

## MEDIAÇÃO E CONHECIMENTO ESPECÍFICO

*Des. Antonio Carlos Esteves Torres*

As pessoas que têm condição de perceber as alterações introduzidas no ordenamento jurídico nacional, através dos procedimentos legislativos, sabem que a dinâmica da elaboração das leis no cenário brasileiro, contemporaneamente, atravessa período inquieto, com projetos de alta carga política, a cercear prerrogativas e construir possibilidades de manipulação de poder e alterações sociais, como se oferecem a estudos os que alteram o sistema trabalhista, o abuso de autoridade, e o que adapta o teatro previdenciário do país à turbulência econômica atual.

Embora a manter-se prudente distanciamento de análises de mérito político, não há quem deixe de concordar, teórica e doutrinariamente, que nem sempre as alterações introduzidas no tecido jurídico põem à mostra, de imediato, os respectivos efeitos, que só se fazem sentir na atmosfera diluída do cotidiano do cidadão, que dela passa a tomar conhecimento através de sinais objetivos e concretos, como alteração de preços ou escassez de produtos e serviços, as consequências inflacionárias, especialmente.

O tema é longo e complexo. A amplitude dos meios tecnológicos de informação não permite que a influência psicossocial desses fenômenos jurídico-econômicos deixe de frequentar as fontes produtoras dos impactos culturais, que recrudescem, mais e mais, a árdua tarefa dos julgadores e demais encarregados de ministrar remédios destinados à solução de conflitos naturalmente daí advindos.

Vejam que nem sempre a elaboração de uma lei ou a conclusão de acordo de propósitos dispensam análise interpretativa da vontade do legislador ou das partes em tratativas negociais. Não raro, o operador da máquina legislativa ou os negociadores de seus próprios interesses acabam dizendo menos do que queriam ou mais do que pensavam desejar. Há equívocos interpretativos históricos, como o da extinção da escravatura, construtora de uma liberdade inviável; o comando plutocrático dos Códigos, comercial, civil, penal, da centúria retrasada; a regulação

econômica de sempre, sempre longe dos resultados longínquos da igualdade inalcançada; a agitação da Lei do Divórcio, que, mesmo eliminados os ridículos das limitações quantitativas do uso do instrumento, ainda hoje convulsiona hostes religiosas e leigas da sociedade. Em estudo sócio-jurídico, ainda em andamento, livre dos percalços congressuais de costume, conclui-se que o período do regime de exceção logrou atuar com rapidez regulatória de resultados impensáveis para o decorrer de espaços de normalidade política, se é que, em alguma altura da vida brasileira, a expressão pôde ser considerada completamente adequada. Ainda aqui, vale a lembrança de que as assertivas são lançadas em caráter descritivo unicamente, sem julgamentos que excedam a observação notória do exercício de chusmas desavergonhadas e cínicas, cuja especialidade é a prática da corrupção.

Todo e qualquer cidadão, especialmente os que são chamados a intervir na solução de conflitos, aumentados pelo estado geral da sociedade e pelo esgarçamento ético, haverá de convir quanto à evidente lassidão moral que comanda fatos e feitos nacionais presentemente. Nem a Carta Política está integralmente apta a desempenhar seu papel sobranceiro perante o conjunto legislativo que lhe é infraestante. Quase uma centena de emendas só não a descaracteriza como Lei Fundamental, porque subsistentes princípios inarredáveis próprios de texto constitucional: a garantia do sistema de governo; a observância dos poderes do regime republicano; a evidência dos direitos fundamentais.

Com estas observações, alguns desejos oníricos se tornaram utópicos e se desfizeram, como a fórmula de achismo demagógico dos juros anuais de 12%, produto de uma política descomprometida com as bases da teoria econômico-financeira; a obstinada tentativa de manutenção de conceitos desligados da realidade, inúteis diante de instrumentos técnicos, como os de exame de DNA, que praticamente eliminaram a possibilidade de dúvidas quanto à paternidade; ou de mudança de comportamento com respeito às relações familiares, a partir das transformações redesenhadas pelo art. 226 da Lei Maior, além da disseminação da nuvem de ignorância com que a condição humana das tendências homossexuais são tratadas, por mentes retrógradas e às vezes temerosas da autorreferência, que, ao fim de tudo, põem os analistas diante dos desafios ditados pelas filosofias rompedoras dos dogmas envelhecidos.

Todos têm alguma noção de que o sistema oficial de fazimento de justiça se encontra estrangido por diversos motivos, que vieram a produzir o fantástico algarismo de mais de centena de milhões – centena de milhões – de feitos distribuídos no Brasil. O quantitativo, diante da lógica, impede que haja velocidade adequada à busca da prestação jurisdicional, o que, na realidade, não comporta o pior das graves consequências. Muito pior do que a pontual insuficiência da velocidade processual está a não consecução do ideal de justiça.

