

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

VANELLI MACIEL DOS SANTOS OLIVEIRA

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS APÓS OS 70 ANOS
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Campina Grande-PB

2014.

VANELLI MACIEL DOS SANTOS OLIVEIRA

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS APÓS OS 70 ANOS
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Trabalho monográfico apresentado à coordenação do curso de direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury.

Campina Grande – PB

2014.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

O48r Oliveira, Vanelli Maciel dos Santos.
 O regime de separação obrigatória de bens após os 70 anos uma análise
 constitucional / Vanelli Maciel dos Santos Oliveira. – Campina Grande, 2014.
 53 f.

 Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR -
 Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

 Orientador: Prof. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury.

 1. Direito das Sucessões. 2. Separação de Bens. 3. Idoso – Separação
 Obrigatória de Bens. I. Título.

CDU 347.65(043)

VANELLI MACIEL DOS SANTOS OLIVEIRA

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS APÓS OS 70 ANOS
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos/
Cesrei
(Orientadora)

Prof.^a Ms. – Cosma Ribeiro de Almeida
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos/FARR
Cesrei
(1º Examinadora)

Prof. Esp. – Rodrigo Araújo Reul
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos/FARR
Cesrei
(2º Examinadora)

A Deus que tornou possível essa conquistas que é
o meu refúgio, que me sustenta me guia e me protege
através do seu amor incondicional.

A minha mãe Maria Goretti Maciel, que sempre esteve
ao meu lado, me apoiando, nas minhas decisões e conquistas
Me dando amor e carinho.

Ao meu pai Massilon André, (IN MEMÓRIA), que sempre
Me ajudou me passando experiência, amor e sempre
Me dando força para jamais desistir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pai todo poderoso, por me ajudar, me guiar, proteger e iluminar nessa jornada árdua mais que ele me fez vitoriosa.

A minha mãe Maria Goretti Maciel, pelo seu exemplo de mãe, mulher, filha, esposa e profissional, pelo o seu amor, carinho e pelos esforços para garantir os meus estudos, por sua paciência de todos os dias comigo. Te amo.

Ao meu pai Massilon André (IN MEMÓRIA), por sua garra, determinação, por seu companheirismo que mesmo doente jamais me deixou abater e desistir dos meus sonhos, por ser um pai maravilhoso, presente e especial. E que fez um ano de sua partida mais a dor e a saudade só faz aumentar dia a cada dia. Te amo.

Aos meus avôs maternos Antônia Maciel(IN MEMÓRIA), ao meu avô Manoel Vicente, pelo o exemplo de perseverança e amor.

Ao meu Tio Francisco de Assis (IN MEMÓRIA), que sempre me apoio, me disse palavras de incentivo e que sempre me fez rir com suas brincadeiras e com suas músicas.

Aos meus tios maternos Zuleide Maciel, M^a Expedita, M^a de Lourdes Maciel, M^a Aparecida , Marileide Maciel, José Maciel, Josinaldo Maciel, pelo o incentivo através de palavras para nunca desistir.

Aos meus primos, em especial a luz que vem iluminado os meus dias Sophia Maciel pelos seus gestos de amor, e por seu carinho. Te amo.

E a minha família no geral pelo o amor e pelo o apoio.

A minha orientadora, Yuzianni Rebeca, pelo o apoio, paciência e incentivo na escolha do tema.

A professora Cosma Ribeiro, pelas dúvidas sanadas no decorrer do trabalho, por ter aceitar participar da banca.

Ao professor Rodrigo Reul, pelo seu apoio no decorrer do curso por ajudar a sanar as dúvidas frequentes e por ter aceito participar da banca.

Aos mestres da casa pelo conhecimentos transmitidos ao longo do curso.

Aos funcionários que se empenharam durante o processo de elaboração da pesquisa, em especial Ioneide Freitas, Beta Dias, Jacielia Melo a Ricardo Dantas.

A vitória na luta pelo bem contra o mal
Caberá sempre ao servidor que souber
Perseverar com a Lei Divina até o fim.
Francisco Cândido Xavier(Emmanuel)

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens após os 70 anos, prevista no art 1.641, II, do Código Civil. Sob as perspectivas doutrinárias a respeito da questão buscando através dos capítulos discutir a situação do idoso perante a sociedade e o regime de bens. A partir da atual realidade buscamos fazer um paralelo de como era a convivência do idoso em tempos remotos e do idoso na atualidade, idoso este que possui maiores informações e conhecimentos sobre vários assuntos inclusive para distinguir o que é amor do que é o interesse. Portanto o foco principal é defender a inconstitucionalidade do artigo supracitado por ferir os princípios constitucionais elencados aos idosos, bem como por mitigar a capacidade civil plena que não se encerra com o avanço da idade. Expusemos, também, os pontos positivos do idoso encontrar uma companheiro(a)/esposo(a) para constituir uma família, constituir um novo lar, onde muitos deles não possuem atenção necessário de seus familiares e ao encontrar um companheiro(a), visam encontrar a felicidade, felicidade esta que na maioria das vezes, dependendo da condição financeira, passa a ser vista como apenas interesse em algo que pode ser na realidade amor. Ao final da pesquisa, percebe-se o quanto nossos idosos continuam sendo injustiçados, vítimas de um grande preconceito, no qual são vistos como pessoas incapazes que não podem exercer o direito de amar e ser amado, portanto o que deve sempre prevalecer é amor e não apenas o interesse financeiro e a desconfiança.

Palavras-chaves: Regime de bens. Separação Obrigatória. Idoso. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the unconstitutionality of the regime of compulsory separation of goods after the 70 years, provided for in art. 1,641, II, of the Civil Code. Under the doctrinal perspectives on the issue of searching through chapters discuss the situation of older persons in society and the regime of goods. From the current reality we seek to make a parallel of what was the living of the elderly in ancient times and the elderly at present, elderly this that has more information and knowledge about various subjects including to distinguish what is love is the interest. So the main focus is defending the unconstitutionality of the aforementioned article for hurting the constitutional principles listed for the elderly, as well as mitigate the full civil capacity that terminates with the advancement of age. We, also, the strengths of the elderly find a partner (a)/esposo (a) to constitute a family, be a new home, where many of them have no attention needed for their families and to find a partner (a), are aimed at finding happiness, happiness that, more often than not, depending on the financial condition, is now seen as just an interest in something that can be actually love. At the end of the survey, you can see how much our elders continue to be wronged, victims of a great prejudice, in which are seen as individuals who cannot exercise the right to love and be loved, so what must always prevail is love and not just the financial interest and distrust.

Keywords: goods Regime. Mandatory Separation. Elderly. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURA

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CJF – Conselho de Justiça Federal

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1	CAPÍTULO I – HISTÓRICO SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA GERAL E DO BRASIL
1.1	Breve histórico geral sobre o direito de família.....14
1.2	Breve histórico do direito de família no Brasil.....15
1.3	Constituições.....16
1.4	Código Civil.....17
2	CAPÍTULO II – CONTEXTO HISTÓRICO DO IDOSO
2.1	Conceito do Idoso.....18
2.2	O idoso na sociedade atual.....19
3	CAPÍTULO III – A CAPACIDADE CIVIL
3.1	Das pessoas.....21
3.2	A capacidade de direito.....21
3.3	A capacidade de fato.....22
3.4	A capacidade plena.....22
3.4.1	A capacidade limitada.....22
3.4.2	A capacidade civil do idoso.....23
3.4.3	Incapacidade.....23
3.4.4	Incapacidade absoluta.....24
3.4.5	Incapacidade relativa.....24
4	CAPÍTULO IV – ESTATUTO DO IDOSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
4.1	Histórico do Estatuto do Idoso.....26
4.2	Direito à vida.....27
4.3	Direito à liberdade.....29
4.4	Direito ao respeito.....30
4.4.1	Direito ao Livre-arbítrio.....32
5	CAPÍTULO V – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES AO IDOSO
5.1	Breve explanação sobre os princípios atinentes aos idosos.....33
5.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....33
5.3	Princípio Igualdade.....35

5.4	Princípio da Liberdade Individual.....	36
6	CAPÍTULO VI – REGIME DE BENS DO CASAMENTO	
6.1	Breve histórico sobre os bens do casamento.....	39
6.2	Regime de comunhão parcial de bens.....	39
6.3	Regime de comunhão universal de bens.....	39
6.4	Regime de participação final de aquestos.....	40
6.4.1	Regime de separação de bens.....	40
6.4.2	Regime de separação obrigatória de bens.....	40
7	CAPÍTULO VII – A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIA APÓS OS 70 ANOS	
7.1	O confronto do artigo 1.641, II do CC.....	42
7.2	Argumentos Favoráveis.....	43
7.3	Argumentos Contrários.....	45
7.4	Possibilidade de alteração do regime de bens no casamento entre os idosos após os 70 anos com base na súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.....	49
8	CONCLUSÃO.....	51
9	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como o principal objetivo debater o tema da capacidade civil do idoso frente à obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento após os 70 anos, previsto no art. 1.641, II, do Código Civil. Uma vez que este fere os principais princípios constitucionais concernentes aos idosos.

Não é nosso objetivo esgotar as discussões sobre o tema, mas sim proporcionar uma análise dos direitos dos idosos frente a esta obrigatoriedade imposta pela Lei.

Um dos principais enfoques é mostrar que o avanço da idade não minimiza a capacidade civil plena adquirida, desde que exista saúde mental para a tomada de decisões por parte do idoso. Bem como, mostrar que o princípio da não intervenção do Estado nas relações familiares deve ser respeitado e posto em prática.

