

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO IDOSO NO CÓDIGO CIVIL

Fernanda Paula Diniz¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. O regime das incapacidades e o Idoso. 2.2. A ausência e o idoso. 2.3. O idoso e os contratos. 2.3.1. O idoso e os contratos de planos de saúde e planos funerários. 2.3.2. O idoso e o mandato. 2.4. Responsabilidade civil e idosos. 2.5. O idoso e regime da separação obrigatória de bens. 2.6. O idoso e a separação remédio. 2.7. O idoso e o direito a alimentos. 2.7.1. O idoso como alimentado. 2.7.2. O idoso como alimentante. 2.8. O idoso e o direito de empresa. 3. Conclusões . Referências.

RESUMO: O aumento da expectativa de vida da população mundial, fortemente impulsionado pelos artefatos do desenvolvimento científico e tecnológico modernos, justifica e torna imperioso o estudo do Direito do Idoso. Todavia, este deve se realizar de forma criteriosa, levando-se em conta os dispositivos já existentes no ordenamento civil-constitucional, visando desenvolver uma base principiológica para a aplicação dos direitos dos idosos, garantindo maior aplicabilidade e instrumentabilidade. Desse modo, aquelas disposições que contrariarem os princípios constitucionais terão sua validade questionada. A criação pontual de novas leis não é capaz de garantir sozinha a proteção aos direitos dos idosos, vez que grande parte delas se torna, em pouco tempo, obsoleta.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso, princípios constitucionais, Código Civil.

Áreas: Direito Civil. Direito Constitucional. Direito Coletivo.

1. INTRODUÇÃO

Assiste-se, nas últimas décadas, ao envelhecimento da população mundial, reflexo do desenvolvimento e progresso das sociedades. Ademais, em virtude da melhor qualidade de vida, os indivíduos que atingem a terceira idade possuem melhores condições psicofísicas que no passado. Sem dúvida, é uma nova realidade, que exige reflexões e mudanças na sociedade e, sobretudo, na Ciência do Direito.

A primeira dúvida que surge se refere à conceituação do idoso. Quem hoje poderia ser considerado idoso? No Brasil, será idoso *quem tiver 60 ou mais anos de idade, homem ou mulher, nacional ou estrangeiro, urbano ou rural, trabalhador da iniciativa privada ou do serviço público, livre ou recluso, exercendo atividades ou*

¹ Mestra e Doutoranda em Direito Privado pela PUC/Minas, bacharel em Direito pela UFMG, professora da PUC/Minas e do Centro Universitário Newton Paiva, advogada

aposentado, incluindo o pensionista e qualquer que seja a sua condição social (MARTINEZ, 2005, p.20).²

Certo é que hoje, no Brasil e no restante do mundo, vem crescendo a preocupação com os idosos. O desenvolvimento de políticas públicas de proteção visa garantir a velhice digna e o respeito a tais indivíduos.

No Brasil, especificamente, são criadas inúmeras leis com o intuito de defender esta classe de indivíduos. Todavia, os brasileiros, em sua maioria, não têm conhecimento de todos instrumentos de proteção, o que acaba por torná-los, grande parte das vezes, obsoletos. Isso é fácil de ser percebido. Vejam por exemplo, o alvoroço criado pela edição do Estatuto do Idoso em 2003. Ora, o antigo Código Civil (de 1916), o Código Penal (de 1940), a Consolidação das Leis do Trabalho (de 1943), leis previdenciárias editadas na década de 70, a Lei 8.842/94 (da Política Nacional do Idoso) e outras tantas, já traziam em seus corpos dispositivos de proteção ao idoso. Ou seja, o celebrado Estatuto do Idoso, ao contrário do que foi apregoado, não trouxe tantas inovações.

Aliada à questão do desconhecimento da lei, por mais contraditório que pareça ser, outro problema é a limitação ao exercício de direitos dos idosos que muitas delas acarretam. Em alguns diplomas, ao invés de sujeito de direitos, os idosos passam a ser apenas objeto de proteção, aliados de muitos de seus direitos fundamentais.

O atual Código Civil é um exemplo. Vários de seus dispositivos, na tentativa de conferirem proteção ao idoso, chegam a violar direitos fundamentais consagrados na Constituição. Como exemplos podemos citar o art. 1.641, que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 60 (sessenta) anos, e, por consequência, o art. 977, que veda aos casados em tal regime de bens a contratação de sociedade entre si ou perante terceiros. Notório o desrespeito aos direitos de liberdade de escolha e associação, além da dignidade da pessoa humana.

² “Registre-se que, apesar de a lei expressamente considerar idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, é possível identificar que ela criou duas categorias de beneficiários: uma a quem atribuiu todos os direitos do estatuto, quais sejam os maiores de 65 anos, aos quais outorgou também a gratuidade nos transportes coletivos (art. 39) e o referido benefício do LOAS, e uma outra categoria, entre os 60 e os 65 anos, beneficiária dos direitos remanescentes”. (CARVALHO JÚNIOR, 2004, p. 66).

Todavia, o que se deve ressaltar é que, apesar de o legislador possuir objetivos nobres ao estabelecer medidas de proteção ao idoso, o qual juntamente com as crianças e adolescentes seriam, em tese, mais frágeis que os adultos, estas não devem se tornar um empecilho à sua participação nas relações jurídicas como sujeitos que são.

Aquele idoso que mantém condições psicofísicas de escolher o que é melhor para ele, tem o direito de fazê-lo.

Clara se impõe, dessa forma, a necessidade de uma nova interpretação do Direito, que leve em conta os direitos individuais constitucionalmente garantidos, a fim de que os idosos sejam vistos como sujeitos de direitos a ser protegidos.

A fim de não tornar por demais extenso o trabalho, por mera opção metodológica elegeu-se o Código Civil brasileiro como objeto de estudo, e dentre ele aquelas disposições consideradas mais pertinentes. Passemos ao estudo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O regime das incapacidades e o Idoso

A possibilidade de se participar das relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres (AMARAL, 2003, p.218), que é a personalidade³. Essa é um conjunto de atributos da pessoa humana em seus aspectos moral, físico e intelectual, necessários à própria existência da pessoa humana (FARIA, 2006, p. 142). Todo ser humano é dotado de personalidade, independentemente da consciência e da vontade do indivíduo.

A capacidade é a projeção da personalidade. Nas palavras de AMARAL (2003, p. 220-221),

Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum. Capacidade, de capax (que contém), liga-se à idéia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo

³ Desse modo, pode ser a personalidade definida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

daquela. A capacidade é então a “manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade”, ou a “medida jurídica da personalidade”. E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.

A capacidade, como atributo da personalidade, pode ser mero potencial ou poder efetivo. *Se for mero potencial, teremos capacidade de direito; se for poder efetivo, teremos capacidade de fato* (FIÚZA, 2004, p. 121). Todas as pessoas, potencialmente, podem ser sujeitos de direitos e obrigações, razão pela qual possuem capacidade de direito. Contudo, capacidade de fato, de exercício, nem todas as pessoas têm. Existem pessoas que apresentam deficiências naturais, decorrentes em geral da idade, da saúde e do desenvolvimento mental e intelectual, devido às quais a lei não lhes permite o exercício pessoal de direitos, exigindo que sejam representados ou assistidos nos atos jurídicos em geral (GONÇALVES, 2003).

Assim, em nosso ordenamento, não se vislumbra incapacidade de direito. O que há é somente incapacidade de fato ou de exercício, que representa uma restrição ao exercício dos atos da vida civil, e que é graduada em incapacidade absoluta e incapacidade relativa.⁴

A incapacidade absoluta gera a proibição total do exercício, por si só, do direito. Para que o ato seja válido, deverá ser praticado pelo representante legal do incapaz⁵.

A incapacidade relativa permite que o agente pratique atos da vida civil, desde que assistido pelo seu representante legal (sob pena de anulabilidade)⁶. As hipóteses de incapacidade relativa estão arroladas no art. 4º do *Codex Civil*⁷.

⁴ Há de se comentar a opinião da mais moderna doutrina com relação ao regime das incapacidades. Tanto no que se referia ao Código de 1916 quanto no tratamento dispensado pelo Código de 2002, a razão do instituto encontrar-se na proteção daqueles que possuem pouco ou nenhum discernimento para gerir seus “interesses”. Contudo a proteção se refere apenas a questões patrimoniais, o que deixa, muitas vezes, o incapaz, ao puro arbítrio de seu representante.

⁵ De acordo com o art. 3º do Código Civil: *Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os 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.*

⁶ Vale ressaltar que existem alguns atos que o relativamente incapaz pode realizar, inclusive, sem a participação de seu assistente, como por exemplo ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1860, parágrafo único), exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioria (art. 5º, parágrafo único, III), casar (art. 1517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho etc. (GONÇALVES, 2003, p. 93).

Entendidas as hipóteses de incapacidade, analisaremos a questão do idoso.

Muitas pessoas pensam que a idade avançada é, por si só, causa de incapacidade, ou ainda que a disposição de bens pelo idoso pode ser vista como prodigalidade. Ora, analisando as hipóteses de incapacidade, tais entendimentos não têm como prevalecer⁸.