Efetivamente, não é um problema de fácil solução. Ao menos a curto prazo. Certamente, se trata de um entrave a exigir plano de Estado e não só de governo. De alguma forma, com a participação do Poder Judiciário, a quem cabe a iniciativa da lei Complementar que dispõe sobre o seu Estatuto, os concursos para ingresso na Magistratura têm-se repetido com a frequência possível; as adaptações legislativas para as mecânicas julgadoras acompanham o desenvolver da sociedade; temos um Código Civil que respeita a efetividade e a ética; a recuperação da empresa precede a antiga prioridade do destino falencial, irreversível; na esteira dos objetivos ditados pela política utilizada por modernos baluartes da processualística, acaba de entrar em vigor um novo Código de Processo Civil, promovendo as dinâmicas de solução de conflito, com maior celeridade, escoimando o preconceito impeditivo do uso dos meios alternativos – ADR -, como se conhece na sigla em inglês.

Lembre-se que, além do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de ameaça ou lesão de direitos, no art. 3º, do CPC, que marcha ao lado do art. 5º, XXXV, da CRFB, há expressa previsão dos meios alternos de composição de divergências, dentre os quais se destaca a mediação, objeto de estímulo à decisão de desavenças, e de obrigatório uso, como se extrai dos artigos 165 e 334, do diploma de ritos, Lei nº 13.105/2015, de franca exortação dos litigantes a solverem seus desencontros, sem agravar o cenário processual quantitativo que impede o verdadeiro fazimento de justiça.

A Lei nº 13.105/2015, o novo CPC, como expressamente se revela na exposição de motivos que a introduz, pretende “converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou conciliação”. Nessas linhas, o Judiciário passou a considerar a arbitragem, a

mediação e a conciliação, embora esta, também e desde sempre, dever do magistrado (art. 125 CPC/1973 e 139, CPC/2015), fortes aliados contra o excesso que o afoga, como de amplo e geral conhecimento.

É bem de ver que, ainda hoje, a Magistratura, e mesmo o cidadão, ainda não oferecem à sistemática o mais completo prestígio, dela não fazendo o uso de sua integral potencialidade. O avanço, ao menos em termos de normas, é evidente, a partir da Lei nº 9.307/96 (arbitragem), com alargamentos ditados pela Lei nº 13.129/15; Lei nº 13.140/15, disciplinadora da mediação, cujo emprego passa a ser obrigatoriamente considerado, nos termos do CPC vigente, nos artigos 3º, §1º e 2º; 165/175; 334, §1º e 2º.

A lei criadora da mecanicidade mediadora dispõe no parágrafo único do art. 1º - “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Os princípios que regem a mediação, ainda de acordo com o constante da Lei nº 13.140/15, são a imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade, boa-fé.

Embora o sistema admita que as partes elejam qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, desde que capacitada a mediar, o mediador judicial, além de capaz, deve estar graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior, de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, que tenha obtido capacitação em entidade de formação de mediadores, reconhecida pela ENFAM ou Tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça.

Neste particular das exigências, os valores éticos e intelectuais se agigantam incomensuravelmente. Os profissionais do ramo serão imparciais e atuarão dentro dos critérios da confidencialidade. O que lhes for transmitido só em razão dos fins específicos do caso será usado, o sigilo é irreversivelmente obrigatório.

O conhecimento da técnica que envolve o tema objeto da controvérsia é indispensável. Só pode auxiliar em circunstâncias de controvérsia material quem tiver o domínio teórico e prático do assunto. Em determinada ocasião, o mediador,

no uso da técnica psicológica, obteve dos desavindos, pai idoso e filhos, que procuravam dissuadi-lo de unir-se a uma jovem colaboradora do lar, pronto acordo que envolveria a venda, a ser concluída com a morte do proprietário, o pai, sem saber da inutilidade da composição, em vista do expresse impeditivo do art. 426, do Código Civil, “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Os caminhos da moderação vão avançando com algum vagar. No entanto, observem-se as palavras do Senhor Desembargador Cesar Cury, cuja experiência jurídico-profissional o habilita ao exercício prático-teórico das soluções consensuais de conflitos, como esclareceu em entrevista comemorativa de um ano de administração da AMAERJ, sob a batuta da Magistrada Renata Gil: a essência da prática é restabelecer “a empatia entre agressor e vítima e fazer com que cada um se ponha no lugar do outro. Restaura a dignidade de cada um e a relação. Não quer dizer que voltem a ficar juntos ou amigos, mas volta a existir respeito”.

