

## **A IMPORTÂNCIA DA CO-MEDIAÇÃO NAS QUESTÕES QUE CHEGAM AO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **Eliana Riberti Nazareth**

Psicanalista, terapeuta de família e de casal e mediadora. Mestranda em Psicologia Clínica na PUC/SP. Vice-presidente do CEREMA - Centro de Referência em Mediação e Arbitragem. Coordenadora do Projeto de Implantação dos escritórios de mediação comunitária nos Centros de Integração e Cidadania - CIC - do Estado de São Paulo. Membro do IBDFAM/SP. Membro do Fórum Mundial de Mediação.

### **Lia Justiniano dos Santos**

Advogada e mediadora. Presidente do CEREMA - Centro de Referência em Mediação e Arbitragem. Coordenadora associada do Projeto de Implantação dos escritórios de mediação comunitária nos Centros de Integração e Cidadania - CIC - do Estado de São Paulo. Membro do IBDFAM/SP.

"Três paixões simples, irresistivelmente arraigadas em mim, governaram minha vida: a necessidade de amor, a sede de conhecimento e uma dolorosa comunhão com todos aqueles que sofrem".

**Bertrand Russell, Autobiografia**

### **Introdução**

Abordaremos, nesta breve comunicação, as vantagens da aplicação da co-mediação interdisciplinar e as particularidades desse modelo que pressupõe a atuação conjunta do profissional da área jurídica e do profissional de saúde mental, especialmente o psicanalista, ambos com formação em mediação, na condução dos conflitos dos quais se ocupa o Direito de Família.

### **Por que um novo modelo de Mediação?**

Há uma primeira e grande dificuldade na execução desta proposta, pois é difícil conseguirmos um entendimento comum em relação ao uso da terminologia e dos conceitos propriamente ditos, enfim uma formulação própria e adequada. É na elaboração teórica que se situa a grande dificuldade da formulação interdisciplinar.

A fim de situarmos a problemática: diz-se a respeito que a metodologia interdisciplinar corresponde ao convívio de diferentes ciências ou disciplinas com campos diversos, objetivos próprios e métodos específicos. Ressaltamos que o ponto de convergência das distintas áreas que intervêm num trabalho interdisciplinar, no caso a co-mediação, é o objeto de estudo comum representado pelo conflito, pelo "caso concreto"

Consideramos a interdisciplinaridade não um conceito teórico, mas prática individual. Como prática individual não pode ser aprendida, apenas exercida. Ela é fruto de um treinamento contínuo, de um afinamento sistemático de estruturas mentais o que pode ser demonstrado na descrição do trabalho realizado num caso levado à mediação no qual, durante todo o tempo, as duas vertentes, a emocional e a jurídica, são contempladas em uma intervenção integrada dos dois mediadores.

É difícil situar, senão no concreto, dentro de uma perspectiva histórica, com medida de tempo e espaço, o objeto da nossa comunicação - a contribuição dos profissionais das áreas jurídica e da psicanálise.

Dentre os principais MESC's - Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias -, a Mediação é o que oferece a menor intromissão. Diferentemente dos outros dois principais institutos, a Conciliação e a Arbitragem, a Mediação é o método que mais habilidade e destreza exige do profissional que a pratica, visto que, nos conflitos, sobretudo os que envolvem questões de família, estão presentes, invariavelmente e com o mesmo grau de importância, o plano material e o emocional.

O intercâmbio entre os profissionais do Direito e os profissionais de Saúde Mental,

especialmente aqueles com formação psicanalítica, propicia não só uma melhor compreensão dos diferentes níveis dos conflitos, mas também promove uma aproximação entre afeto e razão, mundo interno e mundo externo, realidade psíquica e realidade material, conceitos usualmente pensados dicotomicamente.

## **À guisa de reflexão**

A demanda que chega ao Judiciário é não só de regulação e disciplinamento dos direitos e, por conseguinte, das relações sociais, mas de proteção e reconhecimento dos indivíduos que estão por trás das ações judiciais.

O 'Estado-Lei' tem sido chamado a regular a existência e coexistência dos indivíduos de uma maneira que transcende sua capacidade não só material quantitativa, mas qualitativa, pois a ele chegam demandas de mitigação de conflitos que não precisariam nem deveriam lá chegar por fazerem parte de movimentos internos de modificação e reordenamento dos indivíduos e das estruturas sociais. No exercício de suas funções, o Estado-judiciário replica com respostas normativas, as quais, em tais casos, são sentidas por quem as recebe como algo distante de suas narrativas.

