

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MEDIAÇÃO

Um exercício da autonomia privada
com fundamento no princípio da confiança

TARCÍSIO BATTÚ WICHROWSKI

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre sob orientação da Profa. Judith H. Martins-Costa e co-orientação da Profa. Vera Maria Jacob de Fradera.

PORTO ALEGRE, FEVEREIRO DE 2002

“A dissertação, de caráter eminentemente didático, representa treino de iniciação à investigação, de forma que a sua elaboração não levará em conta que a investigação científica se concretize na comunicação de uma teoria nova, ou nova explicação e interpretação de fatos dentro da originalidade que norteia a tese doutoral. É estudo recapitulativo, analítico, interpretativo a respeito de um tema bem específico e delimitado. Aliás, a noção de unidade do tema decorre da própria palavra de origem, que subentende o estudo de um tema restrito, ou, como pretende a “American Library Association”, *“é um tratado sistemático e completo sobre um assunto particular, usualmente pormenorizado no tratamento, mas não extenso no alcance”*.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “A *Monografia Jurídica*”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1987, página 7.

RESUMO

O “*contrato de mediação*” não é objeto de regramento no direito positivo brasileiro. Trata-se de um conjunto de atos nascidos da autonomia privada, da confiança, da boa-fé e que são efetivamente praticados no âmbito social. Sua validade decorre da inexistência de impedimento legal sempre que se tratar de objeto lícito, possível, determinado ou determinável e não proibido em lei, para que as pessoas físicas quanto jurídicas, desfrutem de ampla liberdade para praticar atos lícitos capazes de ingressarem no mundo jurídico, sejam eles um poder derivado da lei ou por ela assegurado. A prática da mediação deriva dos usos e costumes que tomam maior incremento nas economias em desenvolvimento e, particularmente, nas concentrações urbanas onde é mais agudo o processo das alterações sociais e econômicas, ademais em face da globalização e da competitividade internacional, geradoras de instabilidade e do desemprego formal.

Por outro lado, a prática da mediação como meio na solução de conflitos interpessoais, afetivos e relacionais, de forma não litigiosa, consensual, responsável, com baixo custo financeiro e econômico, baseada na autonomia privada, na confiança e na boa fé, constitui relevante meio de solução dos conflitos.

A presente dissertação tem por finalidade, de um lado, estudar o denominado “*contrato de mediação*” exclusivamente no direito civil brasileiro, e, doutro lado, a mediação como solução das controvérsias interpessoais.

SINTESI

Il “contratto di mediazione” non è oggetto di regola nel diritto positivo brasiliano. Trattasi di un insieme di atti nati dell'autonomia privata, della fiducia e della buona fede che sono effettivamente praticati nell'ambito sociale. Sua validità decorre dall'inesistenza dell'impedimento legale ogni volta che si tratta di oggetto licito, possibile, determinato o determinabile e non vietato nella legge, per che le persone fisiche quanto giuridiche, possono sfruttare d'una ampia libertà di praticare atti liciti capaci di entrare nel mondo giuridico, siano loro uno potere derivato della legge o per essa assicurato. La pratica della mediazione deriva dei usi e degli abitudini che prendono maggior incremento nelle economie in sviluppo e, particolarmente, nelle concentrazioni urbani dove è più acuto il processo delle modifiche sociali ed economiche, oltre a ciò in face della globalizzazione e della competitività internazionale, generatrici dell'instabilità e della disoccupazione formale.

D'altra parte la pratica della mediazione come mezzo nella soluzione di conflitti interpersonali, affettivi e relazionali, in maniera non litigiosa, consensuale, responsabile, con basso costi finanziario ed economici, fondato nella autonomia privata, nella fiducia e nella buona fede, costituisce rilevante mezzo nella soluzione dei conflitti.

La presente dissertazione ha come scopo studiare da una parte il “contratto di mediazione” esclusivamente nel diritto civile brasiliano, e, dall'altra parte la mediazione come soluzione delle controversie interpersonali.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	6
PRÓLOGO	7
INTRODUÇÃO	9

1.^a Parte

A: O CONTRATO DE MEDIAÇÃO	16
<i>a) Atividade do mediador</i>	17
<i>b) A dogmática da mediação</i>	25
<i>c) Mediação e figuras afins</i>	37
B: A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS	48
C: A AUTONOMIA PRIVADA	52
D: O MÉTODO DE TRABALHO	58
E: O MEDIADOR	70
F: CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS EMPREGADAS	71

2.^a Parte

A: A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM OUTROS RAMOS DO DIREITO	74
B: A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS RELACIONADOS À Esfera Do Direito Do Trabalho	77
C: A SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE ORIGEM FAMILIAR POR VIA DA MEDIAÇÃO	88
CONCLUSÕES	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109
JURISPRUDÊNCIA	117

LISTA DE ABREVIATURAS

AG – Agravo de Instrumento

AGA – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento

AGRAG – Agravo Regimental em Agravo Regimental

CC – Código Comercial

CCB – Código Civil Brasileiro

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

RE – Recurso Extraordinário

RESP- Recurso Especial

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

TACSP – Tribunal de Alçada Cível de São Paulo

PRÓLOGO

A presente dissertação tem por finalidade, de um lado, estudar o denominado “*contrato de mediação*” exclusivamente no direito civil brasileiro, e, doutro lado, a mediação como modelo na solução extrajudicial das controvérsias de pessoas e de grupos.

O plano está dividido numa parte geral introdutória, na qual é feito o traçado do “*contrato de mediação*” e da mediação como modelo alternativo na resolução de conflitos.

A primeira parte analisa o denominado “contrato de mediação” nos seus variados aspectos, caracteristicamente como modelo negocial pela atividade do mediador. Coleciona-se a doutrina, o direito comparado e a jurisprudência, com distinção das figuras afins. Na seqüência, é analisada a “mediação de conflitos” como modelo jurídico, suas origens e desenvolvimento, utilização em diferentes culturas, institucionalização e doutrina. Fundamentando esses dois modelos, é estudada a autonomia privada ou poder de disposição que se justificam pelo princípio da confiança.

Na segunda parte, são examinadas, com breves referências, a utilização da mediação noutras áreas de interesse das pessoas e instituições e as aplicações práticas da mediação de conflitos no direito do trabalho e no direito de família.

Finalmente as conclusões, bibliografia e jurisprudência utilizadas nesta dissertação a respeito da mediação.

O tema desta dissertação teve início no estudo do “*contrato de mediação*”, do qual esta matéria evoluiu para a mediação de conflitos, cujo interesse releva, sobremaneira, em face do princípio da autonomia privada assecuratória do direito de as pessoas comporem extrajudicialmente os seus interesses em geral e, tempestivamente, os seus litígios.

No que respeita ao segundo aspecto, a matéria é atual e ingressou em nosso país com vitalidade, constituindo-se num segmento que, a par do interesse acadêmico, é agilizado por todos quantos se dedicam à solução das controvérsias entre pessoas e grupos.

INTRODUÇÃO

Mediar é estar entre duas partes, dois pontos distintos, duas épocas, duas pessoas, etc. O termo “*mediação*”, do latim “*mediare*”, mediar, dividir ao meio, repartir em partes iguais, comporta múltiplas acepções, entre estas, as de caráter religioso, político, social, no direito internacional público, processual e jurisprudencial.

O termo “*mediação*” é também utilizado na doutrina e na jurisprudência, o que conduz à conveniência da sua distinção com as figuras afins. Corroborando esta afirmação, em pesquisa desenvolvida em 76 (setenta e seis) acórdãos, o “Supremo Tribunal Federal – STF”, demonstra que o termo “*mediação*” é também utilizado para indicar a necessidade da “*mediação legislativa*”, ou seja, a necessidade da prévia edição de lei pelo Poder Legislativo para a solução do conflito judicial.¹

O que há de novo na mediação é a sua atual utilização como instrumento de autocomposição das controvérsias interpessoais (físicas ou jurídicas). Esta é a novidade que surge na “*pós-modernidade*” gerando mudanças paradigmáticas², em razão do crescimento dos direitos sociais, da

¹ São exemplos os RE-186594/RS, de 28-04-95, RE-170131/RS de 08-02-94, RE-203539/MG, de 25-02-97, RE-160969/SP, de 25-02-97, RE-203280/RS, de 22-04-97, RE-175349/SP, de 25-02-97, RE-206465/RS, de 25-05-97, RE-211128/RS, RE-205899/RS, RE-199376/RS, AGRAG-154156/SP, de 03-08-93, AGRAG-154144/SP, de 03-08-93, ADIMC-96/RO, de 18-10-89 (Pleno), RE-185314/RS, RE-164770/RS, RE-168501/RS, de 28-09-93, RE-160917/RS, de 14-06-94 e nos AGRRE nºs 166295, 161807, 161795, 160788, 160297, 160218, 159760, 159748, 151982, 151567 e 151106. São no mesmo sentido os acórdãos nos AGRAG-109272/RJ, em 06-06-86, Relator Min. ALDIR PASSARINHO; RHC-47487/SP, em 02-12-69, Relator Min. ALIOMAR BALEEIRO; RE-99113/RJ, em 10-04-84, Relator Min. ALFREDO BUZAID; RE-94747/GO, em 22-09-81, Relator Min. DJACI FALCÃO e RE-93805/SC, em 13-02-81, Relator Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

² PIÑERA C., Bernardino. **El reencantamiento de la vida**. 3.ed.. Santiago de Chile: Editorial los Andes, 1993. p. 53: Paradigma es “un conjunto de supuestos sobre la realidad, con que

progressão ascendente dos excluídos dos bens da vida, da explosão da cibernética interligando as pessoas em quaisquer quadrantes da “nave” terra; da robótica substituindo as pessoas e gerando desemprego; da globalização da economia e do chamado “*livre mercado*”, provocando extraordinária concentração de rendas e de capitais transnacionais, tornando necessária legislação supraterritorial, principalmente em defesa do consumidor; da espetacular circulação de capitais especulativos garantidos em paraísos fiscais; da privatização dos serviços públicos em razão dos fins específicos do Estado democrático; do Estado mínimo; da ascensão da cidadania; da ecologia, dos direitos difusos; das agressões ao meio ambiente que não respeitam fronteiras; da criação de mercados comuns supranacionais; do declínio da soberania dos Estados membros; da criação de tribunais internacionais ou supranacionais; do recrudescimento do individualismo e das etnias; da insegurança generalizada; do desemprego formal; da empregabilidade; da miséria; da fome; de expressivas massas humanas silenciosas³; da terceirização; do trabalho informal; etc.

Todo este processo desagregador das estruturas vigentes e de instabilidade inquietante, exige respostas e medidas urgentes que os cidadãos não podem esperar de um Estado elitista, fechado, concentrador, mastodôntico, autocrata, burocrata, comprometido com elites oligárquicas⁴ e politicamente corrompido.

Neste passo, a distribuição de justiça assume exponencial relevância. O monopólio da jurisdição pelo Estado chegou ao máximo do esgotamento. Tornam-se necessárias soluções alternativas que respondam à pacificação do

operamos habitualmente, sin tener conciencia de que lo tenemos”. Se está gestando un cambio de paradigma cultural? Marilyn Ferguson nos dice que “la mayoría de los problemas no pueden resolverse al nivel en que vienen planteados”. O sea, “no podemos buscarle soluciones económicas a los problemas económicos, ni políticas a los problemas políticos, ni sociales a los problemas sociales.” La estrategia actual es sintomática, se le escapan las causas profundas, y opera en base de una dinámica de confrontación: al capitalismo le oponemos el comunismo; al machismo, le oponemos el feminismo. Parecemos desconocer que existe una vía diferente para solucionar los problemas, que comienza identificando las polaridades en oposición y en lugar de quedarse en el “0”, las integra en un “y”, elevándolas a un nivel superior en que, integradas entre sí, pasan a constituir una situación nueva.

³ BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas**: o fim do social e o surgimento das massas. Trad. Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 1985.

⁴ Aristóteles, 385 a 322 a.C., já classificava a “oligarquia” como sendo uma forma impura de governo.

conflito e não apenas do processo, segundo a dogmática jurídica e a lógica normativista assentada num sistema processual extremamente ritualista, eivado de recursos que entulham os Tribunais, já débeis de aportes financeiros, estrutura, juízes e servidores suficientes para atender o crescente acesso à justiça. Supervenientes ainda as exigências dos “*microssistemas*” geradores de leis especiais e “*tecnolinguagens*” só acessíveis aos iniciados⁵. Recordar-se, neste sentido, o sábio ensinamento de Jetro ao seu genro Moisés, cerca de 1.250 a. C., narrado no Livro do Êxodo, capítulo 18, versículos 13 a 27.⁶

A crise foi bem detectada por Eliana Calmon, Ministra do “*Superior Tribunal de Justiça*”⁷, que traça oito tendências do Estado Moderno na superação dos modelos tradicionais baseados na lógica da efetividade da lei, entre outros motivos decorrentes dos “precedentes negociais e mecanismos de solução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação, a arbitragem, a autocomposição de interesses e a auto-resolução de divergências.” As novas tendências são:

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 56.

⁶ A instituição dos Juízes. No dia seguinte, assentou-se Moisés para julgar o povo; e o povo estava em pé diante de Moisés desde a manhã até o pôr-de-sol. E o seu sogro, vendo tudo o que ele fazia com o povo, disse: “que é isto que fazes com o povo? Por que te assentas sozinho, e todo o povo está em pé diante de ti, desde a manhã até o pôr-de-sol?” Respondeu Moisés ao sogro: “É porque o povo vem a mim para consultar a Deus. Quando têm uma questão, vêm a mim. Julgo entre um e outro e lhes faço conhecer os decretos de Deus e as suas leis.” O sogro de Moisés lhe disse: “Não é bom o que fazes! Certamente desfalecerás, tu e o povo que está contigo, porque a tarefa é muito pesada para ti; não poderás realizá-la sozinho. Agora, pois, escuta o conselho que te darei para que Deus esteja contigo: representa o povo diante de Deus, e introduze as suas causas junto de Deus. Ensina-lhes os estatutos e as leis, faze-lhes conhecer o caminho a seguir e as obras que devem fazer. Mas escolhe do meio do povo homens capazes, tementes a Deus, seguros, incorruptíveis, e estabelece-os como chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinqüenta e chefes de dez. Eles julgarão o povo em todo tempo. Toda causa importante trarão a ti, mas toda causa menor eles mesmo julgarão. Assim será mais leve para ti, e eles levarão a carga contigo. Se assim fizeres, e Deus to ordenar, poderás então suportar este povo, que por sua vez tornará em paz ao seu lugar. Moisés seguiu o conselho de seu sogro, fez tudo o que ele havia dito. Moisés escolheu em todo Israel homens capazes, e colocou-os como chefes do povo; chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinqüenta e chefes de dez. Eles julgavam o povo em todo tempo. Toda causa importante, eles a levavam a Moisés, e toda causa menor eles mesmos a julgavam. Depois Moisés deixou o seu sogro voltar, e ele retomou o caminho para o seu país.

⁷ CALMON, Eliana. Poder judiciário: novas tendências. **Boletim Informativo Juruá**, n. 285, p. 16-18, abr. 2001.

A primeira tendência está na mudança do Direito Processual, para atender às novas solicitações, preconizando-se para tanto: 1) redução do número de recursos judiciais; 2) adoção abundante do princípio da oralidade; 3) finalização do processo nas instâncias inferiores; 4) adoção de súmulas vinculantes; 5) transformação dos tribunais de cúpula em corte constitucional; e 6) atos de comunicação processual por meios eletrônicos.

A segunda tendência está na adoção do pragmatismo e flexibilidade dos direitos materiais, no plano societário, financeiro e econômico.

A terceira tendência é a redução da coercibilidade do direito positivo, pelos processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização.

Como quarta tendência, temos um retorno à privatização do Direito. Após a expansão do Direito Público e das constituições dirigentes, temos uma volta ao Direito Civil.

Na quinta tendência aumentam-se os contratos a termo, os subcontratos, o trabalho a domicílio e surgem novas formas de remuneração com base na produtividade, exercidas as tarefas por micro-empresários, deixando-se livre negociação, sem a preocupação de proteger o hipossuficiente. Neste rumo o Direito do Trabalho tende a desfigurar-se, voltando ao seio do Direito Privado.

A sexta tendência está na importância assumida pelo Direito Internacional Público, que passa a ser progressivamente relativizado ou até mesmo desfigurado, na medida em que os acordos, as convenções e os tratados vão inserindo dispositivos de natureza privada, com vistas a atender às leis de mercado, pela transnacionalização das avenças.

A sétima tendência é a regressão dos direitos sociais, nascidos contra o Estado para barrar a sua arbitrária interferência.

A oitava tendência é a radical transformação do Direito Penal, seja pela expansão do crime organizado, terrorismo, contrabando, lavagem de dinheiro, fraudes financeiras e migrações ilegais, cometidas por meio de infovias, em portentosas redes de transgressão.

Essas tendências finalizam e sintetizam a crise do Estado Moderno e de seu instrumental, apontando, por igual, à insurgência, ou reinsurgência, na mediação. A distinção está no objeto da mediação, que hoje se amplia consideravelmente.

Como é sabido, o objeto da mediação, nas suas diferentes utilidades, está no atendimento das necessidades do homem, seja como fruto dos seus interesses ou das suas controvérsias. Pode-se dizer que o objeto da mediação, como noutras figuras afins, é a prestação de atividade humana.

Toda a atividade humana no campo da organização de recursos, como ocorre na produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços, reclama atividade humana, seja individual, seja coletivamente. Na circulação de bens e prestação de serviços, em face da explosão demográfica e da abertura dos mercados, torna-se crescente o acesso dos indivíduos aos bens da vida e da cultura, provocando o surgimento de múltiplas atividades que aproximam e dinamizam as relações interpessoais. Entre tais atividades - embora inconfundíveis com as do mediador - estão as dos mandatários, comissários, corretores, agentes de negócios e serviços, vendedores, representantes comerciais e outros, todas denotativas de um mesmo fenômeno. Vive-se hoje um global processo de aceleradas e profundas transformações que afetam as pessoas, as suas relações, enfim, o curso da história. Fala-se, bem por isso, na “*explosão*” da prestação de serviços no mundo contemporâneo.⁸

A complexidade sempre crescente das relações entre as pessoas, especialmente em todas as concentrações urbanas, multiplica o surgimento de novas atividades, ou mesmo de algumas que, antigas e quase desaparecidas, são hoje revigoradas e impulsionadas, de um lado, pela necessidade da satisfação dos interesses humanos e, doutro lado, pela necessidade de gerar recursos remuneratórios indispensáveis à sobrevivência na sociedade de consumo. A pessoa não come, não veste, não habita, não se locomove, em suma, não sobrevive⁹, sem dispor de recursos financeiros, ao contrário das “aves do céu que não semeiam, nem colhem, nem ajuntam em celeiros. E, no entanto, vosso Pai celeste às alimenta”¹⁰. O homem, porém, “com o suor de teu rosto comerás teu pão até que retournes ao solo, pois dele foste tirado”¹¹.

Constrangidos por esta realidade cada vez mais aguda, as relações que envolvem interesses deixam o terreno da amizade, da gentileza e do favor para exigirem a devida contraprestação. Torna-se raro alguém desempenhar qualquer tipo de atividade ou trabalho (físico ou intelectual), sem haver

⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 9.

