artigo 5º da Constituição Federal assegura o elencado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (CF – artigo 5º)”.

Sem distinção, citamos o princípio da dignidade humana por entendermos que tal princípio é o lastro de todos os outros princípios.

É comum nos depararmos com idosos classificados de velho, rabugento, inválido, caduco, candidato ao asilo e talvez o pior de todos proferirem ao idoso que a morte lhe espera. As classificações citadas são exemplos do quanto somos preconceituosos, uma vez que a maioria populacional no País é formada por jovens. Não podemos esquecermos que segundo pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE., que hoje são 13,5 milhões de idosos, e em duas décadas seremos o sexto País no mundo em número de idoso, a última pesquisa data do ano de 2000, Preceitua o Estatuto

do Idoso, em seu artigo 116: Serão incluídos nos censos demográficos dados relativos à população idosa do País.

Ressalta-se que, a última pesquisa foi realizada no ano de 2000, já se passaram quase uma década não temos com exatidão a população idosa no País, sabe-se que a população de idosos no Brasil não para de crescer. Segundo pesquisa da Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 2000 a população de idosos no mundo era de 705 milhões, com projeção de 2 bilhões de idosos no ano de 2050.

1.6.1 - Principais pontos do Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso tem por objetivo definir várias medidas, que visa à proteção ao idoso. Vale salientar que as outras medidas de proteção contidas no Estatuto sejam sem importância, no entanto destacamos a seguintes:

1.6.2 – Dos Direitos Fundamentais (do direito a vida)

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção é um direito social, cabe ao Estado garantir aos idosos o direito a vida, a saúde, através de políticas sociais, garantindo dessa maneira o envelhecimento saudável e com dignidade.

1.6.3 – Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

O artigo décimo garante aos idosos o amparo do Estado e da sociedade em lhes assegurarem a liberdade, a dignidade da pessoa humana, o respeito, conferindo-lhe sujeito de direito civis, políticos, individuais e sociais, garantidos no texto Constitucional.

Dentre os vários direitos, destacam-se a faculdade de ir e vir nos logradouros públicos e espaços comunitários, opinião, crença religiosa, diversão, práticas de esportes, participação na vida política, familiar e comunitária. É dever de todos salvaguardar pela dignidade do idoso, não permitindo qualquer tratamento desumano, vexatório, aterrorizante, violento, constrangedor.

Entretanto, a realidade é diferente do normatizado, vemos os direitos das pessoas com mais de 60 anos sendo desrespeitados por todas as camadas da sociedade brasileira, a começar pela própria família das pessoas com mais de 60 anos.

1.6.4 – Dos Direitos Previdenciários aos Idosos

O Instituto de Seguridade Social é o órgão governamental responsável pelos benefícios previdenciários, com relação às aposentadorias e pensões. Há um seguro do Instituto, que oferece abaixo custos, benefícios e vantagens que garantem a segurança do cidadão idoso e de sua família, é pago mensalmente, oferece ainda, os seguintes benefícios: Auxílio-doença; Salário-família; Salário-maternidade; Auxílio acidente; Pensão por morte; Auxílio-reclusão; Reabilitação profissional; Aposentadoria por idade; Aposentadoria por tempo de contribuição; Aposentadoria por invalidez; Aposentadoria especial.

Dos benefícios apontados, verifica-se que aquele que se destina, especificamente, aos idosos é: aposentadoria por idade. A Aposentadoria por idade é o benefício que atinge o segurado do INSS que completar 65 anos da idade se homem, ou 60 anos de idade se mulher, desde que cumprida à carência exigida para a concessão do benefício, 180

contribuições aos inscritos na Previdência Social a partir de 28/07/1991, para os inscritos anteriormente deverá ser obedecida tabela progressiva de carência.

Se a profissão exercida for a de trabalhador rural, o benefício pode ser concedido, quando completar 60 anos de idade para homem e, 55 anos idade para mulher, desde que comprove efetivo exercício na atividade rural, mesmo que de forma interrompida no período anterior ao requerimento do benefício.

O idoso tem direito a um benefício denominado de **AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E AO DEFICIENTE**, esse benefício consiste no pagamento de um salário-mínimo ao idoso com mais 67 anos de idade que não exerça atividade remunerada, tendo como pressuposto para fazer jus ao benefício renda familiar mensal per capita, inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo e que não esteja vinculado a nenhum regime de previdência social.

1.6.5 – Dos alimentos

Os alimentos serão prestados aos idosos na forma da lei civil,(lei 5478/69 – lei de alimentos).

Caso o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de suprir o seu sustento, caberá ao Poder Público o provimento, por meio da seguridade social, que garante as pessoas maiores de 60 anos de idade subsidio mensal para sua manutenção.

1.6.6 – Do Direito à Saúde

Todo o idoso terá direito ao atendimento preferencial no Sistema Único da Saúde (SUS).

Destaca-se que a distribuição de remédios é gratuita, especialmente os de uso diário e contínuo, bem como próteses, tratamento psíquico.

Os planos de saúde estão impedidos de praticar cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Na realidade não é isso o que acontece, os planos de saúde abusam na cobrança das pessoas com mais de 60 anos de idade, vejamos tabela simplificada de preços do plano de saúde individual de duas empresas que oferecem serviços de planos de saúde.

FAIXA ETARIA	ENFERMARIA	QUARTO
00-18	138,37	162,79
19-23	186,55	219,47
24-28	188,41	221,67
29-33	203,48	239,40
34-38	205,52	241,79
39-43...	248,19	291,99
=>59	830,14	976,66

<http://www.seguroesaudade.com.br/tabelas/golden-cros/pf.html>

acessado em 28-07-2009

FAIXA ETARIA	QUARTO COLETIVO	QUARTO INDIV.C/ACOMPANHENTE
00-18	106,42	124,66
19-23	137,28	160,81
24-28	148,26	173,67
29-33	160,12	187,56
34-38	176,13	206,32
39-43...	199,03	233,14
=>59	637,49	746,72

<http://www.seguroesaudade.com.br/tabelas/unimed/pf.html>

Todo o idoso internado ou em observação em qualquer unidade de saúde terá direito a acompanhante, pelo tempo apontado por profissional de saúde que lhe atende.

1.6.7 – Da Educação, Cultura, Esporte e Lazer

Todo idoso tem direito de acesso à educação, adequando currículos e material didático aos programas educacionais a eles destinados. Os cursos especiais para idosos terão que incluir conteúdos relativos às técnicas de computação, comunicação e demais avanços tecnológicos para sua integração à vida moderna.

