

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do Idoso:** tutela jurídica constitucional. Curitiba, PR: Juruá, 2012. 234 p.

Walter Claudius Rothenburg

Conheceram-se já velhinhos num banco de praça onde tomavam sol. Proseavam sobre reminiscências, coisa que os velhos sabem fazer.

No universo acadêmico, desafio parecido é trazido para o doutorado, em que não se pode nem se deve renegar os conhecimentos adquiridos e as experiências vivenciadas. Porém, não se há de ficar prisioneiro delas, sob pena de não aproveitar a aventura única que um novo curso e um trabalho original oferecem.

No encontro seguinte, “*a mesma praça, o mesmo banco, as mesmas flores, o mesmo jardim*”.¹ Surpreendentemente, contudo, estavam remoçados pela conversa e troca de ideias. Tudo na vida é começo, inclusive o começo do fim.

Também acontece isso na academia, em que formamos nossas convicções a custa de pesquisa e reflexão, mas as confrontamos continuamente nos estudos, nas aulas, nas palestras, nas bancas, nos artigos. Nesse sentido, o conhecimento nunca é acabado.

Aqueles provectoros senhores reencontravam-se agora jovens e entusiasmados, debatendo acaloradamente e chamando a atenção dos demais frequentadores da praça, idosos em sua maioria.

As novas leituras e as novas questões que o ambiente do doutorado propicia reanimam os espíritos, que debatem com vigor e até com paixão. Engana-se quem pensa que o ambiente supostamente sisudo da academia é um espaço fechado de monólogos: deve ser um espaço fechado para monólogos.

E tanto ainda havia para descobrir, comentar, criticar, que nossos personagens viraram crianças a desenhar rabiscos e pintar folhas brancas, num processo de cronologia inversa que tenderia a findar no útero.

Esse “*curioso caso de Benjamin Button*”² ocorreu-me para aludir ao relacionamento de doutorado tal como o concebo na Instituição Toledo de Ensino de Bauru (SP) – sob a batuta vigorosa do coordenador Professor LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO –, onde tive a satisfação de travar contato com o Professor NILSON. Ademais, a comparação pareceu-me calhar com o tema de sua tese de doutorado sobre o estatuto jurídico dos idosos no Brasil.

Não se trata de um texto fácil. Linguagem objetiva, exposição linear e comentário analítico da legislação e da jurisprudência não corresponderiam ao jeito de ser de NILSON, que pende para o metafísico, o metafórico, o filosófico, o poético. Não são exatamente virtudes em um texto científico, mas humanizam um texto autoral.

A provável expectativa do leitor – que foi a minha, pelo menos – é encontrar

1 Da canção “A praça” (1967), composição de Carlos Imperial e consagrada na voz de Ronnie Von.

2 Romance de F. Scott Fitzgerald (lançado em 1921) e adaptado para o cinema em 2009 (dirigido por David Fincher e estrelado por Brad Pitt), narra a saga de um homem que nasce velho e envelhece ao contrário.

uma defesa da legislação hoje existente de proteção ao idoso, especialmente da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Mas não é isso o que se encontra na tese. Claro que NILSON está fundamentalmente preocupado com o estatuto jurídico do idoso, mas para nosso autor a distinção que as normas jurídicas oferecem mais prejudica do que ajuda, mais discrimina do que afirma, mais consagra o preconceito do que a emancipação. Leis específicas desse jaez constituiriam, na forte expressão utilizada, “*guetos legislativos*”.

Ao impugnar a opção político-legislativa de elaborar estatutos jurídicos diferenciados, o autor adota o argumento de que, ao pretender proteger tantos discriminados, acaba-se por fragilizar quem não o é. Diz ele: “*a pessoa que se situe na faixa dos trinta aos cinquenta e nove anos, a adulta, hoje parafrênica ante estatutos que outorgam tutela prioritária à criança e ao adolescente; ao jovem; e ao idoso, tornar-se-á um pária do Direito, qual personagem à procura de um autor engendrada por Pirandello²⁰⁰, um Ser abandonado e desencaixado desse mosaico cubista de especificidades etárias em que se transformou a Constituição Federal*”.

