

Afetiv(idade): uma questão afeta ao Direito

Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva

RESUMO: O presente artigo apresenta um breve panorama das modificações nos vínculos familiares quando do envelhecimento, estudando como o Direito brasileiro trata tais questões, enfocando principalmente o exemplo da separação obrigatória de bens como oficialização de preconceitos através da lei.

Palavras-chave: envelhecimento; direito de família; regime de bens.

ABSTRACT: *This article presents a brief outline of the changes in the family environment related to the ageing process. It studies how the Brazilian Law deals with these questions, focusing specially on the example of the total separation of marital property, which makes prejudices become official by law.*

Keywords: *ageing; family law; property regime.*

*“Por isso deixo em aberto meu saldo de sentimento,
sabendo que só o tempo ensina a gente a viver”
Paulinho da Viola, “Só o tempo”.*

É a família, durante toda a existência do indivíduo, o núcleo de cuidados e afetos propulsores de suas diversas potencialidades. Ela serve como vínculo que o relaciona à sociedade, constituindo-se de laços de compromisso e lealdade entre seus membros, tanto na linha ascendente quanto na descendente (Leite, 2004; Mello, 2005), sendo reconhecida constitucionalmente (art. 226, Constituição Federal Brasileira) como “base da sociedade”. No atual cenário de profundas modificações

demográficas e marcado envelhecimento da sociedade,¹ vale refletir se as estruturas familiares sofrem abalos.

Associação de tal modo relevante, a família é foco nos debates da ONU sobre o envelhecimento e é também objeto de atenções do Direito. Há, para esse propósito, um ramo específico, o Direito de Família, através do qual o Estado penetra no âmbito doméstico e estipula padrões e regras para essa especial convivência. No entanto, cabe atentar para forma como o Direito tem se posicionado nesse tema de delicadeza e pessoalidade, investigando se tem acompanhado transformações ou resistido com preconceitos.

O idoso em família

Leme destaca que, nos extremos da vida, infância e velhice, pela maior limitação social do indivíduo, a família que o envolve e o assiste tem importância vital. Afirma ser ela tanto um centro de intimidade quanto de abertura e, citando Pedro Juan Villadrich, “não é outra coisa que realizar o nascer, o viver e o morrer segundo aquelas exigências do amor radical, incondicional e devido, derivadas da dignidade pessoal de quem nasce, vive e morre” (2007, p. 218).

Segundo Capodieci, “as necessidades sentimentais” dos idosos permanecem inalteradas: “cada um de nós deseja amar e ser amado, ser útil e independente e sentir o significado profundo que representa a sua existência ao longo dos anos” (2000, p. 22). Todavia, as mudanças biológicas e da fisiologia sexual trazidas pelo envelhecimento, além dos novos papéis que são assumidos nessa etapa da vida, geram insegurança e, por vezes, isolamento:

Essa atitude fisiológica de voltar-se para o interior de si mesmo, nada mais é do que o último ato da busca de sentido da própria

¹ De acordo com o IBGE, “em 2000, segundo o Censo, a população de 60 anos ou mais de idade era de 14.536.029 de pessoas, contra 10.722.705 em 1991. O peso relativo da população idosa no início da década representava 7,3%, enquanto, em 2000, essa proporção atingia 8,6%”.

existência. É a partir daí que a velhice pode representar a ocasião para um renascimento naquela que podemos chamar de a idade dos sentimentos. (Ibid, p. 17)

Não são simples os “rearranjos” demandados pelo processo de envelhecimento e, de modo não infreqüente, o idoso passa a sentir-se “estranheiro” mesmo dentro de casa. O homem aposentado pode ter a sensação de não encontrar espaço ou utilidade no ambiente familiar; a mulher idosa, com filhos criados e o “ninho vazio”,² “pode ter dificuldade para reassumir um papel de esposa, chegando a sobrepor-se àquele tradicional de mãe que a manteve ocupada durante os anos” (ibid., 2000, p. 164).