Os idosos que participarem de atividades culturais (teatros, cinemas...) e de lazer (jogos de futebol...), farão jus a pelo menos 50% (cinquenta por cento), nos ingressos de eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, terá ainda acesso preferencial nos locais respectivos.

1.6.8 – Da Habitação

Quanto à habitação, é direito das pessoas com mais de 60 anos de idade, com previsão no artigo 37 § 2º, Capítulo IX, do Título II, que trata dos direitos fundamentais. Estabeleceu que toda instituição que se dedica ao atendimento do idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda a legislação pertinente.

A pessoa com mais de 60 anos de idade tem prioridade na aquisição de moradia própria nos programas de habitação dos governos federal, estadual e municipal. No mesmo capítulo o artigo 38, inciso I preceitua que nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição para

moradia própria, ficando os governos obrigados a reservarem três por cento (3%) das habitações construídas, com regras de financiamento, compatíveis com os proventos de aposentadoria ou pensão de cada idoso.

1.6.9 - Prioridades na tramitação de processos no judiciário e administrativo

Os idosos segundo o Estatuto do Idoso, é o maior de 60 anos de idade, é portando assegurado ao idoso à celeridade dos processos e procedimentos. O interessado na obtenção da prioridade, deverá fazer prova de sua idade, requerendo à autoridade judiciária o benefício da celeridade. O benefício concedido não cessará com a morte do beneficiário, o benefício será estendido em favor do cônjuge, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta anos.

A prioridade estende-se também aos processos e procedimentos da Administração Pública, em empresas prestadoras de serviços públicos, instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto a Defensoria Pública da União, Estados e Distrito Federal, em relação aos serviços de Assistência Judiciária.

Os artigos 127 e 129 da Constituição Federal delegam ao Ministério Público a defesa dos direitos coletivos da sociedade, incluindo-se idoso. O artigo 134 da Constituição Federal estabelece que na individualidade, os idosos desprovidos de condições financeiras devem contar com o apoio da Defensoria Pública.

1.7.0 – Da proteção nos casos de violência

O uso da violência contra a pessoa humana faz jus a uma resposta imediata do Estado e da sociedade em geral, por meio das legislações infraconstitucionais e constitucionais

que protegem o exercício da cidadania. Tanto a omissão do Estado como da sociedade em geral contribuirá para perpetuar formas de violência.

Os idosos são vítimas constantes dos mais vários tipos de violência, desde sua residência ou ainda, fora dela. As violências sofridas pelas pessoas com mais de 60 anos de idade vão desde a rejeição, insultos, espancamentos a maus tratos em transportes coletivos e filas.

1.7.1 - Aspectos Penais – artigos 93 e seguintes do Estatuto do Idoso

Dentre as normas penais inserida pelo Estatuto algumas tem acentuada importância, destacando-se sobremaneira:

- I) agravamento em 1/3 na pena para o homicídio culposo, quando a vítima tratar-se de pessoa maior de 60 anos de idade;
- II) agravamento em 1/3 na pena pelo crime de abandono , quando a pessoa acima de 60 anos de idade tiver sob guarda, cuidado ou vigilância de autoridade;
- III) deixar de prestar assistência ao idoso sem motivo justo acarretará detenção de seis meses a um ano;
- IV) abandonar a pessoa maior de 60 anos em hospitais ou casa de saúde acarreta pena de detenção de seis meses a três anos;
- V) para quem coage a pessoa maior de 60 anos de idade a doar, contratar, testar ou outorgar procuração, a pena será de reclusão de dois a cinco anos;
- VI) reter cartão magnético de conta bancária de pessoa maior de 60 anos de idade, com finalidade de garantir o recebimento de dívida ocorrerá em pena de detenção de seis meses a dois anos;

VII) exibir através de qualquer meio de comunicação, informação ou imagens, imagens depreciativas ou injuriosas às pessoas maiores de 60 anos de idade, pena de detenção de um a três anos.

A sociedade brasileira tem que estar preparada para envelhecer com dignidade, amoldando-se a realidade de que o País na próxima década será o sexto País no mundo em número de idosos. O envelhecimento é definido de várias alterações no organismo humano, de forma variada em cada indivíduo, surge com o passar do tempo da idade adulta até o fim do ser humana.

II – Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Isonomia

2.0 – Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade humana foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, advindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A, da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, na época em que o Brasil assinou o tratado da declaração universal dos direitos humanos o país era comandado pelo regime ditatorial sendo, portanto, incompatível a aplicação dos princípios estabelecidos na declaração. Quando da elaboração da Constituição de 1934 houve uma grande mistura de princípios, ao qual nunca foram utilizados, um dos princípios estava relacionado com a questão social, vários direitos foram adquiridos, houve enorme participação popular no processo político. No ano de 1937 surge nova Constituição no País, outorgada pelo então presidente Getulio Vargas, que por meio de um golpe de Estado implantou a ditadura no país, os princípios conquistados na Constituição de 1934 foram descartados, concentrando os poderes executivos e legislativos nas mãos do Presidente da República, estabelecendo eleições indiretas para presidente, com mandato de seis anos, dando fim na autonomia federativa.

No ano de 1946, o Presidente Dutra tomou posse e no mesmo ano era promulgada nova Constituição Brasileira, a quinta Constituição consagrando liberdades expressas na Constituição de 1934 e que haviam sido suprimidas na constituição de 1937, igualdade de todos perante a lei, liberdade de manifestação de pensamento sem censura a não ser em espetáculos e diversões públicas, garantia de ampla defesa ao acusado. Durante a vigência da Constituição de 1946, ocorreu o golpe militar de 1964, passando então a receber uma serie de emendas, sendo definitivamente extinta pelo Ato Institucional de

1967, com força de Constituição, entrando em vigor nova constituição totalmente autoritária. O Ato Institucional de 1967 legalizou o regime militar nos pais o governo decretou lei de segurança nacional que restringia severamente as liberdades civis, o regime militar governou o país através de decretos e atos institucionais, valia as vontades e interesses de quem estava no poder, ou seja, os militares que tudo decidiam e regravam. Após anos de repressão e ditadura, pelo meio da emenda constitucional número 26 convoca Assembléia Nacional Constituinte, para elaborar uma nova constituição, a Constituição de 1988, inserindo em seu texto exatamente no artigo primeiro os princípios fundamentais, inciso III a dignidade da pessoa humana. Em virtude do regime ditatorial que os Pais ostentava, reafirmou na Carta sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e valorização da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, não sendo mais tolerada distinção seja social, racial, cultural, sexo, religião, opinião política, riqueza, ou qualquer outra condição, ou seja, uma liberdade ampla focando o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais, dentre elas a dignidade humana, o Poder Constituinte enfatiza um Estado Democrático de Direito, pois o governo ditatorial de forma alguma adotaria o acordado na declaração.

