

A restrição quanto ao regime de bens para o casamento dos sexagenários

Sandra Reis da Silva*

RESUMO

No presente estudo, tomou-se como ponto de partida o art. 1.641, II, do Código Civil, que trata do regime de separação de bens obrigatório ao maior de 60 (sessenta) anos, onde está alojada a essência do conflito normativo que se demonstrará ser inconstitucional. Contudo, a despeito dessa inconstitucionalidade, o objetivo geral consiste em demonstrar o caráter discriminatório dessa diferenciação que se consegue perceber ter sido estabelecida pelo diploma civil brasileiro, afrontando aos princípios e normas constitucionais. Na doutrina, utilizou-se como ilustração do que se quer demonstrar, o flagrante identificado na divergência do pensamento doutrinário, utilizando como referência as palavras de Sílvio de Salvo Venosa e, como entendimento contraposto, o pensamento de Silvio Rodrigues. Com isso, buscou-se pesquisar e estudar a norma positiva, comparando-a com a doutrina e jurisprudência pátrias, para que se consiga conhecer o real grau de violação a que se expôs o direito do sexagenário de escolher o próprio regime de bens que adotará, ao se casar. Para isso, cuidou-se de analisar algumas conseqüências e repercussões desse veto normativo, de forma que seja possível avaliar as implicações práticas que trarão ao indivíduo capaz que – apenas por contar com mais de 60 (sessenta) anos – teve ceifado direitos que deveriam ser limitados tão somente quando da sua incapacitação civil absoluta, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade civil apenas pelo implemento da idade. E, para se demonstrar como patente a questão da inconstitucionalidade da proibição pela escolha do regime de bens, evidenciou-se a desigualdade de direitos, através da demonstração do comparativo que se buscou tecer para que se reconheça quão abusiva vem a ser tal restrição que o Código Civil estabelece: ao proibir o direito de escolha pelo regime de bens a ser adotado por um sexagenário, quando do seu casamento, em contraponto à liberdade preservada para que ele possa votar, trabalhar, doar, testar e até mesmo adotar, sem que lhe sejam impostos quaisquer vetos etários para tanto.

Palavras-chave: Casamento de sexagenários. Regime obrigatório de bens. Discriminação por idade. Restrição de direitos.

SUMÁRIO:1- INTRODUÇÃO; 2- Garantia constitucional básica: igualdade de direitos; 3- Breve histórico SOBRE a revisão do Código Civil de 1916; 4- O casamento e os regimes de bens; 4.1- O CASAMENTO; 4.2 OS REGIMES DE BENS; 4.2.1- O pacto antenupcial; 4.2.2- O regime de comunhão parcial de bens; 4.2.3- O regime de comunhão universal de bens; 4.2.4- O regime de participação final nos aqüestos; 4.2.5- O regime de separação de bens; 4.2.5.1- O regime obrigatório de separação de bens; 5- regime OBRIGATÓRIO de SEPARAÇÃO DE bens. O CARÁTER DISCRIMINATÓRIO NA SUA APLICAÇÃO; 6- escolha do regime de bens em RAZÃO da IDADE; 6.1- limitação etária E CAPACIDADE CIVIL; 7- DIREITOS PRÓPRIOS DO GOZO DA CAPACIDADE CIVIL PLENA; 7.1- O SEXAGENÁRIO E O DIREITO DE VOTAR, TRABALHAR, DOAR, TESTAR E ADOPTAR ; 7.1.1- O voto; 7.1.2- O trabalho; 7.1.3- A doação e o testamento; 7.1.4- A adoção; 8- CONCLUSÃO; rEFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A história mostra que, quando da formação dos primitivos núcleos humanos, viver em sociedade principiou-se como tarefa no mínimo delicada. Enquanto isso, nos dias atuais, o que se poderia dizer da vida em sociedade é que certamente seria reconhecido como hábito de provável impossibilidade de não ser exercitado. Afinal, dentro dessa atualidade, pode-se arriscar afirmar quanto à improvável existência de algum indivíduo que, estando gozando de sua plena capacidade civil e liberdade penal, tenha conseguido viver afastado do convívio social.

Sobre isto, pede-se venia para a transcrição de pequeno trecho de trabalho monográfico, a despeito de ainda não publicado [01]:

Sempre que se elabora estudo que verse sobre tema extraído do Direito, de logo se mostra indispensável a lembrança do conceito básico de que onde há sociedade, há direito (ubi societas, ibi ius) e da verdadeira e indissociável recíproca de que onde há direito, há sociedade (ubi ius, ibi societas) [02]. Afinal, a história da humanidade fundiu os conceitos de sociedade e direito de tal forma que esse grau de enraizamento somente poderia ser desfeito acaso deixasse de se mostrar presente a configuração do conceito pleno de sociedade – o que, decerto, mostra-se fato improvável, na contemporaneidade dos dias atuais.

Quando o homem vive isolado dos seus semelhantes faz com que inexista a configuração da formação sociológica e política de sociedade. Um homem só, é só um ser; mas vários homens em convívio representam um ser social, que com-vive com outros.

E, como não poderia ser diferente, é dentro desse ambiente social, nessa sociedade, que se inclui a população civil de um Brasil que conta com extensos cinco séculos de mazelas e vícios políticos, culturais e sociais, além das reiterações nos erros na condução do que se apresentou como soluções para essas questões; enquanto isso, em contrapartida, o brasileiro é um povo que tem parques quinhentos e sete anos de história e tradições.

Nesse espaço de tempo – diminuto, se comparado à contagem dos milhares de anos ostentados por outras várias civilizações que coabitam o mesmo planeta – este país deixou de ser uma massa única de floresta tropical e passou a ser Colônia de Portugal, transformou-se em Império e, finalmente, a atual República de um Estado Democrático de Direito; mas, nem por isso, não se pode esquecer que também sofreu, em recente história, os horrores de uma ditadura militar. E, nesse compasso, ao longo dessa ainda curta história vive-se já a oitava Constituição Federal, enquanto que, em menos de um século, já no segundo Código Civil, e além disso se dispõe de um quase incontável elenco de normas infraconstitucionais.

Contudo, apesar de toda a segurança jurídica que o Direito procura hoje apresentar e assegurar à sociedade, ainda não se pode negar a existência de algumas sombras e resquícios discriminatórios que se consegue vislumbrar pelas entrelinhas do cotidiano. Por exemplo, sabem todos que racismo é crime, inclusive inafiançável e imprescritível [03], e ainda assim é comum que se presencie cenas de discriminação explícita ou, mais comumente, de preconceito disfarçado.

Ainda que não seja penalmente punível com a mesma severidade prevista para os crimes de racismo, incorrer na infração de quaisquer das outras formas de discriminação instituídas no art. 3º da Constituição Federal também vem representar conduta reprovável.

Aliás, tão marcada foi a preocupação do constituinte em assegurar princípios e direitos fundamentais, que foram inseridos dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, por exemplo, o de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e de garantir a igualdade entre os cidadãos, sem discriminações, quando é expresso o objetivo de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" [04].

Talvez justamente por não existir sobre os demais objetivos fundamentais assegurados no art. 3º da Constituição Federal a mesma força punitiva prevista para a discriminação pela cor, é que os demais preconceitos – como os de origem, raça, sexo e idade – são como que menosprezados, apesar de igualmente tutelados pela mesma Norma.

Entretanto, não se pode discordar que, ao menos na teoria, todos os direitos que as leis asseguram aos brasileiros são perfeitos; e isso é de tal forma que esse povo é como que mantido sob a proteção de redomas de inimaginável intransponibilidade e tem ao seu dispor diversos mecanismos de fazer valer os seus direitos.

Nessa esteira, o povo brasileiro seria um dos que teriam mais preservados todos os seus direitos fundamentais, individuais ou coletivos, os quais constam devidamente previstos a partir dos diversos artigos do Título II da Constituição Federal.

Diante desse vasto cenário, necessário se faz o estreitamento do foco para o que vem a ser a proposta do que se pretende apresentar, a qual consiste no tratamento da questão do limite etário imposto aos sexagenários, legalmente impedidos de escolher o regime de bens que adotarão ao contraírem núpcias.

Mas é de se notar, todavia, que insistentemente tem-se tentado contornar esses impedimentos, o que vem sendo frustrado pelas decisões judiciais que, de forma repetitiva, vêm conseguindo manter como regra o cumprimento da lei civil, como que a ignorar ou despistar a existência e validade da norma constitucional.

Não obstante, apesar da flagrante inconstitucionalidade que será apontada e demonstrada acerca da discriminação sobre a qual discorreu-se, é oportuno chamar a atenção para o fato de que, na tratativa que se construiu, o cerne da temática estará focado sob a égide do Código Civil Brasileiro, tomando a Constituição Federal – como alguns outros dispositivos legais – como sustentáculos de relevante importância, porém não centrais.

Decerto, não se furtou em apontar que se entendeu existir uma situação antagônica revestindo a inconstitucionalidade da restrição quanto ao regime de bens imposto para o casamento dos sexagenários – o que vem a ser, aliás, a raiz do problema acerca do tema a ser abordado.

O que constatou-se, enfim, é que, se por um lado há o realismo pulsante identificado na exteriorização da emoção presente na narrativa dos fatos desses casos, quando submetidos à apreciação do Judiciário; de outro lado, o resultado verificado mostra-se fruto da frieza judiciária com que comumente são tratados os pedidos jurídicos formulados no sentido de que esse limite seja desconsiderado.

Ressalte-se, que quando se utilizou, logo acima, a expressão frieza judiciária, não constou como objetivo fazer com que significasse a imparcialidade com a qual jamais deve deixar de serem analisados e decididos os pedidos formulados ao Judiciário. É importante salientar a intenção real quando se referiu à insensibilidade e, até mesmo, a indiferença com que vêm sendo tratadas essas questões relacionadas aos pedidos de desconsideração do caráter impositivo do regime de bens para o casamento dos sexagenários.

Identificou-se, inclusive, que é incontestável o fato de que tem-se notado a manifestação da insensibilidade e da indiferença – que sintetizou-se na expressão frieza judiciária – sendo reiteradas com frequência superior à que seriam toleradas para excepcionais e eventuais casos de decisões permeadas de atecnia, exibidas desprovidas de fundamentação ao menos razoável.

Pelo contrário, apresentando-se em meio a uma inversão de valores que preocupa, percebeu-se que, em verdade, cada vez menos comuns vêm sendo os casos de decisões que conseguem ser dignamente permeáveis aos princípios éticos e em observância às necessidades particularizadas de cada indivíduo, possibilitando que os limites da proibição legal à escolha nupcial do regime de bens dos sexagenários seja ao menos flexibilizado, o que somente seria possível analisando-se caso a caso; e não se engessando, através de texto normativo genérico e discriminatório, a imposição de restrição que fere aos preceitos de igualdade defendidos.

No entanto, contrariando-se as exigências de particularização que deveriam ser preservadas quando da aplicação da norma positivada, o limite legal impede aos sexagenários de exercer sua capacidade civil, a qual somente não é reconhecida como plena para essa única decisão ao longo de suas vidas.

Decerto sempre deverá existir imparcialidade do julgador. E como toda ciência, a do Direito deve também estar envolta pela redoma do isolamento às contaminações externas que interfiram nocivamente no procedimento científico. Esse isolamento, no caso em específico da ciência jurídica, seria de caráter moral e capaz de garantir a isenção e imparcialidade com que se esperaria assegurar a ética do resultado.

Para que seja garantido que se chegará à justiça e equidade das decisões, a redoma não apenas necessitará ser translúcida, como também não poderá ser hermética, pois que, Direito não é ciência que sobreviva sem se interrelacionar com outras ciências.

Deve, ainda, ser possível a penetração do direito consuetudinário no mesmo ambiente onde não se pode admitir o domínio onipotente do direito positivado. Há que apenas proteger-se o julgador com a isenção moral – pois é a conduta que dele se esperaria –, estando este obrigado a se cercar de cuidados para que se mantenha isento de ser contaminado e influenciado por elementos externos nocivos à ética jurídica que deve permear e nortear todo o processo.

Com esse entendimento – e ressaltando que, neste presente estudo, preocupou-se em específico com a questão do limite etário imposto aos sexagenários, legalmente impedidos de escolher o regime de bens que adotarão ao contraírem núpcias –

orientou-se o estudo sobre A Restrição Quanto ao Regime de Bens para o Casamento dos Sexagenários para o seu desenvolvimento, quando se dedicou uma maior atenção na análise de algumas questões que se interrelacionam com o tema central, em específico, da abordagem acerca do fato de que, a despeito de todas as situações previstas em quaisquer textos legais, onde não existe qualquer outra limitação etária específica ao sexagenário, o Código Civil estabelece taxativamente no art. 1.641, II, que a pessoa com mais de 60 (sessenta) anos, ao se casar, não poderá adotar outro regime patrimonial que não o de separação de bens [05].