⁹ HERBERT, L. A. Hart. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p. 209-216. – O conteúdo mínimo do direito natural.

¹⁰ Evangelho Segundo Mateus, capítulo 6, versículo 26.

¹¹ Gênesis, capítulo 3, versículo 19.

contrapartida remuneratória ou com reflexos remuneratórios. Essa realidade justifica o estudo da mediação, de modo particular no Direito Brasileiro, porque este não tipifica legalmente esta atividade.

Pontes de Miranda entende que “se todos afastaram a vinculação a remunerar, a mediação, que chegou ao resultado, fez-se contrato, mas gratuito (contrato unilateral)”¹².

O desenvolvimento da mediação deve-se ao caráter interdisciplinar que tomou, fruto do trabalho, entre outros profissionais, de advogados, juízes, psiquiatras, psicólogos, professores, assistentes sociais e terapeutas, todos dedicados à resolução alternativa das controvérsias interpessoais que, longe de diminuir, tendem ao crescimento. Os Estados não têm e não terão recursos financeiros, humanos e estruturais capazes para atender semelhante demanda que, sabidamente, está reprimida pelos motivos acima apontados. O volume de conflitos reprimidos é significativamente maior do que aqueles submetidos ao julgamento judicial. Nesse sentido, as estatísticas demonstram a desconfiança das pessoas com os advogados, os juízes e os tribunais¹³.

Considerando que a mediação não está disciplinada pelo direito positivo brasileiro, desenvolvemos o exame do “*contrato de mediação*” em seus diferentes aspectos, com vistas a demonstrar a sua utilidade prática e seus fundamentos legais.

Já no que diz respeito à mediação como modelo na solução das controvérsias interpessoais, tomamos como referência os estudos realizados a

¹² Pontes de Miranda, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v.43. p. 236, “in fine”.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 23-24: “Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. O estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que ‘até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado’. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.”

respeito do “*acesso à justiça*” pelo “*Projeto de Florença*”, sob a coordenação do Prof. Mauro Cappelletti e, principalmente, os programas de “*Alternativa para a solução de disputas – ADR*”, ou “*Resolução Alternativas de Conflitos – RAC*”, como alternativamente são denominados.

1.ª PARTE

A: O CONTRATO DE MEDIAÇÃO

Vários contratos têm como objeto a prestação de atividade humana. O que peculiariza o “contrato de mediação” é que, desde o início, os atos do mediador não são negócios jurídicos¹⁴ nem atos jurídicos “*stricto sensu*”¹⁵. Neste tipo de mediação, o negócio jurídico se dará entre os interessados, uma vez alcançado o resultado desenvolvido pela atividade do mediador. O mediador, portanto, realiza atividade que tanto pode esgotar-se como de meio (foi até onde poderia ir) ou de fim (ou de resultado)¹⁶, quando as partes

¹⁴ A categoria do negócio jurídico é, como se sabe, uma criação dos juristas alemães, que teve um enorme desenvolvimento, apresentando uma imensa bibliografia e uma grande divergência terminológica e conceitual. Muitos não vêem nenhuma distinção entre ato jurídico tal como conceituado no CCB/1916 (art. 81, suprimido no CCB/2002) e o negócio jurídico, porque em ambos o elemento essencial é a vontade do agente. A distinção se originou da observação de que existem atos jurídicos que não se externam sob a forma de uma declaração de vontade, embora produzam modificações no mundo externo, tais como a ocupação, a tradição, a gestão de negócios alheios, etc., atos lícitos e voluntários cujos efeitos decorrem da lei, independentemente de saber se o indivíduo os previu ou desejou. Já os negócios jurídicos decorrem sempre de uma previsão e de uma intenção resultantes de uma declaração de vontade. Nem todos os juristas estão de acordo em atribuir à vontade o poder de produzir efeitos jurídicos, achando alguns como Thon, Kohler e Lotmar, que nunca a vontade dos interessados pode produzir efeitos jurídicos, os quais se devem apenas e tão somente ao direito objetivo, à ordem jurídica estabelecida. B. –BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro, 1960, Soibelman, Leib. **Enciclopédia do advogado**. Rio de Janeiro: Thex, 1994. p. 33.

¹⁵ CCB/1916, art. 81 – Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico. O CCB/2002, suprimiu este artigo. Ver o art. 185.

¹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 72: “De alguns negócios jurídicos brotam obrigações cujo adimplemento se pode considerar como realizado, ainda que não se obtenha o fim do contrato e mesmo que não se tenha verificado o obstáculo da “vis major”. Os autores franceses, os primeiros que observaram esse fenômeno, denominaram e dividiram as obrigações em de “meios e de resultado”. Essa distinção tem sido objeto de críticas. De qualquer forma serve bem para caracterizar a existência de certos deveres em cujo processo a obtenção do fim, embora certamente desejado, não constitui, por si só, critério para verificar se houve, ou não, adimplemento. A situação pode parecer paradoxal; se atentarmos, porém, para a espécie de contratos em que se podem manifestar as denominadas “obrigações de meios”, já veremos as

concretizam o negócio jurídico mediado. Não é possível, portanto, falar-se em contrato de qualquer espécie, sem que seja alcançado o negócio jurídico almejado pelos interessados. Ocorre que as obrigações resultantes da atividade exercida pelo mediador poderão esgotar-se nas suas próprias atividades (atividade de meio), quando os interessados desistem do negócio jurídico, ou poderão ir, o que é o normal, até o negócio jurídico (fim ou resultado da mediação). Neste último caso, estará caracterizado o suporte fático¹⁷ do contrato de mediação. Embora não tipificado¹⁸, o contrato de mediação configura-se. Emerge no momento em que se conclui o negócio que os interessados queriam realizar. Só neste momento final, portanto, é que se pode falar em “*contrato de mediação*”.

a) A atividade do mediador

A atividade do mediador tem início com a permissão (não “*autorização*” porque esta se confundiria com o “*mandato*”¹⁹) do interessado para que o mediador procure terceiros interessados na realização do negócio jurídico

razões pelas quais o direito assim as disciplina. O médico – e este parece ser o melhor exemplo – não se obriga, via de regra, à cura do doente, ainda que assim se possa vulgarmente pensar. Compete-lhe, apenas, aplicar a técnica que a medicina lhe põe à disposição, zelando pelo tratamento que deverá ser aplicado ao doente. Se tudo, porém, for em vão e sobrevier, digamos, o falecimento, o médico poderá ser responsável, inclusive criminalmente, mas não se presume seja ele culpado somente pela não obtenção do fim que o contrato se dirigia. Não se pense, contudo, em razão das circunstâncias apontadas, que o fim não integre o processo das obrigações de “meios”. A finalidade é também indissociável do contrato realizado com o médico.

¹⁷ COUTO E SILVA. **A obrigação...** p. 75, nota de rodapé: Pontes de Miranda criou a expressão “suporte fático” para traduzir o vocábulo técnico germânico “Tatbestand”. Outros usam com o mesmo significado os termos “pressupostos de fato”, “suposto de fato”. Os juristas italianos utilizam o termo “fattispecie”, que é aglutinação da expressão latina medieval “species facti”. E “species” é o correspondente latino de “Eidos”, figura, forma. Já houve, entre nós, quem propusesse o termo “fatespécie”. No uso forense, usa-se, por vezes, a expressão “espécie”, para significar o caso, o enquadramento dos fatos, referindo-se ao direito material “Tatbestand”, como termo jurídico, é mais amplo e abrange todo e qualquer fato previsto pelas normas. Em algumas traduções espanholas, como na de von Tuhr (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts), utiliza-se o vocábulo “factum”, o qual, na Idade Média tinha o significado de “scriptum solemnne, quo firmatur donum, concessio, pactum contractus”, Du Cange “Glossarium ad Scriptores Mediae et Infimae Latinitatis”, II, p. 298, 1733.

¹⁸ COUTO E SILVA, op. cit., p. 77: Na composição do suporte fático podem inserir-se efeitos jurídicos já realizados ou ainda em realização, com o que se prova que não há separação tão absoluta entre os seres do mundo jurídico e do mundo fático (K. Larenz, “Methodenlehre”, pág. 155).

¹⁹ CCB/1916, art. 1.288 – Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses. No CCB/2002, art. 653 – Opera-se

pretendido e que o satisfaça. Ninguém é mediador sem que haja duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas que, como resultado da atividade mediadora, realizem um negócio jurídico. A atividade mediadora é o meio de que se servem os interessados para alcançar o resultado desejado. A conclusão é sempre desse negócio jurídico a que se destina a mediação. Com o advento do resultado ter-se-á o “contrato de mediação”.

Em expressiva passagem, Pontes de Miranda assim caracteriza o mediador:

Estou pronto a ser mediador, que se há de recompensar pelo resultado, sem me obrigar a isso, e sem que o interessado se obrigue; e o interessado, como se enunciasse: “Havendo o resultado, devido à mediação, o que só se pode saber no momento da conclusão do contrato que desejo, a minha atitude há de ser tida como manifestação de vontade geradora de contrato”. Não houve contrato unilateral, nem bilateral; pode haver, no momento do resultado. O mediador prestou, e o interessado tem de prestar.²⁰

A atividade do mediador caracteriza-se pela autonomia, neutralidade e imparcialidade, mesmo quando um só dos interessados há de pagar a remuneração do mediador.²¹

O mediador age sem outorga de poderes e estes não lhe sobrevêm, salvo como um “*plus*” superveniente, motivo pelo qual não é de confundir-se, igualmente, a atividade do mediador com a “*gestão de negócios alheios sem outorga*” porque, nesse caso, o gestor atua dentro do negócio, como se fosse mandatário ou procurador e no interesse desse “*alheio*”, o que o torna parcial.

o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

²⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito**, p. 245-246.

²¹ RE-82556/SP, Relator Min. Rodrigues Alckmin, julgado pela 1.^a Turma em 04-05-1976. Ementa: “Mediação – Mediador a quem se assegura direito à remuneração por ter obtido comprador nas condições pretendidas pelo réu e por terceiros, partícipes do negócio. Negócio que não se realizou pela recusa de terceiros. Direito do mediador à remuneração a ser paga somente pelo réu, com quem contratara o desempenho de sua atividade. Inexistência de divergência de julgados. Recurso Extraordinário não conhecido.”

Acaso um ou outro interessado – posteriormente - outorgar instrumento de mandato para o mediador intervir diretamente no negócio jurídico que mediou, dar-se-á o “*plus*”, sem que se possam misturar os atos, distintos e típicos.

Considerando a necessidade de bem definir os contornos desta atividade, reproduzimos os seguintes exemplos de mediação, ainda na obra de Pontes de Miranda²²:

Se A quer o aval de B na duplicata mercantil, de que lhe advirá o dinheiro do desconto no banco, e o mediador, C, vai obtê-lo de B, ou B exige que A também lhe avalize título, ou lhe dê garantia fidejussória ou real da dívida (futura), ou B anui em avalizar sem qualquer contraprestação. De qualquer modo, há negócio jurídico entre A e B, por mediação de C. O objeto do negócio jurídico bilateral é que é o aval, negócio jurídico unilateral. É preciso, portanto, que se não confunda com a conclusão do negócio jurídico a prestação que A queria e a contraprestação que B exigiu, ou a manifestação de vontade de B sem exigência de contraprestação.”

Em outra passagem, aventa o Mestre o seguinte exemplo:

Se a mediação foi para que B desse em locação o prédio a terceiros, digamos ao filho de A, e B exigiu fiança de A, houve negócio jurídico – pouco perceptível – entre A e B, de que foram prestação a locação ao terceiro, filho de A, e contraprestação a fiança. O negócio jurídico entre A e B é inconfundível com o negócio jurídico da locação e com o negócio jurídico da fiança. Pode ocorrer que o mediador consiga de B dar em locação o prédio a terceiro, sem exigir qualquer contraprestação. O negócio jurídico bilateral se concluiu, gratuitamente. Se B exigiu que A avalizasse título subscrito por B, ou por outrem, ocorreu negócio jurídico bilateral, com a contraprestação em negócio jurídico unilateral.²³

²² PONTES DE MIRANDA. **Tratado direito...**, § 4.716, p. 258-259.

²³ Esclarece Pontes de Miranda: “O que se quer é a contraprestação. A contraprestação não é elemento necessário. O negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, oneroso ou gratuito, é ineliminável. Se A quer constituir sociedade e pede ao mediador que busque interessados que perfaçam o capital necessário, a mediação vai ser entre A e B, ou entre A, B e C, ou entre A, B, C e outras pessoas, cujas quotas, somadas, dêem o que é exigido por A. O negócio jurídico que se conclui é plurilateral, sem que se afaste a hipótese de B ficar com todas as quotas, para posteriormente passá-las a outra ou outras pessoas.”

O exemplo acima já deixa antever que o fato resultante da mediação é suscetível de vindicação processual, embora não ingresse como um “princípio geral” pela via do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁴. A boa-fé objetiva qualifica uma norma de comportamento leal, no dizer de Judith Martins-Costa, motivo pelo qual “é uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um «princípio geral» ou uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações”²⁵. Inaceitável o locupletamento injusto ou “*enriquecimento sem causa*”, a vantagem patrimonial obtida injustificadamente deve ser restituída.²⁶ ²⁷.

Não é o direito que cria condutas humanas, mesmo porque o homem, nas suas relações, desde o clã ou da etnia²⁸, precede o direito formal ou positivo. São as condutas das pessoas na sociedade que provocam o fato jurídico, podendo gerar a necessidade da criação de normas pelos corpos legislativos. Assim, diante da inexistência de norma específica precedente²⁹,

²⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 236-242.; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 456-463; REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 299-315. ; GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 145.; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 333-374 – A conformação e apreciação jurídica da situação de fato.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 413.

²⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 294-301. “Pagamento indevido e enriquecimento sem causa”

²⁷ CCB/2002, art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979. p. 35.

²⁹ COUTO E SILVA. **A obrigação...** p. 74: A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o “corpus juris” vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinária. Tanto essa afirmativa constitui um truísmo que é freqüente citar-se certa passagem ocorrida com Napoleão, relativamente a seu Código, quando soube que o primeiro “Comentário” estava em vias de conclusão. Afirma-se que ele então teria exclamado: “Mon Code est perdu”.

como visto, o mediador não estará inibido de exercer pretensão processual³⁰.

Assim vistas as relações interpessoais, pode-se afirmar que a mediação de interesses de uma pessoa com outras pessoas, físicas ou jurídicas, capaz de promover a transferência de riquezas ou utilidades suscetíveis de avaliação econômica, geram interesse econômico ou remuneratório pelo simples fato da prestação de atividade humana.

O campo de aplicação da medição negocial, portanto, ocorre sempre que uma ou mais pessoas solicitem – tácita ou expressamente – de outra pessoa, a sua mediação, para a satisfação de seus interesses.

A mediação que tem por fim um negócio jurídico é atividade, é prestação de atividade humana, e, portanto, um fazer (“*facere*”). Afirma-se, por isso, que o fazer é o objeto direto do “*contrato de mediação*”. Neste sentido reitera-se a referência já feita ao art. 82 do Código Civil Brasileiro, ao qual se acrescenta o disposto no art. 129 do Código Comercial³¹.

A mediação, portanto, tem um objeto direto – que é a prestação de atividade humana, o fazer. Não se trata aqui da “*obrigação de fazer*” ou da “*obrigação de não fazer*” contempladas no CCB/1916, a primeira, nos artigos 874 a 877 e a segunda, nos artigos 882 e 883³² e no CCB/2002 nos artigos 247 e 248 e 250 e 251, respectivamente. Já o objeto indireto da mediação é o bem, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato, que motiva o interesse das partes (compra e venda, locação, fiança, etc.). Todos os bens móveis, imóveis,

³⁰CPC, art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. E, no direito substantivo, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Assegura ainda o CCB/1916, art. 75 do CCB: A todo direito corresponde uma ação, que o assegura. O CCB/2002 suprimiu este artigo.

³¹ CC, art. 129. São nulos todos os contratos comerciais: 1. que forem celebrados entre pessoas inábeis para contratar; 2. que recaírem sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes; 3. que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação; 4. que forem convencidos de fraude, dolo ou simulação (art. 828); 5. sendo contraídos por comerciante que vier a falir, dentro de 40 (quarenta) dias anteriores à declaração da quebra (art. 827). Observação: Os artigos 797 a 913 foram revogados pelo Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, que aprovou a “Lei de Falências”.

³² TELLES, Antonio Augusto Queiroz. **Lições de Obrigações e Contratos**. Campinas: Copola, 1996. p. 31-32.

semoventes, serviços e interesses obrigacionais, sejam eles específicos ou alternativos, são objetos indiretos da mediação. Como o mediador opera em nome próprio, com neutralidade e imparcialidade, a proposta do primeiro interessado pode gerar contraproposta dos segundos, e o objeto do negócio jurídico resultar diverso do inicialmente ofertado.

Na compreensão de um objeto, ressalta que a finalidade da mediação é a de aproximar interesses na consecução de um negócio jurídico.

No conteúdo das atividades do mediador, estão os atos necessários à preparação do negócio jurídico, mas não a sua conclusão. A conclusão deste é a afirmação de que houve a mediação. E se essa conclusão não se realizar por fatos alheios, como na *“culpa in contrahendo”* ou má-fé dos interessados, o mediador não estará inibido de haver a devida indenização pelo trabalho que prestou a contento para a formalização do negócio jurídico que teve por fim alcançar, inclusive o reembolso das despesas que realizou.³³

A permissão para a mediação investe o mediador na prática de atos positivos ou negativos, possíveis e lícitos. Exclui-se, desde logo, a possibilidade de mediação ilícita, mesmo que existente, por nula ou anulável

³³ RE-94747/GO, Relator Min. Djaci Falcão, 2.^a Turma, julgado em 22-09-81. Ementa: “Corretagem. Ao Corretor somente assiste direito a remuneração quando o negócio se concretiza. Não cabe corretagem se a mediação não alcançou resultado útil. Dissídio jurisprudencial comprovado. Recurso Extraordinário provido, com o restabelecimento da sentença que julgou improcedente a ação.”

RE-83890/SP, Relator Min. Xavier de Albuquerque, julgado pela 2.^a Turma em 28-09-1976. Ementa: “Mediação. Comissão devida face o resultado do negócio. Inexistência de ofensa a lei, ou dissídio jurisprudencial. Recurso não conhecido.”

RE-78578/SP, Relator Min. Thompson Flores, julgado pela 2.^a Turma em 27-08-1974. Ementa: “I – Corretores de Imóveis. Comissões. Quando se tornam devidas. II – Se a mediação não produziu resultado útil, não se realizando o negócio, a comissão não se torna devida, segundo a melhor doutrina. III – O arrependimento de uma das partes, originado por sua suposta culpa a não realização do negócio, só autoriza o crédito da comissão quando pudesse originar do prejudicado perdas e danos. IV – Recurso Extraordinário provido.”

RE-22814, Relator Min. Ribeiro da Costa, julgado pela 2.^a Turma em 18-06-1953. Ementa: “Corretagem ou mediação. É da essência do contrato que não se remuneram serviços. A remuneração somente se torna devida quando o corretor consegue o acordo entre as partes; esse é o objeto da mediação, isto é, não o serviço prestado pelo intermediário, mas o resultado desse serviço, em suma, o seu proveito útil.”