Em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os países membros das Nações Unidas, asseguram que todas as pessoas tinham que nascerem livres e iguais em dignidade, no entanto em nosso País, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, todos nasciam livres, porem desiguais em dignidade e direitos, se analisarmos friamente infelizmente não houve grande mudança em relação à dignidade da pessoa humana no País, para isso basta breve consulta a qualquer jornal ou revista de grande circulação e constatar que a dignidade da pessoa humana sofre desrespeito pelo Estado e pela sociedade brasileira.

Todas as pessoas independentemente de formação, são dotadas de razão e consciência e por essa razão tem o dever de agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.

A declaração Universal dos Direitos Humanos visou garantir direitos inerentes, a pessoa humana não seriam desrespeitados os direito e garantias fundamentais.

Os homens e mulheres, que são maiores de idade, sem qualquer distinção de raça, credo, nacionalidade, tem direito a contrair matrimônio e fundar família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

O princípio da dignidade humana é a base fundamental dos alicerces do Direito Brasileiro na linha dos princípios. A dignidade da pessoa humana não é pertinente somente ao exercício da cidadania vai além.

De acordo com Márcio Sotelo Felipe:

quem pensa o Direito tem de pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens. (apud – JESUALDO, 2008 - Razão Jurídica e Dignidade Humana. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 54. – citação que o Jesualdo usou em seu livro – não esquecer de ver a obra, editora, etc...).

Na linguagem filosófica a dignidade humana, conforme Diniz “é o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio”. (apud JESUALDO, 2008.- DINIZ, Maria Helena, Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. VOL. 2)

Dizer que o homem existe como fim em si mesmo é afirmar que ele não pode ser tomado como meio para o uso de uma determinada ação. Ao contrário, diz Kant:

em todas as ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como fim. Apud JESUALDO, 2008.(Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Editora Martim Claret: São Paulo, p. 64-65)

Vaclav Havel, dramaturgo e estadista tcheco, enfatiza a dignidade humana como elemento diferenciador em relação às demais espécies:

Tomemos o conceito de dignidade humana. Ele permeia todos os direitos humanos fundamentais e os documentos relativos aos direitos humanos. Para nós, isso é tão natural que achamos que nem sequer faz sentido indagar o que realmente significa a dignidade humana, ou por que razão faz sentido que todos nós a reconheçamos uns nos outros e uns para os outros.

As raízes mais profundas do que chamamos direitos humanos se encontram além e acima de nós, em algum lugar mais profundo do que o mundo dos contratos e acordos humanos. Elas têm sua origem no âmbito metafísico.

Embora muitos não se dêem conta disso, os seres humanos – as únicas criaturas totalmente conscientes de seu próprio ser e da mortalidade, que enxergam aquilo que as cerca como um mundo e mantêm uma relação

interna com esse mundo – derivam dignidade, além de responsabilidade, do mundo como um todo; ou seja, daquilo no qual identificam o tema central do mundo, sua espinha dorsal, sua ordem, sua direção, sua essência, sua alma – chame-o como quiser. Os cristãos formulam a questão em termos simples: o homem foi colocado no mundo à imagem de deus. (Apud JESUALDO. 2008.O tribunal da humanidade. In folha de S.Paulo, de 28.06.1998, p. A-3)

Ainda, conforme Ênio Santarelli Zulliani,

o homem moderno vale mais pelo ser do que pelo ter; importa sua aura pessoal e não sua riqueza material. Apud JESUALDO, 2008,(Dano Moral: a era da jurisprudência. In Revista do Direito Civil e Processual civil. Editora Síntese: Porto Alegre, v. 1., n. 13, Set/out 2001, pág. 23)

Essa dignidade é extensível a qualquer pessoa, independentemente de suas crenças, etnias, condições sociais, etc. Neste diapasão são as lições de Fábio Konder Comparato:

Todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”. Em razão desse reconhecimento universal, conclui: “ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (Apud JESUALDO, ed.método. São Paulo,2008.COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 1)

Neste propósito, o constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. (Apud JESUALDO, ed. Método.São Paulo.2008.FACHIN, Zulmar. Teoria geral do direito constitucional. Londrina: IDCC, 2006, p. 197).

Deste modo, a dignidade da pessoa humana foi guindada no texto constitucional como fundamento da República. (Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana). Não bastasse surge ainda expressamente em três outras passagens do diploma constitucional, quais sejam: art. 226, parágrafo 6º, quando trata do planejamento familiar; art. 227, que aduzem à proteção constitucional da criança e do adolescente; e, art. 230, que trata da defesa dos idosos.

Ademais, segundo o art. 3º, da mesma Constituição, constitui “objetivo fundamental da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF, art. 3º, IV), em clara alusão à proteção à dignidade da pessoa humana.

Outras expressões de medidas protetivas à dignidade emergiram (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.49, da Constituição Federal como, por exemplo, aquela do artigo 5º, inciso III, que prevê que: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Conforme Zulmar Fachim (Apud JESUALDO, ed. Método. São Paulo 2008. FACHIN, Zulmar. Teoria geral do direito constitucional. Londrina: IDCC, 2006, p. 198), a dignidade é, pois um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro:

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia do predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que trata.

Contudo, a dignidade da pessoa humana não é um simples valor moral. É também, um valor jurídico, tutelado pelo Direito, protegido contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Todo indivíduo tem, assim, o direito de exigir que se abstenham de ilicitamente lesá-lo física ou moralmente, de exigir dos outros um comportamento que respeite os seus diversos modos de ser, físicos ou mesmo morais. (Jesualdo. Ed. Método. São Paulo, 2008)).

Hélio Bicudo (Apud JESUALDO, ed. Método. São Paulo 2008. Direito Humanos no Parlamento Brasileiro. In A vida dos direitos Humanos – Bioética Médica e Jurídica (org. PENTEADO, Jaques de Camargo, e DIP, Ricardo Henry Marques). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 76), sustenta que a dignidade da pessoa humana repousa numa integração pragmática de valores, que pode assim ser condensada:

- 1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem, como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável;
- 2) A garantia de identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade;
- 3) A libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas;

4) A garantia e a defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito.

Por conseguinte, na visão de Bicudo, a dignidade da pessoa humana repousa em valorizar-se sua integridade espiritual, “como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável”. Logo, quando se desrespeita uma posição individual responsabilmente formulada, calcada em valor de consciência, amparadas em critérios de foro íntimo, viola-se a dignidade do indivíduo e conseqüentemente da pessoa humana.

Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser analisado sob dupla dimensão:

positiva e negativa. A positiva torna obrigatório o reconhecimento da autonomia do indivíduo, proporcionando condições para o seu desenvolvimento. A negativa tem como objetivo obstar que o indivíduo seja ofendido e/ ou humilhado. (Apud JESUALDO, ed. Método. São Paulo, 2008. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constituciones. Madrid: Tecnos, 1990, p. 318).

Nesta perspectiva, é corolário da dignidade da pessoa humana que qualquer pessoa capaz possa escolher livremente a sua vontade, devendo o Estado reconhecer-lhe a autonomia da pessoa, impedindo dessa maneira que seja ofendido ou humilhado em sua prerrogativa.

A cidadania é direito fundamental do cidadão esta profundamente ligada ao princípio da dignidade humana capitulada na Carta Magna Título I Dos Princípios Fundamentais: “Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento - III – a dignidade da pessoa humana.” (CF artigo 1º - III).

Na esteira da Constituição Federal de 1988, os Direitos e Garantias Fundamentais relacionam-se diretamente aos direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos.

Tutela a Carta Magna, que não há distinção de qualquer natureza garantindo não só aos brasileiros os direitos e deveres individuais e coletivos, garantem também aos estrangeiros residentes no País, o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade.

Com esse entendimento, o professor Alexandre de Moraes leciona:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem ‘menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humano [grifo original]. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 2003, p. 50).

O conceito do professor Alexandre de Moraes, descreve de forma consistente que a dignidade da pessoa humana não deve ser ameaçada, as normas infraconstitucionais devem assegurar tal direito, uma vez que o princípio da dignidade humana está relacionado como narra o professor Alexandre de Moraes “com o valor espiritual e moral da pessoa humana.”

A Constituição Federal é o lastro do ordenamento jurídico, e deve conduzir toda a legislação infraconstitucional. É límpido que o Novo Código Civil, não escoltou o texto da Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos e incisos. Dentre elas destacamos o objeto do presente trabalho (regime da separação de bens obrigatório para pessoas maiores de 60 anos de idade, artigo 1641, inciso II do código civil), que será exposto no próximo Capítulo da pesquisa.

2.1 – Princípios da Igualdade ou da isonomia

O princípio da igualdade ou da isonomia, foi concebido em Atenas, na antiga Grécia, cerca do ano 508 A.C. por Clístenes, pai da democracia em Atenas.

É um princípio jurídico inserido no texto constitucional da República Federativa do Brasil que diz em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes.” (CF artigo 5º).

O princípio da igualdade dirige todos os ramos do direito, tal princípio considera dois aspectos, o da igualdade na lei onde o legislador tem que respeitar o princípio para a elaboração de normas, e o executivo para que também respeite o princípio de igualdade

na concepção de leis, medidas provisórias e atos normativos, não podendo fazer discriminação, exige-se ainda dos Poderes Executivo e Judiciário, que no emprego da lei, sejam cautelosos para que não façam qualquer discriminação.

O princípio da igualdade não é totalmente aplicado, uma vez que o princípio da igualdade jurídica versa garantir às pessoas de posições iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações apropriadas, o que exprime tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, visando o equilíbrio entre todos.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. (Apud, Martins 2008, p. 36) Alexandre de Moraes – ed. Atlas 23ª ed. Direito Constitucional 2008, pg. 36 –citação acima extraída sobre o princípio da igualdade no direito tributário, MARTINS, Ives Gandra da Silva, Dir.Constitucional interpretado.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 154-172). (grifo nosso)

Ainda segundo Alexandre de Moraes, a igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal de 1988 opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedimento que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade: – “limitação ao legislador, ao intérprete, autoridade pública e ao particular” (Alex.Moraes – citação STF-Pleno-MI nº 58/DF Rel. p/Acórdão Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580).

O legislador no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante

inconstitucionalidade. Assim normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal (Alex. De Moraes –Direito Constitucional – 23ª ed. Ed. Atlas – 2008, pg. 37).

O intérprete e a autoridade pública não poderão aplicar a lei e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Também, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

O princípio da igualdade ou isonomia exige o tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante o bem da vida.

Essa igualdade, contudo, a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana. São muitos os fatores que obstaculizam a sua implementação: a natureza física do homem, que inconseqüentemente utiliza o uso da força; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.

No campo político - ideológico, a manifestação mais acentrada desse tipo de igualdade foi traduzida no antigo ideário comunista, que procurava ainda tradução na realidade empírica, na vida da chamada democracias populares. Ainda aqui, entretanto, a procura da igualdade material não foi de molde a eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime. Na realidade, os países comunistas desintegram-se, sem que jamais chegassem a alcançar esse fim.

A igualdade formal, na democracia é o princípio da igualdade material, não é de todo desconhecido. Ele entra nas Constituições sob as formas de normas programáticas, tendentes a planificar desequilibradas muito acentuadas na fruição dos bens, quer matérias, quer imaterial. Assim é que com freqüência, encontramos hoje regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento radical ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho. E muito outros exemplos poderiam ser citados, como o igual direito ao acesso à instrução, à saúde e à alimentação etc.

Entretanto, a igualdade, hoje presentes em praticamente todas as Constituições e que atormenta a mente dos juristas, é a igualdade chamada formal.

Na Constituição anterior, ou seja, a de 1967, o princípio da igualdade tinha a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.” (CF 1967 – artigo 153 § 1º).

A despeito da clareza do escrito citado, a exata inteligência da sua significação remanesce difícil.

Historicamente sabemos que o princípio da igualdade de todos, (humanidade) perante a lei é datado do período da Revolução Francesa.

Na ocasião (Revolução Francesa) sabia-se com perfeição o endereço do preceito, que tinha como objetivo suprimir a sociedade estatal que vigorava à época. O pretendido era fazer ruir um castelo de privilégios arquitetados a partir da inserção do indivíduo em determinada classe social.

Era todo um sistema de valores sendo contestado quer quanto à sua legitimidade, quer quanto à sua legalidade.

Dessa forma, quando se dizia que todos são iguais perante a lei, não pairava dúvidas que a intenção não era impedir benefícios para alguém, tomando-se como exemplo, tratamento diferenciado sob o argumento de ser a pessoa beneficiada um nobre burguês.

A derrubada à época da Revolução Francesa da sociedade estamental foi, de certa forma absoluta, a tal ponto que seria hoje inconcebível, diante dos princípios democráticos vigentes, que alguém pretendesse com seriedade ser discriminado em função da sua ascendência.