Apresentou-se para análise, por exemplo, o fato de que mesmo existindo herdeiros legítimos ou necessários, pessoas com mais de 60 (sessenta) anos podem, em vida, fazer doação de parte de seu patrimônio para qualquer desconhecido, estranho à linha sucessória. Como poderão também fazer valer sua vontade após sua morte, em testamento. Para tanto, basta apenas que seja respeitada a cota limite de até 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio, além de algumas outras restrições impostas pela lei; entretanto, nada que se relacione às limitações quanto a idade, independentemente de ser o indivíduo maior de 60 (sessenta) anos. Inclusive, é importante observar que inexistindo herdeiros legítimos ou necessários, poderá o sexagenário até mesmo dispor de todo o seu patrimônio, livremente.

Aventou-se também acerca da possibilidade efetiva das pessoas com mais de 60 (sessenta) anos terem deferido um pedido de adoção. Afinal, para que esta seja possível, basta que sejam observadas as restrições que a lei estabelece indistintamente a quaisquer indivíduos, como a idade mínima de 18 (dezoito) anos para o adotante [06] e diferença mínima de 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotado [07]. Mas, em todo o ordenamento jurídico pátrio ora em vigor, não se conseguiu localizar a existência da manifestação de qualquer tipo de restrição legal diferenciada, em função da limitação na idade máxima limítrofe para adoção, independentemente desta se referir ao adotante ou ao adotado.

E será com esse propósito – o de evidenciar que o veto legal imposto pelo Código Civil ao sexagenário é pautado em argumento discriminatório, representado pela idade do indivíduo, e não a sua capacidade civil – que demonstrou-se que se está diante de uma situação de ausência de sintonia: de um lado, teria-se a submissão à imposição discriminatória constante do diploma civil; de outro, a história de luta do povo brasileiro para conquistar, manter e ampliar direitos como indivíduos, como cidadãos, o que é traduzido pela história das Constituições brasileiras que é intensa, extensa e caracterizada por uma notada diferenciação no processo histórico e político ao qual foram submetidas.

E, por fim, concluiu-se por demonstrar que, apesar de justificada como sendo para proteção do idoso, entendeu-se que essa restrição é questionável; primeiramente por ferir princípio e direito constitucional, afrontando a igualdade de direitos e a dignidade da pessoa humana, fazendo-se necessária a demonstração de que se trata de restrição discriminatória; e, segundo, porque entendeu-se que não coaduna com a liberalidade e acessibilidade a outros tantos direitos que ao mesmo sexagenário são assegurados.

2 Garantia constitucional básica: igualdade de direitos

É comum vê-se e, ato-contínuo, disfarçar-se a externalização de nota de censura quando, muitas vezes, o brasileiro flagra a si mesmo em situação ou comportamento que o caracterizam como um povo que não tem memória. Na verdade, a auto-censura que ele faz – ou, ao menos, deveria fazer – diz respeito a memória seletiva que, convenientemente, escolhe o que será guardado, num processo de definição pela preferência por fatos, atos e dados que julga valer a pena guardar. Ou, o que é mais comum, censura isso apenas nos outros, porque quem vê esse defeito no outro, em geral, não se reconhece assim; afinal, indivíduos assim costumam ter a presunção de acreditar saber valorizar e guardar tudo, sentindo-se perfeito – exceto por essa "imperceptível" falha na sua auto-crítica.

Mas, dentre tantos temas sobre os quais o brasileiro se orgulha de ficar registrado na memória popular, existe um, em especial, que apresenta uma particularidade: sua história de luta para conquistar, manter e ampliar direitos como indivíduos; como cidadãos. E isso, como dito na introdução desse trabalho, vem a ser traduzido pela intensa e extensa história das Constituições brasileiras, caracterizada por uma marcada diferenciação no processo histórico e político ao qual foram submetidas.

É de notar que não consta do objeto do presente estudo um aprofundamento acerca dos processos constitucionais dos quais resultaram as várias Constituições. Ainda assim, é interessante que se apresente um sucinto histórico, quando pode-se iniciar lembrando que a história constitucional brasileira tem início com a Carta Imperial de 1824, originada de ato do então Imperador, D. Pedro I. Além da Constituição de 1824,

também as de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/1969 foram outorgadas, impostas ao povo pelo arbítrio da época, sendo elaboradas e estabelecidas sem qualquer participação popular [08].

A segunda Constituição Brasileira foi a primeira das Republicanas, promulgada em 1891 e, por orientação do baiano Ruy Barbosa [09], adotou o modelo da Constituição norte-americana, fazendo surgir a República dos Estados Unidos do Brasil, estabelecendo-se a forma federativa de governo.

Foram também promulgadas as de 1934, 1946 e de 1988, todas Constituições democráticas, fruto do trabalho de Assembléias Nacionais Constituintes – estas, instituídas pelo Poder Constituinte Originário –, compostas por representantes eleitos pelo povo com a finalidade específica de suas elaborações [10].

E desde mesmo a primeira Constituição que em todas elas, independentemente de terem sido outorgadas ou promulgadas, ficou consignada a determinação de ser assegurada a igualdade entre os indivíduos, o que se mantém no art. 5º, caput da atual Constituição, onde há a previsão de que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" [11] e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" [12]. Enfim, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil está a dignidade da pessoa humana [13].

É certo, também, que há muito o homem vem buscando meios de igualar os direitos dos indivíduos. Sobre a questão da igualdade, vale a lembrança do inigualável Ruy Barbosa, que conseguiu sintetizar a essência da lição de Aristóteles: tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam [14]:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Justamente por isso, pela dificuldade que se encontra nas talvez incontáveis tentativas de se igualar direitos, é que todas as medidas já adotadas ainda se mostram insuficientes, vez que a discriminação e o tratamento desigual persistem.

Na verdade, a discriminação e o tratamento desigual ainda espreitam pelas frestas das várias formas que vêm sendo encontradas de coibir as desigualdades individuais e sociais, como a igualdade de direitos entre homens e mulheres, que é reconhecida internacionalmente através da Carta das Nações Unidas [15] da ONU-Organização das Nações Unidas, de 1945; e na Declaração Universal dos Direitos Humanos [16], firmada em 1948 e também resultado do empenho da ONU; ou ainda a própria proteção Constitucional que, a despeito de ser norma geral de caráter interno – não tendo, portanto, o alcance internacional dos dispositivos retro elencados – é de longe o mais importante dispositivo vigente no ordenamento jurídico pátrio.

Apesar disso, pelo princípio da especialidade – segundo o qual a lei especial se sobrepõe à norma geral, naquilo que com ela conflitar – não haveria ilegalidade em uma norma específica trazer disposições próprias, as quais seriam reconhecidas como válidas. Trata-se de princípio de hermenêutica, pelo qual a norma especial afasta a norma geral no que diz respeito à questão específica, dentro do conceito do velho brocardo: *lex speciali derogat generali* [17].

Assim, convém seja lembrado que, além dos direitos assegurados pela norma geral consubstanciada na Constituição Federal, dispõe-se ainda do Código Civil e de norma especial, representada pelo Estatuto do Idoso [18], sobre os quais, oportunamente, far-se-á referência específica.

3 Breve histórico SOBRE a revisão do Código Civil de 1916

Para orientar este breve histórico, utilizou-se roteiro histórico colhido de texto da Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que relata ter o

Código Civil [19] anterior contado com o cearense Clóvis Bevilacqua na sua elaboração, sendo revisado pelo baiano Ruy Barbosa; tendo sido longo o processo para que fosse convertido em lei. Afinal, apesar de apresentado em 1900, apenas logrou aprovação em 1916, entrando em vigor somente em 1917, quando ainda escrevia-se Brasil com "z" [20].

A autora lembra que o antigo Código vigorou por longos 86 (oitenta e seis) anos, quase nove décadas, necessitando passar por diversas alterações indispensáveis para que tentasse acompanhar a dinâmica da sociedade e conservar como aceitável a aplicabilidade das normas nele contidas. Até que se chegou a um determinado estágio em que isso não mais era possível.

Norma necessária para regular as relações das pessoas na sociedade e na família, assim como no que se refere aos seus negócios, suas propriedades e obrigações; e ainda capaz de estabelecer critérios e limites para essas relações, o Código Civil de 1916 apresentava visíveis sinais de saturação às já diversas reformas que lhe modificaram sucessivamente o texto, mas que, ainda assim, não conseguiam disfarçar a impossibilidade de fazê-lo acompanhar as metamorfoses sociais e culturais da realidade contemporânea.

Seguindo nesse compasso, viveu-se um delicado momento histórico, político, cultural e social quando, em 1969, o paulista Miguel Reale recebeu a missão de revisar o Código Civil de 1916. Afinal, tantas eram as necessidades de reformulação do já saturado texto original – com a inclusão de novas regras, supressão de outras tantas, atualização de linguagem, extirpação de preconceitos e introdução de novos conceitos de humanidade e igualdade de direitos –, que Reale somente consegue apresentar ao Governo o anteprojeto do novo Código em julho de 1972 e apenas em 1975 o Presidente Costa e Silva submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 634-D, para sua apreciação.

Apesar de inacreditável, é fato: sua longa tramitação no Congresso Nacional durou mais de 26 (vinte e seis) anos, contando com aproximadamente 300 (trezentas) emendas.

Transformado na Lei nº 10.406/02, finalmente foi aprovado no final de 2001 e sancionado em 10 de janeiro de 2002; e desde a primeira referência que à ele se fez que o denominou-se de "Novo Código Civil".

E mesmo o novo diploma civil tendo conseguido a expansão das formas de prevenção e de desfazimento de injustiças; da ampliação de vetos aos preconceitos e discriminações; e de ter exibido bons níveis de renovação, humanização e inclusão de novos conceitos – pelo que há que se reconhecer sua notável evolução – ainda assim não conseguiu abarcar todas as necessárias atualizações. Em parte porque, tantas que eram, algumas passaram sem serem observadas; e, em parte, também porque a velocidade da dinâmica evolutiva da sociedade é superior à que o Congresso Nacional consegue produzir as atualizações normativas, perdendo-se o sincronismo com o tempo real em que as necessidades se sucedem.

E, dentre as várias atualizações normativas que foram inobservadas, uma em especial é objeto do presente estudo: o veto estabelecido às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos, proibidas legalmente de escolherem o regime de bens que adotarão ao se casar, constante do art. 1.641, II, do Código Civil vigente [21].

4 O casamento e os regimes de bens

Pretendendo o presente estudo tratar da limitação etária imposta aos sexagenários, tornando-os legalmente impedidos de escolher o regime de bens que adotarão ao se casar, faz-se necessário que se abra um espaço para que sejam feitas necessárias referências ao casamento e aos regimes de bens, cuidando das definições e considerações pertinentes ao tema.

4.1 O CASAMENTO

Negócio jurídico bilateral que é, dada a sua natureza contratual, o casamento é ato pessoal, social e solene que regula direitos e deveres mútuos.

Sintetizando em breves linhas a caracterização traçada brilhantemente por Sílvio de Salvo Venosa, tem-se que o casamento é pessoal, porque cabe tão somente aos nubentes manifestar sua vontade – mesmo que previamente, por meio de procuração; social, em função de que os nubentes se unirão para o estabelecimento de uma vida social em comum, partilhando direitos e deveres, atentos à assistência recíproca e constituindo a célula familiar – conservando a carga institucional e conservadora – com fins de produção e criação da prole; e o casamento será sempre solene, porque se apresenta dentro de um formalismo que somente é comparável ao exigido para o testamento, tanto que o casamento deve, além de ser registrado por escrito, também ser realizado em ato aberto ao público, garantindo-se a publicidade capaz de outorgar-lhe a garantia de validade [22].

Mas, como colocado por Venosa, o casamento também tem bem marcada a sua característica de instituição, com feição sociológica predominante sobre a jurídica; afinal, antes de se perceber jurídica, a relação é originariamente de cunho social, uma vez que o ato da união física e emocional entre homem e mulher surge simultaneamente à formação dos primeiros núcleos sociais e, portanto, precedem até mesmo seu conceito e a percepção da noção jurídica da relação [23].

O mesmo doutrinador ensina que, da mesma forma que o casamento, a união estável (também denominada de concubinato puro, por Maria Helena Diniz e alguns outros autores, por ela mesma relacionados [24]) gera igualmente efeitos jurídicos, pois que além de consistir num fato reconhecido socialmente – por ser de conhecimento público. Então, "o concubinato ou a união estável são fatos sociais e fatos jurídicos" [25].

Estas se referem às diferenças que Venosa apontou existirem entre o casamento e a união estável, quando aquele, diferentemente desta, "é um fato social e um negócio jurídico" [26]. E conclui que "a união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, transforma-se em fato jurídico" [27], independentemente de ter ou não sido firmado pacto escrito, como no casamento.