O que pode ocorrer é que, em razão de alguma enfermidade ou por prodigalidade comprovada, possa o idoso ser considerado incapaz. Assim, considerando-se que a incapacidade pode ser graduada (relativa e absoluta) em cada caso específico, o grau de incapacidade deve ser observado e determinado em processo de interdição. Saliente-se que a declaração da incapacidade deve ser medida de exceção, cabível apenas nas hipóteses estabelecidas pela lei.

2.2. A ausência e o idoso

O desaparecimento da pessoa natural do local onde habitualmente mantém suas relações sociais e jurídicas, sempre foi objeto de preocupação do Direito, especialmente diante da inexistência de prova inequívoca de sua morte (GAMA, 2003). Assim, coube ao Direito disciplinar as conseqüências jurídicas dessa situação, o que se processa através do instituto da ausência⁹.

O atual Código manteve as três fases do instituto da ausência, quais sejam: a) a curadoria dos bens do ausente (arts. 22 a 25); b) a sucessão provisória (arts. 26 a 36) e c) a sucessão definitiva (arts. 37 a 39). Na primeira fase, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência e nomeará curador,

⁷ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à 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. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

⁸ Nesse sentido: *Processo n. 1.0042.04.005687-3/001(1) / Relator: Nilson Reis/ Publicação: 15/06/2005. EMENTA: INTERDIÇÃO - PRODIGALIDADE - PROVA INÁBIL. O fato de o pai, com 83 (oitenta e três) anos, namorar uma jovem de 20 (vinte) anos, não o configura pessoa pródiga, passível de interdição. Aliás, sequer o fato de o pai idoso, que namora uma jovem, haver alienado parte de seus bens, é motivo para o pedido de interdição por prodigalidade, sobretudo quando a prova de cunho dissipador não veio para os autos. Apelo improvido*

⁹ No Código Civil de 1916, o ausente era considerado absolutamente incapaz. Assim, a disciplina da ausência se dava juntamente aos institutos da tutela e curatela, no Livro do Direito de Família. Contudo, tal tratamento era amplamente criticado pela doutrina, já que se a capacidade de fato é a aptidão para exercer por si só os atos da vida civil, não há como se afirmar, com efeito, que aquela pessoa, tão somente pelo fato de ter se ausentado do seu domicílio sem dar notícias ou deixar representante para cuidar de seus bens, seja incapaz (ARAÚJO, 2003).

responsável pela administração dos bens do ausente. A segunda fase, de sucessão provisória, dar-se-á depois de decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou em caso de o mesmo ter deixado representante ou procurador, após 3 (três) anos. Neste momento, os bens do ausente serão partilhados, como se falecido fosse. Os herdeiros deverão prestar garantias equivalentes aos seus quinhões respectivos (se não forem descendentes, ascendentes ou cônjuges – nesses casos estas são dispensadas), a fim de que o patrimônio possa ser restituído caso o ausente retorne.

Finalmente, tem-se a sucessão definitiva. Esta se processa após 10 (dez) anos de passada em julgado a sentença que concedeu a sucessão provisória, ou então quando o ausente contar mais de 80 (oitenta) anos e que de 5 (cinco) anos datam as suas últimas notícias. Nesta fase os herdeiros ficarão definitivamente com os bens, podendo levantar as cauções prestadas. Todavia, caso o ausente retorne após este período, poderá ainda receber os bens existentes no estado em que se encontrarem, os sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros ou interessados houverem recebido pelos bens alienados em seguida àquele tempo¹⁰.

Dispõe o Código Civil:

Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.

Percebe-se que o legislador adotou juntamente ao critério temporal um critério étário para concessão da sucessão definitiva.

¹⁰ Percebe-se que a disciplina em muito é semelhante à do Código anterior, embora tendo-se em vista que o legislador constitucional nos impõe uma série de balizas para interpretação do Código Civil. Nesse sentido: *Nesta perspectiva, propõe-se uma releitura da ausência não tão apegada à segurança do patrimônio, mas à reconstrução da família, atingida pelo desaparecimento de um dos seus membros. Deverá, o ordenamento jurídico, buscar a realização dos seus integrantes, filhos e cônjuges, permitindo a produção de efeitos da declaração da morte presumida nas esferas pessoal, patrimonial e familiar Assim, merecem estudo não apenas a sucessão dos bens do ausente, mas a dissolução da sociedade conjugal e da união estável, a questão do poder familiar em relação aos filhos menores, de sua tutela, na hipótese de falta de ambos os pais, e outros aspectos existenciais que transcendem os interesses patrimoniais. Importante ressaltar, enfim, que a própria definição de ausência pode ser reformulada, deixando de ser um instituto de existência condicionada ao patrimônio deixado sem administrador pelo desaparecido e passando a ser instituto pelo qual se busca não apenas a preservação de interesses patrimoniais em abandono, mas também a regulamentação da situação familiar, ao viabilizar a presunção de morte nos casos legais (ARAÚJO, 2003, p. 84).*

Observa-se, também, que o intuito do legislador foi o de conceder direitos sobre os bens do ausente, proporcionalmente à expectativa de retorno, e, portanto, de sobrevivência daquele que desapareceu. Se a probabilidade de vida diminui, as concessões aumentam, chegando-se a um estágio final, através da sucessão definitiva, de transferência de todos os bens do ausente para seus herdeiros. (ARAÚJO, 2003, p. 66).

Todavia, acredita-se que a apuração desta expectativa de vida pelo critério puramente etário não é eficaz. A análise deve se dar no caso concreto, levando em conta as condições da pessoa desaparecida. Muitas vezes o indivíduo com menos de 80 (anos) apresenta piores condições de saúde e expectativa de vida mais baixa do que um no patamar estabelecido pela lei.

O estabelecimento de critérios arbitrários para apurar a expectativa de vida de alguém não é confiável e nem conseguirá concretizar a estabilidade jurídica pretendida no caso. É discriminatório e pouco efetivo. O maior de oitenta anos é visto como um morto-vivo.

Ademais, interpretando-se de acordo com os princípios constitucionais, temos que a disposição do art. 38, acima citado, atenta contra os princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, eivado pela inconstitucionalidade.

2.3. O idoso e os contratos

O estudo deste tópico deve ser iniciado com a seguinte pergunta: *Nos contratos que envolvem saúde, vida e morte, somos todos materialmente livres, iguais e dignos, não importando nossa idade?* (MARQUES, 2001). Pelo que se observa atualmente, a resposta é não. Mas não apenas para os tipos de contrato acima elencados, em muitos outros também. Jovens e idosos, por exemplo, são entes vulneráveis contratualmente, por diversos fatores.

Com relação ao idoso, isso é ainda mais notório. Em razão da sua vulnerabilidade podemos perceber que em diversos contratos, ocorre a inserção de cláusulas abusivas (previstas exemplificativamente no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor), prática de lesão e ainda propaganda ilícita.

No que se refere à publicidade, destacam VIEIRA e NASCENTES (2004):

Os indivíduos classificados como idosos, independente da idade que de fato possuam, não representam, exceto para alguns casos, alvo de campanhas publicitárias. E, justamente esses casos, que são numericamente pouco representativos, é que encontramos muitos dos abusos praticados no sentido de ludibriar os que se encontram na velhice ou que se aproximam dela. Sem dúvida, os medicamentos, as terapias, os tratamentos que prometem protelar ou amenizar os terríveis efeitos da velhice (essa doença maldita!) ocupam espaço cada vez maior na mídia. Aliás, dificilmente encontramos qualquer tipo de publicidade ou propaganda onde aparecem indivíduos idosos que não esteja associada a medicamentos, planos de saúde, tratamentos estéticos, terapias, seguro de vida ou então quando se deseja representar uma família "completa". Alguém consegue imaginar uma publicidade de um telefone celular ou de um carro, por exemplo, na qual só aparecem idosos? Ou que seja direcionada para idosos? Certamente qualquer consultor de marketing diria que idosos não são público-alvo deste tipo de produto. Assim sendo, resta para o grupo da terceira ou da quarta idade os comerciais de "fixador de dentadura" ou do "fraldão geriátrico", de venda de jazigos, de casas de repouso, de cirurgias plásticas, elixires para impotência sexual etc.

Imperiosa, portanto, a intervenção estatal nesses casos, com base nos princípios contratuais (da boa-fé, do equilíbrio do contrato e da função social), de forma a restaurar a justiça no caso concreto.

Formas encontradas para tanto são a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (nos contratos de consumo), do Estatuto do Idoso (que trazem uma série de normas aplicáveis aos contratos), do Código Civil (mormente no que se refere aos novos princípios contratuais) e da Constituição Federal (que tem, como principal objetivo, a dignificação da pessoa humana)¹¹.

Com base no exposto, passar-se-á a analisar alguns contratos em espécie¹² e suas repercussões no direito do idoso.

2.3.1. O idoso e os contratos de planos de saúde e planos funerários

Para se entender as questões atinentes a tais contratos, forçoso conhecê-los.

¹¹ Por mais estranhamento que possa causar à primeira vista, a Constituição influencia decisivamente nos contratos. De acordo com Cláudia Lima Marques (2001, p. 4): "Efetivamente, as leis brasileiras de proteção ao consumidor realizam o mandamento constitucional do art. 5 (sic), XXXII da CF/88: o Estado protegerá os interesses do consumidor. Procura-se, assim, alcançar o mercado de consumo, a igualdade material (art. 5, I da CF/88), o objetivo de proteção da dignidade da pessoa humana (art.3, I da CF/88) e a garantia de liberdade da escolha dos cidadãos (art. 5, *caput* da CF/88)".