AGRAG-75871, Relator Min. Leitão de Abreu, julgado pela 2.^a Turma em 24-04-1979. Ementa: “Corretor de Imóveis. Comissão. Acórdão que entendeu ser ela devida, pois a mediação produzira resultado. Exame de contra e de prova, não configurado o dissídio alegado. Agravo Regimental desprovido.”

ou/e até mesmo criminosa, como é a prática do lenocínio.³⁴

As partes podem anuir em exclusividade da mediação, não admitindo outro ou outros mediadores. Este pacto não corresponde à irrevogabilidade, porém, os interessados responderão pelo inadimplemento da exclusividade.³⁵

As partes interessadas em ajustar negócio jurídico têm absoluta liberdade de admitir diversos mediadores. Nesta hipótese, aquele que conseguir o resultado fará jus à remuneração, muito embora, como reproduzido no d. Acórdão do STF transcrito na nota acima, essa remuneração possa ser reduzida à metade ou partilhada³⁶. Os demais concorrentes suportarão os riscos da atividade, entre estes as despesas que tiverem. Agindo os mediadores em separado, sem qualquer relação entre si, a conclusão do negócio jurídico por um importa em risco profissional quanto aos demais, pré-excluídos de ônus, haja vista as múltiplas permissões.

Pode ocorrer que o mediador, ao contrário de ajudar, crie obstáculos, dificulte ou impeça o resultado. Nesta hipótese, configurar-se-á fato ilícito absoluto (CCB/1916, art. 159 e no CCB/2002, com redação diversa no art. 186) e não contratual, porque inexistente este. Permissão não é contrato, nem de

³⁴ RE-38238, Relator Min. Barros Monteiro, julgado pela 1.^a Turma em 27-11-1958. Ementa: “Corretagem – Constitui mediação ilícita o serviço de corretagem exercido por funcionário público ou autárquico, que usa de prestígio pessoal, a fim de obter financiamento de construção. Incabível o extraordinário.”

RHC-47487/SP, Relator Min. Aliomar Baleeiro, julgado pela 1.^a Turma em 02-12-1969. Ementa: “Moeda falsa. Mediação para que o moedeiro obtivesse adquirentes das moedas falsas. Condenação no art. 289, parágrafo 1.^o. Denegação de “habeas corpus” pela improcedência das nulidades alegadas.”

³⁵ RE-91804, Relator Min. Thompson Flores, 1.^a Turma, julgado em 27-11-79. Ementa: “I Mediação. Percentagem do Corretor que iniciou as tratativas as quais foram concluídas por outro. Redução à metade. II – Recurso Extraordinário manifestado por ambas as partes. Admissão de um deles, originando Agravo quanto ao outro. Julgamento em conjunto. III – Agravo de Instrumento não provido com aplicação das Súmulas 279, 282 e 356. IV – Recurso Extraordinário que não se conhece porque: a) Quanto à fixação da percentagem, assentou o aresto nas provas; b) No pertinente à correção monetária, não foi ela objeto do pedido, incorrendo negativa de vigência dos artigos 1.059 e 1.060 do Código Civil, nem resultou comprovado o dissídio pretoriano (R.I., art. 305); e c) Quanto à fixação dos honorários, não ocorreu inaplicação do art. 20, parágrafo 3.^o, do CPC, pois foi nele que se embasou o acórdão, descabendo rever o percentual com base nas Súmulas 389 e 279.”

³⁶ RE-55042, Relator Min. Antonio Villas Boas, julgado pela 2.^a Turma em 24-04-1964. Ementa: “Causa decidida “bono modo”, com a ordem de partilhar, por igual, entre corretores, a remuneração paga pela incontestável mediação de ambos. Embora tenha sido a quitação ao “dominus” passada por um deles sem a ressalva da meação, verbalmente avençada, o disposto no art. 141 do C.C. não seria impedimento a que o outro, com a prova testemunhal da

comissão, acessório, de opção³⁷ ou contrato preliminar³⁸. Tem, entretanto, sintonia com as atividades pré-negociais³⁹.

Informado do negócio jurídico pretendido pelos interessados, suas potencialidades e suas particularidades, mesmo já tendo desistido da atividade, o mediador responderá pelos danos que ilicitamente causar, impedindo que o negócio jurídico chegue a bom termo. A responsabilidade é extracontratual ou aquiliana porque diz respeito à fonte negocial vinculada ao princípio da boa-fé.

A mediação, geradora do “*contrato de mediação*”, no Direito Civil Brasileiro, é um modelo hermenêutico⁴⁰ que tem as suas raízes no Direito Romano⁴¹. Diz respeito, portanto, a um modelo em parte costumeiro e, em parte, negocial, recepcionado pela fonte jurisdicional, suprimindo a ausência de norma regulamentadora. Darnley Villas Boas assinala que “o direito admite que um simples fenômeno, uma singular aparência, em suma, possa, em certas circunstâncias, representar, por presunção jurídica, o verdadeiro propósito instrumental de um ato ou fato”⁴². A prestação de serviços, mesmo realizada no mundo dos fatos, já era recepcionada em razão da “*fides*” (confiança), do

sua eficiente cooperação e do proveito do resultado do seu decisivo esforço, obtivesse o ressarcimento, que o acórdão recorrido lhe conferiu. Recurso da letra “a” não conhecido.”

³⁷ No contrato de opção há mandato, comissão, nunciatura ou intermediação, o que desnatura a mediação.

³⁸ CCB/2002, art. 462: O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. O CCB/1916 não tem regra correspondente.

³⁹ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997. p. 142: No estado atual do direito, a parte que entra em relações de negócios com outra não tem a ampará-la nem uma garantia de ordem contratual, nem qualquer segurança de ordem legal. Por isso mesmo, é preciso, enquanto não intervém a elaboração legislativa, que os tribunais não deixem de dispensar aquela proteção que não se pode negar a quem está privado de garantias na conclusão normal de iniciativa em que empenhou suas atividades, seu tempo e seu dinheiro.

⁴⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 2: O que comumente se denomina ‘fonte material’ diz respeito a algo que não compete propriamente à Ciência do Direito ‘qua tale’, mas sim à Política do Direito, porquanto se refere ao exame do conjunto de fatores sociológicos, econômicos, ecológicos, psicológicos, culturais em suma, que condiciona a decisão do ‘poder’ (veremos que este se manifesta sob diversas formas) no ato de edição e formalização das diversas fontes do direito. Para o jurista o problema essencial que se lhe põe é o estudo daquilo que foi processado e formalizado, isto é, positivado numa lei, num costume, numa sentença ou num contrato, que são as quatro fontes por excelência do direito.

⁴¹ CRIBARI, Giovanni. Da mediação e corretagem. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, 1985.

⁴² VILLAS BOAS, Darnley. **Teoria da aparência no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: BVZ, 1993. p. XIII.

“*animus contrahendi*” (vontade de contratar) e do princípio “*neminem laedere*” (a ninguém prejudicar).

b) A dogmática da mediação

Dogmaticamente analisando, o “*contrato de mediação*” é o resultado de manifestações de vontades receptícias que objetivam um negócio jurídico. A fonte volitiva da qual se origina, fazendo-o ingressar no mundo jurídico e satisfazendo os pressupostos de validade capazes de produzir eficácia, está no “*animus contrahendi*” das partes. Desenvolve-se desde os atos de manifestação exterior da vontade dos interessados, admitindo o mediador (emissão de vontades receptícias) no ajustamento dos seus interesses, indo até a concretização de um ato jurídico (negócio jurídico), oportunidade em que, “*ipso facto*”, pelo resultado do êxito obtido pelo mediador, nasce o “*contrato de mediação*”.

Embora a atividade do mediador situe-se no “*mundo dos fatos*”, nem por isso, seria possível afirmar que ela esteja imune à geração de efeitos jurídicos, mesmo antes da configuração do “*contrato de mediação*” . É que nessa atividade, também, incide o princípio da boa-fé objetiva, que impõe a todos o dever de agir com lealdade.

Uma vez admitida a mediação que resulta em transferência de riqueza entre os interessados, é conseqüente a obrigação de remunerar o mediador⁴³. Admitir-se mediação que alcançou o seu resultado transmudar-se em contrato gratuito (contrato unilateral), como inicialmente referido pelo Mestre Pontes de Miranda, implica desconhecer o tráfico econômico havido. Aliás, é o próprio Mestre quem registra: “O mediador não opera por amizade, nem por cortesia,

⁴³ AGRAG-89406/RJ, Relator Min. Soares Munhoz, julgado pela 1ª Turma em 14-09-1982. Ementa: “Corretagem. A decretação da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal federal do art. 7, da Lei n.º 4.116, de 1962, tornou ilegítima a exigência do registro estabelecido no art. 1º da mesma lei como condição para cobrar, judicialmente, remuneração resultante da mediação concernente à venda de imóvel. Agravo Regimental desprovido.” RE-72281/MG, Relator Min. Eloy da Rocha, julgado pela 1ª Turma em 17-10-1975. Ementa: “Mediação na compra e venda de imóvel. Retribuição. Inconstitucionalidade reconhecida pelo

mas com vista ao futuro contrato de mediação.”

Enzo Roppo tecendo análise a respeito de “*operação econômica*”⁴⁴, subjacente a qualquer contrato, identifica-a

onde existe circulação de riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de ‘riqueza’ não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as ‘utilidades’ susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria.⁴⁵

Por isso, atos de caridade ou favor não constituem mediação. Mediação gratuita no direito civil ou comercial é uma “*contradictio in terminis*”, porque ela é atividade econômica. Caso argüida a mediação sem ônus, a responsabilidade será de quem alegar este fato como impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão⁴⁶, como, igualmente, no caso da alegação de que o mediador dificultou, embaralhou ou prejudicou o negócio jurídico, somente alcançado pelas diligências dos próprios interessados.

O mediador não opera por amizade ou por cortesia. Objetiva o negócio jurídico futuro que lhe assegurará a contraprestação remuneratória, fruto da sua atividade. Mesmo que os interessados não tenham concluído o negócio

Supremo Tribunal Federal, do art. 7, da Lei 4.116, de 27.8.1962. Aplicação das Súmulas 286, 282 e 279. Recurso Extraordinário não conhecido.”

⁴⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 12: “A qualificação duma operação como “operação econômica” implica, no contexto em que nos movemos, um juízo a exprimir-se em termos rigorosamente objetivos, e não subjetivos. A qualificação duma operação como “operação econômica”, assim, não pode ser excluída pela circunstância de quem a leva a cabo ser movido, subjetivamente, por impulsos e finalidades de ordem ideal, pelo simples facto de esta não poder identificar-se com o apuramento da vontade ou esperança subjetiva de “fazer um bom negócio”, com a relevância de uma intenção subjetiva de natureza especulativa. Uma operação é ou não é – objetivamente – uma operação econômica, conforme apresente ou não apresente as suas características objetivas, independentemente daqueles que possam ser, em concreto, os motivos e os interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la (e que bem podem ser, em si, não utilitaristas e não especulativos, e portanto “não econômicos”, segundo a aceção corrente, que tende a identificar o “econômico” como o que concerne à procura do lucro, do proveito pessoal).”

⁴⁵ Ibidem, p. 13.

⁴⁶ CPC, art. 333: “O ônus da prova incumbe: II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

jurídico objetivado, tendo o mediador realizado a sua atividade o quanto lhe era possível realizar, bem como nos casos de retirada culposa ou de má-fé dos interessados, tem-se por concluída a sua atividade de meio. Nesta hipótese, faz jus à sua remuneração, embora não concluído o negócio jurídico. Incide aqui o dever jurídico resultante da boa-fé objetiva. Nesta fase, os deveres do mediador são oriundos, reciprocamente, do princípio da boa-fé, salvo no caso de permissão escrita para a mediação, quando se tornam deveres jurídicos. O dever do mediador é o de informar e de manter informados os interessados acerca do que sabe a respeito do futuro negócio jurídico. Se assim não proceder, ele deixa de ser imparcial. Qualquer fato que possa prejudicar a perfeição do negócio jurídico, seja quanto às partes interessadas, seja quanto ao objeto do negócio, embora não seja garante deste, deve informar aos interessados, mantendo a sua imparcialidade e a higidez do negócio futuro.

A mediação tanto pode ser atividade profissional quanto ocasional, como já referido. A profissional, como é cediço, reveste-se de maior segurança para os interessados. O mediador ocasional, como a própria palavra indica, é de ocasião. Insere-se ou é chamado ocasionalmente por razões específicas do negócio jurídico pretendido. É ocorrente, neste caso, tangenciar ou afundar no ilícito, como o noticiário denuncia nas liberações de verbas públicas. Essa atividade é desenvolvida entre nós por “lobistas” (inglês: lobby) junto de políticos que exercem mandato legislativo, bem como junto de Ministérios, Secretarias de Estados e Municípios, autarquias e fundações públicas, seja para influenciar, cabalar ou negociar os próprios interesses ou daqueles que representam, sem qualquer regulamentação, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América onde essa atividade foi legalizada noutros termos.

A mediação como atividade ocasional ou profissional não pode ser vista como mera intermediação fiduciária, pelo que, gratuita. A intermediação aproxima-se do mandato sem instrumento porque o intermediário age em nome de outro e não em nome próprio. Reveste-se, portanto, de parcialidade. Assim, também não é de confundir-se a mediação com a locação de serviços (*“locatio*

operarum”) ou com a empreitada (*“locatio operis”*), como é o caso do nuncio⁴⁷, que age por favor, por obséquio, geralmente como empregado, transmitindo manifestações de vontade, de conhecimentos, de sentimentos.

É encontradíssima a tese de que mediação pode ser parcial (atende interesse de uma só parte) e imparcial (atende interesse de mais de uma parte). Este entendimento descaracteriza a mediação dos seus elementos substanciais, quais sejam, a confiança, a imparcialidade e a autonomia. Mesmo quando um só dos interessados assuma a responsabilidade de remunerar o mediador, ainda assim a mediação haverá de caracterizar-se pela imparcialidade sob pena de transformar-se em mandato ou intermediação. O mediador não está adstrito ao que lhe pede somente um dos interessados porque a mediação é para ambos. O mediador não pode transmudar-se em mandatário sob pena de desfigurar-se em procurador de negócio que age no interesse e por encargo de um só dos contraentes, como é ocorrente no direito italiano.

A manifestação tácita pode acontecer através de um simples gesto ou pelo silêncio⁴⁸. O brocardo *“quem cala consente”* sofre reservas do ponto de vista jurídico, porém, sempre que uma pessoa interpelada por outra possa ou deva responder-lhe prefere calar-se, este silêncio pode ser interpretado como assentimento⁴⁹. A legislação, em geral, tem regras a este respeito, como, por exemplo, nos casos da doação⁵⁰ ou no contrato individual de trabalho⁵¹.

⁴⁷ Pessoa que transmite a outrem um negócio, anunciador, mensageiro. O termo é empregado para o Embaixador Papal.

⁴⁸ CCB/2002, art. 111: O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.3. p. 25: “Pode a declaração de vontade ser tácita, quando a lei não a exigir expressa (Código Civil, art. 1.079), desde que se infira inequivocamente de uma atitude ou conduta do agente, hábil a evidenciar a manifestação de seu querer, no sentido da constituição do negócio contratual. Até pelo silêncio pode ser feita a emissão volitiva. Mas não é qualquer silêncio evidentemente, senão aquele que por si só traduza um querer, e contenha manifestação volitiva, permitindo-se extrair dele a ilação de uma vontade contratual. Por isso mesmo denomina-se silêncio conclusivo. A pesquisa deste silêncio gerador de direitos e obrigações há de resultar da interpretação da vontade das partes.”

⁵⁰ CCB/1916, art. 1.166 – O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Desde que o faça o donatário, ciente do prazo, não faça dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo. No CCB/2002, art. 539 – O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

Como temos assinalado, inexistente forma própria para o contrato de mediação, dado que a sua existência promana do mundo dos fatos⁵², mormente entre nós. A eficácia decorre do consensualismo e não do formalismo, o que só incide, se existente específica previsão legislativa⁵³.

Os pressupostos do contrato são a manifestação de vontade dos interessados – a permissão, a atividade do mediador e o resultado que se constitui no negócio jurídico ajustado pelos interessados. Existente este negócio jurídico exsurge o contrato de mediação.

Se o mediador *“in tractando”* foi até onde poderia ir na preparação do negócio jurídico, está concluída a sua atividade, pois não tem dever *“in concludendo”*. Se provada a mediação, resta a obrigação de remunerar.⁵⁴

As despesas ordinárias da atividade do mediador compõem o risco da sua atividade autônoma, tais como locomoção, estadias, ligações interurbanas, reprografias, etc.

Já as despesas extraordinárias não entram na atividade normal do mediador, como sói acontecer quando indispensável para o negócio jurídico a prévia realização de vistoria, perícia, emissão de parecer, etc.

As despesas extraordinárias deverão ser reembolsadas pelo interessado

⁵¹ CLT, art. 442 – Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

⁵² PEREIRA. **Instituições...**, versando a respeito da “Autonomia da vontade e intervenção do Estado”, escreve na p. 19: “O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que JOSSERAND chega mesmo a considerá-lo a “publicação do contrato”. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.”

⁵³ CCB/1916, art. 1.079 – A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa. No CCB/2002, art. 107: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁵⁴ RE-38009, Relator Min. Barros Monteiro, julgado pela 1ª Turma em 09-10-1958. Ementa: “Corretagem. Provada a mediação do corretor, impunha-se o pagamento da comissão acertada. Matéria de fato. Não conhecimento do extraordinário.”

que deu causa.

Deve quem se ligou ao mediador e se vinculou ao resultado obtido. Alcançado este ou concluída a atividade, devem os interessados comunicar ao mediador o êxito da avença para o pagamento da atividade por ele desenvolvida. O direito à retribuição ocorre igualmente quando concluída a atividade mediatriz antes do resultado final, quando o efeito é extracontratual.⁵⁵

A remuneração pode ser por valor fixo ou percentual sobre o valor do negócio, em quantia única ou parcelada, segundo os costumes locais ou a forma do pagamento do negócio jurídico que, por sua conclusão exitosa, faz ingressar no mundo jurídico a eficácia do contrato de mediação.⁵⁶

Se não houve prévio acerto quanto a remuneração, o valor obedecerá aos usos e costumes da sede do mediador autorizado e, em última hipótese, havendo divergência, a arbitragem extrajudicial ou arbitramento judicial.

Se acaso o negócio jurídico for nulo ou anulável (inclusive por vício redibitório⁵⁷), o mediador estará obrigado à restituição da remuneração a quem lhe pagou. A sua atividade comprovou ser inidônea pelo próprio resultado. O mediador falhou nas diligências de sua responsabilidade. Esta hipótese não ocorrerá no caso de simulação dos interessados, bem como se estes rescindirem o negócio jurídico formalizado. Salvo o vício redibitório a mediação chegando ao resultado, os fatos supervenientes não afetarão o contrato de mediação.

⁵⁵ RE-72674/GB, Relator min. Barros Monteiro, julgado pela 1ª Turma em 25-10-1971. Ementa: "Mediação. Remuneração devida. Inexistência de negativa de vigência do direito federal e dissídio de jurisprudência não comprovado. Aplicação das Súmulas 279, 454 e 291. Recurso Extraordinário não conhecido."