A idade do idoso não interfere em suas escolhas e em sua forma de lidar com a sua vida, pelo o contrário, a sua idade vai servir de sabedoria, experiência e amor em suas escolhas. Portanto, não será apenas o fator patrimonial que deve prevalecer para tornar essa imposição do regime de separação obrigatória de bens constitucional.

Buscamos mostrar a inconstitucionalidade dessa norma não somente sob o ponto de vista legal, mas também social, tendo em vista que ainda na maioria dos casos há a prevalência do amor, pois podemos verificar que os idosos da atualidade estão morrendo cada vez mais tarde e com isso há o aumento da possibilidade de um idoso, assim como uma pessoa mais jovem, de se apaixonarem e de iniciarem uma linda história de amor, pois para o amor não existe idade, sexo, cor, raça, credo ou seja não existe distinção.

Por isso não podemos permitir que a capacidade civil, a capacidade de escolha de livre escolha do idoso seja reduzida em virtude de uma mera proteção patrimonial apartada do princípio da afetividade nas relações familiares.

Para tanto, principiar-se-á, no capítulo 1, tratando do histórico sobre o direito e da família geral e do Brasil, no qual iremos tratar sobre o surgimento da família, quais os tipos de famílias existentes assim como os direitos que eram resguardados a ela.

No capítulo 2, passando a tratar do contexto histórico do idoso nos anos anteriores quando os idosos eram tidos como figuras de suma importância para suas famílias, e eram considerados pessoas que mereciam o maior respeito, amor, carinho, felicidade e acima de tudo atenção.

No capítulo 3, passamos a estudar a capacidade civil desde de origem ao começar das pessoas até a capacidade e a incapacidade ligada ao idoso, demonstrando a importância da capacidade e da falta da incapacidade não somente dos idosos mais das pessoas no geral.

No capítulo 4, mostramos a importância do estatuto do idoso e de seus direitos fundamentais. Neste capítulo trataremos da importância do estatuto para a proteção do idoso a frente da sociedade onde muitas vezes passam despercebido por não receber o valor que recebe.

No capítulo 5, iremos mostrar e explicar os princípios constitucionais que estão sendo desrespeitados por tão norma uma vez que está indo de forma contrária a esses princípios elencados na constituição federal como o Princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade individual dentre outros.

No capítulo 6, trataremos dos Regimes de bens previstos no código civil, para o casamento. Podemos citar os regimes que nos são impostos quando resolvemos casar no civil.

No capítulo 7, trataremos mais a fundo do que é realmente o estudo do trabalho que é a inconstitucionalidade do art.1641II, cc, o qual tenta apenas proteger os idosos dos famosos "Golpe do baú", aplicado por pessoas mais jovens em pessoas idosas. Portanto devemos também não nos ater apenas ao cunho financeiro mais também ao mais importante que é o amor entre um homem e uma mulher independente de idade.

Para a presente monografia foi levantada a seguinte hipótese. É possível proibir o casamento entre duas pessoas que se amam apenas por sua idade sem qualquer justificativa plausível, apenas com o intuito de proteção financeira?

A metodologia utilizada no trabalho foi a da pesquisa bibliográfica, através da leitura de doutrinas, legislação, artigos, sites e jurisprudências ligadas ao tema. Utilizamos o método dedutivo, partindo-se do geral ao específico.

CAPÍTULO I - HISTÓRICO SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA GERAL E DO BRASIL

1.1 BREVE HISTÓRICO GERAL SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

O surgimento da família é constituída pela figura do homem e da mulher passando a ser ampliada com o nascimento da prole. A Família surgiu anteriormente ao Estado, a Igreja e ao próprio Direito. A formação da família passa a ser vinculada a sociedade, formada naturalmente por indivíduos unidos por um laço sanguíneo ou de afinidade. Como os filhos legítimos e aqueles que são unidos por laços de amor, afinidade e por escolha.

A Família em um sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo o vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é um conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole. (DINIZ, 2007, p 9)

A família na antiguidade era família formada pelo pater, ou seja, era a família representada pela a figura do pai mais no decorrer da história passam a haver várias modificações tanto sociais como jurídicas. A figura da família anteriormente se reduzia uma entidade extensa e hierarquizada, já a atualidade hoje à família atual se resume a pais e filhos que podem escolher se querem ou não conviver juntos ou não.

Na sociedade Romana a família era formada muitas vezes por interesses econômicos, religiosos, políticos e jurisdicional. O patrimônio desta família só poderia ser administrado pelo o pai e pelos os filhos homens conhecido como os varões, pois, as filhas não herdavam esse poder de administrar mesmo que sendo mais velhas e com a morte do pai todos os seus direitos passam para os irmãos e para o filho primogênito.

Nesta sociedade eram reconhecidas duas formas de parentescos por agnação que eram as pessoas que estavam incluídas sob o poder do mesmo pai sejam esses filhos legítimos ou adotivos e o parentesco pela cognação que era o grau de parentesco nascidos com o mesmo sangue. As mulheres ao casarem deixava o culto ao seu pai passando a cultuar os ancestrais de seus maridos.

No direito romano as uniões aconteciam de maneira livre e passando a ganhar caráter jurídico, e surgiu a figura do concubinato que era aceito desde que ambos não fossem casados e que não possuíssem outros concubinatos. No direito canônico sofria grande influencia da igreja pois, todas as vontades eram vindas do Deus ou da vontade do rei que era tida como soberana.

Em caso de desobediência eram impostas penalidades severas a quem desobedecessem às normas. Nesta sociedade era apenas considerado como o chefe da família o marido o qual era encarregado de comandar, administrar qualquer coisa na família, já a figura da mulher era apenas para afazeres domésticos, para cuidar dos filhos e não tinha voz ativa para nenhuma decisão. Os filhos advindos dessa união deveriam seguir os passos do pai continuando a sua mesma jornada.

Nesse contexto, visualizamos que a evolução no conceito de família passou por grandes mudanças nos valores sociais, econômicos, políticos e culturais. Pois os costumes que eram utilizados para resolver diversas coisas. No entanto não são mais utilizados como base para família, surgiu o aparecimento de métodos para evolução genética onde não é mais necessário sexo para procriar, passam a existir métodos contraceptivos para evitar gravidez.

O casamento não é mais a única forma para constituir uma família passando a ser uma forma livre e de escolha tendo como base leis para garantir a sua livre expressão e sua proteção especial do Estado.

1.2 Breve histórico do direito de família no Brasil

A família brasileira sempre foi muito influenciada pela Igreja, pelo catolicismo. No ano de 1564 até a elaboração do Código Civil de 1916, a família brasileira só passava a existir como família com o casamento civil. Muitos desses casamentos aconteciam através de contratos onde os pais ou melhor, o pai escolhia e ao mesmo tempo negociava os casamentos de seus filhos com os pais dos interessados com o fim de lucratividade seja em dinheiro, dotes, joias e até mesmo em cabeças de gado. As mulheres eram educadas para serem submissas aos seus maridos. O principal dever das mulheres era cuidar de seus filhos, com maior atenção voltada para as

mulheres para que não ficassem impuras antes do casamento. Muitas das vezes as noivas só conheciam os seus pretendentes na hora de dizer o sim. E só passando a receber o nome de família depois do casamento religioso com efeitos civis.

1.3 Constituições

No Brasil na nossa primeira carta magna, não trazia nada a respeito da família. A partir do decreto de número 181/1890, nascem os casamentos civis no Brasil. Desta forma a igreja passa a perder o controle legal e cultural para celebrar o casamento.

Apenas no período republicano é introduzido o casamento civil obrigatório pelo Decreto de 181/1890, como consequência da separação da Igreja do Estado, situação consolidada pela promulgação do Código Civil. Houve dificuldade de assimilação do sistema pelo clero e pela população de maioria católica na época. Com isso generalizou-se no país o costume do duplo casamento civil e religioso, que persiste até hoje. (VENOSA, 2003, p. 473).

Na constituição de 1934, passavam a expor a proteção especial que o Estado tinha com a família, já que no ano de 1937 foram descritos os deveres que os pais tinham com os filhos, trazendo o casamento religioso com efeitos civis.

Na Carta Magna de 1967 o casamento não podia ser dissolvido, No ano de 1973 a companheira advinda do concubinato após 05 anos ou se possuísem filhos em comum poderia ser reconhecida como esposa. Na constituição de 1988 trouxe consigo grandes modificações no modelo de família anterior. Em seus arts. 226 a 230 podem ser vistos suas mudanças de cunho natural, cultural, econômico, político e na instituição familiar.

Sendo os mais importantes à igualdade entre os filhos, entre os cônjuges, reconhecimento de 03 tipos de famílias a advinda do casamento civil, união estável, monoparental e a dissolução do casamento.

1.4 Código Civil

O Estado, apesar do princípio da não interferência, regula as regras básicas do casamento. Diante do exposto acima em relação à entidade familiar, foram abordado vários temas ao qual o Estado se impôs como ente

soberano mas, é sabida a influência religiosa existente na criação das Leis no Brasil.

No Código de 1916, o casamento só era constituído com o matrimônio. Ou seja, o casamento só era válido no regime civil e com filhos comuns, não havia dissolução do casamento. E o marido era o chefe da família. A ele eram atribuídas todas as obrigações deixando para as mulheres os afazeres e a educação dos filhos. A mulher era vista como mera colaboradora doméstica.