¹² Os contratos analisados foram escolhidos em razão da sua importância prática de forma exemplificativa, apenas. Existem muitos outros contratos relacionados diretamente ao idoso, mas não é pretensão deste trabalho esgotar todos os casos.

Em artigo sobre o tema, Cláudia Lima Marques conceitua cada um deles:

(...) planos de assistência funerária total, muito comuns no interior do país, onde pessoas simples “vinculam-se” a funerárias por anos a fim de “cobrir” sua morte e de pessoas a ele ligadas. Modelo contratual difícil e desregulado distingue-se do seguro decesso, pois é fornecido pelas pequenas funerárias. O Código de Ética e Auto-Regulação do Setor funerário, organizado pela ABREDIF – Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários, define, em seus Artigos 21 e 22, serviço funerário futuro como “todo aquele oferecido através de contrato de promessa de prestação de serviço futuro” e planos funerários como “planos de assistência que visam oferecer serviço funerário e outros benefícios de caráter pecuniário ou não estritamente dentro das condições estabelecidas em contrato de adesão, registrado em cartório de títulos e documentos”. (...) Estes contratos de pré-pagamento de serviços funerários distinguem-se dos contratos de serviços imediatos de serviços funerários e de compra de jazigos e sepulturas, pois estes têm como objeto serviços e produtos para fornecimento imediato e único, e os outros vinculam o fornecedor e um grupo (familiar) de consumidor por vários anos, até que ocorram os falecimentos “cobertos” pelos serviços pré-pagos. (...) (2001, p. 15-16).

Os contratos de planos de saúde são contratos cativos de longa duração, pois envolvem por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários. (...) Existem, neste tipo sui generis de contrato, três fatores essenciais: o risco/ sinistralidade, a solidariedade/mutualidade e o tempo/catividade. Estes fatos entrelaçam-se, por exemplo, no exame das cláusulas de faixa etária, que refletem a idade do consumidor e o passar do tempo (2001, p. 26-27).

Percebe-se que ambos os contratos, de longa duração, são ligados a fatores críticos da vida humana: a saúde e a morte. Indiscutivelmente, no caso desses contratos, a vulnerabilidade dos idosos é potencializada.

Desse modo, são impingidas cláusulas abusivas e/ou o serviço não é prestado adequadamente, tendo em vista que, muitas vezes, não há tempo para serem discutidas em razão da urgência dos serviços, causando lesões de cunho patrimonial e extrapatrimonial.

Passemos ao estudo desses contratos, iniciando-se com os planos de saúde.

Primeiramente, destaca-se que os contratos de plano de saúde são regidos pela Lei 9.656/98. Além disso, aplica-se o Estatuto do Idoso que, em seu art. 15, §3º, dispõe:

“É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”¹³. Ademais,

Além das normas contidas do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor de planos e seguros de saúde, não necessariamente o idoso, encontra amparo também junto a Portarias da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que prevêem rol de cláusulas contratuais consideradas abusivas, e são editadas em aditamento ao elenco constante no art. 51 do estatuto consumista. Nesse caso, são consideradas abusivas as cláusulas descritas no item 14 da Portaria 04/98 (“imponham limite ao tempo de internação hospitalar, que não o prescrito pelo médico”), no item 2 da Portaria 03/99 (“imponham em contratos de plano de saúde firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimento médicos (consultas, exames médicos, laboratórios e internações hospitalares, UTI e similares), contrariando prescrição médica”), no item 13 da Portaria 03/2001 (“impeça o consumidor de acionar, em caso de erro médico, diretamente a operadora ou cooperativa que organiza ou administra o plano privado de assistência à saúde”), nos incisos IV (“imponha em contratos de seguro-saúde, firmados antes da Lei 9.656/98, de 03.06.1998, limite temporal para internação hospitalar”) e V (“prescreve, em contrato de plano de saúde ou seguro-saúde, a não cobertura de doenças de notificação compulsória”) do item I da Portaria 05/2002, e no art. 1º (“Considerar abusiva, nos termos do art. 39, inciso V, da Lei 8.078, de 11.09.1990, a interrupção da internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico, ou centro de terapia intensiva ou similar, por motivos alheios às prescrições médicas”) da Portaria 07/2003. (SCHIMITT, 2004, p. 136).

Sabe-se que a realidade é bem distante do que a lei propõe. No caso dos idosos, que são quem proporcionalmente mais utilizam o serviço, não há interesse das operadoras em mantê-los como clientes – ou seja, após anos de contribuição, quando finalmente necessitam da cobertura, as empresas não querem prestar os serviços.

Desse modo, em muitos casos há a omissão dolosa de envio de boletos (a fim de dificultar ou inviabilizar o pagamento da mensalidade pelo idoso), há a negativa injustificada de cobertura de procedimentos ou, ainda, o aumento abusivo e repentino das prestações.

Na primeira hipótese, o objetivo da empresa é provocar o inadimplemento, uma das hipóteses previstas na lei para justificar a suspensão, ou rescisão do contrato de plano ou de seguros de assistência à saúde.

Em esclarecedor artigo sobre o tema, Cristiano Heineck Schimitt (2004) expõe um exemplo dessa situação¹⁴. Conta que um casal de idosos (com 71 e 68 anos na

¹³ Há de se ressaltar que as empresas de plano de saúde, no afã de tentarem ver declarada a inaplicabilidade de tal norma aos contratos anteriormente firmados, vem alegando que os contratos firmados seriam atos jurídicos perfeitos, não havendo como se admitir a retroatividade de tal lei. Contudo, há de se destacar que o Estatuto do Idoso é formado de normas cogentes, de caráter público, não havendo escusa para a sua não aplicação imediata.

época) propôs uma ação indenizatória em face da operadora de plano de saúde, uma vez que por cerca de 20 (vinte) anos contribuíram para o referido plano e, após se tornarem idosos, a empresa deixou de lhes enviar boletos para pagamento. Por diversas vezes os consumidores procuraram a fornecedora, visando o pagamento das mensalidades. Quando finalmente os boletos foram enviados, a prestação era excessivamente maior que a pactuada. Mesmo assim efetuaram o dito pagamento. Novamente a empresa deixou de enviar as cobranças. Ao cobrarem novamente o envio, os consumidores foram informados de que o plano teria sido rescindido por inadimplência. Esta situação anda se prolongou por mais um tempo, a operadora tentando credenciá-los de novo, exigindo uma mensalidade muito mais alta que a inicial. Finalmente, em razão da quebra da confiança, da transparência e da boa-fé, tornou-se impossível para os autores a manutenção do contrato. A situação gerou danos morais aos consumidores, em razão da frustração das expectativas com a rescisão injusta e da angústia pela falta de cobertura (já que ao migrarem para outro plano tiveram que se submeter a um prazo de carência), além de danos materiais (pelas parcelas pagas, quando os autores foram alijados do plano).

Percebe-se assim que as operadoras de planos de saúde não medem esforços para se verem livres dos segurados idosos. De acordo com o supracitado autor (SCHIMITT, 2004, p. 145), *resta claro, portanto, que tentativas de exclusão de consumidores idosos de planos de saúde podem assumir contrastes lastimáveis, devendo ser rechaçadas*. Indiscutível, portanto, a intervenção incisiva do Poder Judiciário, para que sejam punidas adequadamente aquelas empresas cujas condutas denotam desumanidade e má-fé.

Outra hipótese que merece estudo é o excesso de negativas abusivas quanto à cobertura de determinadas enfermidades, o que acaba gerando desgaste emocional ao consumidor, sobretudo ao idoso, que, por diversas vezes, tem que procurar o Judiciário para ver seu direito realizado.

Neste caso, inegável a obrigação de reparação pelos danos morais e materiais causados. A condição de idoso deve ser apreciada na aferição do *quantum*

¹⁴ Apelação Cível 70005890710, 6ª Câmara Cível do TJRS. Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Data do julgamento: 03/09/2003.

indenizatório, em se tratando de dano moral. Ademais, deve haver indenização por danos materiais, de acordo com as circunstâncias e provas apresentadas.

Por fim, urge dissertar acerca dos aumentos abusivos, que visam inviabilizar os pagamentos e, conseqüentemente, o descredenciamento do consumidor.

Como já comentado, o Estatuto do Idoso vedou expressamente esta conduta no art. 15, o que gerou uma série de debates quando da sua edição. Isso porque tal dispositivo estaria em desconformidade com a Lei 9656/98¹⁵, segundo a qual não seria possível a variação para maior, de contraprestações pecuniárias para consumidores acima de 60 (sessenta) anos de idade, e que participassem do plano de saúde há mais de 10 (dez) anos. Assim, teria sido suplantado um dos requisitos da lei para não efetivação de aumento.

A fim de buscar uma solução para os problemas daí decorrentes, foi publicada a Medida Provisória 148, de 15/12/2003 (convertida na Lei 10.850/2004). Nesta Medida Provisória (e posteriormente na Lei), conferiu-se competência à ANS (Agência Nacional de Saúde) para a definição de programas de oferecimento coletivo de adaptação de contrato em condições mais acessíveis ao consumidor.

