

## **Liberdade de Escolha I – Idosos**

Ivo Gico Jr.<sup>1</sup>

Em meu último artigo abordei a ausência de liberdade de voto, que é obrigatório no Brasil, para demonstrar o paternalismo autoritário característico de nossa legislação. Para manter uma alternância salutar, trataremos neste artigo de uma questão de Direito privado, a demonstrar que tal viés não é exclusividade do âmbito público. Nosso segundo argumento-exemplo da carência de liberdade é a restrição da liberdade de escolha.

A definição jurídica de personalidade é dada pelo art. 1º do Código Civil ao estabelecer que “[t]oda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, i.e., todos aqueles que nascem vivos (art. 2º) podem ser titulares de direitos e obrigações. Não obstante, a capacidade de ser sujeito de direito não se confunde com, nem inclui a, capacidade de exercitá-los livremente. Esta surge validamente apenas com a aquisição da capacidade civil plena, momento a partir do qual além de titular de direitos e obrigações, passa-se a ser senhor destes.

De acordo com art. 4º, são plenamente capazes os maiores de 18 anos, desde que não sejam: alcoólatras, viciados em drogas, deficientes mentais, excepcionais, ou pródigos. A capacidade civil depende, portanto, não apenas do critério biológico, segundo o qual se presume entendimento mínimo do mundo dos homens, mas, também, da ausência de impedimentos psicopatológicos. Em razão última, parece claro que o objetivo da lei é estabelecer um critério mínimo a partir do qual uma pessoa seja livre para realizar todos os atos da vida civil.

Essa capacidade de compreensão é pressuposta antecipadamente quando o menor contrai matrimônio, pois não estará mais sob o pátrio-poder e a responsabilidade de sustento passa ao outro cônjuge; quando é aprovado e empossado em concurso público, pois será capaz de manter-se; quando se gradua em uma faculdade, pois teria condições de buscar um trabalho que o sustente; ou quando, maior de 16, conseguir se sustentar com um emprego. Assim, toda vez que houver fortes indicativos de que o menor adquiriu meios de se sustentar independentemente, a lei lhe concede a prerrogativa de comandar a própria vida. A autonomia plena está intimamente ligada à capacidade de tomar decisões e de se sustentar, sendo que – em alguns casos – uma pressupõe juridicamente a outra.

É dentro desse contexto que o disposto no inc. II do art. 1.641 do Código salta aos olhos como mais um exemplo de fascismo paternalista. De acordo com o referido dispositi-

---

<sup>1</sup> IVO GICO Jr. (ivo@idp.org.br), é Doutor pela USP, Mestre com honra máxima pela *Columbia Law School*, autor do livro “Cartel – Teoria Unificada da Colusão”, Coordenador do Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP e sócio do escritório Dino, Siqueira & Gico Advogados.

vo, caso contraiam matrimônio, os maiores de 60 anos não podem escolher seu regime patrimonial, sendo este necessariamente o da separação de bens. Em outras palavras, o cidadão juridicamente capaz há pelo menos 39 anos, que continua a sê-lo e que, por definição, se sustenta (do contrário, não haveria preocupações patrimoniais), não pode optar por dividir integralmente seu patrimônio com o novo cônjuge por meio do casamento.

Note-se que nada impede o cônjuge de transferir, por livre e espontânea vontade, parte ou a integralidade de seus bens ao outro cônjuge durante a vigência do casamento, exceto a parte dos herdeiros necessários. Logo, a lei limita a forma de transferência (casamento), mas não o resultado em si. O efeito prático dessa sistemática é simplesmente o aumento dos custos de transação associados à transferência de propriedade, dificultando-a.

Curiosamente, apenas duas justificativas são oferecidas pelos defensores dessa restrição à liberdade: a proteção dos idosos contra golpistas e a proteção da expectativa de herança de família anterior.

O primeiro argumento não é convincente, pois pressupõe que o cidadão idoso, após os 60 anos, seria incapaz de distinguir entre o que é afeto do que é mero interesse econômico, ou seja, seria incapaz de compreender o mundo dos homens. Essa posição é lógica e juridicamente incompatível com a manutenção da capacidade civil plena, pois aceitá-la corresponderia à criação da presunção *iuris tantum* de **oligofrenia senil**. Se isso fosse verdade, o instrumento jurídico adequado seria a interdição civil (art. 1.767), pois o idoso estaria vulnerável em todas as esferas e não apenas na matrimonial. Com maior razão se levarmos em consideração que a própria Constituição permite que idosos sejam Presidente da República, Deputados, Senadores e Ministros de Tribunais Superiores. Ora, um idoso pode comandar o País, mas não pode escolher seu regime de casamento? Não faz sentido; ou é incapaz ou não é.

A alegada proteção do idoso também não é um argumento válido por outra razão muito simples: sendo a expectativa de vida do brasileiro algo próximo de 73 anos, após os 60 anos, estatisticamente seria esta a fase em que o dono do patrimônio mais teria interesse em dele usufruir, pois lhe restam poucos anos de vida. Como pode na fase em que o cidadão mais tem incentivos para usufruir de seus bens o Estado começar a lhe impor restrições, tratando-o como se criança fosse? A única explicação seria a incapacidade civil, mas esta hipótese já foi descartada.

Por outro lado, a proteção da expectativa de herança também não é razão suficiente para legitimar a restrição. Acatar esse argumento significa aceitar um tratamento desigual entre o idoso e os possíveis futuros herdeiros, privilegiando estes. Se o proprietário legítimo do patrimônio é o idoso, por que privilegiar a classe dos herdeiros em detrimento da liberdade daquele que, em princípio, construiu o próprio patrimônio? Esse argumento desmasca-

ra a farsa da proteção do idoso e revela a real preocupação patrimonial de seus propositores, em favor de potenciais futuros proprietários e em detrimento do atual proprietário, que ainda não morreu.

Não podemos resistir à tentação de enxergar neste tipo de argumento um preconceito, religioso ou não, contra aqueles que, já tendo possuído uma família, desejam montar uma outra, ainda que na terceira idade. Esse tipo de regra apenas impõe custos à formação de novas famílias e desestimula a troca de parceiros, o que não é argumento válido para tolher a liberdade de pessoas civilmente capazes em um Estado laico.

A imposição do regime de separação viola a liberdade de escolha do idoso, em desrespeito ao que estabelece os art. 5º e 170 da Constituição Federal, e o próprio art. XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual “[t]odo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.” e “[n]inguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.” Não há dignidade humana no tratamento de membros ativos de nossa sociedade como senis; há apenas – como sempre – restrição à sua liberdade.