RE-70563/SP, Relator Min. Thompson Flores, julgado pelo Tribunal Pleno em 18-03-1971. Ementa: "Corretores de Imóveis. Remuneração pelos atos de mediação. Podem promover sua cobrança judicial independentemente das exigências do art. 7, da Lei n.º 4.116, de 27.08.1962, por ser inconstitucional. Recurso conhecido, mas não provido."

⁵⁶ RE-83944/PR, Relator Min. Moreira Alves, julgado pela 2ª Turma em 27-08-1976. Ementa: "Mediação. Valor da comissão pela venda do imóvel, na hipótese de a mediação ter sido autorizada por um condômino sem a anuência dos demais. Inexistência de negativa de vigência do art. 1.521, III, combinado com o art. 1.523, ambos do Cód. Civil. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido."

⁵⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.4. p. 81.652: O vício redibitório resulta da existência de vícios, ou defeitos ocultos da coisa, cuja venda se procede, existentes ao tempo da aquisição, e que a tornam imprestável, ou imprópria

Na hipótese de os interessados firmarem o negócio jurídico com inserta condição suspensiva ou resolutiva, tais cláusulas não afetam os efeitos do contrato de mediação. Não há reflexo porque o mediador não é garante.

Tendo havido pluralidade de mediadores, a obrigação limita-se ao mediador que foi autorizado ou admitido por quem aproveitou. No caso de um só mediador lograr êxito na sua atividade, presumir-se-á que os demais foram admitidos, “*ab initio*”, sem ônus. A atividade mediatrix é autônoma e de risco.

Cada interessado responde pelo que aproveitou⁵⁸. Pode ocorrer, porém, que a admissão do mediador por um dos interessados deu-se, desde logo, com exclusão de remuneração, porque procurado para negócio de interesse prevalente de quem tomou a iniciativa. Nesta hipótese, o mediador poderá prosseguir ou não na sua atividade, estando assegurada a remuneração por quem permitiu ou autorizou a atividade. Este fato não desnatura a imparcialidade do mediador porque obra no resultado.

Verifica-se, portanto, que o contrato de mediação pode gerar eficácia unilateral ou plurilateral, segundo o número de interessados que admitiram e aproveitaram a mediação.

A remuneração é a contraprestação pelo desempenho da atividade estimulante, agregadora, atenuadora de empecilhos, incompreensões, dificuldades vencidas para a concretização do negócio jurídico.

Os interessados que aproveitaram o resultado da atividade mediatrix têm o ônus da remuneração.

O tempo necessário para o mediador desenvolver a sua atividade está condicionado à necessidade e urgência dos interessados⁵⁹. Esgotado este, o

ao seu uso, ou destino, diminuindo, por isso, o seu justo valor. Vícios redibitórios e vícios ocultos, pois, têm a mesma significação.

⁵⁸ CCB/2002, art. 884: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁵⁹ Boletim Informativo da Legislação Brasileira Juruá, período de 01 a 10-12-98, ementa n.º 16325: Comissão. Corretagem. Mediação. Negócio agenciado a tempo pelo corretor. Prazo da contraproposta expirado. Acordadas as partes, mesmo que posteriormente do prazo da opção, no negócio agenciado a tempo pelo corretor, tem ele direito à remuneração combinada. 2º TACSP, Ap. Cível n.º 516.493, Rel. Juiz Renato Sartorelli, julgado em 04-05-98, DJ de 27-11-98.

mediador assume o risco. O prazo para a conclusão do negócio pode ser prorrogado por nova permissão dos interessados.⁶⁰

As atividades do mediador podem desenvolver-se em diferentes lugares, segundo a necessidade do objeto do negócio jurídico que ele tem em vista alcançar.

O lugar do negócio jurídico não determina o lugar do contrato de mediação, mesmo que este seja relativo a bem imóvel, eis que a mediação trata de direito pessoal, não sendo afetada pelo direito de seqüela. A obrigação jurídica que emana do contrato de mediação não se materializa em instrumento e tampouco é contrato acessório. É dever jurídico dos interessados com o mediador, os quais deverão satisfazer a sua irradiação na sede do mediador e segundo os costumes locais deste.

A inadimplência dos interessados remete para a regra geral de competência, como direito pessoal e, vice-versa, dos interessados.

Atuam na mediação o mediador e 2 (dois) ou mais interessados, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas que serão as partes⁶¹ do negócio que se põe como o resultado almejado por esta atividade.

O mediador é elemento que se mantém no mundo fático. Não é parte no negócio jurídico que deve mediar e para cuja finalidade trabalha. Assim pois, é o resultado dos seus atos que entram no mundo jurídico com o assentamento

⁶⁰ RE-79411/GO, Relator Min. Cordeiro Guerra, julgado pela 2ª Turma em 11-04-1975. Ementa: "Corretagem de imóveis – Sua denegação face as provas, que não permitiam a verificação da ocorrência da mediação no prazo da opção. Contrato inconveniente de autorização para venda. Reexame de provas. Recurso Extraordinário não conhecido. Súmulas 279, 283 e 291." RESP-0029286/RJ – 1992. Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 27-04-1993. Ementa: "Direito civil. Corretagem. Negócio concretizado após o prazo concedido ao mediador. Direito à comissão. Recurso inacolhido. O corretor faz jus a sua remuneração se o negócio agenciado for concluído mesmo após o vencimento do período estabelecido na autorização, desde que com pessoa por ele indicada ainda quando em curso o prazo do credenciamento e nas mesmas bases e condições propostas. O que não se admite é que o mediador, sem concordância do comitente, arregimente pretendentes quando já expirado o lapso temporal ajustado. Se, porém, indicou interessados no prazo da opção, é-lhe devida a comissão, uma vez alcançado o resultado útil como decorrência da atividade de intermediário pelo mesmo desenvolvida."

⁶¹ Parte em direito civil são os sujeitos da relação jurídica material, aqueles que participam de um negócio. A parte atua direta ou indiretamente. Em matéria de processo Chiovenda conceitua a parte como: "É parte aquele que pede em seu nome (ou em cujo nome se pede) a atuação de uma vontade da lei e frente ao qual é pedida."

do contrato.

Alude Pontes de Miranda para o fato de haver parentesco entre o mediador e um ou mais interessados, o que pode dificultar o aparecimento da figura do mediador, como, por exemplo, a mediação entre pais e filhos e vice-versa, ou entre estes e outros parentes consangüíneos ou por afinidade. Tais fatos, entretanto, não pré-excluem serem partes na mediação porque emanados da autonomia da vontade.

Os interessados, igualmente, podem ser pessoas físicas ou jurídicas que, não desfrutando de meios, conhecimentos, tempo e agilidade para a formalização do negócio jurídico desejado, servem-se do mediador.

O contrato de mediação, por não estar contemplado legalmente, seja no direito civil, seja no direito comercial, não exige seja o mediador um profissional, pois o que é relevante é a atividade que presta, e não a sua profissionalidade ⁶².

⁶² RESP n.º 0004269/RS – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 06-08-1991. Ementa: “Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor, a undécima hora. Comissão devida. Correntes hermenêuticas. Recurso desprovido. I – Sem embargo dos ponderáveis argumentos das correntes antagônicas que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justo se afigura o entendimento da corrente intermediária, segundo a qual o corretor faz jus à comissão se, tendo aproximado as partes, o negócio não se consuma por decisão exclusiva do vendedor que o contratara. II – A jurisprudência, mesmo quando embasada em reiterados julgados, refletida em antigos posicionamentos, deve evoluir para adaptar-se à multifária riqueza da vida, em seus variados aspectos circunstanciais, sob pena de agasalhar a injustiça e ferir elementares princípios de direito.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

RESP-0019840/RO – 1992, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 08-06-1993. Ementa: “Civil. Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor. Comissão devida. Correntes. Precedente. Recurso Especial conhecido e provido. Sem

O mediador pode ser pessoa física ou jurídica, exercer a sua atividade profissional ou eventualmente, e desenvolvê-la em nome próprio, com autonomia, neutralidade e imparcialidade, respondendo pelos riscos da atividade, servindo à conclusão do negócio jurídico, porém, não de concluí-lo. Está obrigado, pela incidência do princípio da boa-fé, à prestação de informações aos interessados a respeito deles próprios, da licitude do objeto do negócio jurídico pretendido e de todas as circunstâncias que o envolvem para o êxito do negócio jurídico.

A confiança, a idoneidade e a agilidade do mediador, reconhecidas no meio em que atua, é que o torna útil para a solução de quaisquer interesses lícitos.

Este fim deve ser um negócio jurídico a ser concluído pelos interessados, no qual o mediador não é parte e tampouco garante. O fim que persegue o mediador é a obtenção do resultado lícito pretendido pelos interessados.

A permissão para a mediação pode ser por prazo determinado ou indeterminado. O vencimento do prazo para a conclusão da mediação importa em revogação sem ônus, salvo se sobrevier a concretização do negócio⁶³, e não em prescrição ou decadência porque ainda não houve ingresso no mundo jurídico. Revogar é retirar a voz, segundo Pontes de Miranda⁶⁴. Diferentemente ocorre quando a revogação já está no mundo jurídico, como, por exemplo no caso da proposta de que trata o art. 1.080 do CCB⁶⁵. A proposta é uma declaração receptícia de vontade de uma para outra pessoa, com quem

embargo das correntes que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justa se afigura a posição intermediária, segundo a qual é devida ao corretor a comissão se, após a aproximação, já com a venda acertada, o negócio não se perfaz por desistência do vendedor que o contratara.”

⁶³ RE-90375/SP, Relator Min. Djaci Falcão, julgamento da 2ª Turma em 20-03-1979. Ementa: “Corretagem. Comissão. Decisão que reconheceu direito à remuneração, esclarecendo ter havido mediação eficaz no decurso do prazo da autorização, embora concretizado o negócio após o prazo de opção. Circunstâncias particulares, aferidas soberanamente na instância ordinária (Súmula 279). Acórdãos do mesmo Tribunal não propiciam o dissídio jurisprudencial (Súmula 369). Acórdãos de outros Tribunais, que, no entanto, não satisfazem as exigências da Súmula 291. Recurso Extraordinário não conhecido.”

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito...** § 4.715, p. 247.

⁶⁵ CCB/1916, art. 1.080 e CCB/2002, art. 427: A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

pretende celebrar contrato⁶⁶. A proposta, ao contrário da permissão, já está no mundo jurídico e, em consequência, esta revogação agrega ônus contratual, o que não se dá com a mediação.

A mediação sem prazo ocorre até que os interessados se dêem por satisfeitos com o resultado, devendo, então, remunerar o mediador.

O dever de pagar é obrigação consequente da atividade mediatrix, porém, é indispensável ter presente a necessidade de prová-la na hipótese de inadimplemento da obrigação⁶⁷. Neste sentido, é útil lembrar antiquíssimas fórmulas a respeito da prova: A prova incumbe a quem afirma (*“probatio incumbit asserenti”*); a necessidade de provar incumbe sempre àquele que aciona (*“semper necessitas probandi incumbit illi qui agit”*); provado o início e o fim, presume-se provado também o meio (*“probatio initio et fine, medium tempus praesumitur”*); a prova especial sempre prevalece sobre a geral (*“probatio specialis semper prevalet generali”*); a prova, porém, faz-se por objetos, confissões, testemunhas de que se presume quererem e estarem em condições de dizer a verdade (*“probatio autem ipsa fit per instrumenta, confessionem, testes qui et velle et posse veritatem dicere praesumuntur”*) e, nas provas está toda a força do juízo (*“in probationibus tota vis iudicii est”*).⁶⁸

Não são sem razões, portanto, as disposições do Código de Processo Civil a respeito da prova,⁶⁹ que pode ser obtida através do depoimento das partes, da confissão, da exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial ou inspeção judicial, tendo como finalidade a formação do

⁶⁶ Boletim Informativo da Legislação Brasileira Juruá, período de 01 a 10 de dezembro de 1998, ementa n.º 16334 – Corretagem. Comissão. Mediação. Prova da contratação. Necessidade. Senão houve mediação, mas sim, flagrante intromissão do autor, indevida a pleiteada comissão, tendo em vista a ausência de qualquer autorização literal ou verbal para que intermediasse junto a terceiros a venda do imóvel de propriedade do réu. 2.º TACSP, Ap. Cível n.º 515.537, Rel. Juiz Andreatta Rizzo, julgado em 27-04-98, DJ de 27-11-98.

⁶⁸ FAÉ, Ana de Brito. **Vocabulário de latim forense**. São Paulo: Editora Afonso, 1978. p. 266-269.

⁶⁹ CPC, art. 333: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

convencimento do juízo, que é o seu destinatário final⁷⁰.

Neste sentido, a jurisprudência dos tribunais demonstra que a solução dos conflitos entre o mediador e os interessados assenta, basicamente, na prova produzida na demanda judicial⁷¹.

A culpa “*in contrahendo*”, como ocorre na identificação da culpa “*in faciendo*” ou “*in non faciendo*”, comumente denominadas “*in omittendo*”, bem assim a culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*”, têm o mérito de demonstrar o conteúdo da conduta culposa, servindo para indicar a variabilidade das manifestações culposas.⁷²

⁷⁰ CPC art. 333: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁷¹ RE-87110/RJ, Relator Min. Xavier de Albuquerque, julgado pela 2ª Turma, em 02-09-1977. Ementa: “Mediação. Procedência da ação de cobrança da comissão, decretada à face da prova produzida. Inaplicabilidade do art. 368, parágrafo único do CPC. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-79476/GB, Relator Min. Cordeiro Guerra, julgado pela 2ª Turma em 19-11-1974. Ementa: “1. Serviço de mediação na venda de estabelecimento bancário. Controle acionário. 2. Não se conhece de Recurso Extraordinário de acórdão que se limitou a aplicar a lei à prova dos autos.” RE-24333, Relator Min. Antonio Villas Boas, julgado pela 2ª Turma em 01-10-1957. Ementa: “O serviço de mediação em negócio (*corretagem) pode ser provado por testemunhas, não estando sujeito a restrição do art. 141 do Código Civil.”

RE-24243, Relator Min. Ribeiro da Costa, julgado pela 2ª Turma em 29-10-1953. Ementa: “Contrato de corretagem. Feição peculiar. Destituição de forma especial. Pode ser provado por todos os meios de prova admissíveis em direito, inclusive por testemunhas, ainda que a remuneração seja superior à taxa legal, segundo acentuam numerosos arestos de nossos Tribunais. A corretagem, ou mediação, e um contrato de trabalho “*sui generis*”, em que o locador loca ao comitente, não propriamente o seu trabalho, mas o produto útil do mesmo. Doutrina nacional e estrangeira. Jurisprudência.”

RESP-008216/MG – 1991, Relator Min. Barros Monteiro, julgado pela 4ª Turma em 27-08-1991. Ementa: “Corretagem. Inexistência de contrato escrito. Negócio concretizado. 1. A existência de avença e suscetível de ser aferida mediante exame do quadro probatório e não somente através de contrato escrito. 2. Aperfeiçoado o negócio jurídico, com a formalização da promessa de venda e compra e o recebimento do sinal, e devida a remuneração do corretor, ainda que os contraentes, desfaçam a transação “*a posteriori*”. 3. Dissídio jurisprudencial não configurado. 4. Recurso Especial não conhecido.”

⁷² RESP n.º 0004269/RS – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 06-08-1991. Ementa: “Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor, a undécima hora. Comissão devida. Correntes hermenêuticas. Recurso desprovido. I – Sem embargo dos ponderáveis argumentos das correntes antagônicas que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justo se afigura o entendimento da corrente intermediária, segundo a qual o corretor faz jus à comissão se, tendo aproximado as partes, o negócio não se consuma por decisão exclusiva do vendedor que o contratara. II – A jurisprudência, mesmo quando embasada em reiterados julgados, refletida em antigos posicionamentos, deve evoluir para adaptar-se à multifária riqueza da vida, em seus variados aspectos circunstanciais, sob pena de agasalhar a injustiça e ferir elementares princípios de direito.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de

c) *Mediação e figuras afins*

Pelo fato de não estar tipificada, a mediação pode levar a confusão com figuras afins.

A distinção da mediação negocial com as figuras afins deve, pois, iniciar pela discussão acerca da natureza jurídica do “*contrato de mediação*”, o que é ainda fonte de controvérsias, mesmo nas legislações que a contemplam como instituto jurídico.

No direito brasileiro, o exame da natureza jurídica do “*contrato de mediação*” suscita ainda maiores controvérsias⁷³, bem como em face das disposições do Código Comercial quanto a corretagem⁷⁴. Tais fatos evocam, entre nós, o princípio da analogia. No direito comparado, caracteristicamente

admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

RESP-0019840/RO – 1992, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 08-06-1993. Ementa: “Civil. Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor. Comissão devida. Correntes. Precedente. Recurso Especial conhecido e provido. Sem embargo das correntes que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justa se afigura a posição intermediária, segundo a qual é devida ao corretor a comissão se, após a aproximação, já com a venda acertada, o negócio não se perfaz por desistência do vendedor que o contratara.”

⁷³ AG-30053, Relator Min. Pedro Chaves, julgado pela 1ª Turma em 25-06-1964. Ementa: “Contrato de mediação. Sua natureza. Função do mediador. Quando se considera finda e faz nascer o direito à remuneração. Matéria de fato e interpretação do contrato através do exame e avaliação de provas. Agravo a que se negou provimento.”

⁷⁴ O CC no Título III – Dos Agentes Auxiliares do Comércio, dispõe no art. 35, que: “São considerados agentes auxiliares do comércio, sujeitos às leis comerciais com relação às operações que nessa qualidade lhes permitam: 1. Os corretores; 2. Os agentes de leilões; 3. Os feitores, guarda-livros e caixeiros; 4. os trapicheiros e os administradores de armazéns de depósito; 5. Os comissários de transportes.” Posteriormente o código ocupa-se no regramento de cada uma destas atividades: Corretores, arts. 36/67; Agentes de Leilões, arts. 68 a 73 que foram revogados pelo Decreto nº 21.981/32; Feitores, Guarda-livros e Caixeiros, arts. 74/86; Trapicheiros e Administradores de Armazéns e Depósitos, arts. 87/98; Condutores de Gêneros e Comissários de Transporte, arts. 99/118. Não há referência ao mediador ou contrato de mediação.

os autores italianos e alemães tratam desta matéria porquanto o Código Comercial Alemão (HGB) e o “*Codice Civile*” (Italiano) disciplinam o contrato de mediação. Em razão destas realidades, os nossos autores e a jurisprudência controvertem na arrimação com institutos jurídicos existentes, entre nós, principalmente com a corretagem, em especial em face da doutrina desenvolvida a respeito do contrato-tipo, inclusive na legislação estrangeira.