Desse modo, em 22.12.2004, a ANS elaborou a Resolução Normativa 64, *que criou um “Plano de Incentivo à Adaptação de Contratos” que apresenta, basicamente, três propostas a serem dirigidas aos consumidores: adaptação do plano, migração ou ajuste técnico* (OLIVEIRA, 2004, p. 105).

Como forma de se adaptar ao Estatuto do Idoso, criou a ANS a Resolução Normativa 63, que adaptou o sistema de faixas etárias. Assim, ao invés das 7 (sete) faixas etárias para reajuste, previstas no texto da Lei 9656/98, foram criadas 10 (dez) novas faixas, sendo a última aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade ou mais. Ademais, o art. 3º, I da Resolução dispõe que o valor fixado para a última faixa não poderá superar seis vezes o valor da primeira.

¹⁵ Há de se destacar que até a própria lei dos planos de saúde, em razão da proibição de reajustes para os maiores de 60 (sessenta) anos, alcançando todos os contratos firmados anteriormente a 5 de junho de 1998, foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1931), proposta pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), por entender que tal dispositivo (art. 35 –E) violaria o ato jurídico perfeito. O STF se pronunciou no sentido da irretroatividade da Lei 9656/98, causando grande euforia às operadoras de Planos de Saúde.

Mesmo assim, a implementação da Resolução 63 ainda vem gerando discussões,

Argumenta-se que, ao aumentar o número de faixas etárias, encerrando-se em 59 anos e manter o mesmo critério de reajuste entre a primeira e a última de seis vezes o seu valor, o acréscimo que antes era diluído até os setenta anos, agora passa a ser aplicado antes, encarecendo o contrato antecipadamente. (OLIVEIRA, 2004, p. 105).

Percebe-se, destarte, que a intervenção do Estado na questão dos planos de saúde buscou assegurar o direito à vida e à dignidade de pessoas idosas, ao tirar das mãos das operadoras de planos de saúde o poder de decidir, unilateralmente, as condições contratuais - o direito à vida, porque daí derivam o direito à saúde, à qualidade de vida e, conseqüentemente, o direito à assistência à saúde; o direito à dignidade, ao proporcionar uma velhice e morte dignas a estes indivíduos, que podem ter tranqüilidade nos momentos mais difíceis.

Destaca-se, porém, que não basta a criação de leis para tanto. A interpretação das normas relativas à prestação de serviços privados de assistência à saúde também deve ocorrer de forma a preservar os direitos fundamentais de todos os indivíduos, sobretudo os idosos.

No que concerne aos planos funerários, o tratamento destinado aos idosos não é muito distinto. Tal como ocorre nos contratos de planos de saúde, aqueles têm longa duração: o consumidor paga parcelas a ele, relativas por muito tempo e, quando realmente necessita, os problemas começam.

A grande preocupação que se tem neste tipo de contrato reside na insegurança da prestação futura, ou seja, se a prestação irá ser realizada devidamente, já que a morte do devedor principal é o evento futuro e certo ao qual se subordina a prestação contratual. Desse modo, havendo descumprimento da mesma, decorre grande dificuldade em se saber sobre as bases contratuais.

Ademais, não raros são os casos de excesso de vendas e não continuidade dos serviços (v.g. na hipótese de falência). Nestes casos, em razão da desregulamentação da matéria, demasiado complexa a resolução das questões daí derivadas.

Desse modo, indiscutível a importância do Direito para a proteção deste consumidor que goza de mais intensa vulnerabilidade, o que deve se dar através de

regulamentação destes contratos cativos de longa duração, e da interpretação voltada para a realização dos princípios constitucionais, de forma a garantir o direito à vida e à dignidade.

2.3.2. O idoso e o mandato

O art. 653 do Código Civil conceitua o contrato de mandato, da seguinte forma: “*Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato*”. O que se vê hoje, todavia, é que, principalmente com relação aos idosos, esses contratos estão sendo desvirtuados.

A primeira forma de uso indevido do mandato é realizado, fundamentalmente, mediante os órgãos previdenciários ou agências bancárias. Inúmeros idosos, por não contarem com boas capacidades de locomoção ou inexperiência no trato dos caixas eletrônicos, conferem procurações a seus familiares ou amigos para recebimento de seus benefícios. Ocorre que, não raras vezes, estes mandatários se apropriam indevidamente dos valores recebidos, deixando os idosos em situação de penúria.

O Estatuto do Idoso, na tentativa de desencorajar a ocorrência de tal conduta, tipificou a mesma como crime no seu art. 102 (“*Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa*”).

Mais grave ainda é a possibilidade de esses mandatários, utilizando-se de má-fé, realizarem contratos de empréstimos e similares em nome dos idosos, através de caixas eletrônicos. Como é sabido, as transações eletrônicas dispensam a assinatura do titular da conta, bastando-se a digitação da senha para o contrato se efetuar. Assim, inúmeras são as reclamações de idosos que têm descontados de seus benefícios, parcelas de empréstimos¹⁶, sem saberem qual sua origem.

¹⁶ Salienta-se ainda que estes contratos são, em sua maioria, contratos abusivos. Há cobrança indevida de diversos encargos, altas taxas de juros (ao contrário do que afirmam em sua publicidade), juros capitalizados etc. Ademais, não fornecem cópia do contrato ao mutuário que, na maior parte das vezes, não tem ciência do seu conteúdo e de sua abusividade. Por si só, estes fatos podem justificar a revisão contratual.

Em razão da vulnerabilidade do idoso e do consumidor, entendemos que nestes casos urge a inversão do ônus da prova, para que fique demonstrado quem efetivamente realizou o empréstimo nos caixas eletrônicos (lembre-se que estes possuem micro-câmeras que possibilitam a identificação).¹⁷

Por conseguinte, comprovando-se que este foi realizado pelo mandatário, em desconformidade com a vontade do mandante (mormente se a procuração outorgada não conferir poderes para a realização de empréstimos), não serão tais atos eficazes em relação ao mandante (art. 662, CC). Além disso, o Código Civil ainda dispõe que:

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.(...)

Art. 673. O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente.

Assim sendo, tem-se que o mandante idoso, prejudicado pela realização do empréstimo não autorizado, deverá ser indenizado pelos prejuízos sofridos pelo mandatário. Ademais, a instituição financeira com a qual foi realizado o empréstimo, caso tenha cópia da procuração (como ocorre atualmente), não poderá descontar os valores relativos ao empréstimo do benefício do idoso e, sequer acioná-lo judicialmente¹⁸, cabendo, se assim quiser, acionar o mandatário.

O que se pretende é conservar os proventos do idoso, de forma a garantir a sua subsistência, e a proteção do direito à vida e à dignidade.

Outra conduta comum com relação ao mandato é a indução ou coação para outorga do mesmo. Pessoas inescrupulosas ameaçam ou convencem idosos, muitas

¹⁷ Este entendimento pode ser também embasado com a teoria do risco integral, consagrada no Código Civil pelo parágrafo único do art. 927. Ora seja, se a instituição bancária se propõe a prestar seus serviços através de caixas eletrônicos, tem que arcar com os riscos de sua opção.

¹⁸ Posição semelhante deve ser aplicada no caso de o próprio idoso realizar o empréstimo de forma acidental. Os caixas eletrônicos apresentam, geralmente no início ou final das operações, comandos que autorizam a realização de empréstimos, Muitas vezes, por não ter pleno conhecimento do manejo dos caixas e de não possuir o banco pessoas para auxílio nessas operações, de modo não intencional são realizados empréstimos. Considerando a vulnerabilidade do idoso nesses casos, entende-se que esses contratos podem ser anulados por erro (art. 138, CC). Além disso, deve-se levar em conta, na interpretação desses contratos, os ditames do art. 112 e 113 do Código Civil, que dispõem: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” e ainda “art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

vezes sem o necessário discernimento, à outorga de instrumento de procuração, para os mais variados fins.

Em muitos casos o idoso acaba desprovido de seus bens e de sua renda, caindo em estado de miséria e sofrimento moral. Por isso, o Estatuto do Idoso, em mais um acerto, tipificou as duas condutas: “*Art. 106. Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente*” “*Art. 107. Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração:*”.

Além disso, não se encontram livres de responsabilização os tabeliães dos Cartórios de Notas onde estas procurações tiverem sido realizadas. De forma a punir a negligência de muitos destes profissionais, o Estatuto do Idoso estabelece que estes também serão responsáveis por lavrar atos notariais que envolvam pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal, atribuindo-lhes pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (art. 108).¹⁹

Nestes casos, quaisquer interpretações diversas serão atentatórias à dignidade do idoso, e portanto, inconstitucionais.

2.4. Responsabilidade civil e idosos

Neste estudo, ateremos-nos à responsabilidade extracontratual, ou seja, aquela derivada de ilícito não contratual, como, por exemplo, um atropelamento, um abalroamento de carros etc.

O Código Civil, em seu art. 948, fala expressamente da responsabilidade civil decorrente de homicídio:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

¹⁹ Apesar da célebre discussão acerca da qualidade de servidores públicos dos oficiais de cartórios, está pacificado o entendimento de que nesses casos serão considerados servidores e responderá o Estado objetivamente, nos termos do art. 43 do Código Civil (“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”).