Aduza-se que a maior longevidade feminina, associada ao fato de que, em geral, homens casam-se com mulheres mais jovens, traz como conseqüência uma longa viuvez às idosas – ressalte-se também que um novo casamento para idosos viúvos é mais comum do que para viúvas. Esse novo estado civil exige mudanças e pode acarretar vulnerabilidade, à medida que a viuvez, eventualmente, impõe às mulheres o dever de chefia de família (Camarano, 2003).

O Primeiro Plano de Ação da ONU para o Envelhecimento (Viena), de 1982, já indicava que as mulheres formariam a maioria da população idosa e as diferenças de longevidade masculina-feminina deveriam causar impactos nas representações familiares, na renda, no sistema de saúde e de seguridade social. O Segundo Plano de Ação da ONU (Madri), em 2002, reforçou o entendimento da necessidade de políticas prioritárias para as mulheres, assegurando, também na idade avançada, sua completa igualdade em relação aos homens, e sinalizou para as diferenças na distribuição do poder econômico e de remuneração, além de disparidades no acesso a capital e tecnologia entre homens e mulheres, denunciando-as como fatores de “feminização da pobreza” (Araújo, 2005).

Além disso, pelo aumento da expectativa de vida, surgem famílias de quatro e cinco gerações, havendo aquelas que, intermediárias, cuidam ao mesmo tempo de seus próprios pais, de seus filhos e de seus netos, embora

² Ainda que o “vazio”, no caso brasileiro, seja temporário, logo preenchido por netos e pelo retorno dos filhos. Ver Camarano (2003).

“à família ampliada anteriormente existente sucedeu a hoje mais comum família nuclear, na qual convivem pais e filhos, sem lugar para a figura dos avós e colaterais. É evidente que nessas condições a assistência ao idoso pode tornar-se extremamente difícil” (Leme, 2007, p. 220). Contudo, para o idoso fragilizado, sobretudo, a família possui relevância fundamental:

É no campo familiar que as pessoas aprendem e desenvolvem suas práticas de cuidado bastante influenciadas por sua cultura. Geralmente, é a família que decide o momento de procurar pelos agentes do campo profissional ou do campo popular e também quem estabelece o contato com esses profissionais. Em alguns casos, o cuidado dispensado pelo membro familiar pode não ser o mais adequado tecnicamente, mas tem uma forte expressão simbólica por envolver vínculos afetivos, alianças e compartilhar uma história. (Santos, 2003, p. 13)

Mister, todavia, não incorrer no erro de desenhar a família como “prestadora de favores” ao idoso, uma equação em que só ele ganha. Transcrevendo trecho do Primeiro Plano de Ação da ONU Para o Envelhecimento (Viena, 1982):

A raça humana é caracterizada por uma longa infância e uma longa velhice. Ao longo da História, isso tem permitido que os mais velhos eduquem os mais novos e transmitam a eles seus valores. A presença de idosos no âmbito doméstico, na vizinhança e nos vários espaços sociais ainda é responsável por ensinar uma lição insubstituível.

De todo modo, grande parte da atenção dispensada à população idosa provém de “cuidadores informais”, geralmente por membros familiares. Dessa maneira, “dada a importância da família como órgão de apoio e saúde, a impossibilidade de o idoso dispor desses recursos poderá levá-lo a situações de morbidades significativas, seja sob o prisma físico, psíquico ou social” (Leme, 2007, p. 222).