Uma das ideias centrais da tese é tratar o idoso como qualquer pessoa deveria ser (bem) tratada, pois esse seria o modo mais adequado de neutralizar juridicamente a diferença decorrente da idade. A partir da valorização da dignidade da pessoa, independentemente de sua idade, seria imperioso respeitar-lhe a autonomia. Eventuais distinções e restrições jurídicas haveriam de ser pautadas pela “*teoria da alternativa menos restritiva*”, de inspiração norte-americana. Percebe-se a boa intenção do autor.

Predomina, assim, uma visão crítica (negativa) do que as leis têm feito pelos idosos. Decorrem propostas de alteração legislativa, que vão da modificação da Constituição à modificação do Código Civil, do Estatuto do Idoso ao Código de Processo Civil e à Lei de Ação Civil Pública.

Nesse aspecto, a tese adota o lugar-comum de concluir por propostas de lei. NILSON preferiu não inovar nesse aspecto formal, nem aprofundar sua crítica às possibilidades de disciplina legal (normatização) de proteção aos idosos. Afinal, não deveriam eles ser tratados sem distinção?

Permito-me incursionar em um dos temas tratados no doutorado em minha disciplina de Teoria Geral do Direito, sobre a vocação generalista do Direito em face das insuficiências das generalizações na abordagem dos problemas jurídicos concretos (casos). Como, juridicamente, identificar (o que implica reconhecer) e afirmar a singularidade do idoso sem discriminá-lo e sem ignorar as peculiaridades de cada situação?

Adiro à tendência contemporânea no campo dos direitos fundamentais (direitos humanos) de afirmação das diferenças por meio do estabelecimento de regimes jurídicos (estatutos) próprios. Isso se verifica tanto em relação aos documentos jurídicos internacionais quanto aos nacionais. Corresponde a uma expectativa dos respectivos grupos e, portanto, a uma reivindicação política. Projeta tais expectativas no plano simbólico do Direito, que cumpre uma função importante, a despeito da perigosa

possibilidade, sempre presente, de ilusão e diversionismo.³

Discordo, então, da crítica que a tese faz ao Estatuto do Idoso, cujo advento festejei e que acredito ter sérias condições de aplicação em prol dos idosos. Mas reconheço que perspectivas desencantadas como a de Nilson mantêm a atenção vigilante. Acima dessa divergência, somos – o autor e eu – movidos pela mesma preocupação fundamental com o bem-estar das pessoas, qualquer que seja a idade.

A tese traz dados estatísticos que revelam uma mudança já presente no perfil etário da população do planeta e marcadamente do Brasil. O Direito não saberia ficar alheio a essa realidade tão enfática. E, para incorporá-la, não vejo como as normas jurídicas poderiam fazer senão estabelecer padrões. Velhos devem ser reconhecidos pelo Direito segundo o critério da idade. Digo a obviedade para alertar o leitor, pois a presente tese impugna, de certa maneira, essa trivialidade. Nilson sustenta, corajosamente, que não se deve rotular alguém juridicamente em razão da idade; que o Direito não deve adotar um padrão para a velhice; que a situação física e psíquica de cada indivíduo é que apontará a adequação a algum regime jurídico protetivo.

O fato de que diversas normas jurídicas em vigor consagram idades diferentes é considerado negativo no trabalho, como uma incoerência. Lembre-se que essa crítica guarda sentido com o raciocínio sustentado de que não deve haver um rótulo jurídico para os idosos. De minha parte, entendo que, diante de uma necessidade normativa de generalização, o Direito pode, sim, e deve contemporizar e adotar padrões diversos, desde que adequados às distintas hipóteses, mas ainda assim padrões. Claro que não nego a possibilidade de incoerências, nem a de generalizar por demais o que não é razoável.

Sessenta anos é a idade estabelecida pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003, art. 1º), inclusive para efeito de “*prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais*” (art. 71) – que nosso autor critica como “[*uma*] das mais visíveis das contribuições hipertróficas do Estatuto do Idoso”. A própria Constituição estabelece uma preferência relacionada ao regime especial de pagamento de precatórios, que contempla “*os titulares originais de precatórios que tenham completado 60 (sessenta) anos de idade até a data da promulgação*” da Emenda Constitucional 62, em 9 de dezembro de 2009 (art. 97, § 18, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que é, até hoje, o último dispositivo do texto constitucional).

Sessenta anos também para a aposentadoria dos servidores públicos homens (Constituição, art. 40, § 1º, III, “a”). E como circunstância agravante da pena (art. 61, II, “h”, do Código Penal, na redação dada pelo Estatuto do Idoso).