Com a Emenda constitucional de nº 09 de 1977 o casamento passou a ser indissolúvel. O Código Civil de 2002 passou a contribuir com a igualdade de direitos, com a lei de divórcio, com a constituição e com os princípios constitucionais. Com essa mudança passou a agregar os valores sociais e de direito a família atual.

Nesta família atual o casamento pode ser dissolvido de forma direta através de divórcio, assim como, a união estável poderá ser convertida em casamento. Desta forma ambos podem escolher o regime de casamento que beneficie ambos de forma igualitária para que nenhuma das partes saiam no prejuízo no caso de um divórcio.

CAPÍTULO II - CONTEXTO HISTÓRICO DO IDOSO

Considerando que o presente trabalho busca abordar o regime de separação obrigatória de bens, a pessoa idosa com 70 anos, será necessário fazer toda uma abordagem ao tema começando com o principal que é a pessoa idosa. O idoso será sempre a pessoa que possui uma maior experiência, ou seja, será sempre considerado velho ou de mais idade.

Durante muitas décadas as famílias eram formadas por vários parentes, as mulheres apenas desempenhavam o trabalho de se dedicar a família, a criação dos filhos e da casa e já os maridos eram responsáveis pelo sustento do lar. Nesse contexto, por se tratarem de famílias grandes a pessoa do idoso permaneciam com seus familiares em virtude de ser um membro com experiência, que possuía grande significado para sua família. Ao idoso era reservado um tratamento especial e integral em virtude de algumas enfermidades e do natural processo de envelhecimento tal processo se dá por diversas transformações de caráter biológico, social, psicológico e cultural perante a sua existência.

O envelhecimento é o processo de mudanças universal pautado geneticamente para a espécie e para cada indivíduo que se traduz em diminuição da plasticidade comportamental, em aumento da vulnerabilidade, em acumulação de perdas evolutivas e no aumento da probabilidade de morte. O ritmo, a duração e os efeitos desse processo comportam diferenças individuais e de etários dependentes de eventos de natureza genético-biológico, sócio histórica e psicológica. (NERI, 2001 p.46)

Desta forma o envelhecimento se dá pelo processo de mudança apresentado pelo idoso. O processo de envelhecimento a partir da idade pode-se verificar através das diversas mudanças desde o raciocínio, às formas biológicas e psicológicas do ser humano.

2.1 Conceito de Idoso

O idoso será toda e qualquer pessoa da terceira idade com mais de 60 anos como o disposto no Estatuto do Idoso Lei nº 8842/1994 no seu art. 1º; abaixo colacionado descrito: Art. 1º É o instituído o estado do idoso destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

O idoso com idade superior a 60 anos irão gozar de todos os direitos fundamentais descritos no Estatuto do Idoso assim como os direitos constitucionais destinados aos idosos. Visando promover a inclusão dos idosos na população brasileira lhes garantindo os direitos que muitas vezes são negados por ser vulnerável a aplicação das leis.

2.2 O idoso na sociedade atual

O Idoso anteriormente era tido como uma figura essencial e de suma importância na família brasileira, após varias mudanças culturais, econômicas, sociais e financeiras a sociedade atual se modificou, pois, as mulheres conquistaram outro lugar na sociedade onde antes era tida apenas como uma colaboradora familiar, as quais eram apenas destinadas função domestica passou a ocupar funções de grandes ascensões e aquele conjunto chamado de família também foi tomando outras proporções, os idosos passaram a ficarem maiores populacionalmente, não havendo uma preparação o que culminou em um país sem grandes oportunidades geradas para os idosos mesmo com os direitos a eles reservados pelo o estado e pela família que muitas vezes nenhum busca auxiliar para uma melhor qualidade de vida.

Muitas vezes na sociedade atual os idosos não são tratados com prioridade e sim como meros objetos financeiros ou são abandonados por seus familiares vivos em asilos ou são colocados em abrigos por seus parentes não em alguns casos os familiares não podem ficar com os idosos por motivos de trabalho, espaço, tempo entre outras e muitas vezes não são nem visitados por seus parentes.

Mais hoje em dia os idosos passam a exercer um papel de suma importância na sociedade em que vive uma vez que estes possuem várias maneiras de ocupação como os encontros da terceira idade, passeios, viagens, dependendo do lugar clube de danças, existem vários meios de esporte para que haja a ocupação dos idosos, onde eles podem fazer amizades, e conhecer novas pessoas e até mesmo se apaixonar. Pois para amar não existe idade, nem condições financeiras. Na atualidade os idosos buscam novas conquistas novos horizontes, hoje ele possuem várias maneiras de está em contato com o

mundo dos jovens assim como os chamados jovens da terceira idade que é quando se realmente começa a vida.

Será quando estes idosos que tanto batalharam na juventude hoje possuem a condições de viver uma nova vida sem ter que pensar somente na vida do trabalho, porque estes na maioria das vezes se encontram já aposentados e sem aquela preocupação com um sua vida da forma que achar melhor sem qualquer restrição ou preocupação.

Então o idoso de hoje pode tudo, amar, brincar, sair, se divertir, dançar, viajar, conhecer novas pessoas, e inclusive amar sem qualquer restrição ou medo porque até em uma questão amorosa este estará resolvido pela a sua experiência de vida, experiência dos amores do passado.

Então dos idosos atuais o que podemos concluir é que eles estão aptos para amar e para serem felizes.

CAPÍTULO III - A CAPACIDADE CIVIL

3.1 DAS PESSOAS

A pessoa física trata-se de todo o ser humano que seja sujeito de direitos e obrigações, pois, para ser considerada pessoa basta apenas existir. No entanto já nascemos dotados de personalidade.

Art.1º, CC Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Desta maneira podemos dizer que a capacidade será o grau da personalidade que todos nós possuímos já que nascemos com ela. A capacidade será o grau ou a medida de nossa personalidade de que será dividida em capacidade de direito e em capacidade de fato. Segundo DINIZ, Maria Helena “A capacidade, que é elemento da personalidade, é a medida jurídica da personalidade”. Portanto, nossa capacidade será medida avaliada pela nossa personalidade. (De acordo com as nossas possibilidades de realizar determinados atos na vida civil).

3.2 A Capacidade De Direito

A capacidade de direito será a que já nascemos com ela, já a possuímos desde o nosso nascimento com vida, ou seja, a partir do momento em que respiramos e só a perdemos quando deixamos de ter nossas atividades cerebrais (morte cerebral), ou seja, com a morte.

De acordo com o direito brasileiro só adquirimos a capacidade de direito se nascemos com vida. Só possuímos essa capacidade se chegarmos a respirar respeitando assim os direitos reservados ao nascituro. Segundo DINIZ, Maria Helena:

A capacidade de direito ou de Gozo: É aquela comum a toda pessoa humana, inerente á personalidade, e que só perde com morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (Art. 1º do CC).

No entanto a capacidade de direito será capacidade que possuímos para adquirir direitos desde o nosso nascimento até a nossa morte. Mais só possuiremos o direito de exercer se possuirmos ambas as capacidades de direito e de fato.

3.3 A Capacidade De Fato

A capacidade de fato, nem todas as pessoas possuem, pois, será a aptidão para exercer por si mesmo o seu direito. Ou seja, será a capacidade de exercer por si mesmo todos os atos da vida civil podendo chamar também de capacidade de ação.

A capacidade de fato só existe quando possuímos as duas capacidades a direito que já nascemos que será a de adquirir direitos e a de fato que será a de exercer o direito. Segundo DINIZ, Maria Helena: A capacidade de fato ou de Exercício: É aquela relacionada com exercício próprio dos atos da vida civil.

Poderemos citar, por exemplo, os recém-nascidos, os loucos, pois estes possuem a capacidade de direito, eles possuem direito de adquirir herança, no entanto não possuem a capacidade de fato para administrar os seus bens necessitando assim de um representante que complete a sua capacidade, com o fim de tomar decisões, de administrar, e proteger o patrimônio para que não ocorra dilapidação do patrimônio por esse herdado.

3.4 A Capacidade Plena

Podemos determinar que a capacidade plena será a junção da capacidade de direito e a capacidade de fato. Ou seja, será a capacidade de adquirir e administrar todos os atos da vida civil sem a necessidade de um representante.

Ou seja, é capacidade de agir pessoalmente todos os atos da vida civil, exercer direitos e obrigações perante toda a sociedade. Podendo assumir direitos e obrigações civil e penalmente.

3.4.1 A Capacidade Limitada

Podemos determinar que a capacidade limitada é a daquela pessoa que possui apenas a capacidade de direito. Ou seja, ela será denominada incapaz, necessitando de uma pessoa que a substitua ou que seja responsável pelos seus atos e suas vontades em determinados assuntos.

3.4.2 Capacidade Civil Do Idoso

A capacidade civil será a capacidade adquirida por todos os seres humanos, pois todos os seres humanos não dotados de personalidade seguido por MARIA, Helena Diniz.

Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigação. Deveras, sendo a pessoa natural sujeito das relações jurídicas e a personalidade, a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão ele reconhecida toda pessoa é dotada de personalidade. (Diniz, p.510 2005.)