Carvalho Neto⁷⁵, autor da única obra nacional a este respeito, sistematiza as controvérsias, classificando-as em cinco grupos as opiniões dos juristas e dos tribunais, no que concerne à natureza jurídica dessa atividade, como segue:

- 1) a mediação é uma locação de serviços;
- 2) a mediação é uma locação de obra;
- 3) a mediação é um mandato;
- 4) a mediação é uma comissão;
- 5) a mediação é uma fiança.⁷⁶

No capítulo a respeito da “*natureza sui-generis do contrato de mediação*”, Carvalho Neto questiona:

Diante disso, pertine a pergunta: se não é fiança, se não é locação de serviços, se não é mandato, se não é comissão, qual é então a verdadeira natureza da mediação? E, respondendo a essa indagação, assenta que: “Em meio de suas divergências há um vértice em que todos os autores são acordes. É que o contrato de mediação possui características

⁷⁵ CARVALHO NETO. **Contrato de Mediação**. 3.ed. São Paulo: Jalovi, 1991. p. 56.

⁷⁶ Registra Carvalho Neto, na mesma obra, a fl. 76, que: “Já os romanos, com aquela admirável intuição jurídica que, ainda hoje, os fazem credores da nossa admiração, haviam se apercebido dessa singularidade, não a envolvendo no âmbito dos contratos limítrofes. Deram-lhe personalidade própria, dedicando-lhe um corpo de regras especiais, nas quais se vêm desседentando os legisladores posteriores, na disciplinaçãõ do instituto. No Brasil, quantos estudaram o assunto, tantos se aperceberam dessa tipicidade da mediação, malgrado o desconhecimento que lhe votou a legislação, como a querê-la forma de algum contrato nominado. Carvalho de Mendonça, para principiar do alto, Afonso José de Carvalho, Descartes de Magalhães, Antônio Mercado, Mattos Peixoto, Francisco Campos, citam-se entre os que frisaram a “*facis*” inconfundível da mediação.

próprias que o individualizam, tornando-se uma figura típica de contrato, uma convenção sui-generis, um pacto especial e inconfundível. São esses os pensamentos de Supino, de Vivante, de Rezerra, de Nogueira, de la Grasserie, Ramella, Greco, Ihering, Bolaffio, Pierre Emo, Siburu, Endeman, Navarrini, entre outros autores estrangeiros.

Diverso é o entendimento de Pontes de Miranda ao estudar o contrato de mediação⁷⁷ à luz do nosso direito positivo, escoimando esta atividade do tratamento que lhe foi conferido na legislação estrangeira, razão pela qual nos filiamos a tais ensinamentos.

Pontes de Miranda registra que

a prestação pode ser negócio jurídico, ato jurídico “stricto sensu” (e. g. mediação para que o advogado interpele), ato-fato (e. g., mediação para que B pague o que deve a A ou a terceiro), ou fato jurídico “stricto sensu”. Para isso, é que haja negócio jurídico entre A e B, ou A, B e outra pessoa ou outras pessoas, para cuja conclusão o mediador exerce a atividade típica.

Importa assinalar que, entre nós, a doutrina tradicionalmente entende aplicáveis à mediação regras atinentes a certos contratos nominados e típicos, que lhe são análogos, como quer a “*teoria da interpretação analógica*”, conatural aos contratos atípicos, comumente chamados de inominados⁷⁸. O mesmo ocorre em sede jurisprudencial, como ressalta antiga – e ainda valiosa – pesquisa realizada por Carvalho Neto. A corrente majoritária na doutrina entende aplicável à mediação critérios analógicos. Francisco Campos⁷⁹ alude à

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito...** v. 43. parágrafo § 4.714 até o § 4.721.

⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**. 3.ed. São Paulo: Cejup, 1988.

⁷⁹ CAMPOS, Francisco. Parecer. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 98, p. 50: “Se no direito civil positivo, não se encontra, pois, direta e essencialmente regulamentado o contrato de mediação e se este não pode ser assimilado ao contrato de locação, com o qual apresenta mais íntimas afinidades, pela razão de que o Código apenas cuidou da “*locatio operarum*”, e não da “*locatio operis*”, é evidente que, se no direito comercial positivo o mesmo contrato se acha previsto e regulamentado, ao contrato de mediação do direito civil não se aplicam as normas com que o direito comercial disciplina o mesmo contrato. É de supor que se tivesse hoje de regular, de modo especial, o contrato de mediação, o legislador civil faria nos mesmos termos em que regula o direito comercial, pois em um e outro direito o contrato tem as

identidade das funções econômicas da mediação, seja no direito civil ou no direito comercial, e, ainda, à identidade de características e de condições indispensáveis à sua sobrevivência. Antônio Mercado⁸⁰ remete a regulamentação dos contratos de mediação para regras do que denomina como “*corretores privilegiados*”. Também assimilando, por analogia, a mediação à corretagem, Carvalho de Mendonça entende ser aplicável a legislação dos “*corretores livres*”⁸¹. É este entendimento, igualmente, preconizado por José Carlos de Mattos Peixoto⁸² com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Esse autor analisa com perspicácia o fato de ter a jurisprudência afastado a aplicação analógica da corretagem da lei comercial, por causa da

mesmas funções econômicas, os mesmos característicos e reúne as mesmas condições indispensáveis à sua sobrevivência, como atividade útil, no mundo do comércio jurídico ou de permuta das utilidades entre os homens.”

⁸⁰ MERCADO, Antônio. **Revista dos Tribunais**, v. 24, p. 235: “Não existindo na legislação pátria disposições especiais regulando os contratos de mediação, efetuados por agentes de negócios, por simples mediadores, tais contratos devem ser sujeitos, “*mutatis mutandis*”, às mesmas normas que o Código Comercial e as leis e regulamentos posteriores contém para aqueles que se realizam por meio de corretores privilegiados.”

⁸¹ CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado**: “Parece que o meio racional seria aos corretores civis as normas da legislação comercial aplicáveis aos corretores livres.”

⁸² PEIXOTO, José Carlos de Mattos. Parecer, 17-9-43. **Revista de Direito**, n. 150, p. 492: “Sendo omissa a lei no tocante à corretagem civil, deve-se aplicar a legislação comercial, que subordina, como se viu, o pagamento da comissão à últimação do negócio. Preceito legal expresso exige essa aplicação; é o art. 4º (ant. 7º) da lei de introdução ao Código Civil, que manda aplicar aos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos. Apesar disso afastou-se a aplicação analógica da lei comercial por causa da noção errônea de que a corretagem ocasional é uma locação de serviços, regida pelos arts. 1.216 e 1.218 do Código Civil. Entretanto, o conceito de corretagem é outro, como se viu, e uma relação jurídica não muda de natureza, porque se desenvolve no ambiente civil ou comercial (Bolaffio, II/18). Na Itália a corretagem está regulada apenas na lei comercial, mas a melhor doutrina aplica essa legislação à corretagem civil (Rezzara, *Dei Mediatore*, nº 8 e 121, Bolaffio, II/35-36 e Franchi Pagani, I/341-343). Na Alemanha a matéria acha-se disciplinada principalmente no Código Civil, mas se aplica à corretagem comercial, por analogia, o dispositivo desse código que somente dá ao corretor o direito de perceber remuneração se o negócio se realiza. (Cossack, *Traité de Droit Commercial*, trad. Léon Mis, I/352). Se bem que a solução de recorrer às normas de direito comercial não seja em si plenamente satisfatória, pelo fato de essa lei não encerrar nos seus 31 artigos a respeito, senão dois, o 56 e 67, que regulam, verdadeiramente as relações do comitente e corretor, é, ainda, esse critério único que se nos apresenta capaz de resolver as controvérsias da corretagem civil. Não há, portanto, como fugir a essa aplicação analógica. Verdade é que tão farta é a jurisprudência sobre a espécie que há a respeito dos fáceis mais comuns do contrato de mediação um verdadeiro corpo de regras extralegis a que forçoso recorrer. Eis a súmula de uma das muitas decisões dos tribunais Italianos encontrada na *Recolta de Navarrini*, seguindo o Des. COSTA E SILVA, **Revista dos Tribunais**, v. 55, p. 269: “A Mediação é o contrato especial que se diferencia do mandato, da “*locatio operarum*” e da “*locatio operis*”. Esse contrato, dado o nosso sistema de legislação, que admite a maior liberdade nas formas e nas modalidades das convenções, pode também aplicar-se nos campos dos negócios civis. Em tal caso em homenagem ao princípio da unidade do direito privado e

noção errônea de que a corretagem ocasional é uma locação de serviços. Criticando este afastamento, entende aplicáveis os conceitos de corretagem e de locação de serviços porque “uma relação jurídica não muda de natureza porque se desenvolve no ambiente civil ou comercial.”

Em obra ainda mais vetusta, Armando Fairbanks⁸³, recomenda: “Nessas condições, para prepostos e corretores, tem o juiz de determinar tal natureza, para, do contrato em que for a espécie qualificada, haurir as regras a aplicar, ou então tem de recorrer às regras gerais dos contratos.”

A mediação resulta da manifestação de vontade tácita ou expressa. Naturalmente que a inexistência de permissão escrita conduz a certas dificuldades em matéria de prova. Além do mais no caso de superveniente controvérsia judicial porque, neste caso, incidem as regras jurídicas de direito comum^{84/85}, especialmente se o interessado ou interessados unilateralmente desobrigam-se de remunerar o mediador.

A mediação não é locação de serviços, locação de obra, mandato, comissão, fiança ou contrato “*sui generis*”, é simplesmente atividade que se torna contrato em razão do resultado⁸⁶, mesmo que mínimo⁸⁷.

Por isso, é impertinente confundir a mediação com a intermediação, dado que são modelos distintos. Na intermediação, há a parcialidade porque o intermediário defende interesse de quem o incumbiu. É exemplo o pedido de

também ao art. 30 das “Disposições Preliminares” do Código Civil a mediação será regulada pelas mesmas normas estabelecidas em matéria comercial, tanto quanto possível.”

⁸³ FAIRBANKS, Armando. **Mandato e comissão**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1923. p. 15.

⁸⁴ CPC, art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁸⁵ CPC, art. 333 – O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito...** v.5. p. 11: “Ato humano e fato jurídico; eficácia – O direito leva em consideração os atos humanos como manifestações de vontade; porém não somente como tais: pode admitir que entrem no mundo jurídico suportes fáticos que contêm elemento volitivo, sem que figurem, nele, como atos humanos juridicizados. O mesmo seria dizer-se que se abstraiu da vontade; melhor é dizer-se, contudo, que é indiferente o terem sido manifestação de vontade, ou não. Entram no mundo jurídico como ato-fato jurídico.”

⁸⁷ *Ibidem*, v.5, p. 8: “Se o ato jurídico, embora revogável enquanto não ocorre algum fato (e. g. aceitação), está exposto a vincular alguém que o pratica e, pois, a tornar-se irrevogável, há efeito que é anterior à irrevogabilidade. Tal efeito, para os atos jurídicos, é o efeito mínimo.

João para Pedro mediar com Luiz a conclusão de determinado negócio jurídico bilateral, obrigando-se a remunerá-lo pelo êxito da avença. O resultado, como se vê, objetivou a satisfação do interesse de João sem ter em conta o interesse contrapartido de Luiz, a quem, na mediação, cumpre ter em conta, como visto nos exemplos acima, eis que neutro e imparcial o mediador⁸⁸.

A corretagem, diversamente da mediação, é atividade profissional regulamentada por lei. O Código Comercial Brasileiro (Lei n.º 556, de 25-06-1850), ao regulamentar as atividades dos Agentes Auxiliares do Comércio, disciplinou os Corretores nos artigos 36 a 67, submetendo-os a registro no Tribunal do Comércio, mediante patente de corretor, fiança, e demais exigências constantes dos artigos referidos. A atividade dos corretores multiplicou-se e se espalhou também nas atividades civis. Daí a denominação de “*corretores livres*”, no sentido de assimilar esta explosão dos serviços que passaram a desempenhar, como diz Antonio Chaves, de corretores livres de bens móveis e imóveis, de espetáculos públicos e diversões, de empréstimos, de obras de arte, de automóveis, de pedras preciosas, de publicidade, de trabalhadores em geral ou especializados, de artistas, de esportistas profissionais, de conferencistas, etc.⁸⁹

O contrato de corretagem está regulado em nosso novo Código Civil (arts. 722 a 729). A lei o define como o contrato pelo qual uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou qualquer outra relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as intenções recebidas (art. 722).

O novo código, porém, não exclui a legislação especial, a exemplo dos

Quem pratica atos, que entram no mundo jurídico, expõe-se a ele, que é a vinculabilidade. Todo ato jurídico, tem, pelo menos, esse efeito.”

⁸⁸ STF-RE-86202/PR, Relator Min. Cordeiro Guerra, julgado pela 2ª Turma em 28-04-1978: “Corretagem de imóveis. Direito reconhecido ao intermediário do negócio realizado, face a prova e ao contrato, não comportando reexame pela via do Recurso Extraordinário – Súmula 279 e 454. Dissídio não comprovado na forma da Súmula 291. RE dos 1. e 3. Recorrentes não conhecidos. O Corretor que contratou, apenas com alguns condôminos, a mediação do imóvel comum, levando a bom termo o negócio, afinal aceito por todos, nem por isso poderá cobrar a correspondente corretagem dos comunheiros ausentes à avença. RE dos 2. Recorrentes, conhecido e provido.”

⁸⁹ CHAVES, Antonio. Corretagem. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1979. v.21. p. 5 – Corretores Livres.

Corretores de Seguros⁹⁰.

A natureza jurídica da corretagem advém do mandato do comitente, seja verbal ou por escrito, que lhe confere poderes de representação deste interesse, tanto faz ser ele de natureza civil quanto comercial.

Embora a corretagem e a mediação apresentem manifestações semelhantes, elas não são idênticas em razão do diferencial, já “*ab initio*”, entre permissão, que é consentimento ou licença, e mandato ou comissão. A assimilação da corretagem com a mediação é quase invencível, como exemplificativamente faz Maria Helena Diniz⁹¹:

O contrato de corretagem e de mediação, embora de larguíssimo uso entre nós, apenas foi disciplinado pelo Código Comercial (arts. 36 a 67) no que se refere à profissão dos corretores, como agentes auxiliares do comércio, sendo que nosso Código Civil nem mesmo o considerou. Para sanar esta falha, o Projeto de Código Civil, nos arts. 722 a 729, procurou regulamentá-lo.⁹²

Se for investido de mandato, “*ipso facto*”, não se trata de mediador, mas procurador, mesmo sem instrumento de mandato, ou comissário. Deixa de ser neutro e imparcial porque estará agindo em nome do mandante. O mediador estabelece relações entre dois ou mais interessados. Desenvolve atividade em nome próprio, neutro e imparcial, colocando em contato os interessados, a quem estimula, presta informações, convence, afastando dúvidas e

⁹⁰ Lei n.º 4.594, de 29.12.64 que “Regula a Profissão do Corretor de Seguros”, Decreto n.º 56.903 de 24.09.65 que “Regulamenta a Profissão do Corretor de Seguros”, Decreto-Lei n.º 168 de 14.02.67, Decreto-Lei n.º 296 de 28.02.67, Decreto n.º 60.459 de 13.03.67, Decreto n.º 60.460 de 13.03.67, Decreto n.º 63.670 de 21.11.68, Decreto n.º 66.656 de 03.06.70 e Lei n.º 7.278 de 10.12.84.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3. p. 309.

⁹² Nesta mesma obra e fl.: “O corretor terá a função de aproximar pessoas que pretendam contratar, aconselhando a conclusão do negócio, informando as condições de sua celebração, procurando conciliar interesses. Realizará, portanto, uma intermediação, colocando o contratante em contato com pessoas interessadas em celebrar algum ato negocial, obtendo informações ou conseguindo o que aquele necessita. Eis porque Vidari chega até a afirmar que o corretor é o ‘instrumento material da convenção’, e Bolaffio que é ‘uma máquina humana para fazer contratar.’ Todavia seria de bom alvitre lembrar que desde o período do direito romano o corretor ou mediador é considerado como o conciliador, que conduz os interessados a efetivarem um contrato, garantindo ao cliente o resultado do serviço da mediação: a obtenção do acordo volitivo para a conclusão do negócio.”

dificuldades,. Se um dos interessados, eventualmente, se opuser à atividade do mediador, naturalmente que não se configura a mediação quanto a este, o que não prejudicará a atividade com terceiros. Consolidando a jurisprudência dos Tribunais a respeito da atividade de corretagem, o novo Código Civil estabelece regras a esse respeito, nos artigos 723 e seguintes.

Distingue-se, desde logo, a atividade do mediador daquela desenvolvida na gestão de negócios alheios sem outorga porque o gestor pratica atos em nome ou no interesse de outrem. Os atos do gestor podem ser ratificados. O negócio jurídico que sobrevier à atividade mediatrix comprova que esta houve, porém os atos praticados no curso da mediação não são ratificados e tampouco entram no contrato. O gestor não é neutro ou imparcial, representa e defende interesse de determinada pessoa.

Como a permissão não depende de forma, naturalmente deve haver manifestação externa da vontade. A permissão escrita é assecuratória da remuneração. Mesmo inexistente esta permissão escrita, o interessado que admite o mediador é de ser considerado como futuro vinculado⁹³. A obrigação de remunerar resulta da admissão do mediador e não é pressuposto de validade do contrato de mediação no momento futuro da conclusão do negócio jurídico. Já no direito romano a regra: *“Proxenetæ officium est in tractando, non in concludendo nisi a partibus mandetur*⁹⁴.”

Feitas essas distinções dos contratos afins, constata-se que o mediador realiza atividades, atos que são a realização querida ou previsível de um resultado exterior, constituindo-se em ato-fato jurídico quando produz efeitos segundo o direito. Antes do resultado querido, estão os fatos jurídicos.⁹⁵

⁹³ RE-67531/SP, Relator Min. Eloy José da Rocha, julgado pela 2.^a Turma em 23-10-1972. Ementa: “Mediação na permuta de imóveis. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 7, da Lei n.º 4.116, de 27.8.1962. Desnecessidade de prova por escrito, na mediação de corretor de imóveis. Direito à retribuição do mediador, tendo-se em conta a natureza e o resultado da atividade por ele exercida. Recurso Extraordinário desprovido.”

⁹⁴ Segundo B. Stracca no “Tractatus de Proxenetis”: “O ofício do proxeneta é dirigir, não concluir e nem participar de mandato,” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito...** § 4.715, p. 232.)

⁹⁵ Segundo a classificação proposta por Pontes de Miranda, compreendem: a) Os eventos exteriores que da vontade do sujeito independem, como é o caso da concepção, do

A atividade do mediador constitui fato voluntário lícito que não decorre de um contrato, pois este não está na base da atividade do mediador, mas sim da permissão para mediar, o que não é contrato, mas sim expressão de consentimento.

A natureza da mediação é, portanto, ato-fato jurídico porque resultante da atividade do mediador que ingressa no mundo jurídico em razão de a vontade humana querer um resultado lícito através da ação do mediador. Os fatos jurídicos são acontecimentos casuais que ingressam no mundo jurídico independentemente da vontade do agente (nascimento, maioridade, morte, etc.), ao passo que os atos humanos que são emanações da vontade interna do agente, podem ingressar no mundo jurídico segundo o resultado, ou seja, lícitos, como é o casamento, o contrato, etc.; ou ilícitos, que são os fatos resultantes de ato humano (o que equivale dizer – externo), mesmo não querido ou involuntário do agente (CCB/1916, art. 159 e CCB/2002, art. 186 com redação diversa). O fato jurídico, portanto, é gênero de cuja espécie é o ato jurídico. A mediação que está no mundo dos fatos torna-se ato-fato jurídico pela vontade do agente que quer produzir um resultado lícito através da atividade mediatrix suscetível de avaliação econômica.