Em síntese, para ilustrar o entendimento, vale lembrar que fato social é qualquer forma de coerção sobre os indivíduos (p. ex.: regras jurídicas e morais, dogmas religiosos, sistemas financeiros, maneiras de agir, costumes etc); negócio jurídico é todo ato jurídico feito com manifestação da vontade do agente e, ao contrário do ato jurídico, depende da vontade expressa do agente, geralmente porque quer atingir um objetivo previsto em lei (p. ex.: contratos); e, por fim, repetindo o conceito de Venosa, o fato jurídico é "qualquer acontecimento que gera conseqüências jurídicas" (p. ex.: a união estável) [28].

Será, então, a convivência pública contínua e duradoura quem fará com que a união estável seja jurídica e socialmente reconhecida como entidade familiar legalmente equiparada ao casamento [29].

Como no casamento, na união estável existirá, indistintamente, a mútua cooperação em proporção que deve ser equivalente, quer no que se refira à assistência material, como moral, emocional e espiritual. Quando casam ou vivem em união estável duas pessoas compartilham suas vidas e convivem em comunhão de emoções, de objetivos, de espírito e, também, em muitos casos, de patrimônio. E está justamente na questão patrimonial a diferença das mais marcantes entre as duas formas de relação que se estabelece entre um homem e uma mulher.

Em ambas as relações, asseguram-se direitos e deveres mútuos; na união estável, estes se aplicam aos companheiros, enquanto no casamento estes se referem aos cônjuges. Vê-se, pois, que ainda que existam variações, estarão assegurados os direitos; mas alteram-se as designações conferidas aos entes celebrantes das relações.

Dessa forma, enquanto na união estável – exceto em existindo contrato prévio firmado entre os companheiros – considera-se unicamente o regime de comunhão parcial de bens, o qual irá reger as questões patrimoniais daquele casal [30]; no casamento, ao contrário, existe todo um rol de opções que aos futuros cônjuges é facultado escolher, desde que observadas algumas condições e restrições que a própria norma estabelece.

Apesar dessas condições e restrições terem sido idealizadas para proteção do indivíduo, muitas vezes são traduzidas como uma intromissão do Estado em questões que poderiam ficar ao encargo do próprio interessado, a despeito deste ser legalmente

reconhecido como um ser dotado de capacidade civil pelo mesmo Código que retira sua possibilidade de escolha pelas opções oferecidas no texto legal ali exposto.

Por ora, procurou-se ater ao tratamento dos regimes de bens, deixando a questão da capacidade civil para momento oportuno.

4.2 OS REGIMES DE BENS

A regra, definida pelo art. 1.639 do Código Civil, é que aos futuros cônjuges estará assegurada a liberdade de escolha do regime de bens. Para tanto, lhes foi oferecido como opção os regimes de comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação de bens [31].

Contudo, há exceções que rompem a predominância da regra. Encontram-se tais exceções devidamente previstas nos arts. 1.640 e 1.641 do Código Civil e, dentre elas, está o veto estabelecido às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de escolher o regime que lhes aprouver, que será o próximo tópico a ser abordado – tão logo sejam tecidos breves comentários sobre cada um dos regimes de bens do casamento [32].

4.2.1 O pacto antenupcial

Reunindo em poucas palavras a essência do já sintetizado por Silvio Rodrigues, pode-se dizer que o pacto antenupcial refere-se ao instituto da convenção que é celebrada pelas partes contraentes antes do casamento, mediante instrumento público, que trata do regime de bens que vigorará durante sua vida em comum. E dada a importância dos efeitos do pacto para os cônjuges e terceiros, a escritura pública deverá integrar a própria substância do ato [33].

O diploma civil, por sua vez, prevê que, a critério exclusivo dos nubentes e, independentemente do regime de bens que vier a ser adotado, poderá ser firmado o pacto, desde que observadas as normas e condições estabelecidas nos arts. 1.653 e seguintes do Código Civil.

Se os nubentes não celebrarem o pacto ou ocorrer a nulidade deste, prevalecerá o regime da comunhão parcial, ficando a eficácia do pacto submetida à efetiva realização do casamento, que irá operar como condição suspensiva. Deverá o pacto ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis para ter validade e efeito erga omnes. E inexistindo registro no cartório competente, o pacto não se torna nulo, mas seus efeitos somente afetam os cônjuges e herdeiros [34].

Quando se referir a empresários, o pacto antenupcial deverá ser averbado no Cartório de Registros Públicos de Empresas Mercantis, em consonância ao previsto no art. 979, do Código Civil [35]. E somente diz respeito aos efeitos patrimoniais do casamento. É importante ser ressaltado, ainda, que para o pacto antenupcial ser reconhecido como válido, exige-se que a ele se suceda a celebração do matrimônio.

Por fim, o pacto antenupcial não é um contrato regulado pelo direito das obrigações, porque é de ordem institucional; afinal, a união civil celebrada entre o casal passa a ser regida por normas de ordem pública.

4.2.2 O regime de comunhão parcial de bens

Sobre o regime de comunhão parcial de bens, Silvio Rodrigues consegue produzir conceito que merece transcrição [36]:

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.

Regime de bens não previsto no Código de 1916, a comunhão parcial passou a ser o regime legal de bens, adotado sempre que inexistir convenção prévia entre os cônjuges; pois, conforme constante do art. 1.640 do Código Civil em vigor, sua adoção será automática na celebração das núpcias, mesmo que não seja externada tal escolha

pelos nubentes, a qual é necessária apenas quando outro for o regime de sua preferência [37].

No regime de comunhão parcial de bens, previsto nos arts. 1.658 e seguintes, do Código Civil, todos os bens adquiridos durante a constância do casamento pertencem igualmente a cada um dos cônjuges, mantendo-se os bens adquiridos antes do casamento – ou então recebidos como herança, a qualquer tempo – como pertencentes somente ao seu proprietário original [38].

Mas, uma vez adotado o regime de comunhão parcial, não se comunicam os bens que cada cônjuge possuir ao casar e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão; os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se reverterem em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes; e, por fim, os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento [39].

E, ao contrário, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso (p. ex.: troca, venda etc), ainda que só em nome de um dos cônjuges; os bens adquiridos por fato eventual (p. ex.: jogo, aposta, rifa, loteria etc), com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior; os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos, por serem ganhos posteriores ao casamento; e os direitos do patrimônio do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, salvo pacto antenupcial em contrário.

4.2.3 O regime de comunhão universal de bens

Através do pacto antenupcial, os futuros cônjuges podem estipular que o regime de bens será o da comunhão universal – regulado pelos arts. 1.667 e seguintes do Código Civil – em função do qual todos os seus bens presentes ou futuros, adquiridos antes, durante ou depois do casamento, observadas as exceções expressas nos arts. 1.668 e

1.669 do mesmo diploma [40], tornam-se comuns e passam a constituir uma só massa, sendo estabelecida a impossibilidade de serem divididos os bens, passando cada cônjuge a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum [41].

Assim, tomando por orientação rol apontado por Maria Helena Diniz [42], tem-se que são excluídos da comunhão – por terem efeitos personalíssimos ou pela sua própria natureza – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar-se a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; as pensões, meio-soldos, montepios, tenças [43] e outras rendas semelhantes; e os direitos patrimoniais de autor, conforme art. 39 da norma especial [44], excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, salvo pacto antenupcial em contrário.

No que se refere às dívidas anteriores às núpcias – as quais não se comunicam – responde só o devedor original, com os seus bens particulares ou com os bens que ele trouxe para a união. Apenas com a dissolução do casamento, a meação do devedor responderá pelos débitos que contraiu antes do casamento. Se o credor provar que as dívidas são fruto de despesas com os preparativos para o casamento (p. ex.: enxoval, compra de móveis, a festa etc) ou que reverteram em proveito do casal (como empréstimo para compra de imóvel para futura residência do casal; viagem de núpcias etc), fica caracterizada a comunicabilidade.

Antes de ser dissolvida a união matrimonial e procedida a partilha, não haverá meação; mas apenas metade ideal do patrimônio ativo e passivo – os bens e as dívidas comuns. Afinal, existe a comunicação do ativo e passivo comuns, vez que a comunhão universal de bens comporta-se como espécie de sociedade, contudo disciplinada por normas próprias e peculiares. Em função dessas regras, enquanto durar a sociedade conjugal nenhum dos cônjuges terá, efetivamente, a metade de nenhum dos bens; e tão pouco a propriedade exclusiva de bens discriminados, avaliados na metade do patrimônio do casal.

4.2.4 O regime de participação final nos aqüestos

Conforme apontado por Venosa, o regime da participação final nos aqüestos foi introduzido pelo atual Código Civil em substituição ao antigo regime dotal. Consiste numa forma especial de constituição de patrimônio, sendo este incomunicável durante a sociedade conjugal; contudo torna-se comum quando o casamento é dissolvido. Assim, cada um dos cônjuges passa a ser credor de metade do que o outro adquirir onerosamente na constância do matrimônio [45].

Consta previsto nos arts. 1.672 e seguintes do Código Civil [46], referindo-se a regime que não se confunde com o da comunhão parcial de bens, pois a administração dos bens adquiridos antes e durante o casamento caberá a cada cônjuge, que poderá alienar livremente os bens móveis; mas se esses bens forem imóveis, somente poderá fazê-lo mediante autorização do outro – excetuando-se a situação prevista no art. 1.656 [47], que se refere a pacto antenupcial que venha a adotar a participação final nos aqüestos, mas desde que os bens sejam particulares.

Cada cônjuge arcará com as próprias dívidas, salvo se provar que as reverteram para proveito comum. A apuração é feita quando da dissolução da sociedade conjugal e serão excluídos os bens particulares, os adquiridos através de doação, legado ou herança e as dívidas relativas a esses bens. Porém os frutos dos bens particulares se comunicam. Trata-se de regime misto, já que na vigência do casamento aplicam-se normas semelhantes ao do regime da separação de bens e, quando da sua dissolução, são aplicadas as regras que se assemelham ao regime da comunhão parcial [48].

4.2.5 O regime de separação de bens

O regime de separação de bens, constante dos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil [49], consiste naquele em que cada um dos cônjuges preserva com exclusividade o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores à celebração da união. E não apenas os bens que cada um dos consortes possuía ao se casar não se comunicam, pois também os adquiridos por meio de recursos próprios durante do casamento, existindo uma total separação entre os patrimônios dos dois cônjuges [50].

Enfim, esse regime não interfere no patrimônio ativo dos cônjuges; como também seu passivo é devidamente separado, inexistindo comunicação entre os débitos assumidos antes ou durante o casamento, por eles respondendo apenas quem os contraiu. E,

conforme salientado por Venosa, a "característica desse regime é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens" [51].

4.2.5.1 O regime obrigatório de separação de bens

Ao contrário do que ocorre nos outros regimes, onde é livre a faculdade dos cônjuges pela sua escolha, existe a imposição legal da adoção do regime da separação de bens para determinadas circunstâncias, conforme especificado no art. 1.641, do Código Civil [52].

Assim, submetem-se a essa restrição legal tanto as pessoas que contraírem núpcias com a inobservância das cláusulas suspensivas para a celebração do casamento [53]; como também todos os que dependem, para casar, de autorização judicial [54]; e, finalmente, a pessoa maior de 60 (sessenta) anos, restrição específica sobre a qual focou-se o presente estudo e sobre a qual tratar-se-á em seguida.

Mas não se poderia concluir este tópico antes de se fazer um especial destaque para questão de relevante importância quando o Código vigente ainda era o de 1916: se o casamento de pessoa sexagenária fosse precedido de união estável, desde que iniciada em data anterior a 28 de julho de 1977 e que houvesse perdurado por mais de 10 (dez) anos ou do qual tivesse frutificado em filhos, não se aplicaria a regra vigente do art. 1.641, II do Código Civil – à época, art. 258, parágrafo único, II, do Código de 1916 – e poderiam os nubentes escolher livremente o regime matrimonial de bens, tudo de acordo com o art. 45 da Lei no 6.515/77 [55].

Ocorre que esta vem a ser uma condição inaplicável, nos dias atuais. E por motivos óbvios. Afinal, qual indivíduo, já sexagenário em época anterior a 1977, que tendo se enquadrado às condições acima, ainda estaria vivo atualmente, no gozo pleno de suas capacidades físicas e mentais, para reivindicar tal direito? E acaso houvesse, contaria com mais de 90 (noventa) anos, pelo que certamente seria questionado sobre seu interesse em arguir o direito à livre escolha do regime de bens. Ou seja, se é questionado o direito de escolha dos que contam com exatos 60 (sessenta) anos de idade; imagine-se o quanto não se questionaria daqueles que já tivessem ultrapassado a barreira dos 90 (noventa) anos?

5 regime OBRIGATÓRIO de SEPARAÇÃO DE bens. O CARÁTER DISCRIMINATÓRIO NA SUA APLICAÇÃO

Como ficou demonstrado, tão patente era a situação de inaceitável injustiça, traduzida pela aplicação do art. 258 do Código de 1916, que o STF-Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377 ainda no ano de 1964, estabelecendo que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", posição que passou a ser maciçamente adotada em julgados que se seguiram à edição da referida Súmula [56].