A Revolução Francesa, na verdade foi uma repartição do poder entre os nobres burgueses, o poder era concentrado, ou seja, soberano, o povo não foi beneficiado com a Revolução Francesa, mas foi a partir desta Revolução que a população não burguesa começou os levantes sociais, citamos a revolução industrial, porque foi o marco do capitalismo moderno, a revolução industrial se deu na Inglaterra uma vez que havia disponibilidade e a possibilidade de exploração de capital e de mão de obra, após surgiram vários movimentos sociais, onde as populações desfavorecidas conquistaram

alguns direitos tais como: direito das mulheres votarem, salários dignos, redução das jornadas de trabalho, direito as férias, etc.

Dessa forma é necessário esclarecer o que se entende por igualdade. Esta consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei

III – Obrigatoriedade do Regime da Separação de Bens no Matrimônio contraído por pessoas com mais de 60 anos de idade.

3.0 – Dos regimes estipulados no novo Código Civil

Com o advento do novo Código Civil Brasileiro, houve tipificação de vários regimes que podem ser estipulados pelos contraentes, dentre eles o da comunhão parcial de bens, o da comunhão universal de bens, o da participação final nos aquestos e o da separação de bens, sendo os três últimos regimes, acordados por meio de escritura pública de pacto antenupcial. Na falta de estipulação expressa por partes dos nubentes o regime de bens que prevalecerá é o regime da comunhão parcial de bens.

No regime da comunhão parcial de bens, comunicam-se os bens que o casal adquirirem onerosamente na constância do casamento, com as ressalvas estipuladas no artigo 1658 do Código Civil. O regime da comunhão parcial de bens não está vinculado ao pacto antenupcial, pois o mesmo vigora caso não tenha convenção entre os contraentes.

O regime da comunhão universal de bens, bem como o regime da separação de bens, somente será válido com a formalidade do pacto antenupcial por meio de escritura pública e, após o matrimônio, o devido registro do referido pacto antenupcial no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde o casal fixará residência.

O regime da comunhão universal de bens importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros do casal, bem como as dívidas passivas, com as ressalvas do artigo 1668 do Código Civil.

Já no regime da separação de bens estipulado por meio de pacto antenupcial, somente se comunicaram os aquestos adquiridos onerosamente com o esforço de ambos.

O regime da participação final dos aquestos, cada cônjuge possui o seu próprio patrimônio, caso ocorra a dissolução da sociedade conjugal, cada um terá direito à metade dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. A participação final dos aquestos é um regime pouco utilizado e a principal característica é a permissão que os cônjuges possuem de convencionarem no pacto antenupcial a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares, conforme estabelece o artigo 1656 do Código Civil.

3.1 – Do regime da separação de bens obrigatório

As hipóteses para realização do matrimônio em que o regime da separação de bens é obrigatório estão fundadas no artigo 1641 do Código Civil. Preceitua o citado dispositivo: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 60 anos; III – de todos que dependem, para casar, de suprimento judicial.”

O dispositivo acima citado remete-nos ao artigo 1523, incisos I à IV do Código Civil do qual faremos breve comentários, vejamos:

3.2 – Da inobservância das causas suspensivas

Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

Causas suspensivas são determinadas circunstâncias ou situações capazes de suspender a realização do casamento, se argüidas tempestivamente pelas pessoas legitimadas a fazê-lo, mas que não provocam, quando infringidas, à sua nulidade ou anulabilidade. O casamento é apenas considerado irregular, tornando, porém, obrigatório o regime da separação de bens (CC, art. 1641, I), como sanção imposta ao infrator. (Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família – São Paulo: Saraiva, 2005 – pg. 67).

São quatro as causas suspensivas impostas pelo legislador infraconstitucional, que não proíbem as pessoas elencadas no artigo 1523, incisos I à IV do Código Civil de contraírem novas núpcias, apenas sugere que não devem casar, (grifo nosso) enquanto não resolvido o estabelecido pelo disposto no diploma legal. As causas suspensivas visam apenas impedir a realização do consórcio matrimonial, caso seja contraído o aludido matrimônio este não se tornará nulo ou inválido, ao contrário o enlace é válido.

Caso não aja patrimônio, pode os contraentes solicitarem ao juiz que a causa suspensiva não seja aplicada a eles, provando que não existe patrimônio a ser partilhado ou provando ainda a inexistência de prejuízos para os herdeiros.

O inciso I do aludido dispositivo estabelece: “que o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, não devem casar, contrariando a norma o regime obrigatório é o da separação de bens”.

Com esse entendimento leciona Sílvio de Salvo Venosa:

A razão desse impedimento ou causa suspensiva é evitar a confusão de patrimônios. Casamento dessas pessoas antes do inventário e da partilha poderia trazer dificuldades para identificação do patrimônio das distintas proles por dificuldade de sua identificação. Por outro lado, a proibição visa também evitar que o novo casamento do agente proporcione proteção patrimonial maior à nova prole (...). (Venosa, Sílvio de Salvo – Direito civil: direito de

família/Sílvio de Salvo Venosa. – 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008. Coleção direito civil; v.6 – pg. 79).

Dessa forma com a devida partilha, restam definidos os bens que compõe o quinhão dos herdeiros do consórcio, evitando assim a confusão patrimonial.

O inciso II do citado dispositivo: “a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”.

A mencionada causa suspensiva é imposta somente à mulher. O objetivo da restrição é evitar dúvida sobre a paternidade, uma vez que se presume filho do cônjuge falecido, até 300 (trezentos dias) da data do óbito, ou ainda da sentença que declare nulo o casamento.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Não subsiste a proibição se a nubente provar “nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo”, segundo proclama o parágrafo único, in fine, do referido artigo 1523. Contudo, deve-se admitir também a inexistência da mencionada restrição se houver aborto ou se a gravidez for evidente quando da viuvez ou da anulação do casamento (...). (Gonçalves, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, volume VI : direito de família – São Paulo : Saraiva, 2005 – pg. 71).

Em novas núpcias, a sanção prevista para o infrator do inciso II, é a imposição da separação de bens no casamento. A requerimento da parte, no caso a nubente, poderá o juiz suspender a causa suspensiva, se a contraente provar o nascimento do filho ou a inexistência de gravidez.

No inciso III, está estabelecido que não deve casar: “o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida à partilha dos bens do casal”.

Na situação acima o legislador, remete genericamente os contraentes divorciados que desejarem contraírem novas núpcias ao inciso I do artigo 1523, impondo a separação de bens no casamento.