## **Como bem nos mostra Antonio Cezar Peluso,**

"ora, porque é ciência normativa, ou prática, que figura um dos vários processos de adaptação social, o Direito serve a garantir as condições básicas da coexistência social e a realizar o projeto histórico de convivência ética, regulando a ação humana mediante prescrições (normas) inspiradas pela observação da experiência (fatos sociais), segundo certa ordem de fins vigentes em dada sociedade (valores). Por isso, no projeto de compatibilizar, à luz de ideais éticos, o exercício das liberdades, trabalha com dados que refletem todas as vivências importantes da pessoa humana, mas dos quais também se ocupam, com espaço e métodos próprios, as chamadas ciências empíricas.

O Direito Positivo não é, contudo, revelação teológica, senão reconstrução semântica, na medida em que as normas, contidas virtual e basicamente nos textos legislativos (expressão gráfica de mensagens), só se constituem como tais quando se tornam, pela interpretação, conteúdos significativos re-conhecidos pelo espírito pensante do destinatário (intérprete), defronte à realidade física que tendem a reger. E esta tarefa, a produção do significado, como condição necessária da aplicação normativa, a qual é nada mais nada menos que a conformação do mundo físico às prescrições jurídicas, envolve toda a pessoa do intérprete e, portanto, a cultura, a condição econômica, as paixões, as inclinações profundas, enfim, o seu modo de ser. Tal é a razão por que os resultados dos experimentos hermenêuticos nem sempre coincidem com as induções sustentáveis a partir da observação científica das pessoas e das relações sociais".

As pessoas que procuram o Judiciário usualmente o fazem em estado de grande sofrimento. Se, de um lado, o Estado-juiz é de fundamental importância para dar parâmetros às pretensões dos indivíduos, pois como ressalta Sidnei Beneti "por intermédio do processo jurisdicional, realiza-se o acesso à ordem jurídica justa mediante a garantia de ingressar com o processo em Juízo e obter em breve espaço de tempo a manifestação jurisdicional em prol de quem tenha razão", de outro, como já salientamos, a vertente emocional, de pessoas em estado de aflição, não é contemplada.

"Já ninguém é dono de verdades absolutas a respeito do Homem, se é que seja este suscetível de verdades absolutas. De modo que tentar compreendê-lo em estado de sofrimento, como costuma apresentar-se aos profissionais do Direito, nos conflitos que lhe vêm da inserção familiar, é tarefa árdua e, para usar de paradoxo, quase desumana, porque supõe não apenas delicadeza de espírito e disposição de ânimo, mas preparação intelectual e técnica tão vasta e apurada que já não entra no cabedal pretensioso dalgum jurista solitário.

E o que a prática tem, com certa coerência, comprovado, é que os operadores jurídicos (advogados, juízes e promotores), menos por desinteresse que pela desproporção da obra perante a natural estreiteza da formação acadêmica, já não conseguem alcançar, no ofício, os aspectos mais íntimos e as causas mais profundas dos conflitos familiares e, por conseguinte, não lhes podem descobrir nem predicar soluções jurídico-normativas que correspondam à complexa natureza das demandas. Não é demasia afirmar que, pela multiplicidade de suas

perspectivas analíticas, as questões de família já não podem obter respostas adequadas nos acanhados limites técnicos da dogmática jurídica" (PELUSO, idem, 7).

Poderíamos talvez dizer que, nas questões de família a atuação do Judiciário é, pois, distante, por tratar-se de um tipo lógico diferente das narrativas dos indivíduos envolvidos nos conflitos.

Segundo a Teoria dos Tipos Lógicos, proposta por Russel e Whitehead na introdução do Principia Mathematica, "deve-se distinguir dentre uma classe (conjunto) e os elementos desta classe. Um enunciado referido a uma classe manifesta um nível superior de abstração - em outras palavras, é de um tipo lógico superior - que um enunciado referido aos elementos de uma classe ou conjunto" (Simon, 1996: 419) . A não diferenciação de tipos lógicos no discurso ou tratamento dos fenômenos está na base da formação dos mal-entendidos.