Note-se que, tendo sido a Súmula 377 editada em 1964, tal solução passa a aplicada portanto antes mesmo de serem iniciados os trabalhos de revisão do texto realizados por Miguel Reale, os quais resultariam no Código Civil de 2002.

A partir de então, percebeu-se uma certa tendência do Judiciário por reconhecer a possibilidade da comunhão de aqüestos e que a interpretação exata da Súmula 377 deveria ser no sentido de que, no regime de separação legal, os aqüestos estabeleceriam comunicação pelo simples fato dos bens terem sido adquiridos na constância do casamento, independentemente de serem, ou não, fruto do esforço comum.

Porém, apesar dessa medida ser reconhecida como um avanço àquela época e uma importante conquista para os idosos, permitia apenas uma alteração parcial no regime de bens imposto pelo então vigente art. 258, parágrafo único, II, do Código de 1916, quando passava a ser possível a obtenção de autorização legal à comunhão dos bens adquiridos durante o casamento.

Ou seja, apesar de querer demonstrar uma aparente feição vanguardista e de garantir interessante ampliação nos direitos do sexagenário – ainda mais quando comparada à restrição anterior – a Súmula 377 também não consegue dar cabo à injustiça, tendo em vista que o Poder Judiciário apenas houvera encontrado uma forma paliativa de amenizar a falha originada no Poder Legislativo, possibilitando a transformação parcial do regime da separação total de bens para o regime da comunhão parcial.

Todavia, essa transformação referia-se exclusivamente aos bens adquiridos na constância do casamento e beneficiava apenas aos que argüiam, frente o Judiciário, por este direito.

Era de tal forma indisfarçável a afronta aos direitos do indivíduo idoso que a doutrina põe-se a pressionar o Judiciário até conseguir que a jurisprudência, de forma majoritária, reconhecesse o inegável e passasse, então, a reiterar decisões que irão de encontro à inaceitável discriminação do texto da norma, objetivando o desfazimento do preconceito e a eliminação da diferenciação legal. Afinal, à época da vigência do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, ainda havia referência expressa à diferenciação de idade entre o homem maior de 60 (sessenta) e a mulher com mais de 50 (cinquenta) anos.

Note-se que o obrigatório regime de separação de bens para as mulheres quinquagenárias ou os homens sexagenários, mesmo que já pudesse ser parcialmente modificado, a sua alteração não ocorria automaticamente e, também, não poderia ser feito ex officio, devendo a mesma ser processada exclusivamente mediante pedido da parte interessada.

Portanto, era um direito que estava condicionado a ser argüido em juízo. Além disso, uma vez atendido o pedido, a decisão alcançaria apenas aos bens que viessem a ser adquiridos durante a vigência da união, o que continuava a traduzir uma afronta à dignidade da pessoa humana, já que a desigualdade de tratamento quanto à forma de aplicação desse regime de bens estava diretamente relacionada à idade do indivíduo, evidenciando estar o próprio Estado a questionar a efetiva capacidade decisória do nubente idoso alcançado pela norma.

Finalmente, com a promulgação da Constituição de 1988, um novo cenário começava a ser desenhado para o idoso e a restrição de escolha do regime de bens que lhe era

imposta começa a ser reconhecida como incontestável afronta ao respeito à dignidade inegavelmente violada, além de patente desrespeito aos princípios da igualdade e da liberdade, reiterados na nossa Constituição como direitos fundamentais.

A jurisprudência, em sincronia com os princípios constitucionais instituídos pela Constituição de 1988, passa a apontar uma nova direção a ser seguida, à qual esteve atenta o decisum a seguir transcrito, escolhido para ilustrar a nova visão que o Judiciário começava a demonstrar sobre o tema, a exemplo dessa emanada do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [57]:

De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz meramente declaratória, buscar a decretação da nulidade do regime matrimonial constante no assento de casamento. Regime de bens. Não vigora a restrição imposta no inciso II do art. 258 do CC, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelação provida.

(os grifos não constam do original)

Enfim, tanto pela discriminação da diferenciação etária, constituindo cláusula de desigualdade que fere veto consagrado na própria Lei da República; quanto pelas expectativas de que os ditames normativos se apresentassem em sincronia com o estágio de desenvolvimento da sociedade; como também pela ampliação do antes estreito conceito de entidade familiar; o fato é que tudo isso forçou a já inevitável percepção do reconhecimento de que esse dispositivo – então, ainda representado pelo art. 258, parágrafo único, II, do Código de 1916 – não poderia ser aceito como passível de ser recepcionado pela renovada ordem jurídica implantada pela Constituição Federal promulgada em 1988.

Então, evidenciava-se por demais necessário que o diploma civil brasileiro sofresse mudanças profundas, capazes de fazer com que passasse a se mostrar harmônico com os preceitos constitucionais de igualdade e liberdade.

Surge assim o Código Civil de 2002. Todavia, como será a seguir demonstrado, ingressa no ordenamento jurídico já sem ainda conseguir satisfazer a necessidade de sincronia com os atuais valores que essa nova sociedade considera como aceitáveis.

6 escolha do regime de bens em RAZÃO da IDADE

A Constituição brasileira foi idealizada para ser democrática e igualitária, sendo apresentada à sociedade como cidadã e tendo sido assim reconhecida, talvez em função de sua mais marcante característica, que pode ser traduzida pelo veto expresso a qualquer forma de discriminação, inclusive em razão da idade [58].

Em face do direito que qualquer indivíduo tem à igualdade, ninguém pode ser discriminado, por qualquer motivo. Afinal, a liberdade [59] consiste em um dos valores supremos que não pode ser contrariado, vez que assegurado já mesmo a partir do preâmbulo da Constituição.

Quando um indivíduo se põe a impedir outro de exercer um direito que a lei assegura indistintamente a todos, estará a lhe conferir tratamento equivalente ao que se poderia talvez imaginar possível (dando-se o necessário desconto quanto à carga preconceituosa que deve ser legalmente repudiada) ao que se refere aos incapazes, mas apenas no que diz respeito ao fato de que os mesmos necessitam de alguém civilmente capaz para tomar a iniciativa para os seus atos e assumir as responsabilidades por suas ações.

Em função disso, nos moldes da base legal estabelecida na Constituição, conferiu-se proteção especial para alguns grupos (p. ex., mulher casada, índio, idoso, criança e adolescente) por intermédio dos seus respectivos Estatutos.

Foram criadas, ainda, normas específicas, por exemplo, como a prevista para os crimes de preconceito de raça e cor, ou as que regulam direitos também especiais para os trabalhadores, o consumidor, os deficientes, os companheiros, a união estável, dentre muitas outras.

Ou seja, além dos direitos e princípios constitucionais assegurados pela norma geral, o Direito Brasileiro dispõe também de uma variedade de normas especiais, todas em consonância com os preceitos igualitários da Lei Maior.

6.1 limitação etária E CAPACIDADE CIVIL

Mas, a despeito da proteção conferida pela própria Constituição Federal, reiterada e pormenorizada pelo Estatuto do Idoso [60], norma especial que assegura especificamente os direitos e garantias para os indivíduos com mais de 60 (sessenta) anos, passou-se a impressão de que sua redoma protetiva parece não ter sido entendida como enfática o suficiente para suplantar aquela cláusula *capitis diminutio* [61], representada pelo preceito normativo expresso no art. 1.641, II, do Código Civil, consistindo regra atentatória aos direitos dos idosos, pois que não se pode deixar de reconhecê-la como instrumento formal de diminuição da capacidade civil do idoso.

Nunca é demais lembrar que essa rigorosa limitação aos direitos dos sexagenários já se fazia presente no Código Civil de 1916, estampada no art. 258, parágrafo único, II, quando inadvertidamente foi trazida para o Novo Código Civil, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, essa cláusula *capitis diminutio*.

No entanto, se se considerou um absurdo normativo essa cláusula, na forma em que se apresenta atualmente, imagine-se o quão discriminatória vinha a ser sua redação à época da vigência do Código Civil de 1916, quando o art. 258, parágrafo único, II, além de discriminar os que integram a chamada terceira idade, conferindo-lhes tratamento discriminatório, com níveis de direitos inferiores aos indivíduos mais jovens, estabeleceu diferenciação etária até mesmo entre os sexos, já que tal previsão impunha o regime da separação de bens para a mulher com mais de 50 (cinquenta) e o homem maior de 60 (sessenta) anos, sobre o que Sílvio de Salvo Venosa produz o seguinte comentário [62]:

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, 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 idéia é afastar o conteúdo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O novo Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos.

Depois de sugerir uma possível justificativa para a intenção do legislador, observou-se que o doutrinador chama a atenção para o princípio da igualdade que é fortemente defendido pela Constituição de 1988, ao ponto de não mais se admitir diferenciação entre os sexos, vez que se acreditava que o caminho seria a eliminação dessa forma de discriminação, seguindo-se a corrente jurisprudencial que já invocava a necessidade de respeito à igualdade entre os indivíduos.

Mas, ao final do trecho acima transcrito, o autor frustra as expectativas do leitor, ao deixar claro acreditar que o Código Civil, "em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 (sessenta) anos para ambos os sexos".

Ora, que igualdade, se apenas igualou em 60 (sessenta) anos as idades entre homens e mulheres? O que foi feita da igualdade de direitos dos idosos, frente os demais indivíduos? Onde estaria a igualdade do idoso para com os demais indivíduos? Haveria de ser esse o entendimento correto do conceito de tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam? [63]

Tomando como exemplo pensamentos como esse, principalmente partindo do notável de que partiu, o que mais preocupa e chama a atenção não é o fato dessa limitação etária discriminatória ser remanescente do antiquado Código Civil de 1916.

O que mais surpreende, mesmo depois de promulgada a Constituição de 1988, é que o revisado Código Civil de 2002, através do atual art. 1.641, II, contentou-se apenas em unificar a idade em 60 (sessenta) anos, eliminando tão somente a discriminação quanto ao sexo; porém, preservando-a quanto à idade, pois todo indivíduo que pretender contrair núpcias depois de completados 60 (sessenta) anos terá usurpada sua plena

capacidade para eleger o regime de bens de sua escolha. Ou seja, não poderia sequer ser alimentada a ilusão de que os revisores do Código de 1916 teriam se desapercibido, esquecido de fazer as necessárias atualizações no antigo art. 258, adequando-o aos princípios igualitários instituídos pela Constituição cidadã.

Para tentar entender a questão da diferenciação que o Código de 1916 fez existir entre as idades da mulher e do homem, respectivamente em 50 (cinquenta) e 60 (sessenta) anos, vale procurar imaginar o ambiente cultural e social em que o legislador vivia, à época da elaboração de tal norma. Para tanto, basta que se visualize a forte carga de preconceito que imperava intocável e inquestionável em uma sociedade que, a despeito de transcorridas quase duas décadas do século XIX, desde o início do processo de reforma legislativa, ainda cultuava hábitos e princípios do século XVIII. E vem daí a diferenciação de tratamento, originada no conceito de menos valia emprestado à mulher, em regra desprovida de qualquer reconhecimento valorativo à sua capacidade intelectual, profissional, política e social.

É fato que da mulher, em regra, apenas se valorizava os dotes e habilidades para bordar, cozinhar e, reservadamente, seus atributos físicos, beleza e capacidade de gerar muitos filhos. Portanto, evidentemente que dentro de uma ótica que não causava grande estranheza à época, acreditava-se que por uma senhora com mais de 50 (cinquenta) anos, portanto já sem o vigor físico que lhe despertaria interesses, ninguém nutriria um amor puro e desinteressado.

De forma semelhante, também em função dos arraigados valores culturais de uma sociedade que alimentava a cultura machista – até mesmo porque ainda desconhecia outra – conferiu-se à virilidade masculina importância que ainda hoje está impregnada no seio de famílias mais tradicionalistas ou, com maior nível de preservação, nas comunidades mais afastadas da efervescência cultural.

Com isso, a excessiva valoração da virilidade do homem fez com que fosse entendido pelo legislador que, ao passar a ter mais de 60 (sessenta) anos, existiria um fator proibitivo que impediria o sexagenário de despertar o interesse sincero de alguém, pois que perderia a sua capacidade de ter ao seu lado mulher que de fato o amasse. Ou seja, a velhice era entendida como fator impeditivo de se ter uma companhia desinteressada nas posses financeiras do idoso.

Acerca da questão, colaciona-se posicionamento do sempre atual Silvio Rodrigues sobre a restrição quanto a escolha do regime de bens para os maiores de 60 (sessenta) anos [64]:

Nesse caso, mais do que nos outros, é nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa jovem procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte.

É verdade que a proibição não se circunscreve apenas ao casamento de mancebo com sexagenária, ou ao casamento de sexagenário com mulher jovem, casamentos esses em que, mais freqüentemente, a busca de vantagem material se manifesta, porém abrange o casamento da mulher e do homem com mais de 60 anos.

Tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver. (...)

Defeituosa por excessiva, é objetiva a proibição que se encontra na lei. (...) melhor solução se teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime.