Desta maneira a capacidade é inerente à própria existência da pessoa, porém, existem vários fatores que podem restringir alguns atos da vida civil (diferenciação entre capacidade de fato e de direito, que já tratamos acima). Existem formas para constatar a capacidade de fato e de direito, sem que necessariamente o avanço da idade represente a minoração dessa capacidade, quando o idoso apresenta estar em pleno gozo da sua capacidade mental. Desta forma cabe a família apenas auxiliar nas decisões (fator que ocorre em qualquer idade), sem que haja a efetiva representação desses direitos e nem mesmo a mitigação da capacidade já adquirida ao longo da vida, cabendo aos idosos decidirem as suas opções.

O idoso só poderá ser considerado incapaz a partir do momento em que for oficialmente diagnosticado com alguma enfermidade que afete diretamente sua capacidade mental, com a devida apresentação de laudo médico que esclareça qual é a patologia que o idoso tem e essa patologia deve representar efetivamente a limitação da capacidade mental, ou seja, deve ser uma patologia que afete diretamente as funções cerebrais e prejudique de maneira efetiva o raciocínio lógico para a tomada de decisões (ex: Mau de Alzheimer esclerose, senilidade avançada, etc.).

Neste caso, em virtude da existência de patologia que afeta a capacidade mental e não pelo simples avanço da idade, esses idosos serão representados através de assistência dos familiares ou responsáveis legais mediante o auxílio da justiça para regularizar essa representação legal através do instituto da curatela.

3.4.3 Incapacidade

A incapacidade de direito não existe no direito brasileiro uma vez que já nascemos com a capacidade de direito. Mas, a incapacidade é tida como a limitação para os atos da vida civil. Essa incapacidade restringe o ser humano para praticar os atos da vida civil, por exemplo, proíbe a possibilidade de celebração de contratos, de negócios jurídicos. Ou seja, podemos dizer que o intuito de ser constatada a incapacidade é apenas limitar, proibir, restringir o exercício dos atos da vida civil.

A incapacidade está dividida em duas modalidades a incapacidade relativa e a incapacidade absoluta, que veremos abaixo.

3.4.4 Incapacidade Absoluta

A incapacidade absoluta ocorre quando o indivíduo é completamente incapaz para decidir sobre os seus atos, sendo proibido de exercer pessoalmente os seus direitos perante a justiça, assim como, manifestar a sua vontade real e juridicamente necessitando obrigatoriamente ser assistido por um terceiro para que possa exercer a sua vontade e ser responsável por seus atos perante a lei e a todos os outros órgãos.

Podemos observar os absolutamente incapazes a partir do artigo abaixo:

Art. 3º do CC São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

I - Menores de dezesseis anos;

II - Os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

3.4.5 Incapacidade Relativa

A incapacidade relativa será quando o indivíduo é considerado incapaz parcialmente, ou seja, este pode praticar os atos da vida civil desde que seja assistido por um representante que será indicado pela a justiça (tutela ou

curatela) tendo este representante, preferencialmente, algum grau de parentesco.

Este representante irá assistir e auxiliar o representado na prática de decisões, sendo ratificado por este representante todas as decisões por ele tomada, assim podendo este responder judicialmente. Os incapazes relativamente estão descritos no rol do artigo abaixo:

Art. 4º do CC São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer:

- I - Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - Os pródigos;

CAPÍTULO IV - ESTATUTO DO IDOSO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 HISTÓRICO DO ESTATUTO DO IDOSO

Os Idosos passaram muito tempo na história para que os seus direitos fossem respeitados no Brasil. De início foi instituída a política nacional do idoso através da lei de número 8.842/94 que tinha como o principal objetivo promover condições de integração do idoso na sociedade.

A política nacional do idoso tratava de princípios atinentes aos idosos desde o tratamento que a família tinha para com o idoso, o seu processo de envelhecimento, as discriminações por eles sofridas e os seus direitos perante o Estado, citamos como exemplo o Art. 3º da Lei 8.842/94.

Alguns princípios ganharam notoriedade a partir do inciso primeiro, do art. 3º da Lei 8.842/94, que buscava mostrar para a sociedade que o idoso deveria ter protegido e ter respeitado seus direitos, deixando-os livres para fazer suas próprias escolhas, salvo se este estiver incapaz, quando lhes era indicado responsável legal para ser o guardião dos seus interesses.

Dos princípios

Art. 3º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguinte princípio:
I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.

Posteriormente, os direitos dos idosos ganharam maior notoriedade, em virtude de sua posição de hipossuficiência na sociedade, onde lhes são impostos vários obstáculos, tais como os maus tratos, falta de acessibilidade, entre outras faltas de respeito existentes no Brasil. Tal notoriedade se deu com a aprovação da Lei 10.741/2003, que tramitou durante sete anos no Congresso, mais conhecida como "Estatuto do Idoso".

No Brasil podemos dizer que surgiu um "remédio" para curar as feridas nascidas nos idosos, essa lei ampliava os direitos dos cidadãos acima de 60 anos, assim considerados a partir dessa faixa etária como idosos, como um único e principal objetivo inserir o idoso na sociedade como indivíduo comum que deve ter seus direitos defendidos independente de sua idade, sem qualquer discriminação em virtude do avanço dessa idade.

Um dos objetivos do Estatuto do Idoso é inserir cada vez mais os idosos na sociedade, pois, com o passar dos anos eles estavam perdendo a grande importância para sua família assim como para a sociedade. O estatuto veio para garantir com leis mais severas o respeito aos direitos dos idosos.

O estatuto, também, prevê punições aqueles que têm o dever de cuidar e proteger, tendo em vista o grande número de pessoas que abandonam e desrespeitam, portanto, o Estatuto tem a função de minimizar o sofrimento, a falta de respeito da sociedade e o abandono por parte da própria da família.

O Estatuto define medidas de proteção aos idosos, regulamenta os seus direitos, determina obrigações às entidades assistenciais, estabelece penalidades para diversas situações de desrespeito, tudo no intuito de trazer benefícios e medidas de proteção quando estes idosos se encontram em estado de risco pessoal e de ausência de políticas de atendimento.

Desta forma, ALMEIDA,

A função principal do Estatuto do Idoso é funcionar como carta de direitos, fornecendo meios de controle do Poder Público em relação ao melhor tratamento do idoso e verdadeira educação cidadã, no tocante ao respeito e à luta pela dignidade das pessoas com idade mais avançada em nosso país.
Leiamais: <http://jus.com.br/artigos/4402/estatuto-do-idoso#ixzz33RpSpfz1>

De acordo com as normas presentes no Estatuto caberá ao Estado impor normas de conduta e cabe aos familiares amparar, proteger, cuidar, dar amor aos idosos que existem na família.

Portanto, para que o Estatuto tenha plena eficácia é necessário que aja comprometimento de todos, ou seja, do Estado, da sociedade e das famílias.

4.2 Direito À Vida

O direito a vida está consagrado na nossa CF/88 no art. 5º Art. 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.

O processo de envelhecimento independe de nossa vontade, assim como, os problemas da saúde advindos de muito trabalho, genética e as próprias doenças que surgem com o avanço da idade.

No entanto o idoso com idade igual ou superior a 60 anos tem direito à saúde como um direito fundamental tanto na constituição como no estatuto do idoso. Desta forma a Andreia Gomes Andrade Lima Vieira busca esclarecer o princípio integral que assevera: VIEIRA, Andréia Gomes Andrade Lima. A importância do Estatuto do Idoso na efetivação do princípio da igualdade material. (2010, p.03)

O idoso, pessoa humana que goza de todos os direitos fundamentais inerentes a essa qualidade, direitos esses que estão estampados em todo o nosso sistema jurídico (CF/88 e demais leis), e agora também nesse seu estatuto, que lhe assegura “proteção integral”, assim, visa assegurar-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física, mental e a felicidade. Denota-se aqui o princípio magno que rege todos os dispositivos do Estatuto do Idoso: O Princípio da proteção integral.

Nestes termos o idoso tem o seu direito fundamental garantido na constituição e no estatuto do idoso em seu Art.15 e seus incisos abaixo:

Art.15 Estatuto do Idoso

É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

- I – cadastramento da população idosa em base territorial;
- II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;
- III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;
- IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;
- V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das sequelas decorrentes do agravo da saúde.

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

§ 4º Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.

§ 5º É vedado exigir o comparecimento do idoso enfermo perante os órgãos públicos, hipótese na qual será admitido o seguinte procedimento: (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013).

I - quando de interesse do poder público, o agente promoverá o contato necessário com o idoso em sua residência; ou (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013).

II - quando de interesse do próprio idoso, este se fará representar por procurador legalmente constituído. (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013).

§ 6º É assegurado ao idoso enfermo o atendimento domiciliar pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo serviço público de saúde ou pelo serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde - SUS, para expedição do laudo de saúde necessário ao exercício de seus direitos sociais e de isenção tributária. (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013).

4.3 Direito à Liberdade

A vida é o bem maior sem ela não há pelo o que lutar, sem a vida não há direitos, desta forma a vida é um direito fundamental e o Estatuto busca efetivar esse direito fundamental através das políticas públicas para maior eficácia na proteção ao bem maior que é a vida.

Podemos destacar o Art.8º e 9º do Estatuto do idoso que versa sobre o direito à vida:

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

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

Destarte que o direito a vida tem que ser garantido a todas as pessoas, mais principalmente aos idosos que quando chegam a uma idade avançada não possuem mais disposição para lutar por suas vidas. Para a efetiva proteção a vida da pessoa humana assim como a vida dos idosos traz o Art. 5º da constituição federal como o seu princípio da dignidade da pessoa humana.

Art. 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.