Por essa mesma razão, para que se evite a chamada “síndrome de insuficiência familiar” (ibid.), defende-se a legalização de uniões

homoafetivas. Mello, citando a autora do projeto que estabelece a possibilidade de parceria civil registrada entre homossexuais, a então deputada Marta Suplicy:

Os relacionamentos pessoais baseados num compromisso mútuo, laços familiares e amizades duradouras são parte da vida de todo ser humano. Eles satisfazem necessidades emocionais fundamentais e provêem a segurança e aconchego em horas de crise em vários momentos da vida, *inclusive na velhice*. (2005, p. 58, grifos meus)

A importância familiar é ponto de consenso, mas são variadas as configurações possíveis de família na atualidade: há os viúvos, os que nunca se casaram, os homossexuais, os que não tiveram ou já perderam seus filhos, os que não têm mais contato com a família, etc. Glanz (2005), repetindo as previsões “futuroológicas” de Alvin Toffler, registra ainda o modelo das “comunas geriátricas”, em que pessoas idosas, para evitar solidão e estabelecer redes de suporte, passariam a conviver em grupo.

Assim, como dispunha o Primeiro Plano de Ação, em Viena: “a família, *em suas diversas formas e estruturas*, é unidade fundamental da sociedade, conectando gerações, e deve ser mantida, apoiada e protegida” (grifos meus).

A família no Direito brasileiro

Para Caldas, “a partir da Constituição, toda a legislação brasileira aponta a família como responsável pelo atendimento às necessidades do idoso. No entanto, até agora não foi delineado um sistema de apoio às famílias”³ (2004, p. 47). De fato, normas constitucionais e infraconstitucionais transferem à família do idoso o dever de apoio e sustento.

³ Recomendação já feita em Viena, quando do Primeiro Plano de Ação para o Envelhecimento, em 1982: “apoio apropriado para a comunidade, disponível quando e onde necessário, pode fazer a diferença na vontade e na habilidade das famílias para continuarem a cuidar de seus parentes idosos”.

A segunda parte do artigo 229 da CFB trata do dever de amparo dos filhos maiores em relação aos pais idosos, carentes e enfermos; o artigo seguinte, 230 da CFB, dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e garantindo-lhes o direito à vida, e, no §1º, estabelece que os programas de amparo serão executados preferencialmente nos lares dos idosos.

A preponderância do papel familiar é ratificada pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), seja ao declarar que é obrigação da família (sendo co-obrigados, segundo o artigo 3º, a comunidade, a sociedade e o Poder Público) assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (convivência familiar, portanto, equiparada a um direito fundamental); seja quando estabelece, conforme artigo 14, que é da família, em princípio, o dever de sustento do idoso e apenas na hipótese de insuficiência de recursos a imposição desse provimento ao Poder Público; ou, ainda, quando, no artigo 17, coloca os familiares no rol daqueles que podem proceder à opção pelo tratamento de saúde mais favorável ao idoso, caso ele próprio não esteja em condições de fazê-lo; também no artigo 37, garantindo-se ao idoso direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado se o quiser; no artigo 44, ao se assegurar que as medidas de proteção ao idoso previstas na Lei levarão em consideração o fortalecimento dos vínculos familiares; ou mesmo quando tipifica, no artigo 98, como crime o não provimento das necessidades básicas do idoso por aquele que lhe era obrigado a provê-las, e, no artigo 99, prevendo como criminosa também a conduta daquele que, quando obrigado a fazê-lo, priva o idoso de alimentos e cuidados necessários.

Também a Política Nacional do Idoso, Lei 8842/1994, propõe a priorização do atendimento aos idosos por intermédio de suas famílias, o que Santos (2003) identifica como “reprivatização do cuidado” e seu retorno à esfera doméstica.

O modelo exemplar legal de estabelecimento de comunhão plena de vida é o casamento, vínculo fundante da família. O casamento há de ser constituído com base na liberdade e na afetividade, e tem por pressuposto a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. No entanto, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.641, estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos (inciso II).⁴

É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:
I – Das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – Da pessoa maior de sessenta anos; III – De todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Destarte, o período de vida que é comumente associado ao “não sentir”, ao “não desejo”, ao “não querer” (Risman, 2005) parece ser, para o Direito, o período de “não saber” também, haja vista a presumida impossibilidade de compreensão plena dos atos da vida pelo adulto maior de sessenta anos.