Em qualquer das hipóteses, a proteção se daria no silêncio dos nubentes, submetendo o casal ao sugerido na lei. Porém, em qualquer das soluções propostas, com maior ou menor cautela e intervenção do Estado, valoriza-se a iniciativa do cônjuge em subordinar-se a outros regimes, no exercício da plena capacidade civil para dispor sobre seus bens que as pessoas com mais de 60 anos ainda mantêm, preservando assim a autonomia da vontade.

(Os grifos não constam do original)

É fácil de se perceber, então, que com a regra arbitrada pelo art. 1.641, II, do Código Civil, na forma com que resta ali prevista, o que se vê não é a família do idoso tomando a iniciativa dessa discriminatória postura limitativa; aliás, sequer lhes é oportunizada a possibilidade de assumirem o papel de preocupados e interessados nos assuntos do seu familiar idoso que pretende contrair núpcias – não importando se o idoso pretende casar-se com outra pessoa idosa, tão rica ou tão pobre quanto ele; ou se o idoso estaria se casando com pessoa tão jovem quanto rica; ou tão pobre quanto jovem.

O que se vê, em verdade, é o Estado decidindo genérica e aleatoriamente pelo indivíduo sexagenário, fazendo com que essa limitação assuma caráter indiscutivelmente discriminatório, afrontado princípios, direitos e garantias constitucionais.

Dessa forma discriminatória e sem respeito à sua dignidade, é arbitrariamente imposto ao sexagenário o regime da separação de bens, fazendo com que os patrimônios existentes e vindouros [65] dos cônjuges estejam impedidos de estabelecer comunicação, desenhando-se situação onde, mesmo sem existir absolutamente nenhuma das possíveis causas legalmente previstas para diminuição ou extinção da capacidade civil do indivíduo, esta lhe é suprimida a partir do momento em que manifestasse sua vontade de casar-se; e somente porque contasse com mais de 60 (sessenta) anos.

A capacidade civil plena, em geral adquirida ao ver atingida a maioridade, em regra somente poderia ser afastada em situações extremas e, ainda assim, por meio de cauteloso processo judicial de interdição [66]. Mas não foi bem esse o procedimento adotado pelo Estado, vez que ele próprio limitou a capacidade civil do maior de 60 (sessenta) anos, sem cumprir quaisquer das exigências e etapas do processo de interdição.

É de se ressaltar que, quando o legislador fez constar no Código Civil cláusula restritiva de direitos para a pessoa maior de 60 (sessenta) anos, arvorou-se no arbítrio, no poder parlamentar que entendeu ter de impor leis ao cidadão, sem que tivesse sido movido por qualquer preocupação quanto à questão da inconstitucional supressão à capacidade civil plena desse indivíduo.

Com tal norma – que até poderia ter sido elaborada pautada em louvável preocupação para com a proteção ao patrimônio do idoso – o legislador genericamente lhe vetou, a despeito da condição financeira do sexagenário, o direito deste contrair núpcias com pessoas de quaisquer idades ou condição financeira, em qualquer outro regime de bens que não seja o único que a lei lhe obriga adotar: o da separação.

7 DIREITOS PRÓPRIOS DO GOZO DA CAPACIDADE CIVIL PLENA

A partir desse ponto, exercitou-se a utilização do caminho que se optou por seguir para demonstrar a arbitrária intervenção do Estado nos limites privados dos indivíduos, quando lhes foi retirado o livre arbítrio de fazer escolhas de caráter estritamente pessoal.

Assim é que se buscou demonstrar a interrelação existente entre a capacidade civil plena do sexagenário, com alguns direitos próprios de quem goza dessa prerrogativa legal.

E, não obstante, sem necessitar de grande esforço ou maior aprofundamento na pesquisa, percebeu-se que muitos são esses direitos, os quais estão devidamente previstos em diversas cláusulas de vários estatutos. E mais: que qualquer indivíduo terá assegurado direitos plenos e incondicionais, podendo ser argüidos por qualquer um, desde que dotado de capacidade para fazê-lo ou venha a ser representado por quem esteja apto e autorizado para tanto.

Constatou-se, ainda, que quem goza da capacidade civil plena somente a verá questionada em situações específicas, as quais foram acertadamente cercadas de rigorosas precauções legais, a exemplo da interdição.

Então, por mais poderes que possam ser conferidos a uma norma, não se pode reconhecê-la aplicável, eficaz, se ela objetivar extinguir um direito, ainda mais este sendo um direito assegurado pela Lei da República [67].

Além do mais, haveria a iminente ameaça de se colocar em risco a base em que foi erguida a estrutura democrática do Estado Democrático de Direito, o qual tem como norma que cuidará de assegurar a manutenção dessa garantia, a maior de todas: a própria Constituição Federal – que, contudo, teve seus preceitos constitucionais fundamentais contrariados por um Código Civil que, como agravante, entrou em vigor justamente após conhecer dos princípios igualitários constitucionais.

7.1 O SEXAGENÁRIO E O DIREITO DE VOTAR, TRABALHAR, DOAR, TESTAR E ADOITAR

Com essa visão panorâmica do cenário proposto, buscou-se estreitar o ângulo, focando-se nas ilustrações que se seguirão, quando se tomou por exemplo apenas alguns direitos dentre os muitos que se mantêm legalmente preservados, também aos sexagenários: votar, trabalhar, deixar testamento, doar bens e adotar pessoas.

7.1.1 O voto

É notório que o voto é, ao mesmo tempo, um direito político usufruído e um dever civil ao qual se submetem todos os brasileiros civilmente capazes, estando na Constituição a previsão de sua obrigatoriedade [68], tal e qual consta assegurado seu direito [69].

Tanto o alistamento eleitoral como o voto são obrigatórios para os maiores de 18 (dezoito) anos, exceto se o indivíduo tiver a incapacidade civil absoluta reconhecida, o que determinará a perda dos direitos políticos, vez que o direito de exercê-lo é assegurado somente aos civilmente capazes.

No entanto, não se conseguiu identificar qualquer previsão legal acerca da idade máxima à qual estaria limitado o direito do indivíduo votar; enquanto que, por sua vez, o mesmo não se pode dizer quanto à obrigatoriedade do dever cívico do voto, que deverá ser cumprido até que o cidadão tenha atingido a idade a partir da qual é facultado ao idoso o exercício do direito ao voto, o que somente se dará depois de ter completado setenta anos [70].

Em síntese, poderá o idoso, se assim o quiser, exercer livremente o seu direito de votar até quando bem entender, ocasião em que a obrigação cede espaço à faculdade, ao livre arbítrio de decidir se irá ou não fazer uso desse direito; mas não o verá extinto, pois cuidou a Lei de deixar ao seu critério exclusivo a decisão sobre o assunto, bastando que demonstre preservada a sua capacidade civil plena.

7.1.2 O trabalho

É sabido que, como regra geral, "é proibido qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos" [71], considerando-se menor o trabalhador com idade entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos [72]. E deve-se ainda considerar o previsto na legislação específica, a qual prevê que a aposentadoria por idade será devida ao segurado que completar sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta, se mulher [73].

Mais adiante, o art. 51 da mesma norma regula a aposentadoria compulsória, a qual pode ser requerida pela empresa e ocorrerá – desde que observados alguns requisitos – nos casos em que o empregado tenha cumprido o período de carência e completado setenta anos de idade, se do sexo masculino, ou sessenta e cinco anos, se do sexo feminino [74].

Há também a previsão constitucional para a aposentadoria compulsória aos setenta anos para o servidor público [75]. Com isso, tanto ao empregado vinculado à iniciativa privada como ao funcionário público fica estabelecido o limite etário de setenta anos para a compulsoriedade na sua aposentadoria.

Entretanto, a despeito disso, é assegurado pelo seu Estatuto que, "na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir" [76].

Como se vê, o que de fato existe é a possibilidade de ser o idoso aposentado compulsoriamente – desde que seja essa compulsoriedade argüida; mas absolutamente não há qualquer veto ao exercício de atividade profissional, em função da idade máxima do indivíduo, consistindo como única proibição expressa, exclusivamente, a idade mínima de 14 (quatorze) anos que deverá ter o menor para poder passar a exercer legalmente as atividades profissionais, desde que como aprendiz e conforme definido pelo art. 403 da Consolidação das Leis do Trabalho [77].

Fica evidenciado, então, que tanto a faculdade do indivíduo escolher o momento em que não mais irá exercer o seu direito ao voto, como o que a Lei entende como conveniente para que seja compulsoriamente aposentado se dá aos setenta anos; e não apenas aos sessenta.

E quanto a questão da inexistência de limite etário máximo para desempenho de atividade profissional, colacionou-se recente jurisprudência emanada do TRF-Tribunal Regional Federal da 2ª Região, da lavra do Desembargador Federal Paulo Espírito Santo [78]:

CONSTITUCIONAL - PILOTO SEXAGENÁRIO - VÔOS DOMÉSTICOS - ATIVIDADE ASSEGURADA - LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL - VÔOS INTERNACIONAIS - IMPOSSIBILIDADE - CONVENÇÃO DA QUAL O BRASIL É SIGNATÁRIO - SENTENÇA MANTIDA. - A fixação de limite de idade para qualquer profissão, somente tem validade se fixada por lei e não por atos administrativos. No mais, tal ato constante do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica nº 121/88, é ilegal, posto que, a capacidade do piloto deve ser aferida por exames técnicos e médicos realizados periodicamente pelo Departamento de Aviação; - A restrição para pilotar aviões aos profissionais com mais de sessenta anos de idade, abrange somente as aeronaves que praticam vôos internacionais, não podendo a mesma ser estendida através de mero regulamento, aos vôos domésticos e à co-pilotos internacionais. Assim, o exercício da referida profissão do piloto, deve apenas ficar condicionado aos

exames periódicos de habilitação técnica e de saúde, e não pelo fato de se completar a idade de 60 anos.

(Os grifos não constam do original)

Restou patente que quando a 5ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região proferiu sua decisão, à unanimidade, deixou claro seu entendimento acerca do assunto, determinando que não é a idade registrada no documento civil de um indivíduo que servirá como causa determinante da sua incapacidade civil e, portanto, que qualquer norma que ferisse direitos e princípios resguardados pela Constituição Federal se mostraria em desacordo com os preceitos normativos fundamentais.

7.1.3 A doação e o testamento

Enquanto a doação representa uma forma de "contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra" [79], que os aceita, compreendendo uma das várias espécies de contratos prevista no diploma civil, portanto inserida no Direito das Obrigações; o testamento, por sua vez, está previsto no Direito das Sucessões, a partir do art. 1.857 do Código Civil [80], consistindo em ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma jurídica, dispõe no todo ou em parte de seu patrimônio para depois de sua morte – devendo o testador observar a legítima dos herdeiros necessários – ou também determinando providências de caráter pessoal ou familiar.

É de se notar que, em comum, a doação e o testamento têm o fato de que são direitos que se apresentam indissociáveis do patrimônio do doador ou testador e que ambos são atos que refletem sua vontade.

Mas há ainda outro ponto importante que merece ser ressaltado sobre a doação e o testamento. Diz respeito ao fato de inexistir no ordenamento jurídico pátrio norma ou princípio jurídico capaz de impedir alguém, unicamente em razão de idade avançada, de doar seus bens ou deixá-los em testamento a quem quer que seja, independentemente de haver ou não relação biológica ou civil; ou envolvimento afetivo ou ainda que apenas carnal.

No caso do testamento, basta que o testador não deixe de observar a legítima dos herdeiros necessários. Já no que se refere à doação, poderá o proprietário dos bens inclusive fazer a doação de ascendente para descendente ou para o outro cônjuge, quando importará em adiantamento do que lhes cabe por herança [81]; e vez que no Código Civil [82] é flagrante a omissão quanto ao dever de colacionar os bens doados pelo companheiro, autor da herança, em favor do outro, admite-se possível fazer a doação ao parceiro, antes ou durante o concubinato; e poderá a doação ser feita, ainda, até mesmo no decurso de um relacionamento passageiro que reúna todos os usuais ingredientes de uma aventura amorosa; como também poderá a doação ser feita a quem quer que seja, obedecendo unicamente à inteira e exclusiva vontade do doador, sem absolutamente qualquer restrição legal quanto a existência ou não de grau de parentesco do beneficiário.

Considerando toda essa amplitude que a lei faculta ao doador, quando decide doar seus bens este somente deverá observar que será tida como nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a sua subsistência [83], como é também nula a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento [84].

De resto, qualquer outra decisão que tomar, no que se refere a quanto, como, quando e a quem doar seus bens, será plenamente reconhecida como lícita e, em regra, impossível será sua anulação, conforme entendimento ratificado por meio da jurisprudência originada do Egrégio STJ-Superior Tribunal de Justiça, do qual pede-se venia para transcrição de trechos de relevante interesse para o que se quer demonstrar [85]:

"DECISÃO. Vistos. Luís Felipe Silva Bahima e outro ingressam com agravo regimental inconformados porque não conheci do agravo de instrumento ante à ausência do traslado da certidão de publicação da decisão agravada.