Logo, se verifica que não é somente as doenças que estão ceifando as vitimas, ou seja, os idosos mais o crescimento da violência em relação aos idosa sé vêm crescendo são filhos que matam pais e mães, indefesas ou até mesmo em assaltos com um fim trágico.

Por seguinte é necessário mudanças nos estados para oferecer uma mudança efetiva através das políticas públicas e que as famílias possam tomar para si qualquer obrigação com seus familiares idosos.

O Direito a liberdade é o direito de ir e vir, é o direito de tomar as suas próprias decisões. Direito a fazer o que desejar mediante qualquer coisa ou qualquer respeitando as leis vigentes. Como podemos citar Silveira, Bueno, p.395,1998 com o conceito de liberdade. É a condição em que uma pessoa pode dispor de si é a faculdade de fazer ou deixar de fazer uma coisa, livre-arbítrio; faculdade de praticar tudo aquilo que não é proibido por lei, ou seja, é o uso do direito dos homens livres.

Podemos destacar o Art. 10 do Estatuto do Idoso que assegura os direitos fundamentais da liberdade do idoso.

Art. 10º 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.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

A liberdade é um direito garantido aos idosos, porém, em diversas oportunidades tal direito é desrespeitado, inclusive pelos próprios parentes que impões o abandono e o desprezo, muitas vezes impedindo esses idosos de ter essa liberdade plena. Também, muitas das vezes não recebem um tratamento adequado aos problemas de saúde existentes, e se por acaso estiverem doentes não recebem os devidos cuidados, ou, muito pior, não estão recebendo o principal elemento nas relações humanas que é o amor, a atenção e principalmente companhia daqueles que deveriam cuidar e dar esse amor e carinho.

4.4 Direito ao Respeito

Esse direito trata-se do direito que visa à proteção ao idoso de uma forma moral e também a sua integridade física. O direito ao respeito para com o idoso é algo que necessita ser mais praticado, pois hoje em dia os idosos não são tratados como uma figura de suma importância para todos nós.

Podemos hoje em dia podemos verificar através de reportagens, fatos verídicos, fotos e relatos que os idosos não são respeitados, pois esses ficam a mercê da violência que começam em seu próprio lar, por seus familiares, filhos, netos, cuidadores e a violência passa para as ruas onde passam por diversos constrangimentos, violência e por desrespeito.

Os idosos, hoje em dia, passam por golpes financeiros aplicados por aqueles a quem deveriam protegê-los, por lesões corporais, por assaltos, espancamentos, e em episódios extremos chegando ao assassinato. Grandes partes das pessoas atualmente não trazem consigo a cultura do respeito, do amor ao idoso que é uma figura que nos passa amor, paz, tranquilidade e que é sinônimo de sabedoria e experiência de vida.

Mas, para que haja eficácia em relação a esse respeito à obrigação de uma fiscalização da própria sociedade, ou seja, a participação ativa de todos que fazem parte do convívio com os idosos visando proteger e garantir a plena eficácia dos seus direitos, pois, um dia, seremos idosos também e precisaremos desses mesmos direitos para conosco e se não lutarmos hoje, seremos reféns dos da falta de eficácia e de pleno respeito a esses direitos que foram conseguidos com muito esforço e luta.

De acordo com FREITAS (2008, P.147).

O idoso, dessa forma, assim como qualquer outro cidadão, tem o direito ao respeito de sua imagem. O uso indevido da mesma atinge o próprio idoso no tocante a sua honra, privacidade e decoro.

Por outro lado podemos garantir o respeito ao idoso como um direito fundamental existente em seu Estatuto no seu Art. 10, § 2º.

Art. 10. 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.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da

identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

Conforme colocamos acima fica claro e evidente que caberá ao Estado e a sociedade garantir e preservar todos os direitos garantidos ao idoso.

4.4.1 Direito ao Livre-arbítrio

O livre-arbítrio, é o poder que as pessoas num todo de fazer suas próprias escolhas, sejam essas escolhas boas ou ruins. "O conceito de Livre-arbítrio é a liberdade que o homem tem de agir conforme a própria vontade ou seja, autodeterminação". (BUENO, 1996, P.399)

As sociedades responsabilizam qualquer escolha como a utilização livre-arbítrio. Desta forma os idosos também gozam do livre-arbítrio, porque possuem capacidade de escolha e vontade. Neste caso, o homem será o responsável pelos seus atos, porque de acordo com a sua vontade ele é livre para escolher entre o certo e o errado. Sendo assim, é necessário refletir para a tomada de decisões para o bem e para o mal objetivando a necessidade de não prejudicar as pessoas envolvidas.

CAPÍTULO V - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES AOS IDOSOS

5.1 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE OS PRINCÍPIOS ATINENTES AOS IDOSOS

Neste capítulo serão analisados os principais princípios constitucionais como o Princípio da Dignidade da pessoa humana, Princípio da Igualdade e Princípio da liberdade individual. Com a análise dos princípios acima mencionados iremos analisar a inconstitucionalidade do Art. 1641, II do Código Civil, na perspectiva que o mesmo torne-se inconstitucional por ferir os princípios que visão proteger a pessoa humana.

5.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É um princípio de grande importância, pois é o responsável pelo Estado democrático de direito tendo sua fundamentação no Art. 1º III da Constituição Federal. É um princípio da ordem constitucional que mostra a manifestação de todos os valores constitucionais. Trata-se de uma importância adquirida bem anteriormente a Constituição de 1988, pois, as Declarações dos Direitos Humanos de 1948 já frisava o ser humano como o centro do ordenamento jurídico.

Esse princípio visa proteger a integridade do ser humano independentemente do credo, raça, cor, origem, idade ou status social envolvendo assim valores espirituais e materiais que se dividem em liberdade de ser, pensar e criar, ter acesso aos meios que garantem sua saúde alimentação, lazer, moradia e educação. Esse princípio está totalmente ligado à doutrina familiar e ao mesmo tempo aos princípios individuais familiares e sociais.

Quando tratamos de dignidade da pessoa humana, nos referimos ao princípio que busca defender a vida na sua plenitude, não só a vida no sentido de estar vivo. A nossa dignidade se reflete no acesso as condições necessárias ao desenvolvimento pleno de nossas vidas, ou seja, desenvolvimento físico, mental e espiritual.

De acordo com Maria Berenice Dias, 2010, p.73: "A dignidade da Pessoa Humana encontra-se na família, o solo apropriado para florescer".

Esse princípio irá refletir em todos os valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem, abarcando assim os valores jurídicos de liberdade pública em sentido amplo assim como os sentidos individuais.

Deste modo, torna-se injustificável o estado impor um regime de bens específico para pessoas idosas, pois, não é o avançar da idade que justifica a mitigação da capacidade civil plena do idoso. O idoso que possui capacidade mental plena deve ter respeitado o seu direito de escolha e por isso, tal mitigação passa a ferir a dignidade do idoso.

É necessário que seja reavaliada essa norma, pois, ao tentar proteger os idosos dos conhecidos “golpes do baú”, foi também limitada a capacidade civil dos mesmos. Limitou-se, também, a liberdade de afeto que está presente no coração dos idosos tornando-os semi-incapazes, o que de certa forma converte-se numa forma de discriminação para com o idoso.

Tratando-se da norma imposta pelo CC/2002, ao tratar do Regime de bens, o doutrinador Alexandre de Moraes (2002, p. 129) esclarece que a imposição do regime de separação obrigatória para o idoso afeta de forma direta o princípio da dignidade da pessoa humana, vejamos:

A dignidade da pessoa humana 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 em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Quando nos referimos ao princípio da dignidade da pessoa humana não há exclusão de nenhum ser humano pois, não existe faixa etária é um princípio que visa a proteção de todos sem distinção.

Neste caso o que dever ser avaliado é a parte da saúde mental (exemplo no caso dos idosos à senilidade que pode ou não ocorrer com o avanço da idade), capacidade mental do idoso, como ocorreria em qualquer outra idade. O aspecto idade visto de forma isolada, não serve, por si só para a redução dessa capacidade civil plena já devidamente adquirida.

A obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens para o idoso acima de setenta anos, tem um cunho fortemente patrimonial e muito pouco se preocupou com os demais aspectos do idoso como um todo. Ao

proteger meramente os aspectos patrimoniais, foram deixados de lado muitos outros aspectos importantes para a preservação e respeito ao ser humano, independente de sua idade.

O amor e a vontade de ter uma comunhão plena de vida com alguém independe de idade, independe de situações meramente patrimoniais. O amor não tem prazo, nem data para chegar. A vontade de partilhar a vida com outra pessoa não exige limitação de idade, a partir do momento em que a pessoa já adquiriu sua capacidade civil plena. Não é o mero avanço da idade que deve ser barreira para a livre manifestação da vontade de escolher qual o melhor regime de bens que se aplica ao casamento.

5.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade visa garantir a igualdade de todos os seres humanos sem qualquer distinção assim como o disposto do Art. 5º Caput da Constituição Federal. O Estado visa buscar com esse artigo uma igualdade formal advinda do liberalismo clássico assim como a igualdade material que visa tratar os de forma igualitária.

Art. 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.

O Estado visa buscar com esse artigo uma igualdade formal advinda do liberalismo clássico assim como a igualdade material que visa tratar os de forma igualitária.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.92):

“A idéia de igualdade interessa particularmente ao direito, pois a ela está ligada a idéia de Justiça. A justiça é a regra das regras de uma sociedade e é ela que dá o valor moral e o respeito a todas as outras regras dessa mesma sociedade. Portanto, é a questão da Justiça que permite pensar a igualdade”.

