

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DO REQUISITO IDADE PARA O CASAMENTO *

MÁRIO ANTÔNIO CONCEIÇÃO

Com a entrada em vigor da Carta Republicana de 1988, todo o ordenamento jurídico que não era incompatível com a nova Constituição passou a existir sob novo fundamento de validade. A doutrina explica o fenômeno afirmando que não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.¹

A Constituição nova *recebe* a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores, se com ela forem compatíveis. É o fenômeno da *recepção*, que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação ordinária.²

A Constituição Federal foi promulgada há mais de cinco anos e continua provocando alterações na legislação infraconstitucional.

É sabido que uma das inovações introduzidas pela Carta Política foi o voto facultativo aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos. Na verdade, o legislador constituinte ao estender este direito aos adolescentes, nessa faixa etária, reconheceu que eles estão aptos a escolherem seus representantes e assim exercem a cidadania.

O legislador constituinte adotou expressamente a idade de dezesseis anos para que uma certa parcela da cidadania começasse a ser exercida conforme dispõe o art. 14, § 1º, II, c, da CF/88.

Oportuno analisarmos o conceito de *direitos políticos* no qual se inclui a noção de cidadania.

* Tese aprovada com emenda aditiva.

1 TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

2 TEMER, Michel. *Op. cit.*

Celso Bastos³ ensina, invocando Pimenta Bueno, que por *direitos políticos* entende-se como sendo “as prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”.

José Afonso⁴ nos fornece um conceito mais complexo e objetivo ao afirmar que “os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: *direito de voto nas eleições*, direito de elegibilidade (direito de ser votado), *direito de voto nos plebiscitos e referendos*, assim como por outros direitos de participação popular: o *direito de iniciativa popular*, o *direito de propor ação popular* e direito de organizar e participar de partidos políticos” (g.n).

Prossegue o constitucionalista escrevendo que a *cidadania* qualifica os participantes da vida no Estado; é o atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Ainda considera o *cidadão* como sendo o indivíduo que seja titular dos *direitos políticos* de votar e de ser votado e suas consequências.

Analisando o alcance dos conceitos acima mencionados verificamos que é de profunda relevância o direito público subjetivo de natureza política conferido pelo constituinte aos maiores de dezesesseis anos consistentes no *direito de sufrágio*, pois aos jovens maiores de dezesesseis anos de idade é dada a possibilidade de participarem nos destinos da coisa pública, de fiscalizarem a atuação estatal, de externarem suas opiniões, enfim, de serem ouvidos e respeitados acerca de suas idéias. Este direito decorre diretamente do princípio de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos. O constituinte reconhece os jovens na idade de dezesesseis anos como cidadãos e lhes outorga o direito de exercerem uma parcela do poder estatal.

Podemos de imediato concluir que aos adolescentes maiores de dezesesseis anos o Estado reconheceu maturidade o suficiente para iniciar o difícil exercício dos direitos políticos. Isto é muito importante, porque, na medida em que o adolescente torna-se cidadão, ao alistar-se, decorrem inúmeras consequências como, por exemplo, adquire legitimidade para ajuizar *ação popular* (art. 5º, LXXIII da CF/88), que é uma das mais importantes garantias constitucionais colocadas à disposição do cidadão, com o fim de buscar-se a anulação de atos praticados pelo Poder Público que sejam *lesivos* ao patrimônio do Estado, dentre outras. Em suma, a Constituição não cingiu-se à fiscalização do patrimônio público por meio de representantes populares; quis fosse exercida também pelo cidadão brasileiro. Erigiu as-

sim cada um dos cidadãos brasileiros, mormente os jovens com dezesesseis anos de idade, em *defensores* do patrimônio público.

Assim, tanto o homem como a mulher podem tornar-se cidadãos a partir dos dezesesseis anos de idade e usufruírem as consequências de tal *status*.

Analisando o preâmbulo da Constituição Federal, vemos que o constituinte adotou a *igualdade* como valor supremo de uma sociedade ao lado de outros, ao dispor:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade...”.

A Constituição cidadã dispõe no Título I – *Dos Princípios Fundamentais* – Art.3º, *os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* que abraçam os princípios de organização da sociedade brasileira, dispondo de forma explícita e peremptória no inciso IV ser um dos *objetivos fundamentais* “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, *sexo*, cor, *idade* e quaisquer formas de discriminação”.

Já no Título II a Constituição dispõe acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo I apresenta os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos começando pelo art. 5º que diz:

“Todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança ...”.

Prossegue a Carta Republicana dispondo no inciso I que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

É nítida a presença do princípio da igualdade em nosso ordenamento constitucional vigente. Como há pouco dissemos, este princípio, além ser um valor ideal do constituinte de 1988, conforme vontade expressa no preâmbulo da Constituição, foi previsto também explicitamente como direito fundamental e individual no art. 5º ao assegurar a *igualdade perante a lei*.