É justamente nesse ponto que a responsabilidade civil abarca o idoso. Vejamos, pois. O inciso I do referido artigo consagra a necessidade de pagamento dos danos emergentes sofridos pela família, em caso de morte da vítima, o que não enseja maiores discussões. O inciso II seria uma espécie de lucro cessante, consistente em uma pensão a ser paga à família, caso a vítima fosse responsável pelo seu sustento. Como visto, tal indenização seria determinada de acordo com a vida provável da vítima e os seus rendimentos. Nesse sentido, os ensinamentos de Sílvio Venosa (2005, p.295-296):

Matéria importante nessa modalidade de indenização é o montante e a duração da pensão devida (lucro cessante). A jurisprudência encarregou-se de estabelecer certos parâmetros. A pensão deve ser estabelecida com base nos proventos da vítima e sua provável expectativa de vida. (...)

Quanto à duração da pensão, leva-se em consideração a vida presumível do morto. A jurisprudência tem entendido que esse limite é a idade presumida de 65/70 anos. Há tendência de que essa expectativa de vida em nosso país seja mais elevada, o que deverá majorar esta possibilidade.

O que fica claro na passagem acima e, em muitos acórdãos e decisões singulares do país, é que o inciso II do art. 948 vem sendo interpretado indevidamente. Conforme seus ditames, na avaliação do tempo da pensão, deve-se atentar para a **duração provável da vida da vítima**. O que ocorre hoje, é que a indenização é concedida com base na vida provável dos brasileiros, ou seja, na média de vida da população de nosso país.

Todavia, o que pretendeu o legislador, de forma acertada, foi trazer a análise da expectativa de vida do indivíduo para o caso concreto.

Assim, no caso de falecimento de um idoso, por exemplo, com 80 (oitenta) anos, não seria devida qualquer indenização? Esta perda, em termos de danos materiais, nada valeria tão-somente por ser idosa a vítima? E se essa vítima fosse saudável, ativa, e com histórico de longevidade familiar?

A jurisprudência não tem se preocupado em verificar o caso concreto para estabelecer indenizações. O parâmetro etário acima citado (65/70 anos) é aplicado sem qualquer distinção das condições pessoais da vítima, o que, sem dúvida, viola preceitos constitucionais, tais como igualdade e dignidade.

Assim, imperioso se torna o abandono de tal concepção simplista, para que seja analisada caso a caso a “provável vida da vítima”, de forma a promover, concretamente, a justiça²⁰.

Há ainda outra interpretação que suscita controvérsias envolvendo esta matéria: caso as pessoas a serem pensionadas pela morte de um parente próximo sejam idosas, deve a indenização ser fixada levando em conta a vida provável destas? ²¹

Para alguns, ao se entender desta forma, o direito à igualdade dos idosos seria certamente violado, já que a impressão que teríamos era a de que o sofrimento destes valeria menos do que o de outras pessoas de idades diversas.

Outrossim, deve-se observar que o intuito do legislador foi o de garantir a sobrevivência daqueles que deveriam receber alimentos do falecido, não havendo como se prolongar tal obrigação mesmo após a morte do alimentando.

Daí a importância da interpretação constitucional, que busca a supressão de critérios artificiais, para que, com base em princípios e no caso concreto, possa se tomar a decisão mais adequada e justa.

²⁰ Neste sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO FATAL. INDENIZAÇÃO. PENSIONAMENTO. TERMO AD QUEM. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. TABELA DO IBGE. CRITÉRIOS. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - Não obstante ter a jurisprudência desta Corte, na maioria dos casos, fixado, para fins de indenização, como tempo provável de vida do falecido, a idade de 65 anos, certo é que tal orientação não é absoluta, servindo apenas como referência, não significando que seja tal patamar utilizado em todos os casos, notadamente naqueles em que a vítima já possuía idade avançada. II - Não resta caracterizada a divergência quando ausente o confronto analítico nos termos do artigo 541, parágrafo único, CPC, bem como se dessemelhantes as espécies confrontadas. III - Impossível a análise, em sede de recurso especial, de tema não prequestionado nas instâncias ordinárias”. (Resp 164.824/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06.05.1999, DJ 21.06.1999 p. 162)”. “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INVALIDEZ E POSTERIOR MORTE DE VÍTIMA QUE CONTAVA 74 ANOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. SÚMULA/STJ. SOBREVIDA PROVAVEL. TABELA PROGRESSIVA DA PREVIDÊNCIA. IBGE. POSIÇÃO DA TURMA. RECURSO DESACOLHIDO. I - Quando, em casos de responsabilidade civil, haja necessidade de estabelecer-se a presumível sobrevivida, recomendável se faz a utilização da tabela progressiva da previdência social divulgada pelo IBGE, critério que, comparado a adoção do limite fixo de 65 anos, se reveste de maior lógica e coerência. II - Nos termos do Enunciado n. 37 da Súmula do Tribunal, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. (Resp 53.840/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10.10.1994, DJ 21.11.1994 p. 31775)

Ressalte-se que os parâmetros estabelecidos nos julgados acima, também não podem ser considerados como devidos nos casos em apreço. O que se defende é a apuração em concreto, não com base em critérios artificiais.

²¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA (18 ANOS). FAMÍLIA MODESTA. PAIS IDOSOS. PENSÃO. Em tal caso, justifica-se dure a pensão devida aos pais, como a fixara a sentença, enquanto “permanecerem vivos já que contam atualmente 70 e 65 anos”. Precedentes do STJ: por todos, RESP 89.686. Recurso especial conhecido e provido (RESP 96.613/MS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.05.1998, DJ 03.08.1998 p. 219)

2.5. O idoso e regime da separação obrigatória de bens

Dispõe o Código Civil: Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) *II - da pessoa maior de sessenta anos;*(...). Tal restrição estava também contida no Código do Código Civil de 1916 e, apesar da grande expectativa de que esta fosse superada, o Código de 2002 manteve o dispositivo.

Semy Glanz (2005) tenta explicar a razão desta norma, ao afirmar que os idosos são mais suscetíveis a enganar e, quando têm bens, podem ser induzidos a perdê-los por inescrupulosos que não hesitam em casar, para apropriar-se dos bens.

Contudo, isso não é aceitável. Existem pessoas mais novas que podem ser enganadas também.

Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito. São também desrespeitados os princípios da igualdade e da liberdade, vez que qualquer indivíduo, desde que apto para o casamento, pode livremente escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver²². Contudo, o idoso é tratado como se incapaz fosse (malgrado a idade não ser causa de incapacidade, como já formulado em tópico anterior), não podendo decidir sobre questões patrimoniais. É obrigado, mesmo que não queira, a manter o seu patrimônio para seus futuros herdeiros, numa clara violação da regra de “que não existe herança de pessoa viva”.

²² Salvo os que desobedecerem as causas suspensivas para a realização do casamento (art.1523)* e dependerem de suprimento judicial para se casarem (como, por exemplo, os menores).

* Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - 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; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; 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. Parágrafo único. 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.

Tal norma é completamente incoerente com o ordenamento jurídico. Eis, pois: aos 60 anos pode-se ser Ministro do STF (Supremo Tribunal Federal), mas não se pode escolher o regime de bens em caso de casamento?

Esclarecedores os ensinamentos de Érica Canuto:

O Código Civil de 1916, em seu revogado art. 258, inciso II, impunha o regime de separação de bens para o homem maior de 60 anos e a mulher maior de 50 anos. O Código Civil de 2002, no art. 1641, II, equiparou as idades entre homem e mulher para obrigatoriedade de regime de separação de bens, igualando-a em 60 anos, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia.

Entretanto, a sanção que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 60 anos, limitando a autonomia da vontade, exclusivamente calcada em razão da idade, deve ser interpretada como uma norma restritiva de direitos, que fere o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e presume, indevidamente, a incapacidade dos maiores de 60 anos, indo de encontro, inclusive, ao princípio da isonomia, já que há previsão de disciplina jurídica diversa para pessoas de idade inferior e garantia de liberdade.

A limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime da separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva), constitui-se em verdadeira sanção ou restrição de direitos.

A lei permite a realização do casamento das pessoas maiores de 60 anos, que diz respeito à questão relativa ao estado da pessoa, constituindo-se em direito indisponível. Sem qualquer motivação justificável, limita a vontade dessas pessoas – apenas em razão da idade – no aspecto patrimonial do casamento, que é direito totalmente disponível.

O que faz o dispositivo é criar uma hipossuficiência objetiva em razão da idade. O que é de todo descabida e inconstitucional.

