® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A mediação no confronto entre direitos e deveres

Giselle Groeninga*
Maria Berenice Dias**

O começo

O impulso dos seres vivos - não só dos seres humanos - de viver em pares sempre existiu, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão à solidão, a ponto de ter-se por natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso.

A vida aos pares, mesmo sendo um fato natural, tem uma forte conotação social e cultural. Ainda que decorra de uma relação biológica, tem uma estruturação psíquica, atendendo à incompletude inerente ao ser. A família existe antes e acima do Direito como lugar ideal e real. Como ensina a Psicanálise, ela é constitutiva do ser humano, responsável pelo desenvolvimento da possibilidade de pensar e de sentir; é lugar de desejos e de sonhos, conscientes e inconscientes.

A Igreja e o Estado, organizações que deveriam atender às necessidades e aos desejos humanos, muitas vezes invertem e pervertem suas finalidades, utilizando-se da dose de fragilidade e insatisfação que sempre acompanha o desejo, sobretudo os desejos inconscientes. Nessas situações, observa-se a tentativa de apropriação de um sistema pelo outro. Ao invés de atender às necessidades dos indivíduos, apropria-se de seus desejos e afetos, criando o que se acredita serem suas necessidades.

A Igreja, diante desse fenômeno, transformou o casamento em um sacramento perpétuo e voltado exclusivamente à função reprodutiva. O Estado viu a família como uma verdadeira instituição, acabando por pontificar no art. 226 da Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A tentativa de apropriação das relações de afeto agrava-se na medida em que o Direito atenta mais no interesse estatal do que no de seus cidadãos, buscando controlar as suas relações de ordem pessoal. A organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, à qual é transmitido o encargo da formação dos cidadãos de amanhã - tarefa que acaba quase sempre onerando exclusivamente a mulher - face ao histórico descomprometimento tanto do homem como das entidades públicas e entes governamentais com o futuro da sociedade, que são as crianças e os jovens de hoje. A paternidade, por

definição avalizada pela mãe, é transformada, ou melhor deformada, em fenômeno objetivo, buscando expurgar seu caráter afetivo-relacional.

É na família que os infans (sem fala) encontram a segurança necessária a seu desenvolvimento e os adultos procuram espaço privilegiado de viver seus afetos e também esconder suas fragilidades, dentro da fronteira do privado. É lugar de busca de felicidade e proteção. Assim, a família é estruturante do indivíduo e das relações entre estes, para o que é fundamental a diferenciação das funções e da hierarquia entre pais e filhos. A confrontação entre gerações, a competição, o amor e a agressividade fazem, necessariamente, parte do universo familiar. A família representa, de certa forma, um espaço de proteção do privado frente ao público. Apesar de sempre sofrer a influência do meio social mais amplo, os sistemas utilizam-se das características da família e dos indivíduos para sua constituição e o atendimento de seus interesses.

O próprio Direito procura enquadrar tudo na moldura legal. O interesse na manutenção do casamento, sua exaustiva regulamentação pela via legislativa, levou, em um primeiro momento, à consagração de sua indissolubilidade, ao regime da comunhão universal de bens e à identificação da unidade familiar pelo nome do varão. Daí a obrigatória adoção do nome do marido, a relativização da capacidade da mulher por ocasião do casamento, relativização inclusive no que tange à sua sexualidade, mulher e mãe eram tidos como sinônimos. Reproduziu o legislador civil de 1916 o perfil da família do início do século: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.

Tal o interesse na mantença do casamento, que, mesmo após o advento da Lei do Divórcio, impede a lei sua dissolução. Em não havendo consenso entre as partes, imperiosa a identificação de um culpado, sendo assegurada exclusivamente ao "cônjuge inocente" legitimidade para buscar o desfazimento do vínculo.

Essa ao certo é a razão de, no âmbito jurídico, serem estabelecidos deveres e assegurados direitos aos cônjuges, que talvez sejam estranhos e até contrários à realidade da relação afetiva vivenciada. Não é outorgada ao par a liberdade de estipular os encargos que queiram assumir nem prever direitos sobre que entendam poder dispor. Se houvesse a possibilidade de flexibilizações na previsão de direitos e na imposição de deveres, mais de acordo com a realidade dos nubentes, provavelmente profundas seriam as diferenças entre o que seria convencionado entre as partes e as regras que lhes são impostas.