Oportuno tecermos algumas considerações acerca da igualdade prevista na Constituição.

Alguns doutrinadores diferenciam a igualdade no sentido substancial e no sentido formal. A primeira estaria relacionada a um tratamento uniforme de todos homens. Esta igualdade, como bem ensina Celso Bastos,⁵ diz respeito não a um tratamento igual perante o direito, mas a uma igualdade real e efetiva perante os

3 BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 188 et seq.

5 *Op. cit.*

bens da vida. A igualdade no sentido formal é a encontrada em quase todas as Constituições ocidentais, e consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

A igualdade de homens e mulheres já está implícita na idéia de igualdade perante a lei; entretanto o constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, I), que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

José Afonso da Silva⁶ é enfático ao afirmar que não se trata de mera isonomia formal, ou seja, *igualdade perante a lei*, mas de igualdade em direitos e deveres. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens de um lado e mulheres de outro*. Onde houver um homem e uma mulher e qualquer tratamento desigual entre eles, *a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional*.

A igualdade entre homens e mulheres não é absoluta. A própria Constituição prevê certas situações a que a regra supramencionada não se aplica. Não há qualquer contradição nisto, pelo contrário, é técnica constitucional adotar-se tal mecanismo.

Em suma, as discriminações são admitidas desde que feitas pela própria Constituição. Vejamos, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de serviço e de idade que o homem (art. 40, II, e 202, I a III, da CF/88). Essa discriminação encontra amparo na própria Constituição. Ela excepciona a si mesma. Além disso o constituinte entendeu existirem fundamentos fáticos para o descrímen, pois afinal à mulher incumbe as tarefas básicas da casa, pouco ajudada pelo marido, tendo assim uma sobrecarga de serviços maior que os homens. É justo, pois, que seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de serviço e de idade.

A legislação infraconstitucional é diretamente afetada, derogada e até abrogada por essas noções, apesar de muito pouco se falar do alcance e das consequências dos princípios constitucionais diante daquela.

Vejamos a aplicação do princípio da igualdade diante do requisito idade para o casamento previsto no Código Civil.

O Código Civil estabelece, no art. 183, XII, a idade mínima *de dezoito anos para os homens e dezoesseis anos para as mulheres* para a realização do casamento.

O Código Civil foi elaborado em 1916, tendo entrado em vigor somente em 1917. A sociedade modificou-se depois disso. Novos padrões morais surgiram. Novos valores foram adotados. O Estado brasileiro não é mais o mesmo desde àquela época, pois afinal tivemos quase sete Constituições depois da promulgação do Código Civil.

O Estado sob o qual foi elaborado o Código Civil não mais existe; assim o fundamento de validade do Código Civil, conseqüentemente, passou a ser outro conforme escrevemos no primeiro parágrafo. Devemos compreender a legislação infraconstitucional, e aqui inclui-se o estatuto civilista à luz dos valores adotados pela Carta Magna, bem como dos princípios jurídicos nela vigentes, que, em última análise, externa a vontade de um povo de um novo Estado.

A legislação infraconstitucional foi recepcionada, mas sob novo fundamento. Entretanto, o dispositivo civilista supramencionado não encontrou guarida na nova ordem constitucional.

Viola o art. 5º, I, da Carta Magna, como veremos adiante, o dispositivo previsto no art. 183, XII, do Código Civil. Assim deve-se entender que o dispositivo é inválido em parte, e aqui vale ressaltar que não estamos falando de inconstitucionalidade do dispositivo, como sustentam alguns, quando ocorrem situações semelhantes

Na verdade, a inconstitucionalidade de uma lei pressupõe que a mesma tenha sido introduzida no ordenamento jurídico mediante processo legislativo, ou seja, que a norma tenha inovado a ordem jurídica. Já a invalidade de uma norma diz respeito a sua absoluta inexistência, ou seja, é uma norma que não produz efeitos no ordenamento constitucional novo, não porque contraria a norma superior, mas porque não foi recepcionada pela ordem constitucional e, sendo assim, sequer existe no ordenamento jurídico vigente. É indiferente. É letra morta. Isto ocorre, basicamente, quando a Constituição não recepciona por ser ela incompatível com a legislação infraconstitucional vigente sob a égide da antiga Carta.