Neste sentido o princípio deve ser utilizado para agir com igualdade perante a lei, sem qualquer distinção, uma vez que o legislador e o aplicador da lei são os destinatários, nesse caso não se pode se utilizar da lei nem para beneficiar e nem para prejudicar a quem quer que seja se utilizando assim do princípio da Igualdade.

Não havendo discriminação de sexos já que o texto constitucional em seu art. 3º IV e 7º XXX destaca que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição. Não poderá haver distinção nos tratamentos uma vez que todos possuem igualdade que não determina sexo, idade, cor, estado civil, posse ou deficiência.

A desigualdade ocorre em decorrência dos fatores naturais e sociais que existem na diversidade humana porque as pessoas são diferentes fisicamente e intelectualmente. O que diferenciam é o caráter, a inteligência e as preferencias. A idade em alguns casos torna-se motivos de discriminação em relações de emprego o que leva em alguns casos até a diferença salarial para a mesma execução do trabalho.

Na prática existe uma dificuldade para a aplicação dessa igualdade em relação a todos porque não existe uma igualdade absoluta, mesmo com a igualdade presente no Art. 5º da CF/88 que defende que todos são iguais perante a lei sem distinção, portanto, algumas leis especiais foram elaboradas para proteger situações de hipossuficiência dentro das relações sociais.

Deste modo como todos são iguais perante a lei não há motivos para que o idoso não possa escolher o seu regime de bens, uma vez que estamos em um estado democrático de direito que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais como a liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e a justiça. Dessa forma os idosos também possuem o direito de escolha e de liberdade para tomar suas próprias decisões.

5.4 Princípio Da Liberdade Individual

Quando tratamos do princípio da liberdade individual, estamos falando do poder da autodeterminação no qual somos livres para defender tudo aquilo que seja certo ou errado do nosso ponto de vista. Este princípio visa à proteção de nossas escolhas, protegendo de qualquer intervenção da sociedade na vida privada. É a defesa atribuída ao indivíduo perante a sociedade.

A liberdade de consciência será o foro interno do ser humano onde nenhum indivíduo poderá interferir pois, será a liberdade os seus pensamentos.

Uma dessas liberdades é, por exemplo, a liberdade de religião, onde encontramos liberdade para escolher qual a crença seguir sem determinação de qualquer outra pessoa ou qualquer intervenção do Estado. A liberdade de expressão, também, é uma das mais importantes liberdades, pois é nela que estão resguardados e protegidos os nossos direitos de expressão, de pensamentos, de exercer nossas atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação.

Através da liberdade de expressão podemos fazer as nossas escolhas com autonomia, entre essas escolhas está a de, a partir do momento que temos capacidade civil plena, optarmos pelo regime de bens no casamento, podendo formar uma comunhão plena de vida sem intervenções nas escolhas dessa comunhão, tendo liberdade não só para escolher a pessoa com que desejamos passar o resto da vida, bem como para planejarmos essa união e as escolhas advindas da mesma.

Qualquer pessoa, que tenha essa capacidade civil plena, poderá escolher livremente e sem empecilhos o seu regime matrimonial de bens, pois segundo MARTINEZ (1997, p.110.) somos livres de escolhas. Vejamos:

A liberdade é faculdade nuclear do homem e do idoso. Devendo ser-lhe propiciada mediante providencias reais assecuratórias, principalmente através da independência familiar e social. Se possível ensejada conforme prestações previdenciárias ou assistenciárias. Só em ultimo caso, quando inapto para subsistir sem o auxilio de terceiros, esse voo livre pode ser afetado, impondo-se norma pública sábia e adequada, poder dispor de seus bens, como previstos na Lei nº 8842/94, é exercício desse direito inalienável, embora em conflito com a norma pública, o disposto do art. 10, § 1º, é preceito simplista diante da magnitude da questão, inclui-se também a liberdade física de movimentar-se transporta-se sair a pé sozinho ou em excursões.

Desta forma, verificamos que, não cabe ao Estado impor de forma obrigatória o regime de bens do idoso após os 70 anos, pois, não há redução da sua capacidade civil apenas pelo mero avanço da idade, sob pena de serem feridos direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos na nossa carta Magna. Somente nos casos de incapacidade, independente de idade é que serão permitidas restrições (parciais ou totais) quanto a realização dos atos da vida civil.

Sendo assim, é inadmissível que nos dias atuais pessoas idosas ainda sejam discriminadas e tenham sua capacidade civil relativizada. O idoso tem garantido pela nossa carta Magna e pelo Estatuto do Idoso a sua dignidade como ser humano, e como cidadão gozando de plenos direitos pode escolher com quem quer casar e qual o regime vai optar para essa união.

Essa limitação da autonomia da vontade, instituída através dessa obrigatoriedade da adoção do regime de separação obrigatório de bens ao maior de 70 anos, passa a ser inconstitucional em face do direito de igualdade e liberdade imposto pela Constituição Federal. Pois a plena capacidade é adquirida a partir dos 18 anos e só passa a ser extinta pela morte ou nos casos estabelecidos por lei e essas pessoas deverão ser representadas por tutores ou curadores, preferencialmente através do devido processo de interdição judicial como consta nos arts. 1177 a 1186 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO VI - REGIME DE BENS NO CASAMENTO

6.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS REGIMES BENS DO CASAMENTO

Neste capítulo iremos tratar dos regimes matrimoniais oferecidos pelo nosso ordenamento jurídico, buscando estabelecer as diferenças entre cada um dos bens. São eles: Regime de comunhão parcial de bens; Regime de comunhão universal de bens; Participação final dos aquestos; Separação de bens e Separação Obrigatória de bens.

6.2 Regime De Comunhão Parcial De Bens

Trata-se do regime de separação, quando não á celebrado o pacto antenupcial, e na falta da manifestação dos noivos ou quando á hipótese de ser nulo ou ineficaz. De acordo com o art. 1.658, CC os nubentes só poderão adquirir os bens que sobrevieram na constância do casamento.

A comunhão parcial de bens significa dizer que serão apenas divididos com ambos os bens adquiridos durante o casamento, os demais bens adquiridos antes do casamento não entram na partilha do casamento pertencendo a cada um separadamente. Neste regime pode-se firmar o pacto antenupcial para questões administrativas dos bens particulares, conforme disposto no art. 1.665, do CC.

Portanto, este regime permite apenas que o direito só se adquira na constância do casamento. Os direitos particulares adquiridos anteriormente ao casamento não entraram na partilha dos bens no caso de um eventual divórcio.

6.3 Regime De Comunhão Universal De Bens

Na comunhão universal de bens é necessária a realização do pacto antenupcial, esse regime será escolhido pelos noivos e suas regras estão inscritas nos arts. 1.667 a 1.671, do CC. Neste regime, forma-se uma única universalidade, ou seja, os bens adquiridos antes ou após o casamento serão de ambos os cônjuges, mesmo que a título oneroso, por doação ou herança portanto, os patrimônios se fundem em um só.

6.4 Regime de Participação Final nos Aquestos

A participação final dos aquestos é um regime misto, que reclama o pacto antenupcial. Ele é previsto nos arts. 1.672 a 1.686, do CC. É um regime que gera muita insegurança e incertezas. Pois, há necessidade de um cauteloso trabalho contábil durante o casamento.

Em determinados casos é necessário à realização da perícia, porque será destinada a casais que possuem patrimônios próprios que desempenhavam ambas atividades econômicas e patrimônios próprios. Neste regime existem os bens particulares que cada cônjuge possui ao casar, os adquiridos por sub-rogação e os recebidos por herança ou liberalidade.

Na constância do casamento cada um mantém a titularidade e a livre administração do seu próprio patrimônio (bens adquiridos anteriormente e durante a vida em comum), no caso de um eventual divórcio, cada cônjuge ficará com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes do casamento e com metade dos bens adquiridos na constância do matrimônio.

6.4.1 Regime de Separação de Bens

O regime de separação de bens está previsto nos arts. 1.687 e 1.688, do CC, é necessária a elaboração do pacto antenupcial, momento no qual os nubentes optam pela incomunicabilidade do total dos seus bens. Neste regime, os bens adquiridos no passado, presente e futuro não se comunicam nem na constância do casamento nem na dissolução do mesmo.

Serão apenas comunicadas as dívidas e os empréstimos adquiridos para manter a família. Neste regime a pedra fundamental será sempre incomunicabilidade dos bens.

6.4.2 Regime de Separação Obrigatória de Bens

A escolha por esse tipo de regime, tal qual ocorre com os demais será feita na ocasião do casamento, mas, tem maior significado no momento da dissolução matrimonial.

Esse regime será imposto pela lei em casos específicos, por exemplo, quando se tratar dos idosos a partir dos 70 anos previstos no art. 1.641, do CC (temática abordada no nosso trabalho). O regime de separação obrigatória de

bens no caso do idoso é imposto pelo Estado sob a justificativa de proteger o patrimônio do mesmo nos casos de casamentos que visam apenas o interesse financeiro. Porém, qualquer casamento, independente de idade, está sujeito a interesses e tal obrigatoriedade fere os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, legalidade, da liberdade individual, bem como, minimiza a capacidade civil plena sem justificativa plausível para tal mitigação.