Alegam os agravantes que a referida peça fez parte do traslado.

Compulsando novamente os autos, verifico que à fl. 84 consta a certidão de intimação pessoal do advogado subscritor da petição de agravo quanto ao teor da decisão que não

admitiu o recurso especial (fls. 82/83). Sendo assim, reconsidero a decisão ora agravada e passo ao exame do agravo de instrumento.

Trata-se de agravo interposto para dar seguimento a recurso especial assentado em contrariedade aos artigos 230, 258, II, e 312 do Código Civil [de 1916].

Insurge-se contra o acórdão assim ementado:

"ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1.641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves" (fl. 295).

A tese recursal é no sentido de que nula a doação do imóvel feita de um cônjuge ao outro no período em que casados sob o regime de obrigatória separação de bens.

O acórdão entendeu válida a doação, também considerando que "há provas nos autos apontando a união estável entretida entre eles antes do casamento, não sendo possível, todavia, precisar o termo inicial da relação. As fotos acostadas, as cartas enviadas às filhas da recorrida, os cartões de amor, demonstram a existência da relação havida (fls. 30/43), o que o posterior matrimônio só fez corroborar" (fls. 299/300). Esse entendimento não sofreu impugnação no recurso especial, restando incólume.

Ademais, dispôs o Tribunal que:

"(...) O parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição Federal, ao consagrar como entidade familiar a união estável, destaca o interesse do Estado na sua conversão em casamento ao dispor que "...é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

Sendo este o espírito da Lei Maior, a formalização da união estável pelo casamento deve trazer benefícios do ponto de vista jurídico, e não prejudicar os cônjuges, obstaculizando eventuais doações. Nestes termos, caso os conviventes não tivessem convolado núpcias e permanecido vivendo em união estável, não haveria qualquer vedação legal para esta liberalidade, sem falar, que também o falecido poderia ter testado à apelada o referido bem, tanto que deixou o remanescente de sua parte disponível para ela (fl. 135).

(...) A imposição de um regime obrigatório de bens com fulcro no malfadado argumento de que "... já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo" (Clóvis Bevilacqua in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. II, 10ª edição, editora Paulo de Azevedo Ltda, ano 1954, RJ, p. 132), viola, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Neste sentido, o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), ao dispor que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade".

(...) a Constituição é a norma hipotética fundamental validante do ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente com os direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma fundante, orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo.

Nestes termos, não há como cogitar da recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, pela Constituição Federal, assim como da constitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do atual Código Civil" (fls. 300/314).

Como se vê, o acórdão possuiu fundamento constitucional suficiente a sua manutenção. Não consta dos autos, contudo, ter sido interposto o competente recurso extraordinário, o que atrai a incidência da Súmula nº 126/STJ, verbis:

"É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário."

Do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Intime-se.

(Os grifos não constam do original)

Graças à indiscutível clareza emprestada à sua fundamentação, a decisão acima aponta a inaceitável infração à regra que fere aos princípios constitucionais de liberdade e igualdade entre os indivíduos e, ainda, o desrespeito para com a dignidade da pessoa humana, entendendo evidenciado a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil [86].

Tal descuido normativo verificado no art. 1.641, II, do Código Civil [87], além de desobediência à previsão expressa na própria Constituição Federal – como se bastante não fosse tal violação – ainda afronta ao art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos [88], onde a ONU conseguiu materializar em um texto o compromisso das Nações em observar os direitos iguais para todos e cada um dos indivíduos; dentre eles, incluindo-se os idosos.

Assim é que a imposição de um regime obrigatório de bens – com base no infeliz argumento de que os sexagenários, por já terem chegado à velhice, "já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo" [89] – consiste em discriminação grosseira e preconceituosa, desprovida de sustentação prática, a qual não conseguiria ser colhida no ambiente da realidade do dia-a-dia dos indivíduos que atinge. Sobre isso, pesa ainda a agravante de que não há como deixar de se levar em consideração que é justamente nessa fase da vida em que os idosos mostram-se mais carentes por uma companhia, pois que ninguém quer estar desacompanhado quando o tempo parece não querer mais passar.

Origina-se daí a necessidade que têm de se fixarem, sem muita demora, a uma determinada companhia. Não podem desperdiçar tempo – coisa que não mais dispõem – se detendo em estabelecer critérios especiais para escolher pessoas; apenas procuram fixar-se à que melhor lhes disponibilize o que mais procuram: amparo, carinho e atenção nos momentos finais de suas vidas.

Justamente por se mostrar tão pertinente tal questão é que escolheu-se para tratar a seguir uma possível, real, legal, mas pouco comum e polêmica forma recorrida pelo idoso para conseguir companhia: a adoção.

7.1.4 A adoção

É senso comum e até mesmo que, quando se referindo à adoção, logo se faça a associação com a figura da criança como sendo a habitual candidata a adotando e, conseqüentemente, deve-se estar atento aos arts. 42 e seguintes do ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente [90], onde constam as regras, condições e vetos legais sobre esse ato bilateral pelo qual alguém estabelece com outra pessoa laços recíprocos de parentesco civil em linha reta.

Dentre essas condições, por exemplo, consta no art. 42, § 3º do ECA [91] – em perfeita harmonia com o disposto no art. 1.619 do Código Civil – que "o adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho do que o adotando", percebendo-se facilmente que houve o cuidado do legislador em definir a menor diferença de idade admitida entre ambos e que, obedecendo a regra do art. 1.618 do Código Civil, sabe-se que "só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar", o que vem se referir à idade mínima para que possa ser válida a adoção [92].

Todavia, não se identifica, neste ou em nenhum outro dispositivo legal, qualquer restrição quanto às idades máximas que deverão ter adotante e adotado no momento de manifestação pelo interesse em adotar e pela concordância em ser adotado.

O parágrafo único do art. 1.623, do Código Civil, necessariamente combinado com a parte final do art. 1.621 [93], de forma clara chama a atenção para o fato de que "a adoção de maiores de dezoito anos dependerá, igualmente, da assistência efetiva do

Poder Público e de sentença constitutiva" e que "a adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar com mais de doze anos".

Justamente a respeito da inexistência de limitação etária superior para quaisquer das partes envolvidas no processo de adoção, bastando que se observe a manutenção de uma distância de pelo menos 16 (dezesesseis) anos entre as idades de ambos e por referir-se a exemplo que se encaixa perfeitamente como ilustração do que se buscou com o presente estudo, transcreveu-se abaixo resumo veiculado na página oficial do STF, por se tratar de questão que é comumente encoberta pelo manto da proteção que o judiciário confere às identidades das partes, sendo incomum a veiculação oficial de informação de andamento processual como a que se segue, *ipsis litteris* [94]:

O Supremo Tribunal Federal arquivou hoje (11/12) o Recurso Extraordinário (RE 196434) ajuizado para discutir direito de herança. A decisão foi aprovada por maioria, vencido o presidente do STF, Ministro Marco Aurélio. O Plenário acompanhou o voto do antigo relator da ação, o ministro aposentado Néri da Silveira, e alguns ministros acolheram os fundamentos do voto do ministro Moreira Alves. Esse foi o primeiro caso envolvendo direito de família posterior à Constituição Federal a ser julgado pelo STF.

O RE foi formulado por Marina do Amaral Carvalho de Souza contra o espólio de Avelino Guedes Osório. Ele foi adotado aos 30 anos de idade por Aurora do Amaral Carvalho e herdou os bens da mãe adotiva, falecida em 1970.

A morte de Avelino, ocorrida após a promulgação da Constituição de 1988, deu origem a uma controvérsia sobre quem teria direito à herança de Aurora, os parentes consangüíneos de Avelino ou os parentes consangüíneos da mãe.

Os parentes colaterais de Aurora sustentavam que a Constituição em vigor equiparou os filhos adotivos aos demais e que em consequência a adoção de Avelino teria sido transformada de simples em plena. Eles queriam ver declarado pela Justiça seu direito à herança deixada por Avelino e que fora recebido por ele da mãe adotiva.

De acordo com o voto do ministro Moreira Alves, a morte de Aurora do Amaral Carvalho extinguiu os efeitos patrimoniais – alimento e sucessão – decorrentes da adoção simples. Efetivado antes da Constituição de 1988, este tipo de adoção estabelece relações pessoais e patrimoniais apenas entre o adotante e o adotado, que não ingressa na nova família, permanecendo vinculado à sua família consanguínea.

O ministro Moreira disse que, ao julgar a matéria, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que mesmo em face da equiparação dos filhos adotivos com os demais, continuaria a existir no Direito brasileiro a adoção simples para adultos. A adoção plena seria apenas para as crianças e os adolescentes, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

"Ainda que assim não fosse, havia no caso um ato jurídico perfeito – a adoção anterior à CF/88 – que não poderia ser alcançado pela regra da equiparação para efeito de transformá-la de simples em plena", prosseguiu o ministro Moreira Alves em relação a decisão do TJ paulista.

Para o ministro Moreira Alves, a adoção simples de Avelino não foi transformada em plena. "Se não há mais efeitos patrimoniais, se nós admitirmos que os parentes dela, adotante, venham a herdar dele, depois da Constituição de 88, estamos atingindo fatos consumados, porque esses fatos se consumaram no passado. Não há mais efeito futuro a ser alcançado pela aplicação imediata da Constituição," votou Moreira Alves.

"O falecimento de Aurora produziu todos os efeitos patrimoniais ao seu devido tempo a favor de Avelino. A partir de então, a sua sucessão – a dele – se rege pelas normas que privilegiam a consangüinidade, ou seja, as que vigoravam quando se extinguiu a relação de adoção pela morte de Aurora", apontou a ministra Ellen Gracie.

Voto vencido, o ministro Marco Aurélio julgou que a escritura de adoção não deixou de existir com a morte da mãe adotiva. De acordo com o presidente do STF, após a promulgação da Carta de 1988, Avelino teve sua adoção transformada de simples para plena, passando a integrar plenamente uma nova família. Com a morte dele, seus herdeiros são os integrantes da família adotante.

(Os grifos não constam do original)

Conforme informado pelo texto acima, o adotado não era criança ou mesmo adolescente, quando da confirmação da adoção; mas sim um homem já maduro, contando com 30 (trinta) anos de idade à época em que fora beneficiado com o novo parentesco civil, com o qual lhe acenou sua nova mãe.

E muito embora venha se referir a processo protegido pelo segredo de justiça – em razão do que não se consegue obter maiores detalhes, inclusive quanto à idade da adotante – diz expressamente a norma [95] que "o adotante há de ser pelo menos 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado", o que significa que a mulher que se habilitou como a mãe civil desse homem de 30 (trinta) anos, sem qualquer possibilidade de erro, era uma pessoa com, no mínimo, 46 (quarenta e seis) anos de idade.

Todavia, independentemente de não ser possível acesso a outras informações acerca desse processo, pode-se também reafirmar que nos casos de adoção inexistente norma capaz de estabelecer limitação para a idade máxima, da mesma forma que – por absolutamente se desconhecer outros detalhes do processo, além dos revelados nessa publicação que o Supremo Tribunal Federal permitiu conhecer – ignora-se os motivos que teriam levado uma mulher madura a adotar homem em idade já bastante afastada da infância ou adolescência.

Com os cuidados necessários para que seja evitado o incômodo de se fazer referências ou comparações que possam vir a ser eventualmente questionadas como difamatórias, imagina-se que – não necessariamente nesse, mas sim em qualquer outro processo – a adoção mostra-se, efetivamente, como uma forma legalmente reconhecida de fazer com que exista uma inquestionável e definitiva confirmação de direitos sucessórios do adotante para com o adotado.

E diante do mais absoluto silêncio normativo quanto ao que se refere à relação de adoção que envolva mutuamente pessoas adultas e civilmente capazes, tanto no papel de adotante [96] como no de adotado, independentemente das suas idades, desde que observadas as condições estabelecidas pelos demais artigos do Capítulo IV do Código Civil [97], pode-se conduzir o pensamento para esta – ao lado da doação e do testamento – que se insinua como uma possibilidade real de um sexagenário encontrar

uma possível solução que se apresente válida para todos os efeitos legais, fazendo valer a sua vontade quanto ao seu patrimônio.

Ressalte-se, contudo, que mesmo em geral se apresentando como um indivíduo que naturalmente busca por amparo, carinho e atenção, não significa que o sexagenário se contentaria com uma relação desprovida de afeição.

Convém reconhecer que o idoso, mais até do que pessoas de outras idades, tem maturidade e experiência suficientes para saber discernir e priorizar o que sente, o que quer e o que precisa. Evidente que tanto é capaz de instintivamente buscar companhia quando se sente sozinho, como o é de sentir afeição, carinho ou uma das muitas formas de amor; ou seja, sentimentos plenamente possíveis de se manifestarem por meio de impulso emocionais, afetivos.