Sessenta e cinco anos é a idade estabelecida para a aposentadoria dos homens pelo regime geral de previdência social (Constituição, art. 201, § 7º, II) e para a aposentadoria proporcional dos servidores públicos (art. 40, § 1º, III, “b”). Também para

3 A propósito, veja-se o segundo capítulo (“A Constituição e suas representações”) de meu livro **Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Verbatim, 2010.

fazer jus ao benefício assistencial de prestação continuada, conforme a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993, art. 20).

Sessenta e cinco anos é ainda a idade estabelecida para a gratuidade nos transportes coletivos urbanos (Constituição, art. 230, § 2º). A propósito, NILSON insurge-se contra a falta de homogeneidade e sustenta a adoção do parâmetro de sessenta anos. Ademais, sua proposta *“busca eliminar a discussão da extensão da garantia, permitindo sua efetividade em qualquer meio de transporte coletivo, seja rodoviário, ferroviário, marítimo ou aéreo, dando contemporaneidade ao texto constitucional, uma vez que a interpretação reducionista da atual norma tem suscitado a restrição daquela garantia apenas a transporte rodoviário urbano”*. Também eu venho sustentando há tempos que essa gratuidade – em função não apenas da idade, observo eu, mas também da condição econômica – deva estender-se às diversas modalidades de transporte. Veja-se a redação sugerida ao dispositivo constitucional pela tese: *“As pessoas com sessenta anos de idade ou mais é garantida a gratuidade dos transportes coletivos.”*

E sessenta e cinco anos é a idade prevista para fins fiscais relacionados à *“parcela isenta dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma”* (Lei nº 9.250/1995, art. 4º, VI). NILSON lembra aqui proposta legislativa que pretende reduzir a idade para sessenta anos, no intuito de unificação. No ponto, entretanto, considerando o envelhecimento “ativo” da população idosa, não creio que seja o caso.

Setenta anos é a idade estabelecida para a aposentadoria compulsória dos servidores públicos (Constituição, art. 40, § 1º, II). NILSON acompanha a opinião dos que entendem que esse limite deve ser extinto e substituído por avaliações individuais (*“defende-se, de lege ferenda, o expurgo do fator idade... e a adoção do critério de aferição de incapacitação funcional”*), enquanto penso que a opção constituinte se sustenta, condizente com a realidade demográfica (expectativa de vida), funcional (condições de produtividade) e do serviço público (em que os servidores tendem a certa acomodação por causa da estabilidade de que desfrutam).

Coerentemente, na tese propõe-se, de modo amplo, a *“inserção de proibição de discriminação por idade, na acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas, através de nova redação a ser dada por emenda constitucional ao inc. I do art. 37 da Constituição, assim: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, vedada a discriminação por idade”*.

Setenta anos também é a idade adotada pelo Código Penal como circunstância atenuante da pena (art. 65, I) e para redução à metade dos prazos prescricionais (art. 115).

Como todas as idades, os setenta hão de ter sua beleza e suas agruras, imagino. Permitido seja – bem ao gosto do autor, que gosta de divagações literárias –, embora em tom pessimista, esta passagem do romance de Philip Roth, *“O fantasma sai de cena”*

(2008)⁴, em que o protagonista é um velho escritor:

Quando completei setenta anos, Belinda preparou um jantar para nós três com bife de veado e repolho roxo, e comemoramos em minha casa. (...) Brindaram-me com champanhe e deram-me uma suéter de lã de carneiro grená que haviam comprado para mim em Athena. Em seguida, pediram-me para fazer um discurso, dizendo como era ter setenta anos. Vesti a suéter, levantei-me da minha cadeira à cabeceira e disse a eles: 'Vai ser um discurso curto. Pensem no ano 4000'. Eles sorriram, como se eu fosse contar uma piada, e por isso acrescentei: 'Não, não. É sério: pensem no ano 4000. Em todas as suas dimensões, todos os seus aspectos. O ano 4000. Pensem com calma'. Após um minuto de um silêncio solene, afirmei em voz baixa: 'Ter setenta anos é isso', e voltei a me sentar.