CAPÍTULO VII - A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS APÓS OS 70 ANOS

7.1. O confronto do art. 1.641 do Código Civil

Na sociedade atual o aumento da expectativa de vida aumentou as possibilidades de se construir uma relação afetiva na terceira idade, podendo ser uma união estável ou o próprio casamento.

Deste modo, o maior de 70 anos, ao tomar a iniciativa de casar, escolhe não somente para ter um laço afetivo de amor, companheirismo, amizade, mas, também, em virtude de ter uma efetiva comunhão plena de vida, o que inclui questões patrimoniais também.

Nesse ponto encontramos a questão nevrálgica do problema pois, se o idoso estiver na faixa etária dos 70 anos, se inicia o debate acerca da escolha de regime de bens e é nesse contexto que queremos adentrar. Ao atingir essa faixa etária o idoso não pode escolher o regime de bens que deseja para o seu casamento e/ou união estável em virtude de uma imposição do Estado, ferindo como isso um princípio do direito de família que é o da não intervenção do Estado, mesmo estando o idoso em pleno gozo de sua capacidade mental.

A justificativa de proteger o idoso, como parte hipossuficiente dos famosos “golpes do baú”, não prospera, pois, visualiza apenas a questão patrimonial em detrimento de tantos outros direitos feridos através desta imposição.

O Estado também intervém de forma indevida na esfera da intimidade da família, tendo em vista que passa-se a ver o casamento do idoso única e exclusivamente através do viés patrimonial, esquecendo que nas relações humanas as questões emocionais e o amor verdadeiro, sem interesse, com apenas o intuito de cuidar, amar, dar carinho e receber sem nenhum interesse existem e devem ser respeitadas.

Desta forma, o art. 1.641, II do CC, afronta os princípios constitucionais concernentes aos idosos, pois, com essa proibição passa a tratar os idosos de uma forma diferenciada como uma pessoa sem discernimento apenas em

virtude da idade, a nossa CF/88 protege o direito de todos como podemos destacar abaixo:

Art. 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.

Como já afirmamos anteriormente o tema é bastante importante e polêmico, uma vez que visa mostrar que o idoso pode tomar suas próprias decisões, saber o que é bom e ruim a respeito do regime de bens do seu próprio casamento ou sobre qualquer outro assunto, desde que, esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, ou seja, esteja no uso de sua capacidade civil plena.

Porém, não há essa possibilidade de escolha do regime de bens para os maiores de 70 anos por imposição do Estado, esquecendo que o casamento agrega valores a relação sejam esses valores materiais, afetivos, espirituais dentre outros como podemos destacar:

O vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa **o auxílio mútuo material e espiritual**, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família. (DINIZ, 2010 p. 37).

Analisando por esse ponto de vista podemos definir o casamento como um contrato/tratado no qual existe uma troca em comum acordo, ou seja, em conjunto, nos aspectos materiais e afetivos para garantir os direitos e os deveres trazidos pela lei para os casados, vejamos:

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam das relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (VENOSA, 2001, p.40).

7.2 Argumentos Favoráveis

A doutrina não tem uma posição uníssona com relação a essa obrigatoriedade da adoção do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos. Os que defendem a obrigatoriedade afirmam que os motivos são justificáveis, uma vez que, visam defender os bens e a proteção

dos idosos em relação ao seu patrimônio e em relação ao patrimônio dos filhos advindos de casamentos anteriores (mera expectativa de direito – expectativa de herança) que poderia ser prejudicado na divisão da herança na suposição de um divórcio ou até no caso de morte de um dos nubentes.

Esses doutrinadores entendem que os idosos são mais suscetíveis a serem ludibriados e começam a dispor de forma inadequado dos seus bens quando estão envolvidos afetivamente colocando em risco não somente sua vida, como o seu patrimônio, podendo prejudicar os seus herdeiros futuramente. Vejamos o que diz Venosa abaixo:

O Legislador compreendeu, que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e, quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado a ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. (VENOSA, 2010, p.326)

Tal preocupação poderia ser alegada com relação aos idosos de tempo atrás, mas os idosos da atualidade não estão mais presos ao conceito de ingenuidade, uma vez que existem vários meios de informações.

Também é uma visão preconceituosa achar que as pessoas que se relacionam com idosos estão interessados única e exclusivamente no patrimônio que estes possuem.

Não podemos apenas pensar que o interesse dos cônjuges é meramente financeiro quando existem vários outros fatores que são ressaltados como, por exemplo, a formação de uma família em que exista afeto, comunhão de vida, companheirismo, amizade, reciprocidade e união de ambas as partes. Podemos destacar:

A razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem ser ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou ainda prejudicar terceiros em razão do regime. (TARTUCE E SIMÃO, 2008, p.154).

A preocupação do legislador foi a de proteger os idosos dos prejuízos futuros que poderiam ser causados pela exploração financeira, mas, também, nesta análise só está sendo considerada a parte financeira/ patrimonial e não os demais aspectos envolvidos num relacionamento.

Muitos doutrinadores defendem essa tese por questões óbvias na qual uma jovem de 18 a 20 anos não poderia se apaixonar por um idoso, pois, a sua verdadeira paixão seria pelo aspecto financeiro e o interesse seria em explorar os valores oferecidos pelo idoso, no intuito de acabar com essas explorações podemos destacar Veloso:

Para evitar explorações consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem à possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. (FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA apud ZENO VELOSO, 2008, p.31).

Como já mencionado anteriormente esse aludido art. 1.641, II, do CC visa apenas a proteção de cunho patrimonial ao se construir uma relação com idoso. Para evitar o famoso “golpe do baú”, que são aplicados desde os tempos remotos. Como podemos destacar abaixo:

Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.641, II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, 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. Possibilitar, por exemplo, a opção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar consequências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução Inter vivos de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução causa mortis do casamento. (MONTEIRO, 2007, p.218).

Diante de tudo o que já foi mencionado acerca dos argumentos favoráveis a obrigatoriedade do regime de separação de bens após os 70 anos, nos cabe, aqui, argumentar, que é necessária uma mudança dessa obrigatoriedade, pois nem todas as pessoas são iguais e nem pensam da mesma forma. Existem pessoas que estão em busca apenas de um enriquecimento, por meio de um casamento milionário ou de uma boa vida financeira, isto em qualquer idade. Mas, existem pessoas que estão buscando apenas um companheiro ou companheira para viver em plena comunhão de vida.

Muitas vezes aqueles que irão herdar esse patrimônio que o Estado protege não estão nenhum pouco interessados em dispor desse tempo com os seus pais idosos, que por muitas vezes por não ter tempo ou até mesmo tempo

dedicação, os colocam em casas de repouso mesmo esses estando civilmente capazes.

A falta de amor, carinho, amizade e companheirismo da família passa para os idosos os deixando vulneráveis nesse sentido. Então não devemos levar em conta apenas a questão financeira, mas sim o apoio que ele receberá se conhecer uma companheira, que poderá se dedicar e cuidar do mesmo. Não existindo nenhum problema que esse companheiro(a) após a morte do idoso ou ainda em vida, que esse idoso, faça o que lhe faz bem, dando o apoio necessário para que aquele que foi realmente a companhia de sua vida tenha uma vida digna, financeiramente equilibrada. Tendo em vista que muitas vezes aqueles que deveriam ter o cuidado e o zelo não cumpriram com esse papel, sendo estes na verdade os verdadeiros interessados apenas na parte patrimonial.

Neste caso deve-se analisar caso a caso, pois, é necessário a avaliação de muitos critérios para determinar algo de suma importância na vida de pessoas que estão no gozo de sua capacidade civil plena.

7.3 Argumentos Contrários

Outra parte da nossa doutrina, entendimento majoritário, se posiciona contrário ao regime de separação obrigatória de bens para o casamento dos maiores de 70 anos, pois, argumentam que o Estado não tem o poder de adentrar em um assunto da vida íntima de um casal, respeitando o princípio da não intervenção do Estado. Argumentam, também, que o Estado está restringindo a liberdade de escolha de pessoas que tem plena capacidade civil, apenas pelo fatos do avanço da idade, ferindo assim de forma contundente princípios constitucionais de grande relevo, pois, acaba por tratar os idosos de forma diferente como podemos verificar logo abaixo:

Ora, promovendo o exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de seus garantias constitucionais a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade da pessoa humana. (FARIAS e ROSENVALDO, 2008, p.221)

O idoso ele não pode ser impedido de escolher o seu regime de bens no casamento e nem de tomar qualquer outra decisão de sua vida, sem que tenha um documento que ateste sua incapacidade para administrar a sua vida e seus bens assim como a sua vida amorosa e intelectual. Pois ele é absolutamente capaz para praticar todos os atos da vida civil. Para que o idoso seja impedido é necessária toda uma avaliação de saúde, psicológica e uma ordem judicial. Podemos destacar o entendimento de alguns doutrinadores:

Mas não se pode duvidar que o nubente, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que juridicamente não teria sentido nessa restrição legal em função da idade avançada do nubente (DINIZ < 2009.p.193)

Além de restringir o direito de escolha dos idosos fere os princípios e fica evidente o preconceito em afirmar que o idoso nesta idade não têm o direito de escolha, porque são levados por impulsos da paixão. Então é necessário rever esta lei porque ela está limitando os idosos de constituir uma família através de um novo casamento limitando a escolha do regime de bens.

Podemos trazer o entendimento de um dos juristas que participaram da primeira jornada de Direito Civil do Conselho da justiça federal, conforme enunciado nº 125(CJF/STJ, s.2, p.19).