Por tais razões, outra não poderia ser a hipótese interpretativa, senão ler o dispositivo referido a partir da Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, considerá-lo como inconstitucional em razão dos Princípio da Isonomia e da Liberdade. (CANUTO, 2004, p. 71-72)

Os autores portugueses Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (2003, p. 519-520) ao comentarem o art. 1720º do Código Civil Português (Reformado em 1977) que mantém restrição semelhante, impondo o “regime imperativo” para os maiores de 60 anos, destacam:

Resta saber se este regime é compatível com o princípio da igualdade constitucional (art. 13º CRep). A restrição da faculdade de escolher o regime de bens que sofrem os cidadãos com mais de sessenta anos é necessária para satisfazer interesses fundamentais, e é proporcional? A intenção da lei – evitar o casamento por interesse económico – perdeu valor por força das alterações legislativas de 1977, que vieram dar uma posição sucessória principal ao cônjuge sobrevivente, ao lado dos descendentes. Assim, a lei civil impede a escolha de um regime de bens, na altura do casamento, com receio de um eventual intuito de benefício económico à custa de um nubente com mais de sessenta anos, mas chama o cônjuge sobrevivente a herdar, no momento da morte. Em certo sentido, quanto mais velho for o noivo mais fácil será obter

o benefício. Por outro lado, se os limites de 50 e 60 anos tinham sentido na época que o direito brasileiro os adoptou – 1916 – pois correspondiam à esperança de vida dessa altura, eles merecem um reparo óbvio hoje, quando a esperança de vida é superior a setenta anos.

Para além de não se encontrar um interesse claro que justifique esta restrição da liberdade negocial, é forçoso lembrar que os sistemas jurídicos têm reforçado a autonomia individual, e a Constituição da República consagrou um direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º) que é certamente contrário à limitação em causa.

Os casos excepcionais de abuso de alguma debilidade, com o intuito de obter benefícios através do regime de bens do casamento, deviam ficar apenas sujeitos às regras gerais que tutelam a liberdade negocial.

Paulo Lins e Silva (2002), acertadamente, afirma que estas imposições não podem ser aceitas. Para tanto, explica que hoje no Brasil a média de vida já ultrapassa os setenta e cinco anos de idade. Além disso, destaca que o titular de um patrimônio pode dele livremente dispor. Desse modo, por que não poderia contrair casamento pelo regime escolhido?

Percebe-se que o legislador, ao invés de valorizar a pessoa humana, procurou proteger o patrimônio de futuros herdeiros que, inúmeras vezes, tentam a todo custo coibir os atos da vida civil praticados pelo idoso, através, por exemplo, de pedidos de interdição. Assim, o idoso é impossibilitado, no fim de sua vida, de usufruir de tudo aquilo que construiu – com o que o ordenamento não pode compactuar.

Inclusive, há de se destacar que o art. 10, §1º da Lei n. 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) dispõe que: *“É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada”*. Indubitavelmente, tal artigo só vem a confirmar o que já foi mencionado.

Maria Berenice Dias (2005a) lembra que a doutrina e a jurisprudência, entendendo a inconstitucionalidade de tal dispositivo (desde quando era consagrado pelo Código de 1916), já lutavam contra esta imposição:

A situação de absoluta injustiça levou o STF, já no ano de 1964, a editar a Súmula 377, simplesmente **alterando o regime** imposto pela lei. Ao ser autorizada a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou a Justiça transformando o regime de separação total dos bens no regime da comunhão parcial. A doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, passaram a considerar plena de discriminação e de preconceito a diferenciação legal, pois revela o conceito de uma distante época, onde o individualismo e a preocupação de proteger e de preservar a família legítima justificavam a ingerência exercida pelo estado sobre a vontade individual. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara

afronta ao cânone constitucional do respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade, consagrados como direitos humanos fundamentais. (2005, p. 414-415).

Hoje, a Súmula 377 do STF²³ é aplicada aos casos de separação obrigatória dos maiores de 60 anos, uma vez que é facultado, aos demais afetados por este regime, a sua modificação, ao ser cessada a sua causa²⁴. Os maiores de 60 anos são, assim, os únicos indivíduos que não podem pleitear a modificação de regime.

Desse modo, por força da súmula, serão aplicadas, neste caso, disposições relativas ao regime de comunhão parcial (partilhando-se o que foi construído com esforço comum do casal).

Há de se perquirir, ainda, acerca da possibilidade ou não de doação de bens ao cônjuge pelo maior de 60 (sessenta) anos casado por tal regime.

De acordo com a doutrina mais moderna, para que não haja violação à igualdade e liberdade de disposição dos bens, o cônjuge idoso poderá realizar tal tipo de doação, desde que respeitada a legítima.

Percebemos assim que, de algum modo, já está havendo um avanço no tratamento destas questões, valorizando o idoso, como sujeito de autonomia que é.

2.6. O idoso e a separação remédio

O Código Civil de 2002 prevê a separação judicial como causa de término da sociedade conjugal (art. 1571, inciso III)²⁵. De acordo com a doutrina, a separação pode se dar de duas formas: por vontade de ambos os cônjuges (separação consensual) ou por vontade de somente um deles (separação litigiosa).

As causas de separação judicial litigiosa estão elencadas no art. 1572 do Código Civil, dispondo o §2º: *O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o*

²³ “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

²⁴ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 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.** (grifo nosso)

²⁵ A doutrina se lamenta por isso. Maria Berenice Dias reflete este descontentamento ao afirmar: “A tentativa não muito feliz do legislador de estabelecer a distinção entre separação e divórcio, por si só, seria suficiente para evidenciar a total inutilidade da manutenção de dupla via para pôr termo ao casamento, duplicidade que se poderia chamar de verdadeiro “pleonasma jurídico” (2005b, p. 62).

outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Percebe-se que o §2º trata do que a doutrina denomina “separação como remédio”. Esta modalidade de separação recebe muitas críticas, por permitir que um cônjuge abandone o outro na doença.

Apesar de não se referir diretamente ao idoso, muitos deles são atingidos por este dispositivo, vez que é grande o número de idosos que sofrem de doenças mentais graves (tais como Mal de Parkinson, esclerose, Alzheimer, dentre outras).

Esclarecedora a passagem abaixo:

(...) infere-se que a demência, incluída a doença de Alzheimer, que é uma das suas maiores causas, atinge sobremaneira a pessoa idosa, e, portanto, o cônjuge de um idoso com essa doença degenerativa mental, por expressa faculdade legal, poderá deixá-lo ao desamparo, justamente em um momento vital, quando controle nenhum tenha sobre sua vida, saúde e patrimônio. Esse fator é motivo de reavivar o pensamento acerca da validade jurídica do que está disciplinado no art. 1572, §2º, do Código Civil de 2002, ou seja, a separação judicial remédio, acrescido do princípio da dignidade da pessoa humana, como visto, fundamento básico de todo o sistema legislativo, infra e constitucional e vetor proeminente do intérprete e aplicador dessas normas. Ademais, merece ser indagado: se a mútua assistência e o respeito e a consideração mútuos são deveres conjugais (art. 1566, III e V, do Código Civil de 2002), qual razão para afastar o cônjuge enfermo e idoso do convívio conjugal em momento delicado de sua vida? (RODRIGUES, 2006, p. 416).

Maria Berenice Dias esclarece que o Código Civil ao menos tentou apenar aquele que de certa forma abandona o cônjuge enfermo, através da previsão do §3º:

Nitidamente punitiva a apenação pela aparente crueldade de quem pede a separação, estando o cônjuge acometido de grave e incurável mal. O autor da ação fica sujeito a perder a meação dos bens remanescentes que o enfermo levou para o casamento. Essa transferência patrimonial ocorrerá exclusivamente se o casamento for celebrado pelo regime da comunhão universal de bens, o que diminui sensivelmente o alcance da norma, como alerta Sílvio Venosa. A comunicabilidade do patrimônio adquirido na constância da sociedade conjugal é seqüela que já decorre dos regimes da comunhão parcial e comunhão final dos aqüestos. Do outro lado, o regime da separação total de bens não autoriza a meação dos bens adquiridos, não podendo ser aplicado dito confisco (DIAS, 2005b, p.70).

Todavia, há de se ressaltar que, em razão de a lei exigir nesta espécie de separação, dois anos desde o reconhecimento de que a doença é incurável para seu

requerimento, é pouco utilizada atualmente. Para o divórcio, em que não se necessita motivar o pedido, em que não há repercussões patrimoniais, basta o transcurso do prazo de um ou dois anos da separação de fato para que este dissolva o casamento²⁶ (o que não ocorre com a separação). Assim, este é fatalmente usado.

Não havendo punição efetiva (apenas em casos raros), não há como se admitir a continuidade de tal forma de separação, por atentar contra os fins do casamento e contra a dignidade da pessoa humana.

2.7. O idoso e o direito a alimentos

2.7.1. O idoso como alimentado

A Constituição, em seu art. 230, *caput*, dispõe que: “*a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida*”.

Além disso, o art. 1696 do Código Civil discorre que o dever de alimentar é recíproco entre pais e filhos, sendo extensivo aos ascendentes. Já o art. 1694 expõe que este dever pode se dar entre quaisquer parentes, cônjuges e companheiros. Sobre a matéria, ensina a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso):

Art. 11. Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.

Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

Frente ao exposto, temos que especificamente com relação ao idoso, há um dever solidário entre os parentes²⁷ com obrigação de alimentar. Isso veio a pôr fim a

²⁶ Há duas espécies de divórcio: o divórcio direto (requerido por um ou ambos os cônjuges após o decurso de prazo de dois anos de separação de fato) ou divórcio por conversão (que pode ser requerido após o decurso de um ano do trânsito em julgado da sentença de separação ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos).

²⁷ Maria Berenice Dias (2005a, p. 413) destaca que o limite é o parentesco colateral de quarto grau.

uma série de discussões acerca do tema, presentes desde a égide do Código Civil de 1916²⁸ e que continuaram com o Código Civil de 2002, em razão do art. 1698²⁹.