Note-se que a capacidade civil do idoso não foi limitada pelos preceitos dos artigos 3º e 4º do Novo Código Civil Brasileiro. Como lembra Couto (s.d), “com sessenta anos é possível uma pessoa se candidatar à Presidência da República do País, mas, no entanto, não pode escolher o regime de bens de seu casamento”. O Código que lhe antecedeu, em vigor até 2002, impunha o dito regime legal para a mulher maior de 50 anos e para o homem maior de 60 anos.

O regime obrigatório baseado na idade contradiz a lógica do Código mesmo, que em artigo anterior, o 1513, estabelece ser vedado a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, considerando ainda, no artigo 1565, que os cônjuges assumem, mutuamente, a condição de consortes, companheiros e são, ambos, responsáveis pelos encargos da família,

⁴ Registre-se o Projeto de lei n. 6960/2002, de Ricardo Fiúza, que altera a idade de incidência do regime obrigatório para 70 anos.

sendo essa obrigação recíproca reforçada ainda no artigo 1566, que estipula como dever mútuo, entre outros, o de assistência, no artigo 1567, estabelecendo que a direção da sociedade conjugal é exercida conjuntamente pelo homem e pela mulher e também no artigo 1568, que os obriga a concorrer, na proporção de seus rendimentos e bens, para o sustento do lar.

Por esse regime, conserva-se a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges, havendo, em verdade, dois patrimônios distintos que não se comunicam. No entanto – o que é objeto de crítica e deste apontamento –, não há nesse caso liberdade de escolha (Braganholo e Linck, 2006), pois o disposto não se dá pela estipulação dos nubentes, na conveniência de um pacto de bens, com possibilidades de formas diversas de elaboração e mesmo modificação ulterior (Art. 1639, §2º); trata-se de regime obrigatório, cuja “razão é proteger os interessados, porque, diz-se, os menores e os idosos são mais suscetíveis aos enganos e, quando têm bens, podem ser induzidos a perdê-los por inescrupulosos” (Glanz, 2005, p. 587).

Risman (2005), citando Vitiello, afirma ser muito comum a associação que a sociedade faz entre a atividade sexual e reprodução, o que dificulta o exercício da troca afetiva após o período da possibilidade de procriação. Os filhos passam a interferir nas vidas dos pais à medida que constroem novos relacionamentos, pretendendo, assim, uma posição de controle alerta à possibilidade de uso do dinheiro da família e dilapidação do patrimônio. Nesse sentido, o expressivo texto de Rubem Alves, de oportuna reprodução:

Mas a beleza dos velhos acaba quando eles se recusam a ser úteis aos desejos dos filhos. Principalmente quando eles começam a ter idéias amorosas. Velho que ama é velho tarado. (...) Velho deve se preparar para morrer e não se meter em ridículas aventuras amorosas! Já pensaram em noite de núpcias de velho? É de rachar de dar risada! (...) O que mais assusta os filhos quando os velhos se metem a arranjar namoradas é o destino da herança. Lembro-me de um respeitável senhor, professor, que viveu uma longa vida conjugal. (“Conjugal”, do Latim, “con” + “jugus”,

canga: aqueles que andam ligados por uma mesma canga). Ficou viúvo. A ausência da canga o tornou eufórico. Começou a arranjar namoradas. Os filhos ficaram muito bravos. Acharam que o velho estava fazendo papel ridículo. E o pior: gastando seu dinheiro com mulher a toa. Convocaram uma reunião de família para recolocar o velho nos trilhos da elegância socialmente aceita. Assentados à volta a mesa os filhos despejaram suas reprimendas contra o velho que tudo ouviu mansamente, sem uma única queixa. Terminada a rodada, dada a palavra ao velho, ele disse só uma frase: “Tenho minhas necessidades afetivas...” E com esse argumento final, que não comporta contestação, levantou-se e deixou os filhos falando sozinhos...