E tudo isso ora poderia querer significaria a evolução histórico-cultural do homem, que passou a não mais querer disfarçar seus anseios, ousando assumi-los perante a sociedade que antes lhe inibia que manifestasse suas emoções, ações e até mesmo argüísse seus direitos; como também seria possível que fosse traduzido como o reflexo da evolução da qualidade de vida que beneficia a esperança de vida ao nascer [98] do brasileiro que, em 2004, atingiu 71,7 anos (71 anos, 8 meses e 12 dias), conforme verificou-se da análise de pesquisa acerca da expectativa de vida do brasileiro, realizada e divulgada pelo IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [99]:

Indicador ficou acima do calculado em 2003 (71,3 anos).

Desde 1980, o País viu sua taxa de mortalidade infantil cair mais de 60%, até chegar a 26,6 óbitos por mil crianças com menos de um ano de idade. Essas são algumas das informações demográficas contidas na Tábua de Vida de 2004, do IBGE. Nesse ano, as mulheres continuavam a ter, em média, uma expectativa de vida superior à dos homens e os jovens tinham seis vezes mais chances de morrer do que as mulheres jovens, principalmente devido às mortes por causas externas. Em 2004, a esperança de vida ao nascer no Brasil alcançou os 71,7 anos (71 anos, 8 meses e 12 dias). Em relação a 2003 houve um acréscimo de 0,4 ano (4 meses e 24 dias). Entre 1980 e 2004 a expectativa de vida do brasileiro experimentou um acréscimo de 9,1 anos, ao passar de 62,6 anos, para os atuais 71,7 anos. Assim, ao longo de 24 anos, a esperança de vida ao nascer no Brasil, incrementou-se anualmente, em média, em 5 meses.

(Os grifos não constam do original)

Em razão disso, afinal de contas, quem, em sã consciência, sabendo que teria uma expectativa de vida de 71,7 anos (71 anos, 8 meses e 12 dias) – a qual se alonga a cada dia, em função da crescente melhoria da qualidade de vida que vem sendo possível proporcionar ao idoso – abriria mão de direitos assegurados na Constituição, aceitando pacificamente o veto legal que lhe é arbitrariamente imposto pelo Código Civil, impedindo-o de casar-se no regime de bens de sua livre escolha, somente porque completou 60 (sessenta) anos?

Podendo optar por envelhecer acompanhado – a mais comum e normal das opções – quem abriria mão de gozar seus últimos anos ao lado da companhia pessoalmente escolhida?

Ou será que deveria o idoso simplesmente se submeter a essa proibição e aceitar envelhecer sozinho, se acaso seu pretendente se sentisse ofendido com a suspeita de que estaria apenas interessado no patrimônio do ex-futuro cônjuge? E mais: será que faz muita diferença para alguns sexagenários quais seriam as bases que lhe assegurariam companhia, ou será que para ele bastaria saber que terá companhia?

Enfim, seria possível se estabelecer o preço para uma companhia, quando ela tem o poder de evitar que se envelheça só?

Entendeu-se que não, ainda mais quando demonstrado que essa solidão não existiria por escolha de quem dela seria forçado a suportar.

8 CONCLUSÃO

Para o entendimento que se buscou defender, tomou-se como ponto de partida o art. 1.641, II, do Código Civil, que trata do regime de separação de bens obrigatório aos maiores de 60 (sessenta) anos e onde está alojada a essência da injustiça normativa que se pretendeu demonstrar como instrumento de promoção de desigualdades, vez que decorrente de distinção discriminatória [100].

Com esse intuito, com a predisposição de conferir suporte à abordagem do raciocínio que se propôs construir com a transcrição de trecho de decisão jurisprudencial, tecendo-se em seguida comentários pertinentes, quando se destacou o entendimento da sua relatora, a Desembargadora Maria Berenice Dias, sobre a "afronta ao atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade" [101].

E, justamente por mostrar-se plenamente aplicável e sincronizado com o entendimento que se demonstrou – daí a sua marcante relevância, pela visão humana da dignidade que merece ter o idoso respeitada –, não se aperceberia facilmente, senão pela data, que estaria esse decisum a se referir aos preceitos instituídos pelo revogado Código Civil de 1916.

Diante disso, salientou-se a necessidade que se cuidou de sanar, quando se traçou um paralelo entre o diploma Civil anterior e o atual. E como ilustração à corrente jurídica que não vê o caráter discriminatório dessa restrição etária à livre escolha da opção de regime de bens a ser adotado pelo sexagenário – contrariando, portanto, o cerne fundamentativo da jurisprudência transcrita, exarada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias – também se acrescentou ao estudo algumas breves linhas onde se pretendeu enfatizar ser flagrante a divergência do pensamento doutrinário, utilizando-se como referência as palavras de Sílvio de Salvo Venosa [102] e, como entendimento contraposto, o pensamento de Sílvio Rodrigues [103].

Objetivando costurar um reforço conceitual para robustecer a demonstração quanto ao aspecto discriminatório dessa restrição etária em estudo, transcreveu-se e comentou-se sobre outra interessante jurisprudência do STJ, mais atual, e que deu ênfase à

discriminação e à questão da "inconstitucionalidade da proibição da escolha do regime de bens, pois que, refere-se a desigualdade de direitos" [104].

Iniciou-se, então, a partir desse ponto o paralelo comparativo que se buscou estabelecer entre a restrição que o Código Civil instituiu ao vedar o direito de escolha do regime de bens que o sexagenário poderia adotar ao se casar, frente a inexistência de vedações limitativas à sua liberdade para os demais atos da vida civil, a exemplo de votar, trabalhar, doar, testar e adotar.

Nessa trilha, abordou-se acerca da liberdade de trabalhar, oferecendo-se à análise a matéria intitulada "TRF assegura a piloto sexagenário o direito de pilotar vôos domésticos e de co-pilotar vôos internacionais" como exemplo de que "o limite de idade não pode ser obstáculo à presunção de incapacidade por implemento de idade" [105].

Comentou-se sobre os arts. 538, 544 e 549 (liberdade para doar) e 1.789, do Código Civil (liberdade para testar), assim como dispositivos legais que os complementem e/ou com eles se combinem; e, por fim, tratou-se, em uma especial abordagem, acerca da questão da inexistência de limite de idade para adoção, recorrendo-se aos arts. 1.618 e seguintes, do Código Civil, combinados com outros dispositivos do mesmo Código, da Constituição Federal e do ECA [106].

Como a lei só estabelece restrição quanto a idade mínima que deve haver entre o adotante e o adotado, utilizou-se do teor da matéria denominada "Supremo julga primeiro caso envolvendo Direito de Família posterior a CF/88" para ilustrar uma forma legal de utilização dessa brecha normativa como argumento que serviu de suporte para abordagem que se demonstrou, ao final do item 7.1.4 retro: a possibilidade real de ser utilizada a própria lei para validar a decisão de um sexagenário que adote pessoa apenas 16 (dezesesseis) anos mais jovem e, dentro da legalidade da norma, transformá-la em seu descendente civil e, portanto, seu herdeiro legítimo e com prioridade sucessória sobre todos os outros, concorrendo apenas com os outros filhos eventualmente existentes [107].

E, por fim, quando da aproximação do arremate do termo conclusivo do presente estudo, é de se esperar que se tenha conseguido aperfeiçoar a demonstração do caráter

discriminatório da proibição quanto a escolha do regime de bens no casamento dos maiores de 60 (sessenta) anos.

Para tanto, vale trazer à evidência ainda algumas breves considerações que, sem pretender afastamento do aspecto jurídico que não se pode deixar de conferir ao presente estudo, clamará pela aproximação de, pelo menos, uma das muitas ciências que desde sempre impediram o equívoco de se considerar o Direito uma ciência pura, isenta da interferência de outras ciências: a sociologia – aliás, há de se reconhecer que "um homem só é só um ser; mas vários homens em convívio representam um ser social, que com-vive com outros" [108] e a esse ser social homem estão enraizadas ciências que existem em razão da existência humana.

E se sob o foco do Direito não se consegue entender, imagine-se a dificuldade da sociologia para aceitar um homem só, posto que o vê nascido para conviver com outros homens, outros seres, com o que se sabe do consenso de que sem esse convívio, a grosso modo, haveria o risco de comprometer a sociedade.

Bastaria, para materializar a construção dessa figura ilustrativa, que se imaginasse uma sociedade com características especiais, composta quase que apenas por homens em idade mais avançada e mulheres bem mais jovens que eles – dentre o universo dos solteiros ou viúvos; um querendo a companhia do outro.

E antes que se acuse essa figura ilustrativa de irreal, basta que se aguce a lembrança para as incontáveis cidadezinhas, vilas, povoados do recôndito brasileiro, onde os homens jovens vão embora para os grandes centros, deixando para trás as mulheres, as crianças e os idosos.

A vida dessas pessoas estaria fadada a evaporar-se ao calor do sol? As comunidades passariam a inexistir, ante a vedação imposta pelo Código Civil brasileiro de que esses indivíduos estariam proibidos de constituir novas células familiares? E tudo isso apenas porque os homens que têm permissão do Estado para casar não mais vivem naquela comunidade?

Novamente, antes que se imagine necessitar chamar a atenção para o que, à primeira vista, possa ter soado como um equívoco, vale informar que tem-se consciência do fato de que o Código Civil não impede, pura e simplesmente, o casamento de velho com jovem; apenas veda que escolham qualquer regime de bens. O que vem a ser basicamente a mesma coisa, quando essa restrição vem querer ditar regras que vão de encontro aos conceitos culturais de comunidades como essa que se sabe existir em abundância.

Para pessoas assim – que só conhecem a cultura dos seus pais, avós, e dos pais e avós de seus avós, e da qual se orgulham por preservar, conservando o que entendem ser a sua história – a essência do conceito do regime dotal (este, na forma adotada pelo brasileiro comum), responsável pelo instituto do dote pré-nupcial, jamais será revogada [109].

Dispor de parte do que têm, antes do casamento, como sinal de suas intenções e das posses que com sua escolhida pretende compartilhar, é cultura popular e, como se sabe, direito consuetudinário não se revoga. Mesmo com a revogação legal do instituto, permanece a cultura. E quem a pratica sequer imagina que seu ato de doar antes das núpcias é ignorado pelo positivismo normativo.

Pessoas como essas, constroem e cultivam o orgulho de ter um dote para oferecer, em contrapartida à celebração de um vínculo conjugal; muitas vezes em razão das quase imensuráveis distâncias de suas casas aos grandes centros, onde têm-se acesso às informações que lhes instruiriam sobre seus direitos, somente dirigem-se ao Fórum – quando se dirigem – no dia do casamento, para estabelecem seu vínculo matrimonial na presença dos parentes, amigos e vizinhos que testemunham a sua intenção de partilhar com sua nova companheira o que conseguiu construir.

Em geral, indivíduos como esse homem nem sabem ler e também não entendem aquilo que ou tentaram lhe explicar ou até mesmo desistiram, pois sabem que eles não entenderiam jamais essa história de separação obrigatória de bens. E imagine se alguém iria lhe impedir de mostrar para sua nova mulher que ele tem condições de dividir com ela o patrimônio que conseguiu amealhar?

E não haverá quem consiga lhe convencer de que aquela cerimônia não foi o bastante para assegurar o cumprimento de sua vontade e da palavra que restou empenhada

perante todos os que lhe devem respeito e consideração e sobre quem não pode passar o constrangimento de ver-se desmentido no seu compromisso de homem de uma palavra só.

Mas, e na hora que ele ou sua cônjuge precisarem argüir, em juízo, os direitos patrimoniais, sucessórios, que acreditaram ter sido sacramentado com a simples presença de familiares, amigos e vizinhos? Infelizmente, nada vale, à luz do Código Civil que veda qualquer outro regime de bens para o sexagenário, que não seja o da separação obrigatória.

Haveria de ser uma lei a fazer-lhe passar esse vexame, em desconsideração aos seus cabelos brancos? Justo uma lei, que pensou existir apenas para proteger e assegurar direitos? E imagine sua indignação, se soubesse que essa lei, representada pelo Código Civil, incorreu em afronta à própria Constituição, pelo que lhe acenaria com imposição de vedação inconstitucional?

Tem-se a seguinte situação: simplesmente porque se alcançou a idade de 60 (sessenta) anos, é proibido escolher o regime de bens que irá reger os laços patrimoniais e sucessórios da relação. Para o Código Civil, tanto faz se o indivíduo é incapaz ou se tem 60 (sessenta) anos; pois para ambos é vedada a escolha do regime de bens que irá adotar ao se casar. E isso é inaceitável; é inadmissível; é ilegal; é inconstitucional.

O fato de simplesmente ter 20 (vinte), 30 (trinta) ou 60 (sessenta) anos; de ser homem ou mulher; branco, negro, índio ou de qualquer outra cor, raça ou origem; rico ou pobre; civil ou militar; culto, ignorante ou portador de formação mental incompleta; saudável ou que apresente alguma doença, deficiência ou má formação física; e qualquer que seja seu estado civil, sua profissão, religião, credo, crença ou pensamento, nada disso pode ser tido como motivo ou argumento para que se veja um indivíduo como desigual, pois há que se "tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem" [110], mas não privá-los de direitos que aos demais permanecem intocáveis.