NILSON critica diferenciações previstas para a aposentadoria e que considera injustificáveis atualmente, com o que concordo: o processo de emancipação das mulheres já permite equipará-las aos homens nesse aspecto; também penso que a atividade docente, inegavelmente importante (falo em causa própria), não é mais penosa que grande parte das outras atividades; quanto à aposentadoria dos servidores públicos, a equiparação com o regime geral é uma tendência. Parece-me, contudo, que ainda se justifica a aposentadoria mais cedo *"para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal"*, como dispõe o art. 40, § 7º, II, da Constituição.

A tese sugere o estabelecimento de *"uma idade única para aposentadoria voluntária de servidores, homens e mulheres, com igual tempo de contribuição"*, com o que o art. 40, § 1º, III, passaria a ter a seguinte redação: *"voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, e observada a idade de sessenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição"*.

De forma semelhante para o regime geral previdenciário, o autor propõe, "de lege ferenda, a alteração do art. 201, § 7º, I e II, da Constituição Federal, com a supressão dos incisos e adoção de nova redação, assim: § 7º *É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, observada a idade de sessenta anos e o tempo de trinta e cinco anos de contribuição*". Note-se aqui que, enquanto NILSON adota a menor idade mínima (de sessenta anos, que, conforme o texto atual da Constituição, vale apenas para a aposentadoria das mulheres), fica com o maior tempo de contribuição (de trinta e cinco anos, que, na redação atual da Constituição, vale apenas para a aposentadoria dos homens).

Antes no trabalho, NILSON discorre com sensibilidade sobre as limitações

4 São Paulo, SP: Companhia das Letras, p. 43.

decorrentes da idade, que não provocam necessariamente uma diminuição da capacidade jurídica. Reforça a distinção entre senilidade, o envelhecimento “*sob condição ou forma patológica, com incapacidade progressiva para a vida ativa*”, e senescência (ou senectude), “*envelhecimento natural, em que a pessoa com serenidade passa a conviver com limitações e continua ativa até o fim da vida*”.

Muito oportuna a crítica ao descaso com que nosso governo ainda trata os idosos, embora creia eu que não se deva desconsiderar o que vem sendo feito. No ponto, NILSON aponta a incipiência do Fundo Nacional do Idoso e, no âmbito da disputa político-eleitoral, aponta como “*emblemática a omissão do tema na agenda eleitoral de todos os candidatos à presidência da República*”.

O autor investe acertadamente na autonomia do sujeito, cuja configuração jurídica deveria atentar antes para o “ser” do que para o “ter”. Disso extrai consequências específicas, tanto de desconstrução quanto propositivas.

Em termos “desconstrutivos” NILSON advoga o descabimento da exigência do regime de separação de bens para o casamento de quem tenha mais de setenta anos (art. 1.641, II, do Código Civil, na redação da Lei nº 12.344/2010) e pugna pela revogação desse dispositivo.

Em termos propositivos, o autor lança a ideia de “*mudança da legislação civil para que haja previsão expressa de espécie de curatela transitória e parcial, a exemplo do disposto no já analisado art. 1.780 do Código Civil, voltada a idosos – não necessariamente enfermos, não obrigatoriamente com deficiência, não fatalmente incapacitados, mas fragilizados pela senescência*”. A hipótese constaria de mais um inciso e de um parágrafo do art. 1.767 do Código Civil: “[*Estão sujeitos à curatela:*] VI – *as pessoas com 60 anos ou mais de idade, que tiverem sua diminuição de sua capacidade para os atos da vida civil. / Parágrafo único. A concessão da curatela observará a melhor alternativa para a manutenção da autonomia da pessoa curatelada.*” O Código de Processo Civil acompanharia a alteração, conforme sustenta a tese com rigor sistemático.

Importante ainda a sugestão, muito prática, de permissão para que pessoas jurídicas (instituições) possam exercer a curatela de idosos que dela precisem, “*inclusive sendo legitimada[s] a pleitear alimentos*”. Lembra NILSON que já temos em nosso ordenamento jurídico, embora de modo apenas parcialmente semelhante, a possibilidade de, em relação aos interesses indígenas, a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) realizar a “*representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio*”.

Haveria, de acordo com a tese, a inserção de um artigo específico no Código Civil, sendo interessante observar que não é estabelecida uma idade:

“Art. 1.780. A requerimento da pessoa idosa dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens e interesses, com poderes inclusive para representação em Juízo e para pleitear alimentos.

§ 1º O curador poderá ser pessoa jurídica cuja atividade seja a

assistência social ou educacional, internamento, tratamento ou cuidados de idosos.