Doutrina Sílvio de Salvo Venosa: “Trata-se de inovação no novel ordenamento. Nessa situação, também se busca evitar é a confusão de patrimônios de ambos os consórcios (...).” (Venosa, Sílvio de Salvo – Direito civil – Direito de família – 8ª ed. São Paulo : Atlas 2008 – Col. Direito civil v. 6, pg. 80)

O legislador permitiu aos contraentes, requerimento ao juiz solicitando a dispensa da causa suspensiva, desde que se prove que não haverá prejuízo para o (a) ex-cônjuge.

Da mesma forma não será aplicada a causa suspensiva, nos casos em que resta provado que quando da homologação do divórcio não havia bens patrimoniais a serem partilhados.

Preceitua o inciso IV: “o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.”

Segundo Silvio de Salvo Venosa:

A razão desse impedimento justifica-se pela eventual possibilidade de o incapaz ser jungido a contrair matrimônio para isentar o administrador de seus bens da prestação de contas. A restrição é intuitiva. A lei exige que ocorra a prestação de contas devidamente homologada, não bastando a mera quitação pelo interessado. (Venosa, Sílvio de Salvo).

Entendimento diverso aponta Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se de causa suspensiva destinada a afastar a coação moral que possa ser exercida por pessoa que tem ascendência e autoridade sobre o ânimo do incapaz. O tutor é o representante legal do incapaz menor, e o curador do incapaz maior. A lei restringe a liberdade do tutor e do curador de casarem com seus tutelados e curatelados enquanto não cessada a tutela ou curatela e não houverem saldado as respectivas contas.

A imposição do inciso IV, não se restringe somente a pessoa do tutor ou do curador, expandem-se também aos seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados e sobrinhos que a lei não desobriga de suspeição.

O parágrafo único do artigo 1523 do Código Civil estabelece:

É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada, no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Conclui-se, portanto, que a restrição não é irrestrita, pode ser excluída mediante prova de inexistência de prejuízo para o tutelado ou curatelado, conforme disposto no parágrafo acima.

Evidente que as causas suspensivas inseridas pelo legislador infraconstitucional no atual Código Civil, têm o escopo proteger o patrimônio.

Inexiste no ordenamento jurídico atual outros impedimentos ou outras causas suspensivas do matrimônio, além dos enumerados no Código Civil.

Nesse mesmo sentido leciona Washington de Barros Monteiro:

Não são assim considerados outros fatos ou circunstâncias, como o alcoolismo, a dependência de substâncias tóxicas e certas doenças, como sucede em alguns países, nem a diversidade de crenças ou de raças dos contraentes. (Curso de direito civil, 32. Ed., v.2, pg. 58-59).

Torna-se necessário provar os contraentes a ausência de prejuízos em todos os casos elencados no parágrafo único, se caso, a causa suspensiva for suscitada por pessoa interessada, uma vez que não é abonado ao oficial do registro e ao celebrante do matrimônio alegar de ofício a causa suspensiva.

3.3 – Súmula 377

O Supremo Tribunal Federal ao editar a súmula 377 em 1964, onde estabelecia que no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. O objetivo da referida súmula, era a obrigatoriedade à partilha dos aquestos adquiridos pelo esforço de ambos os cônjuges.

Observa-se que desde a entrada da lei civil anterior a 2002, a Corte Suprema, tentava diminuir os efeitos do regime da separação obrigatória de bens.

A Súmula 377 subsiste aos dias atuais, o legislador de 2002 foi insensível vejamos:

Direito Civil. Regime legal de separação de bens. Súmula 377. Esforço comum. 1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ – Resp 154896 / RJ ; Relator(a) Ministro Fernando Gonçalves, Data do julgamento 20/11/2003)

Nesse mesmo sentido, decisão da desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias:

Ementa: Separação Judicial litigiosa. Culpa. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. Partilha. Separação obrigatória de bens. Súmula 377 do STF. A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte. (Apelação Cível nº 70007503766, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 17/12/2003).

A vigência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, não cabe ser questionada, razão pela qual se torna mais um elemento questionador sobre a inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil.

O regime da separação de bens obrigatória tinha previsão no Código Civil de 1916, no artigo 258 parágrafo único e, diante de inconstantes incertezas e litígios judiciais a Corte Suprema acabou por pacificar o entendimento por meio da Súmula 377, onde no regime da separação de bens legal ou obrigatória os bens adquiridos na constância do enlace matrimonial se comunicariam.

Com o advento do novo Código Civil, surgiram novos questionamentos, dentre eles o da aplicabilidade da Súmula 377, o que vem gerando enormes debates entre respeitáveis doutrinadores.

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal deve ser mantida, até porque se percebe que a escrita do artigo 1641 do novo Código Civil é indistinguível com a do parágrafo único do artigo 258 do Código Civil de 1916, vejamos : “Artigo 1641 – É obrigatório o regime da separação de bens no casamento. § único do artigo 258: É, porém obrigatório o da separação de bens no casamento.”

A sustentação da eficácia da referida Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, deve ser mantida, pois como demonstrado acima à escrita do fundado artigo 1641 no novo Código Civil é praticamente equivalente à do parágrafo único do artigo 258 do antigo Código Civil.

A manutenção da Súmula 377 é justa, porque as pessoas indicadas no artigo 1641 do novo Código Civil que vive em união estável têm direito à comunicação dos aquestos.

No instituto da união estável o regime de bens, salvo acordo celebrado em contrário, é o regime da comunhão parcial de bens, não tendo portanto, sentido que não houvesse a comunicação.

A pessoa maior de 60 anos de idade, com o avanço da medicina e conseqüentemente das condições de saúde tem pleno juízo de todas as obrigações em que será submetida para convolar núpcias.

O maior de 60 anos de idade não pode ser tratado pelo legislador infraconstitucional como pessoa desprovida de discernimento e ser compelida a contrair matrimônio de sua vontade, sob um regime de casamento obrigatório. (http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revistas_artigos_leitura&artigos-acessado em 15/07/2009).

3.4 Da inconstitucionalidade do regime da separação de bens obrigatória ao maior de 60 anos de idade.

Esta espécie de regime se dá por meio de imposição de lei e conduz as relações patrimoniais das pessoas que casam com a inobservância das causas suspensivas e das pessoas maiores de sessenta anos de idade e de todos que dependerem de autorização judicial para a realização do casamento.

O regime da separação de bens obrigatória ou legal, era prevista no Código Civil de 1916 no artigo 258, parágrafo único, que feria o principio constitucional da autonomia da vontade

Com o advento do novo Código Civil o artigo 1639: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Comparado ao estabelecido no artigo 1641, inciso II, do Código Civil, evidente a contrariedade, o legislador infraconstitucional ao editar a norma em questão, não atentou para a Constituição da República Federativa do Brasil, Princípios Constitucionais, Estatuto do Idoso.