Nesta entrevista, o magistrado apresenta a ambiência em que a metodologia se desenvolve, com plena consciência de que há “desconhecimento da eficácia e, em razão disso, alguma resistência. O juiz é formado para ser julgador, atuar na adversidade. É uma mudança de paradigma atuar na consensualidade. Hoje, o processo não é a única solução. O meio do processo é impróprio, inadequado para tratar certos conflitos”.

Em qualquer das situações, o mediador, bem como o juiz, precisa estar atento para apreender as circunstâncias de ordem subjetiva que envolvem as partes e singram entre os interesses dos desavindos, razoáveis ou não, justos ou não, e as posições das quais os litigantes não se afastam sob qualquer custo.

Para esta etapa da abordagem, o ideal seria que os mediadores tivessem habilitação em psicologia, o que nem sempre é possível. José Maria Rossani Garcez, no seu ADRS, Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, Ed. Lumen Juris, 2013, pág. 56/58, discorre sobre as mais diversas teorias da ciência psicológica, para aliviar o espectro da profissionalidade do ramo, trazendo a opção de Maslow, ao método mediador, que, em 1954, “sugeriu que as necessidades das pessoas repousam numa hierarquia. As necessidades biológicas básicas de sobrevivência, como as de alimentos e água, formam a base da pirâmide, enquanto que as necessidades psicológicas, como a de amar, constituem um nível

superior. Uma pessoa que não tenha preenchido suas necessidades básicas físicas e de segurança não pode alcançar o estágio superior. A pessoa que pode satisfazer a todas as suas necessidades possíveis simultaneamente se **autorrealiza**".

Todos sabem que os magistrados fluminenses se aprimoram através de diversos cursos realizados pela EMERJ. O CEDES vem cumprindo seu papel, centralizando estudos atualizadores das ideias inovadoras. As estratégias de gestão, em todos os níveis, incluindo servidores, em geral, incluem a prática de novas mecânicas, como ocorreu com os litígios consumeristas e, agora, com as diversas palestras sobre os meios alternativos de solução de conflitos. A dinâmica administrativa, em certa altura, exigiu o uso da coragem, como se verificou na transformação das Varas de Falências e Concordatas em Varas de Direito Empresarial, estimulando a especialização em propriedade industrial (marcas e patentes); Direito Marítimo (praticagem, acidentes, comando, transporte); Direito do Autor (plágio); sociedades e sociedades anônimas (instituição, espécies, sócios).

Como se vê, entre as relações de múltiplas configurações e aspectos, familiares; empregatícias; consumeristas; contratos de grande espectro, como o caso "Oí", ainda em andamento, tudo a compelir a que julgadores e mediadores, para melhor exercer suas funções, estudem e se preparem, de modo a garantir o pleno conhecimento das matérias e das gentes, em direção ao melhor auxílio, na composição de controvérsias, o que exige, muitas das vezes, sabedoria.

Dentre as relações que mais reclamam a atuação dos mediadores estão as de natureza social, dada a imensa rede que envolve tratativas e convivências. Desde que as pessoas se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e partilha de resultados, até o ponto em que resolvem, de comum acordo, dissolver a entidade que também se extingue por tempo determinado percorrido, por falta de condições constitutivas, especialmente a **affectio societatis**, ou determinação legal. Os artigos 981 e 1.033, do Código Civil, oferecem as bases para a espécie, e, na vida do contrato, os episódios são múltiplos e diversificados, obrigando a que, em caso de desavença, o julgador ou o mediador estejam habilitados a lidar com a situação.

A natureza das sociedades em geral tem um imenso grau de complexidade, cabendo não esquecer que, em termos constitucionais, é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, cuja ordem, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, se dirige à garantia da existência digna, conforme os ditames da justiça social, mediante a salvaguarda dos princípios que regem a soberania nacional; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego.

Tem-se, portanto, que ao se constituir uma sociedade, o intento se projeta nesta gama fundamental de valores, o que torna obrigatória a manutenção da iniciativa, por interesse individual e social. Eis por que as dissoluções e transformações organizacionais não se dão sem a observância de comandos diversos de diversos caracteres, cujo conhecimento é obrigatório para quem se dispõe a julgar, conciliar ou mediar.

Dissoluções ou transformações, uma vez constituída a sociedade, mediante contrato específico, obedecem aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo, como se extrai da dicção expressa do art. 1.113, do Código Civil. A transformação não prejudicará, em qualquer caso, o direito de credores (art. 1.115, do Código Civil).