Isto implica que normas jurídicas genéricas nem sempre atendem interesses específicos, pois são de um tipo lógico superior a eles, isto é, de um nível diferente de abstração e, quiçá, não seja de todo inexato dizer que mesmo o Direito de Família sendo o Direito das especificidades das relações humanas tem a possibilidade de não atingir, ou atingir parcamente, as necessidades e anseios exclusivos.

## **Contribuições da Psicologia e da Psicanálise**

A Psicanálise permite-nos entender o lugar simbólico que ocupam, nas relações humanas, cada um dos representantes sociais, entre eles, os profissionais da área jurídica.

Uma das maiores dificuldades para qualquer profissional que lida com pessoas em crise - e aqueles que se dirigem ao Judiciário para dirimir seus conflitos estão, antes de mais nada, enfrentando uma crise de maior ou menor magnitude -, é posicionar-se adequadamente.

Tal dificuldade decorre sobretudo de dois fatores. O primeiro se deve ao fato de que os indivíduos em crise estão psicologicamente regredidos, comportando-se de modo irracional, imaturo e aparentemente incompreensível, "convocando" os profissionais que os atendem a exercer funções egóicas de reflexão, ponderação, consideração, prudência e bom senso, as quais sentem-se impedidos de desempenhar. Isto comumente gera expectativas de atuação além do conveniente e oportuno. O segundo fator, decorrente do primeiro, se deve às repercussões no mundo interior, na mente, na subjetividade do profissional, das expectativas projetadas neles pelos atendidos.

Devido a complexos e profundos mecanismos de funcionamento psicológico, o profissional impulsionado por essas pressões, pode, não raro, se sentir premido a tomar decisões e a fazer sugestões que nem sempre são apenas fruto das necessidades apresentadas. Há inúmeros fatores subjetivos, verdadeiros "ruídos interiores" que, estimulados por essas projeções podem levá-lo, sem que tenha plena e total consciência de seus motivos ocultos, a agir. Há aí, um sutil desliz que pode se materializar em, por exemplo, petições e arrazoados baseados mais em um costume social aparentemente aceito e menos nas necessidades e possibilidades do caso.

A Psicanálise nos permite também compreender como se dá a comunicação humana em um contexto de significados emocionais latentes apenas vislumbrados e intuídos pelo pensamento objetivo. É na subjetividade das relações humanas que as mensagens comunicacionais adquirem sentido.

A comunicação humana compõe-se de aspectos verbais e não-verbais. Ambos são importantes para que a comunicação se dê de forma eficaz e eficiente. Porém, o aspecto não-verbal é dominante, não raro decisivo para a maneira como a mensagem será assimilada e a como reagir-se-á a ela. Pesquisas demonstram que 93% da comunicação são compostos pelo aspecto não-verbal e somente 7% pelas palavras, sendo que dos primeiros, 58% são relativos a expressões faciais e 35% a gestos e prosódia, isto é, entonação, ritmo, articulação de palavras etc. A importância do aspecto não-verbal da comunicação é maior nas crises emocionais e sociais. Indivíduos em crise ficam mais sensíveis e atentos ao como as palavras são ditas do que propriamente a o quê é dito.

Para entender e intervir de modo eficiente, o mediador pode se beneficiar enormemente da compreensão da linguagem não-verbal, da utilização adequada dos vários tipos de perguntas e das técnicas de escuta dinâmica.

## **Contribuições do profissional da área jurídica**

Esta - a contribuição do profissional da área jurídica - vem neste momento da História, atrelada

ao modelo conciliatório e à sua introdução para a resolução dos conflitos. Modelo conciliatório com o significado de harmonização, de pacificação dos litigantes, no qual estão inseridos os MESCs e entre estes, a Mediação.

Até nossos dias, o mundo ocidental, no qual estamos inseridos, conheceu e aplicou o modelo adversarial. Neste, a resolução dos conflitos se dá pelo Judiciário, através da aplicação da Lei ao caso concreto. Cabe ao juiz interpretar e aplicar a Lei.

Ao privilegiar o modelo conciliatório o profissional da área jurídica amplia seu espaço de atuação. Há uma mudança de enfoque. E a solidão que sempre o acompanhou no exercício profissional não tem mais razão de ser.