A norma que torna obrigatória o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que tem alterada drasticamente nos últimos anos, também mantem um preconceito quanto às pessoas idosas quem somente pelo fato de ultrapassar determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

A partir do entendimento acima, constatamos com clareza que o que pesa nesta norma é o preconceito com a idade e a defesa apenas financeira que o legislador deixou em grande evidência ao determinar essa lei. O legislador ao criar essa lei ele não pensou em laços afetivos que são os de suma importância e sim apenas em questões patrimoniais, quando modernamente vemos um avanço do direito de família onde o que deve prevalecer são as relações afetivas.

A autora abaixo em sua citação deixa mais que evidente que o art. 1.641, II, do CC por impor a adoção de um único modelo de regime de bens, afronta o estatuto do idoso e seus incisos, que defendem que o idoso não pode ser tratado de maneira diferente das outras pessoas, até porque com a idade o idoso não perde seu poder de decisão. Vejamos:

Das várias previsões que visam suspender a realização do casamento nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos em flagrante afronta ao estatuto do idoso. (DIAS, 2001, p.248)

Deve existir equilíbrio, pois, há necessidade de proteção com relação aos idosos em determinados casos, mas temos que se analisar caso a caso, uma vez que existem idosos que são abandonados pela família, e que encontram um(a) companheiro(a), alguém para amar, e por esse dispositivo acabam por serem privadas de no final de receber algum bem, por um impedimento imposto pelo Estado. Não é justo neste caso. Então a necessidade de analisar caso a caso para que não ajam injustiças com pessoas que não estão interessados em bens materiais, mas que no final por sua dedicação merecem o reconhecimento tal qual qualquer outro cônjuge merece. Vejamos o que diz a doutrina:

O caminho mais adequado para harmonizar com respeito ao texto constitucional os diferentes interesses albergados, será, sem dúvida determinar aos nubentes uma declaração de titularidades patrimoniais quando da habilitação para o casamento, de modo a precaver reciprocamente os direitos. (CANUTO2004, apud FARIAS E ROSENVALD, 2008, p.221)

Não é necessário que idoso fique casado com uma pessoa que esteja apenas com o desejo de crescer financeiramente uma vez que se tem a alternativa para se alterar o regime de casamento do idoso de duas formas que lhe são asseguradas através do art. 1.639, do CC que dispõe:

Art. 1.639. É admissível a alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvadas os direitos de terceiros.

E na aplicação da súmula de nº 377 do Supremo Tribunal Federal que também destaca essa mesma possibilidade: "Súmula 377, No regime de

Separação Legal de bens, comunicam-se os adequados na constância do casamento”.

Nos termos da súmula 377 do STF, os nubentes poderiam escolher o regime de bens de regime de separação legal de bens o qual só iriam se comunicar os bens que adquiriram na constância do casamento. Ou seja, é uma forma de afastar essa regra que o casamento após os 70 anos seria obrigatório a escolha do regime pelo o Estado uma vez que o realmente é importante é a construção do amor em uma relação homem e mulher ou em qualquer outra relação que o principal sentimento seja o amor.

7.4 Possibilidade de Alteração de Regime de Bens no Casamento entre os Idosos de 70 anos com base na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Na súmula 377 do STF, observa-se, que pelo o que já foi mencionado acima é uma súmula de grande importância que busca resolver este impasse do regime de separação obrigatória de bens após os 70 anos.

A importância dessa súmula é afastar um pouco essa obrigatoriedade imposta pelo Estado, podendo ser uma alternativa nos casos de idosos que pretendem contrair matrimônio, pois seriam apenas divisíveis aqueles bens adquiridos na constância do casamento ficando desta forma resguardada os bens de casamentos anteriores que seriam divididos para os filhos que nasceram da relação anterior.

Ao se utilizar esta súmula como uma exceção nesses casos específicos, é dada uma garantia de que só serão comunicados os bens que foram construídos dentro do casamento, pois é uma proteção para ambos. Trata-se de uma forma de proteção do patrimônio anterior de ambos, por exemplo, naquelas uniões que existem uma família anterior com filhos e que há um patrimônio a ser dividido.

Existe outro benefício trazido pela súmula, de uma forma natural e ao mesmo tempo limitada ela busca proteger os princípios constitucionais desrespeitados no aludido art. 1.641, do CC/02, como, por exemplo, os princípios da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana, e os demais

princípios voltados a proteção do idoso respeitando a igualdade de valores, sem discriminação oriunda de idade.

Cabe ainda ressaltar que o art. 1.639, §2º, do CC, permite a alteração do regime de bens por ambos os cônjuges, mediante autorização judicial e que esse pedido seja justificado por ambos como podemos ver abaixo:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Podemos vislumbrar, desta forma, as possibilidades que poderiam ser usadas sem a necessidade de invasão na vida de um casal que possui plena capacidade para suas escolhas. Analisando o art.1.641, do CC podemos notar que este artigo é utilizado apenas para impor um regime de bens obrigatório após os 70 anos, invadindo revestido da característica de proteção a vida e a intimidade de pessoas que planejam uma vida a dois.

O que se percebe claramente é que para esse dispositivo que obriga o regime de bens ao idoso, a parte afetiva pouco importa e o que realmente está sendo levado em conta é apenas o lado financeiro sem ver a importância do lado emocional e em contrapartida agride os preceitos constitucionais concernentes aos idosos.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou, no decorrer do estudo, expor a obrigatoriedade imposta pelo legislador a partir do artigo 1.641, II, do CC, que prevê a separação obrigatória de bens após os 70 anos.

Para tanto a, mesma foi dividida em sete capítulos, de onde decorremos desde a parte histórica até as discussões jurisprudenciais sobre o tema.

O enfoque principal é mostrar a inconstitucionalidade do Estado em impor, através de artigo do nosso Código Civil, o regime de separação obrigatória de bens, mitigando assim a capacidade civil plena em virtude do avanço da idade.

Buscamos mostrar que o legislador ao impor essa obrigatoriedade desrespeitou o idoso e os seus direitos previstos da Constituição Federal de 1988, através de afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa humana, Princípio da Liberdade individual, Princípio da Isonomia, entre outros.

Logo se pode verificar que qualquer casamento pauta-se pela mútua cooperação de ambos, bem como, a assistência moral, material e espiritual de ambos.

No entanto sabe-se que hoje na atualidade a expectativa de vida aumentou o que proporciona aos idosos a possibilidade de se casarem em idade mais madura. É que podemos entender que não é somente importante o fator financeiro mas o amor, porque o que será medido na vida do idoso será o companheirismo, a convivência e a união de ambos independentemente de idade.

Portanto, acreditamos que para ser imposta essa regra há necessidade de um estudo sobre cada caso. Ou poderia ser utilizada a regra da súmula 377 do STF, que defende que os bens que se comunicam são apenas os adquiridos na constância do casamento.

Se fossem utilizadas essas regras existiria a proteção ao idoso da mesma forma, porém sem minimizar a capacidade civil destes, bem como, protegeria os bens advindos de outras uniões não prejudicando assim os filhos que seriam beneficiados com a herança dos pais.

Com a presente monografia e pesquisa pode-se concluir, que, no que tange a hipótese levantada é possível verificar a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação bens após os 70 anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum acadêmico de direito, Código Civil, 2009, p.211.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Estatuto do Idoso: real proteção aos direitos da melhor idade?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 120, 1 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4402>>. Acesso em: 1 jun. 2014. Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/4402/estatuto-do-idoso#ixzz33Rpt92ro>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,DF,Senado, 1998.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. Ed revista e atual. FTD. LISA.1996.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira .**Contradição no regime da separação absoluta de bens. Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano VI , nº 26, out-novo 2004.

Código Civil, Código Processual Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial/ organização Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. – 14. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (RT MiniCódigos).

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. P.09

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 510.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.

_____. Direito civil: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Estatuto do idoso: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Freire Júnior, R. C.; TAVARES, M. F. L. **A saúde sob o olhar do idoso institucionalizado: conhecendo e valorizando sua opinião.** Interface - Comunic, Saúde, Educ, v.9, n.16, p.147-58, 2005.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes, de. **Direitos e Garantias do Idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**, Belo Horizonte: Del Rey 2008

GONÇALVES. Carlos Roberto, Curso de Direito Civil, Vol. 6ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2007.

IBDFAM. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, v. 10.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos idosos.** São Paulo: LTr, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. *Atual.* por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v.2, p.218

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/18130/uniao-estavel-de-idoso-a-e-o-regime-de-separacao-obrigatoria-de-bens-possibilidades-e-incongruencias/5#ixzz33fnWA4dR>

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

NERI, A. L. Palavras-chave **em gerontologia**. Campinas, SP: Alínea, 2005. Coleção Velhice e Sociedade. P114 E 115

O novo código civil brasileiro – anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 92.

TARTUCE, Flávio; Simão; José Fernandes. Direito Civil: família. 3. Ad. Ver. E atual São Paulo: método 2008. V5

VELOSO, Zeno, **Regime Matrimoniais de bens** 2008. p.31 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.473

VIEIRA, Andréia Gomes Andrade Lima. **A importância do Estatuto do Idoso na efetivação do princípio da igualdade material**. (2010,p03)

VIEIRA, Andréia Gomes Andrade Lima. **A importância do Estatuto do Idoso na efetivação do princípio da igualdade material**. <http://www.institutoprocesso.com.br/2010/revista-cientifica/edicao_1/7_edicao_1.pdf>.