A fonte que origina o contrato de mediação, fazendo-o ingressar no mundo jurídico e satisfazendo os pressupostos de validade capaz de produzir efeitos legais, está no *“animus contrahendi”*.

As partes objetivam a realização de um negócio jurídico de seus respectivos interesses. Este resultado é fruto da atividade de fato do mediador que as aproximou. Esta bilateralidade ou trilateralidade de interesses que se desenvolve por ação do mediador no mundo dos fatos para chegar ao negócio

nascimento com vida, a moléstia, a morte, a viuvez, a loucura, a cegueira, a surdo-mudez, o parentesco, etc.; b) Os fatos voluntários cuja disciplina e efeitos são recepcionados pelo direito, os quais subdividem-se em fatos voluntários lícitos (como, por exemplo, a MEDIAÇÃO, a mudança de residência, etc.) e a manifestação de vontade como pressuposto de efeitos, de que são exemplos os avisos, convocações, ofertas, etc., e fatos voluntários ilícitos, isto é, contrários ao direito e por este reprovado, estabelecendo cominações civis ou penais, como o são o abuso de poder, a violação de normas imperativas, os fatos dolosos ou culposos; c) Os fatos voluntários dirigidos à consecução de resultados práticos que, de conformidade com o ordenamento jurídico, deles decorrem, segundo conceituado pelo art. 81 do CCB e no Projeto do Código Civil, art. 106. São os atos jurídicos ou negócios jurídicos. (Ibidem. v.2, p. 186.)

jurídico, constitui-se nos elementos indispensáveis para a superveniência do contrato de mediação produtor de eficácia jurídica⁹⁶.

Nesse sentido, é importante reiterar que, desenvolvendo-se a atividade do mediador no mundo dos fatos, não há, antes de alcançado o fim, dever jurídico em sentido próprio, salvo os decorrentes da violação do princípio da boa-fé. Também condição, porque o mediador exerce atividade autônoma, sem mandato ou contrato, dado que só os negócios jurídicos estão sujeitos a condição. Esta prestação antecede os deveres que ocorrerão no momento futuro do negócio jurídico. Tais características da atividade do mediador não implicam condição. Não é possível, portanto, falar em direito potestativo⁹⁷ porque ainda inexistente dever jurídico de ordem contratual ou obrigacional.

A mediação tem curso a partir da permissão do primeiro interessado, sendo indispensável o surgimento de outro ou mais interessados, em razão da bilateralidade⁹⁸ do contrato que objetiva a atividade mediatrix. Essa permissão independe de forma especial⁹⁹.

A mediação civil tanto quanto a comercial em nada diferem. O mediador não precisa ser profissional. Ele se investe na atividade a partir da permissão de um ou mais interessados. A procura da atividade pode ocorrer tanto de parte dos interessados quanto do próprio mediador. Este, ciente de negócio que pode interessar aos seus clientes, procura eventuais interessados para desenvolver a mediação. Nesse sentido, são exemplo as agências de matrimônio.

⁹⁶ COUTO E SILVA. **A obrigação...** p. 88: 3. Atos-fatos: Constituem essa categoria aqueles atos ou aquelas atividades que produzem um resultado fático, uma transformação no mundo material, ao qual a lei atribui efeitos jurídicos. Pontes de Miranda deu-lhes a noção exata ao dizer que são atos que entram no mundo jurídico como fatos.

⁹⁷ Os direitos potestativos asseguram exercício unilateral de vontade. A pessoa contra quem é exercido não pode impedir que a contraparte o exerça. É o caso, por exemplo, da revogação do mandato, do cônjuge exercer o direito de pedir separação judicial ou divórcio, etc. A condição resolutiva ou resolutória extingue a eficácia de um ato devido à realização de evento futuro e incerto.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito...** p. 246: “A prestação do mediador é a todos. Por isso, há a unicidade da prestação. O fato de se vincular a prestar a um não o escusa de prestar de ter de prestar ao outro, ou aos outros, e reciprocamente. O que importa é a conclusão do negócio jurídico.”

⁹⁹ CCB/1916, art. 1.079 – A manifestação de vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa. O CCB/2002, art. 107: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Feita esta aproximação dogmática do instituto, cabe agora tratar de outras formas de mediação.

B: A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Percorrendo caminho distinto, após a II Guerra Mundial, este modelo recolhido da experiência oriental, enriquecido por nova visão técnica e utilidade, passou a ser empregado na solução dos conflitos de interesses interpessoais em diversos Estados Nacionais. Os resultados significativamente positivos desta prática alternativa tornaram-se objeto de estudo e de avaliação em razão da necessidade da pacificação extrajudicial e tempestiva dos conflitos.

O “*Projeto Florença*”, desenvolvido pelo Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Universitário Europeu, de Florença, Itália, sob a chefia do Prof. Mauro Cappelletti, vem editando publicações a respeito do “*acesso à justiça*” e as suas formas alternativas praticadas em diferentes Estados Nacionais, entre estas, a mediação de conflitos.

O que se observa, advertem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é que “um aspecto igualmente óbvio – bem conhecido dos estudiosos de Direito Comparado – é o de que as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada “com sucesso”, uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num sistema diverso”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, BRYANT. *Acesso à...* p. 162.

No mundo ocidental do pósmodernismo, igualmente, chamado de antimodernidade em razão da contracultura dos anos 60 (*“beatniks”, “hippies”, “flower power” e outros*), vem ao debate o conhecimento holístico em oposição ao conhecimento analítico, exigindo um conhecimento participativo que não se satisfaz com as exterioridades formais, reclamando, nessa nova abrangência, o conhecimento interno, por dentro. Já o *“new age”* dos anos 80, que não é uma filosofia, religião ou organização, mas um estado de ânimo espiritualista cansado do mundo racionalista e materialista, mostra-se ávido de experiências e de sentir, servindo-se da comunicação na busca da segurança e da paz. Inunda todos os continentes através da literatura, da música e de extraordinários movimentos sociais, produzindo efeitos de autodeterminação das pessoas e de grupos sociais, desamarrando-se do dirigismo estatal e dos seus processos formalistas e complicados.

Na mediação de conflitos, a informalidade, a oralidade pelo diálogo inibidor da monologização e a sucessiva apresentação de fatos ou motivos subjacentes – especialmente na mediação familiar – são naturais porque as partes, embora definidos previamente os objetos da mediação, não lhe estão adstritas. Esta realidade produz a higienização das relações pelo que o acordo, afinal construído pelas próprias partes, é responsável, duradouro e eficaz.

O direito não poderia ficar imune. Renascem, entre outras alternativas, os *“gentlemen’s agreement”*, ou seja, a volta dos acordos de cavalheiros, acordos de honra, compromisso moral, seja entre pessoas ou entre Estados. As pessoas, os cidadãos assumem o cenário do palco político, fazendo-se ouvir através de diversos movimentos sociais, exigindo participação na tomada das decisões, afinal, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CF/88, art. 1.º, parágrafo único). Naturalmente que a participação direta no processo de elaboração das leis é ainda mitigada, a exemplo da iniciativa das leis através de movimento popular que conte com, no mínimo, de “um por cento do eleitorado nacional, distribuído por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

Esta é a forma, não o princípio, mesmo em face das dificuldades da democracia direta. Mesmo assim, é impossível desconhecer que o princípio da liberdade individual seja primordial na construção do Estado Democrático de Direito, especificamente quando se trata do direito individual das pessoas resolverem os seus próprios interesses, segundo os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada ou do poder de disposição, conforme a boa-fé e o dever de a ninguém lesar. Tem-se aqui, portanto, o poder de autodeterminação vinculante entre as pessoas que exercerem direitos, como o de criar, modificar ou extinguir direitos. Nos Estados modernos, não há rigorosa separação entre o Estado e a Sociedade porque tais esferas conjugam-se, coordenam-se, interpretam-se e se completam.

Neste quadro amplamente favorável às formas interprivadas de negociação, a mediação de conflitos é um modelo complexo porque resulta de fontes diversas. O seu desenvolvimento, nos mais diversos sistemas, como forma alternativa na solução de conflitos também é oriunda de diferentes fontes e razões de ser, mas similares funções visando, ao fim e ao cabo, o rápido e eficiente solucionamento dos litígios sociais.

Como a mediação é um procedimento de autocomposição, mediação não haverá se as partes não estiverem decididas a resolver o conflito. Os deveres de agir com boa-fé, educação e civilidade tornam-se indispensáveis neste trabalho. Como a nossa legislação ainda não obriga esse procedimento, as partes poderão rompê-lo em qualquer uma das suas fases de desenvolvimento.

Na solução de conflitos interpessoais o procedimento é de baixo custo, quando não é praticado inteiramente gratuito. As partes são mediadas por um técnico especificamente treinado que, neutralizando as tensões do conflito, serve-se de ampla e livre comunicação, buscando a cooperação das partes para que ambas, através de autocomposição, dêem a solução do conflito, de tal forma que desapareçam as figuras do “vencedor” e do “vencido” e qualquer tipo de condenação sucumbencial. Em razão desse procedimento, o acordo

construído e firmado pelas partes pode ser responsabilmente cumprido e ter eficácia duradoura.

Assim vista a mediação de conflitos, constata-se que o modelo está centrado diretamente no interesse da pessoa, podendo ser amplamente utilizado e praticado em quaisquer quadrantes, nacionalidades, sociedades, grupos, etc. Neste modelo, estão em causa as pessoas cujos sentimentos de dignidade e de paz são sempre os mesmos. Trata-se de um modelo jurídico que tem a sua fonte na autonomia privada, na autonomia da vontade e no poder de disposição dos indivíduos. Elaborar um modelo é, por conseguinte, um trabalho de aferição de dados da experiência prática para a determinação de um tipo de comportamento não só possível, todavia considerado necessário à convivência humana¹⁰¹.

Como modelo de solução das controvérsias individuais ou coletivas, a mediação desenvolve-se perante um terceiro neutro, o mediador, no sentido de assegurar às pessoas a dignidade, a intimidade, o bem-estar, a segurança e a paz, fatores necessários à pacificação dos conflitos interpessoais ou coletivos, seja quanto às relações atuais ou quanto às relações futuras.

¹⁰¹ REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. XXV, § 11.

C: A AUTONOMIA PRIVADA

Esta nova ordem na solução dos conflitos revigora a autonomia privada, tendo as suas fontes primárias na filosofia, na psicologia, na sociologia, nos valores jurídicos como matéria básica da teoria do direito e da realidade jurídica. Subjetivamente, a autonomia privada é o poder de o indivíduo dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, é o caráter do próprio ordenamento que os indivíduos constituem para si mesmos, diferente do ordenamento constituído, mas dentro dos limites positivos ou negativos da ordem pública. As notas dominantes da autonomia privada, portanto, estão na liberdade individual e na força descentralizadora do monopólio legislativo do Estado.

O exercício desse poder emana do princípio da autonomia, que é a faculdade de o indivíduo autodeterminar-se, governar-se a si próprio. Segundo Kant, a razão é a lei própria da autonomia, razão prática que é a liberdade. A partir do conceito jurídico de autonomia, defluem os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada, ou poder de disposição¹⁰². Irineu Strenger, titular na Faculdade de Direito da USP¹⁰³, permite dizer que a autonomia da vontade é a faculdade de as pessoas se comprometerem por atos jurídicos resultantes do livre acordo de vontades, sem que tenham, necessariamente, de revestir qualquer tipo de formalidade (contratos nominados, inominados ou atípicos). A forma requisitada pela lei refere-se ao ato jurídico em si mesmo e não à expressão da vontade, que é soberana, pelo direito natural e patrimonial das partes.

¹⁰² CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 42.

¹⁰³ STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2000.

Clóvis V. do Couto e Silva, examinando a questão da autonomia da vontade, entende-a como “facultas” que emana de liberdade supra-estatal, não se constituindo, pois, em faculdade delegada. Esse poder tem variações, na medida da maior ou menor liberdade política¹⁰⁴.

A autonomia da vontade é igualmente fonte no ajustamento de contratos entre pessoas jurídicas de diferentes Estados nacionais, como examinado por Irineu Strenger na obra acima referida, bem como por Antônio Corrêa, em “Mercosul – Soluções de conflitos pelos juízes Brasileiros”.¹⁰⁵

No tocante ao princípio da autonomia privada ou poder de disposição, resulta ser este direito objetivo reconhecido aos particulares de criarem normas jurídicas, auto-regulamentando os seus interesses, respeitados os princípios dos bons costumes e da ordem pública. Esse princípio é objeto da obra “La Autonomia Privada”, de Luigi Ferri, da Universidade de Ferrara, Itália¹⁰⁶, para quem a autonomia privada e o poder de disposição têm o mesmo conceito, a exemplo da doutrina alemã ao utilizar a palavra “*verfügungsmacht*”.

E, especificamente a autonomia entendida como “poder negocial”, como quer Miguel Reale, está na base da mediação, que é uma forma de “negociação assistida”, como assinala Willian Ury:

¹⁰⁴ COUTO e SILVA. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p.17.

¹⁰⁵ CORRÊA, Antonio. **Mercosul: soluções de conflitos pelos juizes brasileiros**. Porto Alegre: Fabris, 1977. p. 69: “Outro princípio é o da autonomia da vontade que, aliás, pode ser adiantado, foi utilizado no Protocolo de Ouro Preto. Naquele Tratado está registrado que dois contratantes podem escolher para seu contrato a regência de lei de determinado país, a qual deve ser manifestada expressa ou tacitamente. Consta do texto este princípio da escolha, relacionado com o local em que o conflito será solucionado e a lei aplicável, com a exceção no sentido de que somente não é válida quando for obtida de má fé ou mediante fraude. Em sendo assim, se as partes desejam aplicar a lei interna de um País, embora de países diferentes, levaria ao absurdo os tribunais negarem-se a decidir como convencionado, sob o argumento de que necessitam utilizar as regras de sobredireito para encontrar o acervo normativo aplicável segundo imposto pelo referido sistema”.

¹⁰⁶ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p. 301: “Para mí, poder.de disposición y autonomia privada son el mismo concepto. Estoy de acuerdo con Santoro-Pasarelli en el punto de que el negocio jurídico es, por sua naturaleza, dispositivo y no puede ser otra cosa que dispositivo, y lo es, para mí, precisamente porque es um acto de ejercicio del poder de disposicion; esto es, de la autonomia privada. Señalo, incidentalmente, que también en la doctrina alemana autorizados escritores usan la palabra ‘verfügungsmacht’, que es la traducción de nuestra expresión poder de disposición, precisamente con el significado de autonomia privada”.

el proceso de mediación está comenzando a ser reconocido y diferenciado en la opinión pública del arbitraje y la adjudicación, en los que tercera parte toma una decisión acerca de cómo resolver la disputa. El propósito de la mediación no es determinar quién está en lo correcto y quién está equivocado, sino ir a la fuente de la disputa y resolverla. El mediador escucha a cada parte, trata de entender cuáles son sus reales intereses y necesidades, y las ayuda a llegar a una solución que funcione para las partes. El mediador solamente asiste y, en este sentido, se trata de una negociación asistida.¹⁰⁷

Este carácter é também acentuado por Christopher W. Moore segundo o qual:

A mediação é geralmente definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes e encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.¹⁰⁸

John M. Haynes por sua vez opina que:

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito¹⁰⁹.

A Comissão de Mediação designada para a elaboração do anteprojeto da Lei de Mediação Argentina, formada pelos Doutores Gladys Álvarez, Carlos Alberto Arianna, Luiz Mauricio Gaibois, Elena Highton de Nolasco, Zulema

¹⁰⁷ URY, William . Prefácio. In: DIEZ, Francisco, TAPIA, Gachi. **Herramientas para trabajar en mediación**. Buenos Aires: Paidós Mediación, 1999.

¹⁰⁸ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1998. p. 28.

¹⁰⁹ HAYNES, John M., MARODIN, Marilene. **Fundamentos da Mediação Familiar: com revisão jurídica do Juiz de Direito Dr. Ítalo Pagano Cauduro Junior**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1996. p.11.

Wilde e Eduardo Zannoni, na exposição de motivos, conceitua como sendo o procedimento não adversarial desenvolvido por um terceiro neutro que ajuda as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável ¹¹⁰.

Folberg e Taylor, questionando a possibilidade de uma definição estrita, dizem:

A mediação é uma alternativa à violência, a auto-ajuda ou o litígio, que difere dos processos de aconselhamento, negociação e arbitragem. É possível defini-la como o processo mediante o qual os participantes, junto com a assistência de uma pessoa ou pessoas neutras, isolam sistematicamente os problemas em disputa com o objetivo de encontrar opções, considerar alternativas, e chegar a um acordo mútuo que se ajuste as suas necessidades. A mediação é um processo que firma-se na própria responsabilidade dos participantes de tomar decisões que influem em suas vidas. Por isto, constitui um processo que confere autoridade sobre si mesmo a cada uma das partes.¹¹¹

Entre nós José Luiz Bolzan de Moraes, classificando a mediação como espécie do gênero “justiça consensual”, utiliza, em primeiro lugar, a conceituação de Adriano L. Silveira Araújo: “... um mecanismo para solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos”.

E, em segundo lugar, a conceituação de Jean-Pierre Bonafè-Schmidt:

Mediação é um processo freqüentemente formal pelo qual um terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e

¹¹⁰ ÁLVAREZ, Gladys S., HUGHTON, Elena I., JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996. p.273.

¹¹¹ FOLBERG, Jay, TAYLOR, Alison. **Mediação**: resolução de conflitos sem litígio. Tradução Beatriz E. Blanca Mendoza. México DF: Limusa, 1997. p. 27.

procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe.¹¹²

Maria de Nazareth Serpa infere que

mediação é uma alternativa à violência, que permite às partes conflitantes se concentrarem nos problemas que envolvem a disputa, abstraindo-se de seus sentimentos e posições e da própria pessoa do opositor. É uma opção de auto-ajuda baseada no poder de cada parte. Pode ser definida como um processo no qual os participantes, com a assistência de uma ou mais pessoas, sistematicamente, isolam questões em disputa para desenvolver opções, considerar alternativas, e alcançar uma decisão baseada em consenso, que possa atender às necessidades das partes.¹¹³

Também sustentando o caráter de “negociação assistida”, Roque Caivano, posiciona-se:

Con algo más de detalle podríamos describirla como um método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable.¹¹⁴

Na mesma perspectiva estão Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo, que registram:

das várias formas pelas quais se pode definir a mediação, podemos citar as seguintes: a) é a técnica mediante a qual as partes envolvidas no conflito buscam chegar a um acordo contando com a ajuda de um mediador, terceiro imparcial, que não tem poder de decisão; b) é um processo de negociação assistida por um terceiro, o mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, a quem são atribuídas funções específicas, com o fim de possibilitar a solução de um conflito.

¹¹² MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.145.

¹¹³ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 147.

¹¹⁴ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**: instrumentos apropiados para la abogacía moderna. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L., 1997. p. 209.