A Constituição veda qualquer tipo de discriminação quanto a *sexo*. Não podemos nos olvidar de que esta vedação pressupõe que tanto os homens quanto as mulheres estejam diante de uma situação pertinente, por exemplo, a igualdade no lar e na família. Diante disso não há razão para discriminação. Vejamos, entretanto, uma situação em que o homem e a mulher estejam ante um fato que não seja pertinente a ambos, por exemplo, concurso público para provimento de cargo de carreira em penitenciária feminina. Há discriminação entre homens e mulheres nessa situação? Sim. Essa discriminação é autorizada? Nessa hipótese há um nexo lógico e fático para o descrímen, porque há uma finalidade para a discriminação, qual seja, as carcereiras exercerão funções pertinentes às mulheres, tais como: busca pessoal, revista íntima, inspeções em mulheres criminosas. Nessa hipótese o homem e a mulher não se encontram na mesma situação, por isso é razoável a norma discriminatória quanto ao sexo.

Celso Bastos,⁷ de forma aguda, escreve que só tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito. Apesar de a própria lei ter excepcionado a idade e o sexo como elementos discriminatórios para fins de realização do casamento, veri-

⁶ Op. cit.

⁷ Op. cit.

ficamos que essas diferenças são tidas como irrelevantes diante da ordem constitucional. Afere-se a constitucionalidade de uma discriminação analisando-se a finalidade da norma e o elemento discriminador. Assim, se a finalidade não estiver de acordo com as finalidades implícitas ou explícitas da Carta Magna, será inconstitucional. A análise do *discrimen* por si só não é suficiente para reconhecer-se invalidade ou validade da norma.

José Afonso⁸ esclarece que quando se diz que o legislador não pode distinguir isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas q são iguais sob aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que *iguais* podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. Outrora, realmente o legislador ordinário e o Estado consideravam relevante a *idade e o sexo* para a realização do casamento.

Atualmente, em face da evolução da sociedade e dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, não mais justifica-se a discriminação entre o homem e a mulher no que diz respeito *a idade para fins de casamento*. Basta verificar que Constituição de 1988 facultou aos adolescentes maiores de dezesseis anos de idade, seja de que sexo forem, a tornarem-se cidadãos e a exercerem os direitos político que são tidos como os mais importantes que a pessoa tem diante do Estado.

Ora, se a Carta Política fixou como limite a idade de dezesseis anos para início do exercício da cidadania que demanda, maturidade da pessoa, forçoso é concluir que para o exercício dos demais atos da vida privada também *está a pessoa seja ela homem ou mulher*, apta a praticar outros atos, sejam da natureza que forem, tais como o de contrair casamento com a idade de dezesseis anos, na forma d lei.

É oportuno inclusive considerarmos que o legislador ordinário, ao dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente no art. 1º da Lei n. 8.069/90, definiu juridicamente no art. 2º que “Considera-se criança, para os efeitos desta lei, pessoa até doze anos de idade incompletos, e *adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*”.

Verificamos que a própria legislação infraconstitucional reconhece a maturidade do jovem de dezesseis anos. Voltando à análise de ECA, basta olharmos a Seção III, que dispõe acerca Da Autorização para Viajar, e vemos no art. 83 quão importante direito o legislador outorgou aos adolescentes, ou seja, permitiu que o mesmos viajassem por todo o território nacional *sem mais a necessidade de autorização de seus pais e muito menos judicial*. Por que o legislador assim o fez? Por entender que esses jovens já detêm discernimento e maturidade suficientes par exercerem o direito constitucional de locomoção.

As limitações anteriormente impostas acerca da idade e do sexo tinham fundamento na medida em que o legislador entendia que o homem e a mulher eram

diferentes no que tange à maturidade e à consciência, mas hoje, em face dos princípios constitucionais da igualdade, seja na lei ou perante a lei, expressos na Constituição não mais se justifica a discriminação contida no art. 183, XIII, do Código Civil, que exige idades diferenciadas para o homem e para a mulher contraírem matrimônio.

A regra contida no Código Civil deve ser interpretada consoante o princípio da igualdade; assim, podemos concluir que tanto a mulher como o homem podem casar-se com a idade mínima de dezesseis anos. O art. 183, XII, acha-se revogado parcialmente na parte que exige a idade de dezoito anos para o homem se casar.

CONCLUSÃO

1.A legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição e nela buscar seu fundamento de validade.

2.O Estado reconheceu aos adolescentes, maiores de dezesseis anos de idade, *maturidade* para tornarem-se cidadãos e assim exercerem uma parcela dos direitos políticos elencados na Constituição.

3.Invalidade e inconstitucionalidade são conceitos distintos que devem ser analisados a partir da idéia de inovação da ordem jurídica.

4.A Constituição não veda discriminação entre o homem e a mulher, desde que exista nexo de pertinência lógica e fático para o *discrimen*;

5.O dispositivo previsto no art. 183, XII, do Código Civil não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na parte que dispõe acerca da idade mínima do homem para o casamento.

6.A idade mínima para o casamento prevista no Código Civil diante do princípio da igualdade deve ser entendido como a idade de dezesseis anos, seja homem ou mulher.

Referências bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CÓDIGO Civil. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed., São Paulo: RT, 1989.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁸ Op. cit.