O regime da separação de bens obrigatória que a lei impõe não pode ser visto por razões de ordem pública, ou ainda ser exigido como sanção por serem os contraentes pessoas com mais de 60 anos de idade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro, 4ª ed. Volume VI-Ed. Saraiva-2007-pág. 417)

A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. O Código Civil de 1916 impunha o regime da separação somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher o limite era 50 anos. O diploma de 2002 estabelece a mesma idade para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional. Basta que apenas um dos cônjuges supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido na data da celebração do casamento.

A jurisprudência tem-se posicionado contra a imposição do legislador infraconstitucional, pois fere o estabelecido na Constituição Federal, no tocante à dignidade da pessoa humana, da igualdade da intimidade, vejamos TJSP, Ap. 7512-4 São José do Rio Preto, 2ª Cam., rel. Des. Cezar Peluso, j. 18-8-1998. “Regime de separação de bens imposto pelo art. 258, par. ún., II, do CC (de 1916; art. 1641, II, CC/2002). Norma incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I,X e LIV da CF” (RT 767/223 e 758/106).

Levantamento doutrinário por Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro, 4ª ed., volume VI – ed. Saraiva-2007- pág. 417/418/419) aponta:

A doutrina de forma unânime, tem-se posicionado nesse sentido. Francisco José Cahali, atualizando a obra de Silvio Rodrigues (Direito civil, cit. v, 6 p. 144-145), pondera que a restrição apontada se mostra atentatória da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado sobre a pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Alias, afirma, “talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

No entender do aludido atualizador, “melhor teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime.

No mesmo sentido leciona Tânia da Silva Pereira, na atualização da obra do professor Caio Mário da Silva Pereira, vejamos:

A restrição em apreço não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesses nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. (Instituições, cit. v.5, p. 194).

Ainda segundo Carlos Roberto Gonçalves, para o doutrinador João Batista Vilela, por sua vez igualmente sublinha que “a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige na terceira idade.”(liberdade família, Revista da faculdade de direito da UFMG, v. 7, p. 35)

Leciona Paulo Luiz Netto Lôbo, igualmente,

a hipótese é atentaria do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição a liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus. (Cod. Civil, cit. v. XVI, p. 242-243).

A questão, no entanto, foi bem enfocada por Silmara Juny Chinelato (Comentários ao código civil, v. 18, p. 290-291), nos seus comentários ao novo diploma civil. Na visão da mencionada civilista, inexistente razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 60 anos aportam a maturidade de conhecimento da vida pessoal, familiar e profissional, devendo por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice aduz e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio, cuja inconstitucionalidade deveria ser argüida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade. ”A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil no início do século passado.”

Sugere a aludida doutrinadora que se invoque afronta ao inciso I do artigo 5º e aos § 5º do artigo 226, ambos da Constituição Federal, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada no inciso III de seu artigo 1º. A vida prática, enfatiza, “nos dá exemplos de pessoas do mais alto discernimento que ultrapassaram os sessenta anos. Os legisladores do novo Código, por exemplo, e muitos juízes e desembargadores que irão julgar causas que envolvam direta ou indiretamente o inciso II do artigo 1641.

Contrária a inaplicabilidade do artigo 1641, inciso II, a atualizadora do volume referente ao direito de família no conceituado Curso de Direito civil de Washington de Barros Monteiro, a civilista Regina Beatriz Tavares da Silva, manifesta entendimento contrário:

argumenta que os limites à liberdade individual existem em várias regras do ordenamento jurídico, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (artigo 1521, n. I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1566, I). Não pode o direito de família aceitar, aduz, que, 'se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.

Na seqüência, diz a aludida atualizadora: 'Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1641, n. II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade nos nubentes. Conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras

A vontade das pessoas em instituir comunhão de vida pelo afeto, colaboração conjunta é próprio do ser humano independentemente da idade.

Em nosso País, com o aumento da expectativa de vida, é comum que o desejo de comunhão de vida ocorra após os 60 anos de idade.

O legislador de 2002 revelou-se completamente equivocado ao impor o regime de separação obrigatória de bens as pessoas com mais de 60 anos de idade, o legislador partiu de premissas falsas. Seria melhor ter o legislador abolido de vez tal proibição, da forma como se encontra o estipulado no artigo 1641, II do Código Civil, continua afrontando o texto Constitucional de 1988, é inconcebível que nos dias atuais, onde a expectativa de vida está cada vez maior e, uma pessoa com mais de 60 anos de idade não tenha plena condições de escolher o regime de bens que deseja.

O primeiro argumento é que o matrimônio se dará entre pessoas de idades diversas e por exclusivo interesse econômico, salienta-se que a maioria das pessoas com mais de 60 anos de idade que celebram novas núpcias são desprovidas financeiramente, então não há de se cogitar interesse econômico.

O segundo é a que na constância de novas núpcias poderá não haver esforço dos cônjuges para a aquisição e a conseqüente preservação do patrimônio do casal.

O artigo 1641, inciso II do Código Civil atual, lança a pessoa com mais de 60 anos idade à qualidade de um ser incapaz, transgredindo dessa forma o preceituado na Constituição, ou seja, o principio da dignidade humana, o principio da igualdade ou isonomia.

O legislador ao impor por meio do dispositivo a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 60 anos de idade, instituiu preconceito que não deve ser tolerado de forma alguma no ordenamento jurídico.

Com relação à união estável não há no ordenamento jurídico qualquer vedação legal quanto à comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente vejamos o estabelecido pelo artigo 1725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Evidente o constrangimento, a discriminação, imposta pelo legislador as pessoas com mais de 60 anos, se o maior 60 anos optar livremente pela união estável poderá usufruir o regime da comunhão parcial de bens e, aquele que optou pelo vinculo jurídico do casamento, está obrigado ao regime da separação obrigatória de bens.

O argumento usado pelo legislador infraconstitucional para a aplicação da norma impositiva do preceituado no artigo 1641, inciso II, onde impõe o regime de separação de bens obrigatória para as pessoas com mais de 60 anos, é o imperativo usado para proteger a pessoa idosa dos chamados “golpes do baú”, pelo simples fato de a pessoa nesta idade já estar estabilizado profissionalmente e conseqüentemente ter construído patrimônio, vejamos o que diz o artigo acima: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II-) da pessoa maior de sessenta anos.”

Quanto à norma imposta pelo legislador, torna-se necessária uma análise sobre o assunto, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil, preceitua vejamos:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor, idade

e quaisquer outras formas de discriminação. (Artigo 3º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

A imposição de um determinado regime de bens a pessoa com capacidade, logicamente estará lhe cerceando o direito de sua liberdade de escolha.