Contra o argumento do “interesse dos filhos”, apresenta-se a leitura do artigo 1523, em seus incisos I e II, pois são causas suspensivas e, portanto, limitantes ao casamento, o fato do viúvo ou viúva não ter feito ainda o inventário e a partilha dos herdeiros, na hipótese de haver filhos com o cônjuge falecido, e também o caso da partilha de bens de casal divorciado ainda não ter sido decidida ou homologada. Assim, reafirme-se, não existindo causas impeditivas ou suspensivas à realização do casamento, não se justifica a restrição imposta ao nubente maior de sessenta anos.

Como consequência desse regime obrigatório, no momento da viuvez, o cônjuge que sobreviver, concorrendo com descendentes, não herdará se foi casado com o falecido em separação obrigatória (art. 1829, I). Vale a ressalva de que o artigo disciplinador dessa matéria, o 1829, é taxativo: a sucessão legítima defere-se aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da separação obrigatória de bens (ao que faz referência, equivocadamente, ao artigo 1640, Parágrafo Único, quando, em realidade, a remissão correta seria artigo 1641) e não no regime convencional de separação de bens, aquele estipulado pelos cônjuges no gozo da liberdade conferida, agora sim, pelo artigo 1640, Parágrafo Único.

Contudo, nada impede que, se determinados bens forem adquiridos pelo esforço comum, o condomínio (co-domínio, propriedade conjunta) seja expressamente estabelecido pelos cônjuges. Braganholo e

Linck esclarecem que “mesmo estabelecido o regime de separação de bens na forma total, plena ou absoluta, não elide o reconhecimento da sociedade de fato, desde que tenha havido esforço comum para formação do patrimônio; caso contrário, poderia ser considerado enriquecimento ilícito” (2006, p. 88).

Ao cônjuge sobrevivente restará sempre o direito de herdar, qualquer que seja o regime de bens, o imóvel destinado à residência da família, um direito que não cessa nem com o posterior casamento ou união estável do cônjuge beneficiado; trata-se da estatuição do “direito real de habitação”. Pela previsão legal, não se extingue o direito ainda que se extinga a viuvez, o que enseja questões intrincadas: “se este cônjuge sobrevivente, que se recasou, vier a morrer, não terá direito real de habitação o viúvo ou a viúva que ele deixou? Se a resposta for positiva, não se estará perpetuando o benefício, em detrimento dos outros herdeiros?” (Velooso, 2003, p. 284).

Considerações

O Direito não cuida apenas de dados objetivos através de mecanismo repressivo; ele se importa com subjetividades, já que tem também como função a integração social e o estímulo a agrupamentos colaborativos. Para tanto, um ramo específico do Direito, o Direito de Família, ocupa-se de variados aspectos envolvendo relações familiares como uniões, casamentos, divórcios, adoção, paternidade, acordos pré-nupciais, custódia de filhos e mesmo regime de bens. É, assim, um segmento bastante delicado, tratando de questões íntimas e emocionais.

Para o idoso, a família constitui importante rede de apoio e é, tradicionalmente, o ambiente onde o convívio intergeracional se realiza. Nesse momento da vida, são múltiplas as mudanças no âmbito doméstico e o Direito, outra vez mais, não se alheia a isso, sendo numerosas as disposições na legislação brasileira sobre as relações e obrigações familiares relativas aos idosos.

No entanto, a limitação da liberdade do adulto maior de sessenta anos de contrair matrimônio, através da presunção de incapacidade e da

imposição de regime obrigatório de bens, é um exemplo de como o Direito pode reforçar a associação vulgar de que “velhos não sabem o que dizem”, colonizando o cotidiano e perpetuando mitos.

Tal obrigatoriedade de regime de bens a casamento, em que um dos nubentes seja maior de sessenta anos, mesmo estando ele devidamente habilitado, naturalmente em idade núbil, livre de causas suspensivas ou impeditivas, restringe o direito de propriedade e desconsidera o princípio da afetividade e a supremacia da autonomia da vontade em relação à “negócios emocionais”.