A adoção do modelo conciliatório vem fundada na máxima, sempre citada pelo Prof. Kazuo Watanabe, pela qual acesso à justiça, que é garantia constitucional, difere de acesso à jurisdição e deve significar acesso à ordem jurídica justa, tendo como objetivo a pacificação dos litigantes.

Nesse sentido, buscamos traduzir, na prática, a mudança de enfoque que o modelo conciliatório introduz no tratamento de um conflito que geraria um litígio de separação judicial (divórcio) litigioso ou consensual.

### **Resumidamente, teríamos:**

Abandono do Modelo adversarial e opção pelo modelo conciliatório:

#### 1. Modelo adversarial

##### A) Separação litigiosa

###### I - foco

- ganhar a causa
- enquadramento legal da pretensão
- formar o convencimento do juiz
- sanção como fator de cumprimento da decisão

Examinemos o conflito já transformado em litígio judicial. Teremos enfoques diversos ao considerarmos que o conflito foi encaminhado ao Judiciário por meio de uma ação de separação judicial litigiosa ou de uma ação de separação judicial consensual.

Na separação judicial litigiosa, ambas as partes se colocam em campos opostos, são representadas e falam através de seus respectivos advogados, tendo cada qual como objetivo, obter uma decisão judicial favorável à sua pretensão, ganhar a causa.

Há por parte do advogado a adequação do que pretende o seu cliente ao que vem previsto na lei. É o enquadramento legal da pretensão da parte. A partir desse enquadramento legal, a versão da parte é submetida à redação técnica e levada ao Judiciário através do que se denomina petição inicial.

O pedido formulado pelo autor, tal como a resposta do réu contrapondo-se ao pedido do autor, deve vir acompanhado de provas documentais. Além destas, as partes devem requerer e produzir todas as provas que forem necessárias com o objetivo de formar o convencimento do julgador, isto é, convencer o juiz de que tem razão e deve ganhar a causa.

A sentença, ao decidir a ação, deve impor sanções ao que perde para obrigá-lo a cumprir a decisão judicial.

Em seguida, vamos considerar aspectos que caracterizam o modelo adversarial na condução do processo judicial. Resumidamente temos:

#### II - Como é constituído

- a versão da parte é adotada como verdade
- o uso de medidas cautelares
- o uso de questões processuais para obter vantagens na condução da ação judicial
- escolha dos remédios jurídicos dissociada da perspectiva do acirramento do conflito
- a visão que a parte tem do conflito fica em segundo plano
- partes falam através dos respectivos advogados
- aumento do conflito determinado pela terminologia utilizada nas peças processuais que tem como destinatário o juiz e como objetivo fazer prevalecer a versão de uma das partes do conflito convertido em litígio judicial

- perícia psicossocial

A versão de uma das partes é tomada como verdade, desconsiderando-se a outra.

Com o objetivo de celeridade, há cada vez mais o uso de medidas (cautelares e antecipação de tutela) que acelerem a tomada de decisão a favor de uma das partes, com a obtenção vitórias parciais.

Temos ainda dentro desse modelo, caracterizando-o e diferenciando-o do modelo conciliatório:

- o uso de questões formais relativas ao processo e não ao conflito em si, para obter vantagens na condução da ação judicial;
- a escolha dos remédios jurídicos não leva em conta a possibilidade de seu acirramento;
- o conflito não é levado à decisão do juiz, mas sim, aquilo que é passível de ser enquadrado nas normas legais;
- as partes sempre falam pelos respectivos advogados;
- o acirramento do conflito, determinado pela terminologia utilizada nas peças processuais que têm como destinatário o juiz e com o objetivo de fazer prevalecer a versão de uma das partes do conflito aqui convertido em litígio judicial;
- a perícia psicossocial que vem sendo adotada pelos julgadores como subsídio técnico para que o juiz forme o seu entendimento a respeito do caso e não como fator e motivo de decisão do conflito.

## B) Separação consensual

### I - Foco

- busca por cada uma das partes dos seus direitos
- prevalece a objetividade em detrimento da subjetividade

A ação de separação judicial consensual, sob o modelo adversarial difere do acordo ou da resolução do conflito através da mediação. Como acentuamos, as partes buscam os seus direitos e não enfocam os seus interesses. Prevalece a objetividade em detrimento da subjetividade. Por tais razões, não é incomum que novos ou o mesmo conflito tome novas roupagens e reapareça entre as partes.