No Código Civil de 1916, a obrigatoriedade do regime da separação de bens, era obrigatória para os homens com mais de 60 anos e mulheres com mais de 50 anos. Socialmente não há inconveniência em permitir que pessoas com mais de 60 anos de idade se casem pelo regime que optarem

Salienta-se que não é só a pessoa maior de 60 anos de idade abastada financeiramente que contrai o matrimônio, a imposição do regime obrigatório da separação de bens não deveria ser preocupação do Estado.

Está clara a violação à liberdade individual, a Constituição Federal de 1988 assim estabelece em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes”.

A norma impositiva, em questão, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, determinada o artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e temo como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

Razão pela qual vemos que a imposição do citado regime da separação obrigatória de bens as pessoas com mais de sessenta (60) anos de idade ser uma norma impositiva inconstitucional.

No Estatuto do Idoso (lei 10741/03), não há nenhum dispositivo que indique a oposição que o legislador infraconstitucional impôs. O Estatuto no artigo 10 determina: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”.

Estabelece ainda o referido Estatuto do Idoso, no artigo 2º, “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana (...), preceitua também o artigo 4º do mesmo diploma legal que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligencia, discriminação (...). Dessa forma há citação ao principio da isonomia ou da igualdade,

positivado no artigo 5º, inciso XLI da Carta Magna definindo que “a lei punira qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

O idoso no Brasil sofre tratamento jurídico discriminatório, onde lhe é arrogado pelo novo Código Civil o regime de separação de bens obrigatória para pessoas com mais de sessenta (60) anos de idade.

Conforme já fora citado, o argumento defendido pelo legislador infraconstitucional está direcionado de que é necessária a proteção patrimonial da pessoa com mais de 60 anos de idade, contra os “casamentos por interesse”, por pessoas com adágios oportunistas.

Pelo simples fato da pessoa com mais de sessenta (60) anos possuir estabilidade financeira ou não, não careceria o legislador infraconstitucional embasamento para editar norma discriminatória, que fere os princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana, o principio da igualdade ou isonomia.

Considerações finais

O artigo 1641, inciso II do novo Código Civil é completamente arbitrário cerceando os direitos do homem ou da mulher com mais de sessenta (60) anos de idade, nas suas liberdades de escolha, transgredindo assim princípios lastreadores da Constituição Federal de 1988, ou seja, golpeia os princípios da igualdade, da liberdade e o basilar de todos os princípios a dignidade da pessoa humana.

A inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do citado diploma legal é flagrante, pois ao exceder sessenta anos de idade o homem ou a mulher são considerados pelo Estado como pessoas incapazes de determinar o regime de bens de seu próprio matrimônio possuindo ou não patrimônio.

O idoso é um cidadão como outro qualquer, a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso (Lei 10741/03), tornaram os idosos em indivíduos de direitos e de deveres, tal qual como qualquer cidadão comum. A condição de pessoa maior de sessenta (60) anos de idade não é motivo cabível para que determinados direitos sejam transgredidos, dentre eles o direito de escolha do regime de bens do matrimônio.

Os contextos evocados para justificar a imposição do regime da separação de bens obrigatória para as pessoas maiores de sessenta anos (60) de idade, é a necessidade de proteção a essas pessoas dos chamados “casamentos por interesse” ou “golpes do baú”.

Não há disposição no Estatuto do Idoso, que contenha indicação da cominação. Ao contrário, na esteira da Constituição Federal de 1988, o citado diploma legal em seu artigo 10, estipula que é obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a

liberdade, ou seja, é dever de todos cuidar da dignidade do idoso, pondo-o a salvo de qualquer tratamento constrangedor.

Em razão do exposto, vários doutrinadores consideram a imposição do regime obrigatório da separação de bens as pessoas com mais de sessenta anos (60) de idade inconstitucional, por violarem à liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

Referências

a-) Fontes

BRASIL. **Lei n. 10.741 (2003)**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Vade Mecum Saraiva. 2. ed. atualizada e ampliada: Editora Saraiva, 2006 p.07,69.

BRASIL. **Código civil (2002)**. Vade Mecum Saraiva. 2. ed. atualizada e ampliada: Editora Saraiva, 2006 p.293,294,295.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Saraiva. 23ª ed.: Edição Saraiva São Paulo, 1971 p. 127.

STJ – Resp 154896 / RJ; Relator (a) Ministro Fernando Gonçalves, Data do julgamento 20/11/2003.

Apelação Cível nº 70007503766, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 17/12/2003.

Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

TJSP, Ap. 7512-4 São José do Rio Preto, 2ª Cam.,rel. dês. Cezar Peluso, j. 18-8-1998.

b) Livros

ALMEIDA, Jesualdo Eduardo Júnior. **As minorias religiosas e o respeito à autonomia da vontade**. Editora Método São Paulo, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12.ed. São Paulo: editora Saraiva. 2005. p.4.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23ª ed. Ed. Atlas. 2008. p. 37

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume VI: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 67,71.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 4ª ed. Volume VI. Ed. Saraiva. 2007. p. 417,418,419.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Constitucional interpretado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992. P. 154-172.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, 32ª Ed., v. 2. pg. 58,59.

NOVAES MARTINEZ, Wladimir. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2.ed. São Paulo: Editora Ltrs, 2005. p. 13.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**/Sílvio de Salvo Venosa. 8ª.ed. São Paulo: Atlas. 2008. Coleção Direito civil; v.6. p.69,80.

c) Internet

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **preocupação**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/preocupação_futura.html> **íCIAS**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/O.,AA1514744-5602,00.html>> Acessado em 10/02/2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Idoso no mundo**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/idoso_no_mundo.html>. Acessado em 11/02/2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Ano Internacional do idoso**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/ano_internacional_idoso.html>. Acessado em 11/02/2009.

BERNERARTES. **História idoso**. Disponível em: <<http://www.bernerartes.com.br/ideiasedicas/historia/idoso.html>>. Acessado em 12/02/2009.

PT.SHVOONG – **Tragédia dos idosos no Brasil**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com./medicine-and-heat/1857532-trag%C3%A9dia-dos-idosos-brasil/>>. Acessado em 12/02/2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/home.html>>. Acessado em 12/02/2009.

GOLDEN-CROS. **Seguro e saúde**. Disponível em: <<http://www.seguroesaude.com.br/tabelas/golden-cros/pf.html>>. Acessado em 28/07/2009.

UNIMED. **Seguro e saúde**. Disponível em: <<http://www.seguroesaude.com.br/tabelas/unimed/pf.html>>.