A Assembléia Geral da ONU fixou, em 1991, os Princípios das Nações Unidas para o idoso, quais sejam: dignidade, auto-realização, assistência, participação e independência. Considerar o discernimento prejudicado pela idade é atentar contra esses princípios internacionalmente apregoados, violar um objetivo fundamental e constitucional da República Brasileira (Art. 3º, III: “promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) e oficializar o etarismo.

Seguindo o preceituado no Primeiro Plano de Ação da ONU (Viena, 1982), é fundamental que governantes, legisladores, pesquisadores, mídia e o público em geral mudem o olhar em relação ao idoso, abandonando a perspectiva de mera “proteção e cuidado” e privilegiando o envolvimento, a participação e a valorização de suas escolhas – principalmente as afetivas.

Referências

- ALVES, R. (s.d). Carta aos filhos de pais velhos. Disponível em: <http://www.portaldoenvelhecimento.net/acervo/cronicas/cronicas11.htm>. Acesso em: 15 fev. 2007.
- ARAÚJO, A. C. (2005). *O direito do idoso na ordem internacional: uma contribuição ao ideário gerontológico, a partir dos planos de ação de Viena e Madri*. Monografia de conclusão de curso em Direito. Universidade da Amazônia.

- BRAGANHOLO, B. e LINCK, E. (2006). O critério legal de regime de separação obrigatória de bens do casamento dos maiores de sessenta anos: desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade. *Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano*, jan./jun., pp. 85-97.
- CALDAS, C. (2004). “Cuidado familiar: a importância da família na atenção à saúde do idoso”. In: *Saúde do idoso: a arte de cuidar*. Saldanha e Caldas. 2 ed. Rio de Janeiro, Interciência.
- CAMARANO, A.A. (2003). Mulher idosa: suporte familiar ou agente de mudança? *Revista Estudos Avançados*, n. 49, pp. 35-63.
- CAPODIECI, S. (2000). *A idade dos sentimentos: amor e sexualidade após os sessenta anos*. Bauru, Edusc.
- COUTO, L. (s.d). *Regime patrimonial de bens entre cônjuges e direito intertemporal*. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/artigos.view.asp?idArtigo=39>. Acesso em: 7 fev. 2007.
- GLANZ, S. (2005). *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil*. Rio de Janeiro, Renovar.
- IBGE. (2002). *Perfil dos Idosos Responsáveis pelos Domicílios*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>. Acesso em: 15 fev. 2007.
- LEITE, I.L. (2004). *Gênero, família e representação social da velhice*. Londrina, Eduel.
- LEME, L. E. (2007). O idoso e a família. In: *Tratado de Gerontologia*. 2 ed. São Paulo, Atheneu.
- MELLO, L. (2005). *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro, Garamond.
- ONU. (s/d). Vienna International Plan of Action on Ageing. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/ageing/ageing/ageipaa.htm>. Acesso em: 1 jun. 2006.
- (2002). *Madrid International Plan of Action on Ageing 2002*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/ageing/waa/a-conf-197-9b.htm>. Acesso em: 1 jun. 2006.
- RISMAN, A. (2005). Sexualidade e terceira idade: uma visão histórico-cultural. *Textos sobre envelhecimento*, v. 8 (jan.-abr.), n. 1, pp. 89-115.

SANTOS, S. M. A. (2003). *Idosos, família e cultura: um estudo sobre a construção do papel do cuidador*. Campinas, Alínea.

VELOSO, Z. (2003). Do direito sucessório dos companheiros. In: *Direito de Família e Novo Código Civil*. 3 ed. Belo Horizonte, Del Rey.

Data de recebimento: 16/2/2007; Data de aceite: 3/4/2007.

Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva – Advogada, especialista em Geriatria e Gerontologia pela Unati/UERJ, mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. E-mail: hilton.Anna@gmail.com