Assegurado o direito dos credores, terceiros, nos casos de dissolução ou transformação de sociedades, importa examinar a natureza constitutiva da organização, pessoal ou de capital. Em muitos casos, como se prevê no art.1.033, IV, do Código Civil, a falta de pluralidade de sócios leva à dissolução do empreendimento. O mesmo resultado ocorre - ainda que a pluralidade legal esteja observada, (excluamos do raciocínio a empresa unipessoal, como a prevista pela Lei nº 12.441/2011) -, quando a existência de um determinado quantitativo ou membro especialmente habilitado na constituição societária seja imprescindível (empresa aérea constituída por um piloto e dois mecânicos não sobreviveria sem o piloto habilitado, por exemplo); a retirada do sócio se converte em fato que transcende o direito, ainda mais se o retirante se comprometeu a prestar sua colaboração por tempo determinado, ou, em caso de prazo não estipulado, não avisa no devido tempo de sua saída.

A fórmula constitutiva ou de transformação é um contrato que se submete aos princípios insculpidos especialmente nos artigos 422 e 427, proibitivos de comportamento desconcertante do que se propôs ou concluiu. A ética me impede de trazer nomes ou fatos. Mas, durante minha vida profissional, elaborei, praticamente sozinho, teses, para as quais, ao término, contei com ligeira colaboração de outro escritor, que publicou o trabalho em seu nome tão somente. Este exemplo simplório e que já vence quarto de século, ao menos, se presta a configurar a situação de quem se aproveita do prestígio alheio, muito comum no plágio, para proveito próprio. Como se verifica nos dispositivos apontados, os princípios da boa-fé da probidade são obrigatoriamente observados desde a conclusão preliminar da proposta, até a sua execução.

Não raro, a mecânica transformadora acaba por revestir-se do manto da desigualdade. Uma ou mais partes, antes que prazos e períodos amadureçam, dão a largada no procedimento de reestruturação individualizada, mantêm todo o prestígio angariado pela entidade transformada, impedindo a sobrevivência ou o bom sucesso dos restantes remanescentes, sem forças para reconstituir seus elementos de empresa.

O uso de meio insidioso para desviar clientela; aproveitar-se de nome comercial, trazendo para ganho próprio o prestígio de que não pode valer-se, por lei ou obrigação contratual; explorar conhecimentos ou informações, angariados via de enleio, são modalidades de concorrência desleal, crime cujo tipo está largamente previsto no art. 195, da Lei nº 9.279/96. Sem o conhecimento destas circunstâncias e suas consequências penais, o mediador estará desguarnecido de elementos capazes de municiar as partes com dados que as tornem capazes de compor sua vontade, com plenitude de consciência.

Guardadas as devidas proporções, o cenário dos casos da espécie, que se repetem, é de tal gravidade que chegam a alterar conceitos e entendimentos jurisprudenciais. Tira-se de trabalho de Márcio Tadeu Nunes, jovem jurista, valioso lembrete sobre a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima, porque, tratando-se de SA, enfeixada em grupo familiar, incidiu-se em quebra da *affectio societatis*, por improdutividade, inexistência de lucros:



Assim, hoje a posição dominante do STJ defende a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima. A esse respeito, vejamos o Resp. nº 111.294, relatado pelo Ministro Barros Monteiro ([www.bicharalaw.com.br](http://www.bicharalaw.com.br)):

DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DE DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. SÓCIOS MINORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da affectio societatis conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido”.

Para que se torne mais claro o pensamento sobre a relação entre sócios e sociedade, vale a lembrança de que a inventiva transgressora da boa ordem se renova, no sentido de aproveitamento das organizações para fins ilícitos de autoaproveitamento. É o caso que resulta na desconsideração da personalidade, cujo repertório de manobras e estratégias não tem fim.

Houve algum tempo para que as mecânicas sutis de abuso de poder chegassem aos termos de configuração legislativa como, hoje, se recolhe do art. 50, do Código Civil: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no

processo, que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios de pessoa jurídica”.

Nessas linhas de considerações de ordem constitucional e principiológica, abrem-se os caminhos dos fins sociais da propriedade e dos contratos, entre eles os constitutivos e transformadores das sociedades. O ordenamento jurídico atua sob a capa de valores que se amoldam ao universo da Carta Magna e convida julgadores e outros fazedores de justiça ao aprimoramento intelectual e prático de seu mister a corroborar as sendas por onde transita este sagrado objetivo, tudo para evitar que planejamentos normalmente inseridos na vida da estruturação empresarial se transformem em estratégia de abominável enriquecimento ilícito, provocador da desigualdade.

Só o profissional experiente e dono de cabedal significativo de conhecimento específico pode exercer sua função apaziguadora de conflitos.