Percebe-se, assim, que:

Além do art. 1696, CCB/02, o Estatuto do Idoso, por meio do seu art. 12, prevê ser solidária a obrigação alimentar, facultando ao idoso a escolha de qual parente acionará judicialmente. Entretanto, não se pode perder de vista o caráter personalíssimo da obrigação alimentar, o que tem suscitado a incongruência do referido dispositivo. Não obstante tal crítica, com este ditame, aliado à possibilidade de a transação ser efetuada perante o Promotor de Justiça, de modo a alcançar o status de título executivo extrajudicial, demonstram a preocupação do estado em proporcionar o mínimo existencial ao idoso, que não tem condições financeiras para tanto. (TEIXEIRA, SÁ, 2004, p. 30).

Pedro Lino de Carvalho Júnior, em artigo sobre o tema, destaca que a situação gerada pela solidariedade estabelecida pelo Estatuto do Idoso, é muito mais complexa do que a primeira vista pode parecer. Senão vejamos:

Imaginemos um octogenário com quatro filhos e que careça de R\$1.000,00 (mil reais) para seu sustento. Todos os seus filhos gozam de excelente condição financeira e estão aptos, mesmo cada um individualmente, a suportarem o ônus do aludido desembolso. Neste caso, pode o ancião demandar tão-somente o filho mais velho, ou mais de um filho, a seu alvedrio.

Suponha-se, na mesma hipótese, que a condição econômica dos filhos não seja tão próspera. Neste caso, de nada adiantará a solidariedade, pois a obrigação alimentar sustenta-se no binômio necessidade/possibilidade, e, se um dos co-devedores não pode sozinho se encarregar do pagamento, o credor há de acionar os demais, se pretende a integralidade da prestação almejada.

Nessa situação, a mudança implementada teria sido inócua. Entretanto, o caso se torna mais complexo quando se avança para outros graus de parentesco.

Voltando ao exemplo, se os quatro filhos do credor apenas podem adimplir com R\$800,00 (oitocentos reais), e ele possui ainda dois netos em condição de complementar o valor, mais uma vez se aplica a solidariedade? Evidente que sim, em face dos dizeres peremptórios do Estatuto do Idoso. Ele pode acionar tanto um neto quanto o outro.

O que não parece admissível é sustentar a proposição do rompimento do princípio de que o parente em grau mais próximo exclui o parente de grau mais remoto. No caso, se o octogenário, além dos filhos e netos aptos a pensionar-lhe, tivesse um irmão detentor de expressivo patrimônio, não seria aceitável

²⁸ Alguns autores defendiam a existência de um litisconsórcio passivo necessário obrigando a presença de todos os alimentantes na lide, sob pena de nulidade do feito. Outros, porém, (v.g. Yussef Cahali) defendiam a tese de que o credor poderia promover a integração à lide dos diversos coobrigados e, se apenas acionasse um deles, tão-somente correria o risco de ver seu pensionamento fixado na exata medida das possibilidades do acionado (CARVALHO JÚNIOR, 2004, p. 47).

²⁹ Ao dispor que o alimentante contra quem foi proposta a ação poderá chamar os demais para integrar a lide, o art. 1698 despertou questionamentos acerca da natureza jurídica da intervenção, dos legitimados a provocá-la e do momento processual adequado à sua aplicação (CARVALHO JÚNIOR, 2004, p. 48).

que ele o acionasse diretamente, pois este se situa em grau de parentesco bem distanciado dos demais.

Da mesma forma, se ele possui filhos com condições econômicas aptos a prover-lhe a manutenção, seria absurdo admitir a propositura de demanda contra o neto tão-somente pelo fato de este gozar de invejável situação econômica.

Ou seja, a solidariedade jurídica existe sim, mas no âmbito de cada grau de parentesco, sob pena de absoluta subversão do sistema e do ferimento à dogmática da obrigação alimentar.

Demais disso, sendo o idoso casado ou vivendo em união estável, o dever de fornecer alimentos deve ser imposto inicialmente ao cônjuge ou companheiro, face aos demais parentes (...).(2004, p.51-52).

Além dos problemas acima expostos, surge a questão do direito de regresso. Caso um dos parentes seja demandado sozinho e pague toda a prestação alimentar, caberá a ele cobrar dos demais (periodicamente – por ser uma prestação de trato continuado), e ainda avaliar qual a capacidade de cada um para calcular a cota devida. Sem dúvida, esta é uma tarefa extremamente complicada, que pode ainda gerar inúmeras rugas familiares.

Desse modo, seria mais adequado o estabelecimento de litisconsórcio passivo entre os alimentantes, cabendo assim ao juiz a resolução de todas essas questões.

Outra controvérsia acerca do tema é aquela que envolve a questão de “indignidade”³⁰ do alimentante.

Vejamos um exemplo: dado indivíduo abandona sua mulher e seus filhos ainda pequenos, não contribuindo, patrimonial ou afetivamente, para a criação de seus filhos. Depois de idoso, ajuíza ação de alimentos em desfavor de seus filhos, por se encontrar com dificuldades para a sua sobrevivência. Ora, interpretando-se o art. 557, inciso IV, teríamos que aquele que tinha condições de prestar alimentos e não os prestou, seria indigno.

O art. 1.694, parágrafo 2º, determina que os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Por outro lado, o art. 1708, parágrafo único, dispõe que “*com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor*”.³¹

³⁰ De acordo com a mais atual doutrina, o conceito de indignidade deve ser buscado nas causas que dão ensejo à revogação da doação e da declaração de indignidade que afasta o direito de herança, contidos nos art. 557 e 1.814, respectivamente.

³¹ Apesar de tal artigo, em seu *caput*, referir-se à hipótese de alimentos decorrente ao vínculo conjugal, alguns autores, tais como Sílvio Rodrigues e Maria Natasha Artese Natal, acreditam que tal dispositivo, por se encontrar no

Ora, no caso em apreço, não se pode sujeitar o filho abandonado ao pagamento de alimentos àquele que o abandonou, visto que os laços de solidariedade que justificam a prestação alimentar são formados por uma via de duas mãos: o pai apenas terá direitos de receber ajuda se um dia ajudou.³²

Nem todos concordam com tal opinião. Defendem que o art. 1708 deve ser interpretado de acordo com o art.1694, devendo o devedor culpado receber os alimentos indispensáveis à sua subsistência, ou seja, apenas o mínimo necessário para sobreviver.

Desse modo, a fim de conciliar os dois entendimentos,

(...) dado o fim superior a que se destinam os alimentos, e, diante da melhor exegese normativa, afigura-nos que melhor seria no novo regramento, possibilitar ao magistrado a análise do caso concreto para se determinar a cessação ou não do dever alimentar, mesmo diante da configuração de indignidade do credor, ou de causa que levasse à sua deserdação, ao invés da aplicação literal, pura e simples do parágrafo único do citado art. 1708. (NATAL, 2004, p. 68)

Analisada a hipótese de prestação de alimentos por parentes, há de se estudar os casos em que estes inexistem.

Mesmo nestes casos, os indivíduos devem ter garantidos os alimentos “de dignidade ou humanitários”, essenciais à sua sobrevivência. No caso dos idosos, tal direito decorre do enunciado do art. 230 da Constituição Federal, que gera a responsabilidade alimentar estatal. Nos dizeres de Jones Figueiredo Alves (2005, p. 195):

(...) no plano constitucional, inexistindo as pessoas potencialmente obrigadas pela lei codificadora civil, cumpre ao Estado a responsabilidade alimentar.
(...) Há de se ressaltar que os direitos fundamentais e sociais assegurados pela Constituição Federal devem atender, com inteireza, às demandas do contingente populacional superior a 170 milhões de pessoas e, quando parte desse contingente situa-se em desigualdade extrema, comprometendo a dignidade humana, a garantia do “mínimo existencial” nada mais representa

subtítulo que trata de forma geral o direito a alimentos, seria aplicável a todas as hipóteses da prestação alimentar (parentesco, casamento e união estável).

³² Neste sentido: “*ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível n. 70013502331, TJRS, Relatora: Maria Berenice Dias)*”.

senão práticas determinantes e assecuratórias de respeito e cumprimento da Constituição, no que concerne aos direitos de dignidade.

Não havendo possibilidade para prestação de alimentos a todos os necessitados, necessária a alocação de recursos de acordo com a prioridade conferida, em sede constitucional, às crianças e adolescentes (art. 227, CF) e aos idosos (art. 230, CF), respectivamente, seguidos dos que estão abaixo da linha da pobreza (art. 1º, III, CF), os inválidos ou sem condições para o trabalho (art. 23, II, CF) e, por fim, aos desempregados (art. 170, VIII, CF). (ALVES, 2005).

O Estatuto do Idoso, em seu art. 14, coloca expressamente este dever do Estado³³, concretizado nos arts. 33 e 34³⁴.

Desse modo, independentemente de ter o idoso contribuído para a Previdência Social, terá direito ao benefício, a fim de garantir a sua vida e dignidade.

2.7.2. O idoso como alimentante

Em se tratando de obrigação alimentar decorrente do parentesco, o direito é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes e descendentes (parentes em linha reta), recaindo a obrigação em primeiro lugar aos mais próximos em grau, excluindo os mais remotos. Tanto a Constituição em seu art. 229³⁵, quanto o Código Civil, no art. 1.696, consagram tal entendimento.