O descompasso entre as leis objetivas que regem o casamento e as regras que norteiam as relações de afeto decorre da tentativa do Direito de englobar em um único e uniforme sistema legal mais do que suas ferramentas de conhecimento permitem. Faltam instrumentos para a tradução dos desejos e dos sentimentos. A definição dos lugares e a atribuição das funções que são estabelecidas em uma família fazem parte da esfera de privacidade do vínculo. São os pactos que dão sentido ao relacionamento, inexistindo qualquer possibilidade de interferência externa que as possam delinear de antemão.

Embora a família tenha passado por grandes transformações, deixando de ser primordialmente núcleo econômico e de reprodução, sua função básica é a de propiciar a segurança para que seus membros possam estruturar a personalidade, desenvolver suas

identidades, inclusive a sexual, prover seus recursos pessoais, afetivos e relacionais, intelectuais, pautados no respeito às suas diferenças. As formas sob as quais os vínculos se estabelecem são várias, podendo ter um caráter mais ou menos consciente e de trocas mais ou menos saudáveis, enriquecedoras ou empobrecedoras. Não se pode selecionar, expurgar possibilidades afetivas, sob o risco de ter-se uma visão repressora ou mesmo um mero modelo para satisfação imediata, ou ainda gerar um ideal de amor incondicional.

Há uma constante interação entre o sistema familiar e o social, havendo um processo de retroalimentação, de influências recíprocas que obedece a leis que se modificam com o correr da história. Todas as estruturas que evoluem no tempo sofrem modificações quanto ao seu funcionamento. Por conseqüência, as relações precisam ser constantemente reajustadas, repensadas.

Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida ou estrutura o vínculo conjugal. Além de seus aspectos inconscientes, é simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal.

Deveres e direitos são intrínsecos a qualquer relação humana, como derivados culturais e sociais das leis primeiras - as da constituição da família que fundam o humano e o simbólico. São os interditos da proibição do incesto, do canibalismo e do parricídio que se traduzem nas diferenças quanto ao exercício da sexualidade, quanto à hierarquia e quanto à proibição da violência. Leis que fundam e protegem a família e impelem seus membros nos sentido da formação de novas famílias, da exogamia e da convivência em sociedade.

Cabe ao Direito proteger as relações de modo a assegurar a vida. Vida em sentido amplo, de todas as suas formas de organização. No que diz respeito às relações entre as instituições e a família, é fundamental reconhecer que há momentos em que tais estruturas, por vezes, seguem caminhos diversos ao objetivo que estava presente quando de sua constituição. É nesses momentos que as relações precisam ser repensadas.

Sem qualquer atenção à realidade ou questionamento sobre a aceitação de encargos, ônus ou obrigações, o art. 231 do Código Civil elenca direitos e deveres e os submete aos cônjuges a partir da celebração do casamento. Até quando se trata de uma união estável - nome instituído pela Constituição Federal para os vínculos que se formam sem a chancela legal - o art. 2º da Lei nº 9.278/96 estabelece regras que devem vigorar entre os conviventes, sem atentar no fato de terem eles optado por viver sem a interferência estatal.

O fim

Mesmo que estejam estabelecidos amplos direitos e rígidos deveres, não há como exigir o adimplemento de tais obrigações em juízo.

Cabe trazer como exemplo a fidelidade recíproca. É o direito/dever primeiro previsto para os cônjuges, talvez face ao princípio da monogamia, que rege as relações familiares - ainda que exista tal imposição aos conviventes que entretêm uma união estável.

Tão impositivo é esse dever, que a própria lei penal consagra o adultério como delito (art. 240 do Código Penal). Porém, mesmo sendo a fidelidade um requisito de ordem essencial e primordial, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, não resta afetada a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Não há notícia de alguém ter buscado o seu cumprimento durante a constância do casamento, ou que tenha sido proposta alguma ação buscando exercitar tal direito. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não-fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao vencido?

Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal. Seria de admitir-se que deixou de existir o dever de fidelidade ou o direito de exigir, o que se tem como o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Por outro lado, deixaria de haver a possibilidade de buscar-se a separação se não estabelecido em lei esse direito-dever ou dever-direito dos consortes?

Se a imputação da culpa pelo descumprimento de algum dever não permite buscar seu adimplemento durante a constância do vínculo matrimonial, servindo tão-só de fundamento para pedir a separação, imperativo é concluir-se que os direitos e deveres estabelecidos para vigorarem durante o casamento servem somente como justificativa para fundamentar o pedido de separação.

Mas cada vez mais vêm a doutrina e a jurisprudência - atentando na realidade social e muito à frente da estática legislação - desprezando a perquirição da culpa para chancelar o pedido de separação. A matéria já vem sendo reiteradamente sustentada em sede doutrinária e em vários julgamentos, no sentido de que basta um dos cônjuges ter por insuportável a vida em comum para dar ensejo ao rompimento do casamento, sendo despicienda a comprovação da culpa de qualquer deles pelo fim do vínculo afetivo. Essa postura acabou prevalecendo ao menos no Tribunal gaúcho, que abandonou a vã tentativa de punir alguém, passando a considerar dispensável a perquirição da culpa, sempre de difícil comprovação, uma vez que a separação de fato já revela a falência da arquitetura conjugal, não sendo preciso avançar em outra motivação, pois traduz a ruptura do afeto e do amor. Como assevera Luiz Edson Fachin, não tem mais sentido averiguar a culpa como motivação de ordem íntima, psíquica.

Segundo tal postura, que vem-se solidificando, basta a simples manifestação de vontade de um para ensejar o término do casamento, sem a necessidade de imputar ao outro a responsabilidade pelo fim do amor. Vincular a separação ao rígido pressuposto da identificação de um responsável justificava-se no sistema originário do Código Civil, que consagrava a insolubilidade do vínculo matrimonial, que sequer o desquite desfazia.

No entanto, mesmo após a consagração do divórcio, que autorizou o rompimento do vínculo matrimonial, permaneceram hígidos direitos e deveres a serem adimplidos pelos ex-cônjuges, e isso até depois da cessação do casamento. Cabe lembrar o dever de mútua

assistência. A obrigação alimentar não cessa se houver a impossibilidade de um de prover a própria subsistência e a possibilidade do outro de alcançar-lhe auxílio. Aos partícipes dos vínculos desfeitos são estabelecidos direitos e impostas obrigações também em relação à prole comum. Ao cônjuge que não detém a guarda, em geral o pai, são reconhecidos direitos estranhamente nomeados como de visita e impostas obrigações exclusivamente de ordem material, acabando por ocorrer, freqüentemente, o abandono aos filhos. Nesses casos, é como se o homem ficasse com seu capital afetivo livre para constituir novas relações e formar nova família. Já a maternidade, fato objetivo, tende a ser transformada em amor incondicional, aliado à idéia do sacrifício da sexualidade em benefício da disponibilidade em criar os filhos.

O meio

Como ocorre um descompasso conceitual e temporal na legislação, como as relações sempre encontram-se à frente do que é legislado, difícil se torna a tarefa do magistrado para cumprir seu papel de prestar a jurisdição - juris dictio -, isto é, dizer o direito.

Faltam instrumentos ao Judiciário para lidar com a esfera afetiva e psíquica dos afetos e desejos e com a esfera psicossocial (papéis e funções) dos vínculos desfeitos. Nesta sede é que a mediação pode dar sua melhor contribuição, pois vem resgatar o indivíduo e suas responsabilidades. Ajuda a entender o sentido dos direitos e deveres em nível legal e sua tradução para a esfera das relações familiares. À medida que estas ficam mais claras para as partes, também se clarificam para o Estado, assim como as responsabilidades deste para com os indivíduos.

As pessoas, por meio da mediação, têm a oportunidade de distinguir o lado emocional e o lado econômico da situação. A mediação serve para diminuir o descompasso entre o nível jurídico da distribuição de direitos e deveres, o nível sócio-psicológico dos papéis e funções, bem como o desequilíbrio econômico e psicológico dos afetos. Contribuindo para a conscientização do par, resta facilitada a execução dos acertos feitos, diminuindo a distância entre a sentença e o que é negociado entre as partes.