A mediação caracteriza-se por se tratar de um processo voluntário, confidencial, flexível e participativo.¹¹⁵

Todas as conceituações acima reproduzidas têm em comum acentuar a solução do conflito de forma informal e responsabilmente negociado, ou seja, de forma não-litigiosa ou não-adversarial, como usado em espanhol. A solução do conflito, mutuamente aceita e capaz de manter as relações entre as partes, com menor custo e em menor tempo é construída perante um terceiro neutro e imparcial que inspire confiança, credibilidade e diligência, ou seja, o mediador.

A mediação de conflitos tem início pela iniciativa de uma pessoa ou grupo que, acreditando e confiando na atividade mediatrix (*“perpendicular ao meio de um segmento de reta”*), deseja, extrajudicialmente, a solução da controvérsia que tem com outra pessoa ou grupo. Querem resolver a controvérsia fora dos trâmites do Poder Judiciário; não querem expor-se aos riscos do debate judicial, especialmente técnico e pouco ou nada acessível ao leigo, eivado de incidentes e recursos; elevados custos judiciais e advocatícios, no qual têm restrita participação, cujas provas não são seguras, especialmente, o depoimento das partes, legalmente desobrigadas de dizerem toda a verdade, segundo o princípio da eventualidade¹¹⁶, ou, como já diziam os romanos, *“nemo testis contra se ipsum”* (ninguém é testemunha contra si), e da prova testemunhal.

¹¹⁵ COLAIÁCOVO, Juan Luis, COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 66.

¹¹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O decálogo do processo trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 24.

D: O MÉTODO DE TRABALHO

A mediação é extrajudicial quando provocada perante mediador individual ou perante instituição ou entidade especializada. É paraestatal quando realizada perante organismos institucionalizados ou judicializados, neste último caso, quando encaminhada pelo juiz a este tipo de serviço judicial, normalmente em questões de família, como nos processos de Divórcio Litigioso, Separação Judicial Litigiosa, Ação de Alimentos, Guarda de Filhos, etc.

Em nosso País os procedimentos a serem desenvolvidos na mediação não estão submetidos a qualquer norma ou regra de direito substantivo ou processual. Trata-se, portanto, de procedimento absolutamente informal construído pela autoridade das partes, segundo a autonomia privada e as habilidades técnicas do mediador. A privacidade dos atos e a confidencialidade das informações são sigilosas, comprometendo eticamente o mediador.

O método de trabalho a ser adotado e as etapas do seu desenvolvimento têm curso a partir da primeira entrevista com a pessoa ou grupo que tem a iniciativa de deflagrar o procedimento. Nesta primeira etapa do procedimento com a parte solicitante, deverá ser fixado com precisão qual é ou quais são os objetos do litígio a ser mediado. Seguir-se-á, então, a formalização de “contrato de prestação dos serviços de mediação” com a fixação dos honorários devidos e forma de pagamento. Quando a parte interessada procura instituição ou entidade especializada, esta assumirá a responsabilidade de facultar a escolha do mediador e ajustar o contrato, caso a prestação dos serviços não seja gratuita.

Segue a segunda etapa com o convite à parte contrária no sentido de saber do seu interesse em resolver a controvérsia suscitada através de mediação, prestando-lhe todas as informações a respeito da mediação, do procedimento e dos custos. Esta segunda entrevista é de caráter substancial porque se trata de condição “*sine qua non*” para que a mediação tenha curso. Caso o mediador não logre êxito nessa tarefa, não conseguindo despertar confiança e adesão desta outra parte, a mediação é natimorta. Se o resultado da entrevista for favorável, cumprirá ao mediador definir o objeto do litígio ou litígios sob a ótica dessa parte, propondo o programa das etapas a serem desenvolvidas. Considerando a neutralidade e a imparcialidade do seu trabalho, deverá submeter à consideração o contrato e os honorários fixados pelo trabalho e, se possível, ajustar a partilha destes, no sentido de estabelecer compromisso trilateral, o que evitará suspeita ou desconfiança quanto à sua neutralidade e imparcialidade¹¹⁷.

A terceira etapa constitui-se no “*brain-storming*” ou “*brainstorming*”, como é usual (dar ou sugerir idéias em livre debate, em reunião, conferência, etc.). Aqui as partes mediadas apresentam as suas opções e os seus interesses na solução do conflito. Assim, é possível identificar, desde logo, as questões que têm solução comum e que, portanto, não são conflituosas, reservando-se às etapas seguintes a análise e a mediação do núcleo do conflito.

Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton, membros do “*Projeto de Negociação da Harvard Law School*”, publicam, a partir de 1981, o festejado livro “*Como chegar ao SIM – A negociação de acordos sem concessões*”¹¹⁸, que já vendeu mais de dois milhões de exemplares em todo o mundo. É havido como o manual de negociadores e mediadores porque o método adotado é baseado em princípios, cujos critérios são examinados em quatro partes.

¹¹⁷ A este respeito CAIVANO, GOBBI, PADILLA. **Negociación...** p. 234-237 analisam os critérios de pagamento dos honorários por tempo, por valor fixo e por porcentagem sobre o valor do acordo.

¹¹⁸ FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM: a negociação de acordos sem concessões**, projeto de Negociação da Harvard Law School. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

Considerando a importância deste método, aplicado também em conflitos internacionais envolvendo países e empresas, enumeramos tão somente os títulos de sua aplicação, no sentido de demonstrar o nível da evolução técnica desses procedimentos alternativos na solução de conflitos:

a) Separe as pessoas do problema:

1 – Antes de mais nada, os negociadores são pessoas. 2 – Todo negociador tem dois tipos de interesse: na substância e na relação. 3 – A relação tende a confundir-se com o problema. 4 – A barganha posicional põe o relacionamento e a substância em conflito. 5 – Separe a relação da substância; lide diretamente com o problema pessoal. 6 – Percepção. 7 – Ponha-se no lugar do outro. 8 – Não deduza as intenções do outro a partir de seus próprios medos. 9 – Não culpe o outro por seu problema. 10 – Discuta as percepções de cada um. 11 – Busque oportunidade de agir de maneira contraditória às percepções do outro. 12 – Dê a ele um interesse no resultado, certificando-se de que ele participa do processo. 13 – Salvar as aparências: torne suas propostas compatíveis com o valores do outro. 14 – Emoção. 15 – Antes de mais nada, reconheça e compreenda as emoções tanto do outro quanto as suas. 16 – Explícite as emoções e reconheça-lhes a legitimidade. 17 – Deixe que o outro desabafe. 18 – Não reaja às explosões emocionais. 19 – Use gestos simbólicos. 20 – Comunicação. 21 – Escute ativamente e registre o que está sendo dito. 22 – Fale para ser entendido. 23 – Fale sobre você mesmo e não sobre o outro. 24 – Fale com um objetivo. 25 – A prevenção é o que funciona melhor. 26 – Estabeleça uma relação de trabalho. 27 – Enfrente o problema, não as pessoas.

b) Concentre-se nos interesses, não nas posições:

1 – Para chegar a uma solução sensata, concilie interesses e não posições. 2 – Os interesses definem o problema. 3 – Por trás das posições opostas, há interesses comuns e compatíveis assim como interesses conflitantes. 4 – Como se identificam os interesses? 5 – Pergunte “por quê”. 6 –

Pergunte “por que não?”. Pense na escolha do outro. 6 – Aperceba-se de que cada lado tem interesses múltiplos. 7 – Os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas. 8 – Faça uma lista. 9 – Falando sobre interesses; 10 – Dê vida a seus interesses. 11 – Reconheça os interesses do outro como parte do problema. 12 – Coloque o problema antes de oferecer sua solução. 13 – Olhe para a frente, não para trás. 14 – Seja objetivo, mas flexível. 15 – Seja rigoroso com o problema e afável com as pessoas.

c) Invente opções de ganhos mútuos:

1 – Diagnóstico: 1.1 – Julgamento prematuro. 1.2 – A busca da resposta única. 1.3 – A pressuposição de um bolo fixo. 1.4 – Pensar que “resolver o problema deles é problema deles”. 2 – Recomendação: 2.1 – Separe as invenções das decisões. 2.2 – Antes da sessão de sugestões livres. 2.3 – Durante a sessão de sugestões livres. 2.4 – Depois da sessão de sugestões livres. 2.5 – Considere a possibilidade de fazer uma sessão de sugestões livres com o outro lado. 2.6 – Amplie suas opções. 2.7 – Multiplique as opções deslocando-as entre o particular e o geral: O Gráfico Circular. 2.8 – Observe através dos olhos de diferentes especialistas. 2.9 – Invente acordos de pesos diferentes. 2.10 – Modifique o alcance do acordo proposto. 2.11 – Procure ganhos mútuos. 2.12 – Identifique os interesses comuns. 2.13 – Harmonize os interesses diferentes. 2.14 – Indague sobre as preferências do outro. 2.15 – Facilite a decisão do outro.

d) Insista em critérios objetivos:

1. Decidir com base na vontade é oneroso. 2 – A vantagem de usar critérios objetivos. 3 – A negociação baseada em princípios produz acordos sensatos, amistosa e eficientemente. 4- A elaboração de critérios objetivos. 5 – A negociação com critérios objetivos.

A reprodução do método e das suas etapas de evolução, baseada em princípios como praticada pelos negociadores acima referidos, demonstra que

a solução privada dos conflitos de interesses já alcançou técnicas capazes de resultados positivos para as partes em conflito. A necessidade de as pessoas viverem em paz e empregarem os seus esforços e capacidades na busca do bem estar e da felicidade, encontra, nos modelos alternativos de resolução dos conflitos, significativos resultados que a práxis vem comprovando serem positivos.

O objetivo substancial da mediação de conflitos está na *“autocomposição”*, que é desenvolvida extrajudicialmente e não, necessariamente, por organismos vinculados ao Poder Estatal, como ocorre através dos *“Tribunais Populares”* na China, em Cuba e noutros países do Leste Europeu, como nos *“Tribunais de Camaradas”* búlgaros e soviéticos e nas *“Comissões Sociais de Conciliação”*, na Polônia. Experiências dignas de nota também estão nos *“Centros de Justiça de Vizinhança”*, nos *“Tribunais Sociais”* e nos *“Tribunais Vicinais de Mediação”* nos Estados Unidos da América, especialmente o sistema de *“Entrevistas de Distribuição do Trabalho”* desenvolvido em Nova Iorque, que, em 1970, venceu o acúmulo de 137.000 processos tramitando nos tribunais da cidade. Estes últimos modelos foram animados pelo sucesso japonês dos *“Conselhos de Conciliação”*, criados no pós-guerra e formados por 2 (dois) membros leigos e 1 (um) juiz. Já, na França, a partir de 1977, teve curso experiência com a instituição de *“conciliateur”*, nomeado pelo Presidente da Corte de Apelação com jurisdição sobre a localidade. O sucesso dessa experiência em 4 (quatro) departamentos franceses, estendeu-se para todos os 95 (noventa e cinco) departamentos daquele país.

É digno de nota, como procedimento inicialmente alternativo, a experiência iniciada em 1982 pelo Juiz de Direito da Comarca da cidade de Rio Grande, Estado do Rio Grande do Sul, atualmente desembargador Antonio Guilherme Tanger Jardim, através dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, que, respaldados pela *“Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS”*, passaram a denominar-se *“Juizados de Pequenas Causas”*. Graças ao corajoso e decidido trabalho destes pioneiros e ao sucesso da

iniciativa, a experiência propagou-se por diversas Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, terminando por inspirar a edição da Lei Federal n.º 7.244, de 07 de novembro de 1984, que “*Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas*”. A Constituição Federal de 05-10-1988, no art. 24, inciso X, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar a respeito da

criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” e, no art. 98, inciso I, determina a criação de “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

As estatísticas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas vêm comprovando, em todo o País, o sucesso deste modelo popular e simples de acesso à justiça, funcionamento em horário noturno com a presença indispensável das partes que, oralmente, têm a faculdade de defender os seus próprios interesses.

No foro da Comarca de Porto Alegre desenvolve-se o denominado “*Projeto Conciliação*”, pelo qual o processo ajuizado, inicialmente, leva as partes e procuradores à audiência com um Juiz Conciliador. Trata-se, portanto, de uma forma alternativa que tem apresentado resultados satisfatórios. A conciliação é homologada judicialmente.

Esta preocupação com a cidadania levou o “*Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*” a desenvolver os seguintes projetos:

a) Projeto "Judiciário Cidadão"

Esse projeto tem por objetivos: levar a atuação do Poder Judiciário à integralidade dos municípios; aproximar o Poder Judiciário da comunidade, oportunizar o efetivo exercício da cidadania; ampliar a participação da sociedade na atuação jurisdicional, nos casos em que o cidadão atua como jurado no Tribunal do Júri, mesário e escrutinador na jurisdição eleitoral.

Atualmente, o Estado do Rio Grande do Sul conta com 467 municípios, estando o Poder Judiciário representado em 160 comarcas e 54 “*Conselhos de Conciliação*” instalados, totalizando 214 municípios providos de serviços judiciários.

Lançado em junho de 1999, o Projeto “*Judiciário Cidadão – Nenhum Município sem Justiça*”, pretende instalar 267 “*Conselhos de Conciliação*” nos Municípios desprovidos de comarcas, com competência para conciliação de causas cíveis de menor complexidade.

b) Projeto “More Legal II”

Objetivando atualizar o Provimento nº 39/95-CGJ, que instituiu o Projeto “*More Legal*”, face à edição da Lei Federal nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que alterou o Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei das Desapropriações), e as Leis n.º. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), juntamente com Ministério Público do Rio Grande do Sul e o Colégio Registral do Rio Grande do Sul, foi criada comissão revisora daquele instrumento jurídico/administrativo com a finalidade de estabelecer regras simplificadas para regularização de loteamentos, desmembramentos ou fracionamentos de imóveis urbanos ou urbanizados, com conseqüente legalização do exercício da posse através de registro imobiliário naquelas situações consolidadas.

Em razão do alcance social pretendido, especialmente pela democratização e socialização da terra, fulcrado no espírito e amplitude almejados pela Constituição Federal, bem como pelo interesse dos municípios

em regularizar a ocupação de áreas no perímetro urbano, sem violação ao meio ambiente, as instituições engajadas, através desse projeto, somam esforços no sentido de garantir, além da paz social, geração de segurança jurídica e valorização da dignidade humana, concretizada por meio do direito à propriedade plena.

Contando com ativa participação da sociedade organizada, o Poder Judiciário, através do Projeto "*More Legal II*", visa, precipuamente, além de qualificar e agilizar a prestação jurisdicional, garantir o efetivo exercício da cidadania, colaborando na implementação da justiça social, princípios institucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Tais exemplos demonstram a preocupação em desburocratizar o acesso das pessoas à solução dos seus interesses, pacificando a vida em sociedade e valorizando-as como sujeitos de direito.

A República Argentina, como resultado do programa de "*Resolução Alternativa de Disputas - RAD*" editou, em 19-08-92, o Decreto n.º 1.480, declarando de interesse nacional a institucionalização e o desenvolvimento da mediação como método não-adversarial na solução de conflitos, fazendo referência aos precedentes dos Estados Unidos da América, da República Popular da China, da República da Colômbia, Canadá, Reino da Suécia, República Italiana e da República Francesa. Em razão do trabalho desenvolvido pela Comissão designada, sancionou, na data de 04-10-95, e promulgou, na data de 25-10-95, a Lei n.º 24.573 de Mediação e Conciliação Civil e Comercial, estabelecendo, no art. 1º, que:

Institui-se com caráter obrigatório a Mediação prévia a todo processo, a qual se regulará pelas disposições da presente lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. As partes ficarão dispensadas do cumprimento deste trâmite si comprovarem que antes do início da causa realizaram Mediação perante mediadores registrados pelo Ministério da Justiça.

Na seqüência, a República Argentina publicou o Decreto regulamentar n.º 1.021, de 28-12-95, modificado pelo Decreto n.º 477 de 02-05-96 e, finalmente, na data de 29-01-98, pelo Decreto n.º 91/98, que *“Aprova o Regulamento da Lei n.º 24.573 de mediação obrigatória”*, com anexo dispondo a respeito *“Da eleição privada de Mediadores”, “Do sorteio Oficial de Mediador”, “Do procedimento das Mediações Oficiais e Privadas”, “Do Registro de Mediadores”, “Da Escusação e Recusa”, “Da Comissão de seleção e controle”, “Dos honorários do Mediador”, “Do fundo de financiamento”, “Dos honorários dos peritos” e “Suspensão da prescrição”*. Na data de 23-03-98, foi editada a Resolução do Ministério da Justiça n.º 200/98, aprovando o *“Regulamento de funcionamento, seu plano acadêmico e o programa de atividades. Designação de integrantes do Conselho Diretor e Diretoria da Escola Nacional de Mediação”*.

O sucesso que a mediação vem alcançando tem motivado a quantos se interessam na solução dos conflitos de interesses das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive entre Estados nacionais.

O foco do *“acesso à justiça”* e os modelos de solução extrajudicial dos conflitos de interesses, portanto, estão basicamente no homem comum, na pessoa do povo, despossuída de recursos para suportar um processo judicial custoso, com recursos múltiplos e, que chega ao final, vencidos todos os riscos processuais e profissionais, quando o fato gerador, em geral, carece de interesse. No dizer popular *“o remédio chega quando o paciente já está morto”*.

A comunicação entre as partes, articuladas por meio do mediador, desenvolve-se através de um diálogo programado e construtivo. Neste modelo incide, com particular intensidade, o princípio da boa-fé objetiva que impõe aos participantes do tráfego jurídico dever de conduta, integrados no dever de agir segundo a boa-fé, para tanto colaborando com o parceiro para o bom adimplemento do conflito. No dizer de Mónica Haydee Galano,

a mediação como substantivo se diferencia do ato de mediar ou da qualidade de ser mediador, de saber dividir ao meio, porque não contempla este ato de dividir ou de repartir em partes iguais. Ela traz a idéia de “eqüidade”: como a disposição de reconhecer igualmente os direitos de cada um. De ter um sentimento de justiça sem um critério de julgamento. Uma justiça não em base do direito objetivo e sim das necessidades das partes.¹¹⁹

Este modelo tem procedimento informal, “*mutatis mutandis*”, a exemplo do “*Modelo de Stuttgart*” do processo civil germânico, que envolve as partes, advogados e juizes num diálogo oral e ativo sobre os fatos e o direito¹²⁰.

Em Portugal, o “*Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*” realizou, em março de 1980, seu III Encontro Internacional de Magistrados na luta pela real democratização das estruturas judiciárias e a participação popular na administração da justiça. Tratou do “enquadramento histórico, filosófico e político-social, a análise da experiência portuguesa (quer a nível constitucional, quer nos três domínios onde o legislador ordinário previu tal participação – justiça laboral, tribunais de menores e arrendamento rural – quer na perspectiva do acesso à justiça”. Entendendo que os “*juízes exercem uma função que só ao povo pertence*”, os trabalhos examinaram as questões relativas aos juízes eleitos, juízes não togados, juízes sociais, júri popular, assessores técnicos, julgados de paz, tribunais de vizinhos e tribunais de fábricas como instituições judiciárias emergentes¹²¹.