³³ Urge salientar que “nesse sentido, a Lei n.8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social (LOAS), dando aplicação ao art. 203, V, da Constituição Federal, assegura a assistência social à velhice e garante um salário mínimo mensal ao idosos com 70 anos que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Este limite etário foi reduzido, conforme Lei Federal n. 9.720 de 1998, para 67 anos e agora, com o Estatuto do Idoso (art. 34), cai para 65 anos” (CARVALHO JÚNIOR, 2004, p. 65).

³⁴ Art. 33. A assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes. Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

³⁵ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Daí se conclui que a obrigação alimentar é dos pais e, havendo alguma impossibilidade (tais como morte, enfermidade ou impossibilidade financeira), será a mesma transmitida aos ascendentes³⁶, que em grau imediato mais próximo são os avós.

Vem o STJ aplicando esta interpretação em seus julgados. Todavia, ainda é possível encontrar jurisprudência que ignora essas normas sob o fundamento de que a obrigação é dos pais e, na omissão de um deles, o ônus passa para o outro genitor. Somente se ambos não têm condições de prover o sustento dos filhos é que se invoca a responsabilidade dos avós. Assim, contra clara disposição legal, vem sendo afastada a obrigação complementar e subsidiária dos ascendentes. O fato de a lei fazer uso da palavra **pais**, no plural, ao atribuir-lhes o poder familiar, não quer dizer **ambos os pais** e, sim, **qualquer dos pais**.

O avô, se tiver condições econômicas para tal, deve ser chamado a contribuir, quando seu filho deixar de atender à obrigação de sustento de seu neto. O só-fato de o detentor da guarda ter algum rendimento, não exclui a responsabilidade do ascendente. (DIAS, 2005a, p. 420)

Todavia, como princípio basilar da obrigação alimentar, deve-se atentar ao binômio necessidade-possibilidade. É sabido que hoje, no Brasil, grande parte dos idosos recebem aposentadorias baixíssimas e possuem uma série de gastos, como, por exemplo, para medicamentos e muitas vezes, o sustento de sua própria família. Assim, cabe aos magistrados verificarem no caso concreto a existência da possibilidade do idoso para o fornecimento de alimentos.³⁷

O que se tem visto é que muitas vezes são estipuladas parcelas de alimentos incompatíveis com a subsistência desses idosos que, não poucas vezes, são até presos pelo descumprimento do encargo. Desse modo, a fim de garantir proteção à criança, em não raros casos, tira-se a proteção dada ao idosos, ferindo-se igualmente a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a Constituição.

À guisa de conclusão, destaca-se o entendimento de Oswaldo Peregrina Rodrigues (2006, p.421):

Para se evitar situações jurídicas iníquas, a questão alusiva à prisão do devedor alimentício, ainda que seja um idoso, há de ser apreciada e enfocada em cada uma delas, e, não de modo genérico e objetivo: se o executado for

³⁶ Os avós, nestes casos, poderão ser chamados para arcar integralmente com a parcela, ou apenas para complementar o valor pago pelo genitor.

³⁷ Neste sentido, o comentário de Sônia Maria Teixeira da Silva (2003): “Os avós não poderão ser obrigados a sustentar os netos ou mesmo complementar-lhes a pensão, se não tiverem condições de fazê-lo, ou seja, se para isso forem obrigados a desfalcocar o necessário para o sustento deles próprios”.

idoso estará protegido do aprisionamento civil; essa posição, em tese, coerente com as diretrizes do Estatuto do Idoso e com o direito de proteção a essa pessoa, no caso concreto, pode configurar-se injusta e desalentar o alimentado, outro ser humano necessitado.

2.8. O idoso e o direito de empresa

Ao se estudar o Livro do Direito de Empresa no Código Civil, à primeira vista, não se consegue perceber a existência de algum dispositivo que se relacione diretamente ao Direito do Idoso.

Contudo, uma leitura mais acurada, nos leva a deparar com o art. 977, que dispõe: *Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.*

Estudou-se acima que, aos maiores de 60 (sessenta) anos é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Como consequência da imposição de tal regime, o qual conforme já se destacou viola os direitos de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana (dentre outros), ao idoso também é restringida a possibilidade de ser sócio.

E, conforme anteriormente ressaltado, o regime da separação obrigatória imposto ao idoso configura-se, dentre as hipóteses previstas no art. 1.641, a única em que não se pode pleitear jamais a modificação do regime de bens. Assim, pela leitura do dispositivo supracitado, o idoso que se casa após os sessenta anos, nunca poderia ser sócio³⁸.

Contudo, o art. 977 é disposição que gera muitas controvérsias, que serão a partir de agora, expostas.

A primeira dúvida se refere à passagem: “*entre si ou com terceiros*”. O alcance de tal expressão não é muito claro. De acordo com Luiz Tzirulnik:

³⁸ Necessário diferenciar os conceitos de capacidade para ser empresário e capacidade para ser sócio. Para ser empresário (exercer individualmente a atividade empresarial) a lei exige capacidade civil e ausência de impedimento legal. Em contraposição, qualquer pessoa possui capacidade para ser sócio, ou seja, para participar de uma sociedade, desde que a lei expressamente não proíba (exemplos: o incapaz só pode ser sócio de sociedade com responsabilidade limitada e a vedação do art. 977, em estudo).

Trata-se, portanto, de prescrição legal que, da forma como está redigida, faculta interpretações diferentes. Assim, já há os que entendem que nenhum dos cônjuges, individualmente, poderá contratar sociedade, se o regime de casamento for a comunhão universal de bens ou a separação obrigatória. Outros entendem que o casal não poderá contrair sociedade nestes regimes de casamento, mas que nada os impede de, individualmente, contratar sociedade com terceiros (2005, p.38).

Entende-se que vedar a formação de sociedades entre os cônjuges (ou seja, contratando apenas os cônjuges, a sociedade) é plausível, visto que esta poderia ser usada abusivamente (no caso da comunhão universal, favorecendo a confusão patrimonial e prejudicando credores; e na separação obrigatória, como forma de burlar a separação dos bens imposta pelo regime).

Contudo, entender-se que seria também vedada a contratação de um cônjuge com terceiros, já é demasiadamente exagerado. Como um cônjuge sozinho poderia burlar o regime de bens?

Outra discussão decorrente do dispositivo seria a da aplicação deste nas sociedades estatutárias.³⁹ O art. 977 dispõe que “*Faculta-se aos cônjuges **contratar sociedade***” (grifo nosso). Ora, como norma de exceção que é, deve a mesma ser aplicada restritivamente. Destarte, a vedação da participação em sociedade por cônjuges casados em regime de separação obrigatória e comunhão universal seria aplicada apenas às sociedades contratuais.

Por fim, há de se destacar que, além de tudo o que foi dito, a norma em apreço é de latente inconstitucionalidade. Conforme art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, “*é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*”.

Desse modo, mesmo o idoso casado no regime da separação obrigatória terá o direito de formar sociedade, inclusive com o seu cônjuge, independentemente da restrição contida no Código Civil.

³⁹ As sociedades contratuais são aquelas que têm, como ato constitutivo, um contrato social. Já as sociedades estatutárias são aquelas que possuem estatuto social, por exemplo, as Sociedades Anônimas.

3. CONCLUSÕES

Por tudo que foi exposto, tem-se que as disposições atentatórias ao direito do idoso presentes no Código Civil poderiam ser consideradas inconstitucionais, uma vez que, além de afastar o idoso do convívio social, impedindo-lhe o exercício de seus direitos, afrontam princípios constitucionais, sobretudo os princípios da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana daí a importância do presente.

A reinterpretação dos Direitos dos Idosos presentes no Código Civil, sob a perspectiva civil-constitucional, baseada em princípios, constituiria a solução buscada para se delimitar o alcance da proteção dos direitos do idoso e destacar a necessidade de mudança de olhar, para que ele possa exercer seus direitos, de maneira livre.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.
- ARAUJO, Bárbara de Almeida de. **A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional**. In TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed.rev. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003. p. 61-84.
- CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **Contradição no Regime da separação absoluta de bens**. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n.º 26, out/nov de 2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. p.62-74.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2ª edição revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Da ausência**. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 267-290.
- GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e planos funerários frente o consumidor idoso**. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 8 (out/dez 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2001. p. 3 - 44.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana.** Revista de Direito do Consumidor. Ano 51, julho/setembro de 2004. São Paulo. p. 101 a 111.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **A pessoa idosa e sua convivência em família.** In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenação). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006 [s.p.].

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde.** Revista de Direito do Consumidor. Ano 51, julho/setembro de 2004. São Paulo. p. 101 a 111.

SILVA, Paulo Lins e. **O casamento como contrato de adesão e o regime legal.** In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Cidadania: o Novo CCB e a Vacatio Legis* (Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002. p. 353-360.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. **Avós Injustiçados.** Disponível em: <<http://www.direitoidoso.com.br>>. Acesso em: 26 mar. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE, Maria de Fátima de Sá. **Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.** Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n.º 26, out/nov de 2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. p.18-34.

TZIRULNIK, Luiz. **Empresas & Empresários no novo Código Civil.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.