§ 2º A nomeação do curador recairá preferencialmente na pessoa indicada pela pessoa idosa, podendo esta indicação ser feita pelo interessado a qualquer tempo mediante declaração por escritura pública e independentemente do pedido de nomeação.

§ 3º Na impossibilidade da pessoa idosa requerer a nomeação de curador, o requerimento poderá ser feito:

I – pelo cônjuge, companheiro ou convivente;

II – pelos ascendentes;

III – pelos descendentes;

IV – pela pessoa jurídica que tiver a pessoa idosa sob seus cuidados;

IV – pelo Conselho Tutelar dos Idosos;

V – pela Defensoria Pública;

VI – pelo Ministério Público.

§ 4º O juiz fixará os honorários devidos pelo exercício da curadoria por pessoa jurídica ou física, a ser suportado pela pessoa idosa ou por sua família, estabelecendo a periodicidade da prestação de contas.

§ 5º Na hipótese de o idoso curatelado ser hipossuficiente economicamente, os honorários pelo exercício da curadoria serão requisitados pelo juiz ao Fundo Nacional do Idoso.”

Seria assim permitido que associações (inclusive organizações não governamentais) assumissem a curatela de diversos idosos (por exemplo, daqueles que por elas estivessem amparados), sem as vicissitudes do modelo jurídico atual, em que alguém (por exemplo, um diretor de instituição) precisa assumir a responsabilidade individualmente e, cada vez que os quadros da instituição se alteram, há necessidade de substituir o responsável e renovar o procedimento.

NILSON estende essa proposta, com muita propriedade e senso de conjunto, ao âmbito do processo coletivo e dos interesses transpessoais, que permite a proteção em escala de pessoas e grupos desfavorecidos. Sugere “*a ampliação das hipóteses de legitimação extraordinária para nelas se incluir as pessoas jurídicas que cuidem da proteção das pessoas idosas, inclusive aquelas que tenham essa proteção como objetivo empresarial*”. Isso significa alterar a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), com o acréscimo de um inciso ao art. 5º: “[*Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:*] VI – *a pessoa jurídica que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção à pessoa idosa mediante atendimento, asilamento ou internação de longa permanência*”. E modificar também o Estatuto do Idoso, cujo art. 81 ficaria assim redigido:

“Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
III – a Ordem dos Advogados do Brasil;
IV – a Defensoria Pública;
V – a pessoa jurídica que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção à pessoa idosa mediante atendimento, asilamento ou internação de longa permanência, dispensada a autorização de assembleia se houver prévia autorização estatutária.”

Com teses como esta que tenho a honra de prefaciá-las, percebemos que o Direito ainda tem o que fazer em relação aos idosos, como em relação aos discriminados em geral. Esse modo de reconhecimento e afirmação baseia-se em generalizações, embora deva saber tratar adequadamente as situações reais em sua irrepetível singularidade. Sendo assim, o critério da idade afigura-se-me justificável e o conceito normativo de “velho” pode nada ter de preconceituoso ou de diminuição. Apenas a apreensão jurídica de um fato inexorável.

Inconformado, poeticamente, o protagonista – novamente um velho escritor – de “Memoria de mis putas tristes” (2004)⁵, romance de Gabriel García Márquez:

[...] Nunca he pensado en la edad como en una gotera en el techo que le indica a uno la cantidad de vida que le va quedando. (...) Desde hacía meses había previsto que mi nota de aniversario no fuera el sólito lamento por los años idos, sino todo lo contrario: una glorificación de la vejez. Empecé por preguntarme cuándo tomé conciencia de ser viejo y creo que fue muy poco antes de aquel día. A los cuarenta y dos años había acudido al médico con un dolor de espaldas que me estorbaba para respirar. Él no le dio importancia: Es un dolor natural a su edad, me dijo.
-En ese caso –le dije yo-, lo que no es natural es mi edad.

A velhice será. Ainda que – e tomara que – acompanhada de cada vez melhores condições de vida, para o que o Direito pode prestar sua contribuição. No caso da reflexão teórica proporcionada pela presente tese, contribuição realizada.

Piracicaba, SP, inverno de 2012.

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Docente do Mestrado e Doutorado da Instituição Toledo de Ensino, Procurador Regional da República.

5 Buenos Aires: Sudamericana, p. 13.