### II - Como é constituído

- um advogado que representa ambas as partes ou dois advogados que falam por seus clientes
  - a escolha do advogado único normalmente feita pela parte que vai pagar os honorários e despesas
  - possível desequilíbrio de poder entre as partes não é trabalhado e pode se acentuar
  - terceiro oculto que aconselha uma das partes
  - enquadramento legal do conflito
  - o acordo é redigido pelo advogado e submetido a cada uma das partes para aprovação normalmente em separado
  - uso de critérios pessoais e de padrões jurisprudenciais nas soluções propostas pelo advogado
- Inúmeras características que são acima apontadas repetem os mesmos vícios do processo litigioso, no processo consensual, dificultando e mesmo impedindo a resolução do conflito e o cumprimento voluntário do acordo homologado judicialmente. A participação das partes na resolução do conflito e na elaboração do acordo nem sempre é ampla e fica normalmente subordinada ao aconselhamento e diretiva do advogado. O conflito fica adstrito ao seu enquadramento legal. Tendo os advogados que representar e defender o respectivo cliente ou mesmo ambos os clientes não há espaço, nem meios para recompor a comunicação e o equilíbrio entre o casal que se separa.

## 2. Modelo Conciliatório

### A - Foco

- consenso a partir dos interesses de cada uma das partes, enfocando a solução possível
- abarcar o conflito de forma integral, na sua objetividade e subjetividade
- responsabilidade das partes no cumprimento do acordo

Diversamente, o acordo obtido através do modelo conciliatório, no caso pela mediação, tem condição de ser voluntariamente cumprido pois espelha o entendimento e o consenso a que chegaram as próprias partes, a partir de seus interesses enfocando o possível. O conflito pode ser integralmente trabalhado, inclusive os conflitos latentes. Há tempo, meios e disposição para

isso.

#### B - Como é constituído

- o mediador conhece o conflito através da versão de ambas as partes
- o aconselhamento jurídico é substituído pelo esclarecimento das conseqüências jurídicas
- soluções propostas são testadas e discutidas em conjunto pelo casal com a ajuda do mediador
- a confiança é estimulada
- o equilíbrio de poder entre as partes pode ser trabalhado
- a sanção passa a segundo plano como fator de cumprimento das cláusulas do acordo
- é estimulada a responsabilidade das partes e o cumprimento voluntário do acordo
- o acordo é formulado pelas partes segundo seus critérios pessoais.

Da mesma forma, o método e os instrumentos usados são inteiramente adequados à resolução do conflito e ressaltam a ineficiência dos recursos empregados no modelo adversarial. Os itens elencados no quadro-resumo acima, por si só demonstram o grau de eficiência da mediação na elaboração da proposta de acordo e na conseqüente resolução dos conflitos decorrentes da separação de casais.

#### **Considerações finais**

Como vimos, a resposta judicial isolada é, pois, inadequada às questões que chegam ao Direito de Família.

Como recomenda Wittgenstein na proposição de número 7 de suas proposições principais do *Tractatus lógico-philosophicus*, 1921, "sobre aquilo de que é impossível falar deve-se calar". A cultura do conflito observada, não raras vezes, no discurso jurídico adversarial, na verdade, só aumenta a litigiosidade.

A lide sociológica que sustenta a lide judicial de família, se não desfeita corretamente, transforma-se em litigiosidade contida. A tradução dos conflitos psicossociais em linguagem processual não atende e nem pode atender necessidades básicas humanas de reconhecimento e proteção, por pertencer, como vimos, a um tipo lógico diverso.

O mesmo não ocorre com a Mediação Interdisciplinar. Método de solução pacífica de conflitos, permite a atenção próxima e individualizada aos litígios de família, podendo mesmo preveni-los. Fenômenos de mesmo tipo lógico, porque os acordos participativos que dela resultam são fruto da vontade dos que disputam. "A funda pesquisa de soluções jurisdicionais cíveis realizada pela Canadian Bar Association destacou-a como forma a ser enfatizada para ao acesso à Justiça, ao lado do acesso à Justiça por intermédio do acesso ao processo".