É certo que o idoso, no alto de sua vivência, de sua experiência de vida, portanto, muito mais que as pessoas mais jovens, possui maturidade e experiência suficientes para saber discernir e priorizar o que sente, o que quer e o que precisa. Evidente que

tanto é capaz de instintivamente buscar companhia quando se sente sozinho, como o é de sentir afeição, carinho ou uma das muitas formas de amor.

Assim, não se pode conceber a utilização da configuração externa, física; da forma ou aparência de como um indivíduo se apresenta à sociedade, para determinar se é ou não capaz. Entendeu-se que não será sua idade, sexo, cor da sua pele ou cabelos, origem ou suas características, qualidades, deficiências, opções pessoais ou preferências sociais, políticas e culturais quem determinarão sua capacidade civil. Concluiu-se, por fim, que se ele é capaz, há de ser reconhecido capaz por inteiro, quer seja essa capacidade atinente aos seus direitos civis como eleitor, trabalhador, adotante, doador, testador ou cônjuge.

Referências

BARBOSA, Ruy. Oração aos Moços. 1920. Discurso de autoria de Ruy Barbosa e proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, lido pelo Professor Reinaldo Porchat. Disponível em: <<http://mx.geocities.com/profpito/oracaoruy.html>>. Acessado em: 04.04.2007;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2002;

BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. São Paulo: RT, 2003;

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2006;

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nelas previstas. São Paulo: Saraiva, 2006;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. São Paulo: Saraiva, 2006;

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2006;

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei no 10.741, de 10 de outubro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2006;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002;

Dias, Maria Berenice. Amor não tem idade. Juristas.com.br, João Pessoa, a. 1, n. 31, 18/07/2005. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?idColuna=274>>. Acesso em: 25/06/2006;

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002;

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, V. 5: Direito das Sucessões. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. rev. e aumentada, 13. impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986;

GOMES, Orlando. Direito de Família. 14. ed., 3. tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2002;

Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil brasileiro: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale. A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. Mundo Jurídico. Palestra de abertura do Ciclo de palestras sobre o novo Código Civil promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, proferida no dia 03.10.2001. Texto escrito originalmente em 2001, adaptado após a aprovação e sanção presidencial do novo Código, em janeiro de 2002 e re-adaptado após ter entrado em vigor, em janeiro de 2003. Publicado em 31.03.2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=416>. Acesso em: 27/06/2006;

IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisas. Tábuas Completas de Mortalidade - 2004. "Em 2004, esperança de vida do brasileiro atingiu 71,7 anos". Publicada em 01.12.2005. Disponível no endereço: <http://www1.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=494&id_pagina=1>. Acesso em 25.07.2006;

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Direito de família - V. 2, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 1997;

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003;

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família, São Paulo: RT, 2002;

ONU-Organização das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. São Francisco/EUA, 26.06.1945. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 27.06.2006;

ONU-Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova York/EUA, 10.12.1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 27.06.2006;

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito de Família - V. 6, 28. ed., 3. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006;

SILVA, Sandra Reis da. A delimitação constitucional à imunidade parlamentar. Salvador. 2006. Trabalho vencedor do VII Prêmio Luís Eduardo Magalhães de Monografias, promovido pela Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. 35 p. Trabalho não publicado;

STJ-SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudências-STJ. Brasília-DF. Disponível no endereço: < <http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 26 e 27.06.2006;

STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF-Notícias. "Supremo julga primeiro caso envolvendo Direito de Família posterior a CF/88" (RE 196434). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=35774&tip=UN¶m=avelino%20guedes%20osório>>. Acesso em: 27.06.2006;

STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF-Pesquisa de Jurisprudência. Brasília-DF. Disponível no endereço: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 26 e 27.06.2006;

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pesquisa de Jurisprudência. Apelação Cível Nº 70002243046, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora Ministra Maria Berenice Dias, julgado em 11/04/2001. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em 27.06.2006;

TRF-Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Rio de Janeiro e Espírito Santo. Notícias. "TRF assegura a piloto sexagenário o direito de pilotar vôos domésticos e de co-pilotar vôos internacionais". Processo 98.02.35528, da 5ª Turma Especializada do TRF-2ª Região. Disponível em: <<http://www2.trf2.gov.br/noticias/materia.aspx?id=908>>. Acesso em: 27.06.2006;

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família - V. 6, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

Notas

SILVA, Sandra Reis da. A delimitação constitucional à imunidade parlamentar. Salvador. 2006. Trabalho vencedor do VII Prêmio Luís Eduardo Magalhães de Monografias, promovido pela Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. 35 p. Trabalho não publicado. p. 7.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. São Paulo: Saraiva, 2006, art. 5º, XLII.

Idem, art. 3º, I e IV.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit, art. 1.618.

Idem, art. 1.619.

Cfr. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38-39; e MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 42-44 e 71-74.

Cfr. BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 196-198.

Cfr. MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 54-57.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., art. 5º, caput.

Idem, art. 5º, I.

Idem, art. 1º, III.

BARBOSA, Ruy. Oração aos Moços. 1920. Discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, lido pelo Professor Reinaldo Porchat, por estar Ruy doente. Disponível em: <<http://mx.geocities.com/profpito/oracaoruy.html>>. Acesso em: 04.04.2007.

ONU-Organização das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. São Francisco/EUA, 26.06.1945. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 27.06.2006.

ONU-Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova York/EUA, 10.12.1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 27.06.2006.

A lei especial derroga a geral.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei no 10.741, de 10 de outubro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. São Paulo: RT, 2003.

Cfr. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil brasileiro: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale. A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. Mundo Jurídico. Palestra de abertura do Ciclo de palestras sobre o novo Código Civil promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, proferida no dia 03.10.2001. Texto escrito originalmente em 2001, adaptado após a aprovação e sanção presidencial do novo Código, em janeiro de 2002 e re-adaptado após ter entrado em vigor, em janeiro de 2003. Publicado em 31.03.2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=416>. Acesso em: 27/06/2006.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.641, II.

Cfr. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família - V. 6., 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 40-43.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Op. Cit., p. 40-41.

Cfr. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, V. 5: Direito das Sucessões. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 371-373.

Cfr. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit., p. 52-53.

Idem, p. 53.

Idem, p. 53.

Idem, p. 53.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., art. 226, § 3º; e BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.723.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.725.

Idem, arts. 1.639 e ss.

Idem, arts. 1.640 e 1.641.

Cfr. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito de Família - V. 6., 28. ed., 3. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 137-140.

Cfr. art. 1.657, do Código Civil, combinado com os arts. 167, I-12 e II-1, e 178, V da Lei no 6.015/73; e BRASIL. Lei de Registros Públicos. Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 979.

RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 178.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.640.

Idem, art. 1.658 e ss.

Cfr. RODRIGUES, Silvio, Op. Cit., p. 178-183; e VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit., p. 180-183: Combinando as definições apresentadas por ambos os doutrinadores, tem-se que, pensão é a quantia paga periodicamente a alguém, visando sua subsistência e em virtude de lei, decisão judicial, ato inter vivos (contratos) ou mortis causa (testamento); meio-soldo é a metade do soldo, pago pelo Estado ao militar reformado; e montepio é a pensão paga pelo Estado a herdeiro de funcionário público falecido.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.667 e ss.

Cfr. RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 185-189.

Cfr. DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 280-301.

Cfr. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit., p. 183; e FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. rev. e aumentada, 13. impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Tença é a pensão alimentícia, geralmente em dinheiro, que é paga periodicamente pelo Estado ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, para assegurar a subsistência de alguém (beneficiário).

BRASIL. Lei de Direitos Autorais. Lei no 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. São Paulo: Saraiva, 2006.

Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 191-196.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.672 e ss.

Idem, art. 1.656.

Cfr. RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 194-196.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.687 e 1.688.

Cfr. RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 190-192.

Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. Cit., p. 196.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.641.

Idem, art. 1.523, I a IV, que faz referência expressa ao viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; 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; o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; e 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.

Idem, conforme previsão constante dos arts. 1.517, 1.519, 1.634, III; 1.747, I; 1.774 e 1.781.

BRASIL. Lei do Divórcio. Lei no 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 27.06.2006.

TJRS, Apelação Cível Nº 70002243046, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em 11/04/2001. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em 27.06.2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., art. 3º, IV, combinado com o art. 5º, XLI.

Cfr. BARBOSA, Ruy. Op. Cit. Ainda que esta seja em observância ao pensamento que Ruy Barbosa, quando consagrou que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem".

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. São Paulo: Saraiva, 2006.

Diminuição da capacidade.

VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit., p. 175.

Cfr. BARBOSA, Ruy. Op. Cit.

RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 144-146.

Lembrando que após a edição da Súmula 377 do STF, em 1964, apesar de ser possível a parcial modificação no obrigatório regime de separação de bens para as mulheres quinquagenárias ou os homens sexagenários, esta dependia de ser tal direito argüido em juízo.

No quesito processo de interdição, o legislador acertou na dosagem dos cuidados que teve e na preocupação, vez que se refere a assunto delicado: a capacidade da pessoa.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., art. 5º, XXXVI: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Idem, art. 14, § 1º, II.

Idem, art. 15, II.

Idem, art. 14, § 1º, II, "b".

BRASIL. CLT-Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006, art. 403.

Idem, art. 402.

BRASIL. Previdência Social. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. São Paulo: Saraiva, 2006, art. 48.

Idem, art. 51.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., art. 40, § 1º, II.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Op. Cit., art. 27.

BRASIL. CLT-Consolidação das Leis do Trabalho. Op. Cit., art. 403.

TRF-Segunda Região, Apelação em Mandado de Segurança Nº 98.02.35528-3/RJ, 5ª Turma Esp., Rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, j. em 18.01.2006, DJU 02.02.2006. Disponível em: <<http://www2.trf2.gov.br/noticias/materia.aspx?id=908>>. Acesso em: 27.06.2006.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 538.

Idem, art. 1.857.

Idem, art. 544.

Idem, art. 1.790 c/c art. 544.

Idem, art. 548.

Idem, art. 549.

STJ - AgRg no AG Nº 595.761/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 13.09.2004, DJ 23.09.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisooes/doc.jsp?relator=CARLOS+ALBERTO+MENEZES+DIREITO&processo=595761&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em 27.06.2006.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.641, II.

Idem.

ONU-Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Op. Cit.

STJ-SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudências-STJ. AgRg no AG Nº 595.761/RS, na qual o Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, citou Clóvis Bevilacqua (in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. II, 10ª edição, editora Paulo de Azevedo Ltda, ano 1954, RJ, p. 132).

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2006, arts. 42 e ss.

Idem, art. 42, § 3º.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., arts. 1.618 e 1.619.

Idem, art. 1.623, parágrafo único c/c art. 1.621, in fine.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF. STF-Notícias. "Supremo julga primeiro caso envolvendo Direito de Família posterior a CF/88" (RE 196434). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=35774&tip=UN¶m=avelino%20guedes%20osório>>. Acesso em: 27.06.2006. A matéria completa, publicada em 11 de dezembro de 2002 na página oficial da Internet do mesmo órgão, intitulada "Supremo julga primeiro caso envolvendo Direito de Família posterior a CF/88" consta devidamente acostada ao presente estudo.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.619.

Observando-se que o art. 1.618, do Código Civil, estabelece que "só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar".

BRASIL. Código Civil. Op. Cit.

Expressa o número de anos que se espera viver um recém-nascido que, ao longo de sua vida, esteja exposto às taxas de mortalidade observadas na população ao momento do nascimento do mesmo.

IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisas. Tábuas Completas de Mortalidade-2004. "Em 2004, esperança de vida do brasileiro atingiu 71,7 anos". Publicada em 01.12.2005. Disponível no endereço: <http://www1.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=494&id_pagina=1>. Acesso em 25.07.2006.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit., art. 1.614, II.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pesquisa de Jurisprudência. Apelação Cível Nº 70002243046, Sétima Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, Op. Cit.

VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit., conforme notas 21, 22, 24-27, 34, 37, 39, 42 e 52 retro.

RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., conforme notas 31, 33-35, 40 e 54 retro.

STJ-SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudências-STJ. AgRg no AG Nº 595.761/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Op. Cit.

TRF-Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Rio de Janeiro e Espírito Santo. Notícias. "TRF assegura a piloto sexagenário o direito de pilotar vôos domésticos e de co-pilotar vôos internacionais". Op. Cit.

BRASIL. Código Civil. Op. Cit.; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit.; e BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Op. Cit.

STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF-Notícias. "Supremo julga primeiro caso envolvendo Direito de Família posterior a CF/88". Op. Cit.

SILVA, Sandra Reis da. Op. Cit., p. 7.

Cfr. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit., p. 197-198.

BARBOSA, Ruy. Op. Cit.

* Advogada em Salvador/BA

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12097>

Acesso em: 17 mar. 2009.