Mesmo os direitos e deveres sendo uma imposição legal das leis da organização familiar, quando o conflito chega ao Judiciário não mais há a possibilidade de levar-se em conta o contrato inicial, de base afetiva, da constituição da família. A mediação, ao confrontar as modificações do passado e ensejar sua transposição para o presente, oportuniza que a composição seja encontrada por ambos. Permite a reorganização das relações de modo a contemplar o futuro.

Ao ser discriminado o conflito familiar, as partes conseguem compreender o verdadeiro sentido de seus sentimentos, podendo ocorrer a revalorização da esperança. Resgatado o interesse pessoal, ficam ambos menos centrados e mais livres para ganhar a consciência não só das responsabilidades que lhes competem como das que competem às outras instituições. O problema, atualmente, é o de fazer compreender, de conscientizar, como dizem muito bem nosso amigos sul-americanos. A essa tarefa não convêm ações por demais teatralizadas, porém verdadeiras campanhas de explicação. Temos necessidade de

mediadores sociais que não procurem conciliar a todo preço, nem tampouco polarizar a todo preço, mas que ajudem cada indivíduo a reconhecer seu adversário....Mas o mediador social também é aquele explica ao anarquista a necessidade e o sentido do ingresso na instituição.

A mediação é um complemento ideal de auxílio à Justiça, principalmente na área de Direito de Família, em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social. Ao auxiliar na reorganização da vida, na retomada da auto-estima, propicia o trânsito entre o objetivo e o subjetivo.

Conforme Águida Arruda Barbosa, a Mediação Familiar é uma inovação sobre o "como". "Como" evitar a escalada do confito, "como" restabelecer uma comunicação interrompida, "como" apoiar a procura de uma reestruturação. E "como" os operadores do Direito podem se preparar para atuar nos conflitos de família com mais dignidade e respeito pelo sofrimento e pela angústia humana.

O recomeço?

No atual estágio das relações afetivas, em que fundamental é a absoluta lealdade recíproca - viés que deve pautar todos os relacionamentos -, lealdade que também deve estar presente no exercício da responsabilidade parental conjunta, função necessariamente complementar, que deve continuar após a ruptura do casal conjugal. Função fundamental tanto para os filhos quanto para os pais, que, carregando o ônus da culpa, podem perder, sem o saber, importante fonte de auto-estima e de realização.

Mas quando ainda pode existir um projeto de comunhão de vidas, uma identidade de propósitos, a mediação pode representar a possibilidade do questionamento do exercício dos papéis, da identificação dos direitos e da reformulação dos deveres. Quem sabe a mediação consiga levar à reestruturação da relação por meio do desmantelamento do conflito crônico, discriminando as questões emocionais das jurídicas e permitir que uma nova relação seja construída.

Se os direitos e deveres fossem flexibilizados de acordo com o convencionado entre o par, ou se - e é isto que a mediação se propõe - fossem asseguradas a ambos as condições para se considerarem como autoras de suas próprias vidas, profundas seriam as diferenças.

Talvez esteja na hora de abandonar-se a expressão "cônjuge", que tem origem na palavra jugum, nome dado pelos romanos à canga que prendia as bestas à carruagem, daí o verbo conjugere designar a união de duas pessoas sob o mesmo jugo, a mesma canga. Talvez seja o caso de resgatar-se a palavra "amante", que significa tanto a pessoa que ama como quem é o objeto do amor de alguém, expressão que melhor identifica a razão de as pessoas ficarem juntas, ou seja, porque se amam.

Em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor se os relacionamentos nada mais fossem do que um ninho, em que se estabelecem laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo, pois, como diz Michele Perrot, O que se

gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor. Belo sonho.

*Psicanalista-Mediadora - Coordenadora do Núcleo de Mediação Interdisciplinar - IBDFam/SP
**Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-RS; Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Disponível em:
<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=467>. Acesso em: 29 mai. 2007.