Vivendo na prisão da dogmática jurídica que o positivismo legalista nos legou e competentemente praticado pelas elites que exercem o poder, seja qual for a bandeira ideológica dominante, é significativo o surgimento de movimentos de desconformidade com este “*status quo*”. A lei já não é um dogma sacralizado, tantas são as leis autoritárias, arbitrárias, conluiadas e negociadas na defesa dos interesses de classes ou de grupos dominantes.

¹¹⁹ GALANO, Mónica Haydee. **Mediação**: uma nova mentalidade, mediação, métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTR, 1999. p. 110.

¹²⁰ CAPPELLETTI, GARTH. **Acesso à**,, p. 78 e nota n.º 155.

¹²¹ SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A participação popular na administração da Justiça**. Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

As construções teóricas, como as de Miguel Reale, que fundamentam este trabalho, buscam evidenciar a existência e a relevância de outras fontes de produção jurídica. Clóvis Veríssimo do Couto e Silva reconhece haver outros elementos de fixação no mundo social além do direito, como os sociais, por obra e influência de práticas reiteradas de costumes, os quais têm a cogência peculiar ao “*poder*” da sociedade¹²².

É exemplo desta reação, no plano teórico, as atividades da “*Fundação Centro de Estudos Sociais Argentino-Brasileiro - CESAB*”, ao iniciar, em 1981, a publicação da “*Revista Internacional de Filosofia e Sociologia do Direito*”, tendo como fundamento que

o aprimoramento da democracia e da cidadania é conquista de uma sociedade politicamente organizada e participativa. Mas para que isto ocorra, não basta restringirmo-nos ao círculo das garantias individuais e dos instrumentos legais. É necessário considerarmos o cidadão como portador de subjetividade formada pelo choque entre as instituições, cuja produção aliena, castra e regula a criatividade e a autonomia dos indivíduos, impossibilitando assim o amadurecimento de um saber e de uma prática genuinamente democrática. Construir um novo sistema de valores e necessidades, aperfeiçoando os vínculos solidários e participativos, são os modernos desafios para um salto qualitativo do regime democrático.

O Estado moderno, no dizer de Antônio Álvares da Silva¹²³, “se compenetrar de uma realidade que aprendeu da própria evolução histórica: não pode fazer tudo sozinho nem excluir a participação do cidadão”. O debate teórico desta reação da sociedade, em nosso País, teve repercussão na mídia graças ao denominado “Grupo do Direito Alternativo”¹²⁴.

¹²² COUTO e SILVA. **A obrigação...**, p.92.

¹²³ SILVA, Antonio Álvares da. Apresentação. In: VASCONCELOS, Antonio Gomes. **Sindicatos na administração da Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

¹²⁴ No Estado do Rio Grande do Sul, merecem destaque o trabalho dos Juízes Amilton Bueno de Carvalho, Márcio de Oliveira Puggina, Henrique Oswald Poeta Roenick, Rui Portanova, Marco Antonio Bandeira Scapini e Aramis Nassif, inicialmente autodenominado “*O Grupo*” e, posteriormente, nacionalmente conhecido como “*Grupo do Direito Alternativo*”. Todos animados por sólidos fundamentos a respeito da teoria crítica do direito e da “*crise do direito*”. O posicionamento jurídico destes magistrados tomou em conta que a lei injusta não deve ser aplicada, sendo papel do juiz buscar o justo no caso concreto, desmistificando a neutralidade da lei e, pois, afrontando o império opressor da dogmática ou do legalismo consagrado em

Outra iniciativa que vem apresentando resultados positivos são os denominados “Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista Rural”, na cidade de Patrocínio, Minas Gerais, idealizados e instrumentados pelo Juiz do Trabalho Antônio Gomes de Vasconcelos¹²⁵.

texto constitucional. Neste particular merecem leitura os seguintes artigos do Juiz Amilton Bueno de Carvalho, “A lei. O Juiz. O justo.”(Revista da Ajuris n.º 39, março/1987, páginas 132/152), “Jurista Orgânico: Uma contribuição” (Revista da Ajuris n.º 42, março/1988, páginas 87/106) e, em colaboração com o teólogo e filósofo André Baggio, “Jusnaturalismo de caminhada. Uma visão ético-utópica da lei” (Revista da Ajuris n.º 48, março/90, páginas 45/53). O Juiz Rui Portanova editou, em 1992, o livro “Motivações ideológicas da sentença”, Livraria do Advogado, Porto Alegre. Ainda a este respeito também as obras de Elicio de Cresci Sobrinho, “Justiça Alternativa”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991; Mauro Cappelletti, “Juízes Legisladores?”, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993 e Roberto Lyra Filho, “Para um direito sem dogmas”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980.

¹²⁵ VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Sindicatos na administração da Justiça**: núcleo intersindical de conciliação trabalhista rural. Belo Horizonte: Del Rey, 1995; VASCONCELOS, Antônio Gomes de, GALDINO, Dirceu. **Núcleos intersindicais de conciliação trabalhista**. São Paulo: LTR, 1999.

E: O MEDIADOR

O mediador, como reiteradamente referido, é um neutro, independente, um técnico treinado especificamente para mediar interesses em conflito. Deve inspirar confiança, imparcialidade, segurança, conhecimentos, maturidade e paciência, requisitos pessoais indispensáveis para assumir tal responsabilidade.

A procura do mediador, a exemplo da procura de um advogado que represente interesse em juízo, é relevante. O procedimento é idêntico quando também se busca um médico, um dentista, um psicólogo, um terapeuta ou qualquer outro profissional. Procura-se uma relação de confiança personalíssima, idônea, de competência profissional, capacidade de realizar o procedimento com neutralidade, confidencialidade, diligência, respeito, seriedade, equilíbrio e segurança, entre outras características exigidas de um mediador. Maria de Nazareth Serpa, referindo-se ao perfil do mediador, conforme William E. Simkin, diretor do Serviço Federal de Mediação e Conciliação, USA, enumera:

1 – A paciência de Jó; 2 – A sinceridade e as características do inglês; 3 – A presença de espírito do irlandês; 4 – A resistência física de um corredor de maratona; 5 – A habilidade de romper barreiras de um “halfback”; 6 – A personalidade, à prova de investigação, de um bom psiquiatra; 7 – A astúcia de Maquiavel; 8 – A impermeabilidade de um rinoceronte; 9 – A discrição de um mudo; 10 – A capacidade de demonstrar integridade e personalidade; 11 - O conhecimento básico e a confiança no processo de barganha coletivo; 12 – Fé no voluntarismo em contraste com a imposição; 13 – Crença fundamental nos valores humanos e potenciais, moderados pela habilidade de acesso às fraquezas e fortalezas pessoais; 14 – Aguçada habilidade para analisar o que é disponível, em contraste ao que pode ser desejável; 15 – A sabedoria de Salomão; 16 – Suficiente vigor pessoal e “ego”, qualificados por disposição de se auto-anular”¹²⁶.

¹²⁶ SERPA. **Teoria e...** p. 218.

F: CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS EMPREGADAS

Embora a mediação apareça noutros modelos, como principalmente na “*negociação*” e na “*conciliação*”, as técnicas já desenvolvidas para que a mediação resulte em sucesso demonstram substanciais diferenças com os demais modelos de ADR que, segundo Maria de Nazereth Serpa, já são mais de 40 (quarenta), dos quais destaca a negociação, a mediação, a conciliação, a “*fact finding*”, o “*ombudsman*”, a arbitragem, o “*mini trial*”, o “*summary jury trial*”, os “*rent a judge*” e a adjudicação, cujas características são a voluntariedade, sujeitabilidade, restrição, intervenção, privacidade e informalidade¹²⁷.

A mediação naturalmente tem pontos de tangência com a negociação, a conciliação e a arbitragem. Nisso, porém, não há consenso, como é exemplo a posição de Lídia Miranda de Lima Amaral, segundo a qual,

essa distinção entre ‘conciliação’ e a ‘mediação’ não possui a menor importância entre os mais autorizados estudiosos da matéria”, por serem considerados institutos afins, sobretudo porque “para muitos, por exemplo, apesar de os membros do Serviço Consultivo de Conciliação e Arbitragem (“ACAS – Advisory Conciliation and Arbitragem Serviço”), da Grã-Bretanha, serem chamados de “conciliadores” e atuarem como tal, cabe-lhes também, em muitos casos, adotarem procedimentos de “mediação”, daí serem tomados também como “mediadores.”¹²⁸

O diferencial entre estes diversos modelos, porém, mais do que os objetos, são as técnicas empregadas, especialmente em razão do caráter multidisciplinar que tomou a mediação, mormente quando realizada através de comediação (etapa em que, face à necessidade das partes, atua mais de um mediador, como, por exemplo, mediador e advogado, mediador e perito,

¹²⁷ SERPA. *Teoria ...* p. 89/99.

¹²⁸ AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem**: uma solução para conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994. p. 23.

mediador e psicólogo, etc.). Nesta hipótese, os especialistas buscando soluções alternativas das controvérsias,

criam condições para a resolução e para a 'apropriação' responsável de ações, soluções, conhecimentos. Neste sentido é empregado o termo "empowerment", aludindo, "precisamente, a essa 'recuperação' como uma magnitude da transformação. Tal conceito permite entre os modelos nos quais, por razões táticas ou estratégicas, o 'expert' decide 'conceder' poder às pessoas, e outros modelos – centrados no 'empowerment' – que facilitam que os atores – pessoas, grupos ou comunidades – recuperem reflexivamente seu próprio poder, promovendo a reciclagem de seus recursos e a criação de novas possibilidades.¹²⁹

A negociação, contrariamente à mediação, pode realizar-se diretamente entre as próprias partes e, indiretamente, através de um negociador que assiste e participa, intervindo diretamente na solução do conflito, alternando propostas, contrapropostas e propondo a melhor solução dos interesses em conflito. As partes, naturalmente, não estão obrigadas a aceitar a solução proposta.

A conciliação é feita com a assistência e participação de um terceiro que igualmente intervém diretamente na solução do conflito. O conciliador expõe as dificuldades das pretensões deduzidas por ambos os lados, especialmente de caráter legal, provas, tempo e custos. Objetiva, especificamente, a solução da controvérsia também alternando propostas e contrapropostas. Também neste modelo, as partes não estão obrigadas a aceitar a conciliação proposta. Neste particular, é relevante ter em consideração, como o faz João Baptista de Mello e Souza Neto, que

o justo a inspirar uma transação em juízo passa também pelo 'justo demonstrável', porque viola a dignidade do Judiciário o acordo iníquo, porquanto se trata, pela homologação, de prestigiar o injusto, criando verdadeira contradição filosófico-existencial no que pertine à finalidade precípua dos profissionais do Direito. Tolerância com propostas iníquas leva à convalidação da tentativa de 'achaque' a uma das partes, afora

¹²⁹ SCHNITMAN, Dora Fried, LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 21.

o fato de aguçar a barganha de posições, além de equiparar sala de audiências a um local comercial, algo totalmente desfocado em relação à finalidade precípua da Justiça.¹³⁰

Na Justiça do Trabalho, a conciliação é etapa obrigatória em 2 (dois) momentos do processo, sob pena de nulidade do feito¹³¹, as partes, porém, não estão obrigadas a aceitar a conciliação proposta pelo Juiz.

O exame da mediação de conflitos como visto acima, permitirá a exposição prática deste modelo nas áreas do direito do trabalho e do direito de família, com breves referências a outras áreas de aplicação.

¹³⁰ SOUZA NETO, João Baptista de Mello. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 65.

¹³¹ CLT, artigos 846 e 850, quanto aos dissídios individuais ou plúrimos, e art. 860 quanto aos dissídios coletivos.

2ª PARTE

A: POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM OUTROS RAMOS DO DIREITO

A mediação comporta ampla utilização em todos os ramos do direito porque se trata de modelo informal, centrado na autocomposição desenvolvida por meios e técnicas neutralizadoras da agressividade e da dor que do conflito emana.

Elías Neuman assinala que

A mediação pode ser concebida como uma das medidas alternativas da pena de prisão que objetiva personalizar a pena e subtrair do cárcere um grupo considerável de infratores. De tal modo a figura se encaixa e introduz no processo penal como uma possibilidade que enfrenta a verdade para mudá-la, resultando num passo inovador que haverá de andar com extremo cuidado pelos benefícios que interessa à vítima e agentes públicos. Quando sua realização se centra, como em tantas legislações, segundo se verá adiante, na intervenção jurisdicional, importa a suspensão do processo e da prova.¹³²

Os meios de comunicação social têm divulgado a prática da mediação em estabelecimentos penais norte-americanos e em nosso País. A vítima ou pessoa próxima desta e o apenado pelo crime que os relacionam, assistidos por mediador, realizam entrevista na qual rememoram o ato delituoso pela ótica de cada lado e as conseqüências que passaram a sofrer. A mediação objetiva a higienização do trauma psicológico que a vítima ou o parente não conseguem

¹³² NEUMAN, Elías. **Mediación y conciliación penal**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 51.

vencer, de um lado e, de outro lado, a humanização do apenado, dado que a pena é justa enquanto útil e necessária, segundo a teoria relativa da pena.

Por sua vez Francisco Gutierrez e Daniel Prieto assinalam que

Nos sistemas de educação à distância a mediação pedagógica acontece por meio dos textos e outros materiais postos à disposição do estudante. Isso supõe que os mesmos sejam pedagogicamente diferentes dos materiais utilizados na educação de presença (professor-aluno) e, naturalmente, muito mais diferentes dos documentos científicos. A diferença passa inicialmente pelo tratamento dos conteúdos, que estão a serviço do ato educativo. De outra forma: o temático será válido na medida em que contribua para desencadear um processo educativo. Não interessa uma informação em si mesma, mas uma informação mediada pedagogicamente.¹³³

Roseli A. Cação Fontana após desenvolver a conceituação como prática social, a gênese social da conceitualização, as opções metodológicas, o trabalho pedagógico e sua elaboração conceitual na sala de aula, a emergência e as elaborações iniciais do conceito de cultura, caracteriza o papel mediador da professora:

É importante ter claro que a influência da professora é facilitada, e às vezes assegurada, pelo papel por ela ocupado na interlocução, pelo “poder de sua voz”, como aponta Wertsch (1980). Isso, entretanto, não significa que sua mediação tenha um efeito homogeneizador sobre as elaborações das crianças. Na elaboração das interlocuções, como já destacado anteriormente, há movimento, há modulações, há intervalos, cujas marcas ficaram documentadas nos trabalhos escritos, solicitados pela professora.¹³⁴

Maria de Nazareth Serpa enumera os diferentes campos de atividade da mediação comercial e civil, com demandas envolvendo quebra de contratos,

¹³³ GUTIERREZ, Francisco, PRIETO, Daniel. **A mediação pedagógica**: educação à distância alternativa. Tradução de Edilberto M. Sena e Carlos Eduardo Cortés. Campinas: Papyrus, 1991. p. 62.

¹³⁴ FONTANA, Roseli A. Cação. **Mediação pedagógica na sala de aula**. Campinas: Editora Autores Associados, 1997. p. 79.

industrial e do trabalho; e da família, incluindo-se separação de casais e divórcio; questões de vizinhança e comunitárias envolvendo questões de propriedade, questões de posse, etc.; envolvendo, enfim, questões públicas e conflitos sociais; conflitos internacionais¹³⁵.

A mediação familiar tem nota relevante na privacidade e na confidencialidade. O acordo final que as partes construírem - jamais o mediador - deverá ser redigido por ele em termos claros, objetivos, de fácil compreensão para as partes que deverão aprová-lo. Tratando-se de mediação familiar, este acordo final, se assim desejarem as partes, deverá ser submetido à homologação judicial, o que será indispensável em razão do estado das pessoas, separação legal, obrigações alimentares, guarda e direito de visita aos filhos, etc.

A prática da mediação, portanto, em face dos resultados positivos que alcança, é de aplicação e utilidade genéricas. Não se trata, porém, de panacéia. Roque Caivano anota as suas desvantagens em quatro pontos: 1) Quando uma parte se mostra renitente a qualquer solução negociada; 2) A utilização do modelo não garante que o conflito terá solução; 3) A possibilidade de multiplicar-se o conflito em questões entre as partes; e 4) A revelação, pelas partes, de informações a respeito do conflito poderá ser utilizada, estrategicamente, pela contraparte.¹³⁶

¹³⁵ SERPA. **Teoria e...** p. 161.

¹³⁶ CAIVANO, GOBBI, PADILLA. **Negociación...** p. 219-220

B: A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS RELACIONADOS À ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é um ramo do direito que ainda não dispensa a intervenção do Estado. As suas normas estão eivadas de conteúdo indisponível às partes porque a relação se estabelece pelo detentor do capital indispensável à subsistência do empregado e de sua família. É uma relação de poder que a lei procura equilibrar. É pela lei, portanto, que o Estado estabelece a igualdade de partes desiguais, tornando nulos todos os atos que atentem contra este equilíbrio jurídico. Não se trata, pois, de reconhecer no empregado uma pessoa “*absolutamente incapaz*” ou “*relativamente incapaz*” segundo a classificação civilista¹³⁷, mas de ético e justo equilíbrio jurídico. A própria história do trabalho humano¹³⁸ é prova da exploração do trabalho subordinado. Hoje ainda são pontuais os avanços no rumo da dignidade do empregado, porém é ainda de todos conhecidos a existência de trabalho escravo, a exploração do trabalho de crianças em idade escolar e o declínio das organizações sindicais de empregados. Assim circunscrevendo o Direito do Trabalho, é indispensável distinguir, como o faz José Luiz Ferreira Prunes, quanto ao conceito de “relação de trabalho”:

Este gênero engloba toda e qualquer prestação, notadamente os serviços eventuais, os que realmente são avulsos e todas as espécies de trabalho não subordinado. A relação de emprego, espécie da anterior, é a visada pelo chamado Direito Social (expressão de significado discutível e pouco usada hoje em dia) e mostra de um lado um dador de trabalho, e, doutro lado,

¹³⁷ CCB/1916, artigos 5.º e 6.º e CCB/2002, art. 3.º e 4.º.

¹³⁸ JACCARD, Pierre. **História social do trabalho**. Tradução de Rui de Mora Lisboa: Livros Horizonte, 1960.

um tomador do trabalho, figura que indiferentemente pode ser pessoa física ou jurídica. O prestador de serviço, no entanto, necessariamente tem que ser uma pessoa física; além disso, os trabalhos não podem ser eventuais; igualmente, se requer como característica indispensável que exista subordinação e, derradeiramente, a atividade seja remunerada.¹³⁹

Esta realidade que somente será vencida com a erradicação do analfabetismo e da miserabilidade em que vegeta a maioria das pessoas, especialmente nos países que não integram o denominado “*Primeiro Mundo*”, justifica plenamente o intervencionismo estatal nas relações de trabalho subordinado. A globalização da economia, ao contrário de democratizá-la, é altamente concentradora nas mãos daqueles que detêm o domínio do conhecimento, da tecnologia e do capital. O capitalismo evoluiu através de etapas sucessivas pelo colonialismo territorial, industrial, tecnológico, cultural e científico, sempre colocando o ser humano a serviço da economia e não esta a serviço do ser humano. Esta equação é mitigada pela lei nos Estados soberanos, “*si et in quantum*”.

Por outro lado, também já é perfeitamente visível que a garantia do amplo e livre acesso ao “*Estado Judicial*”¹⁴⁰, transformou-se em crucial desequilíbrio contra o trabalhador subordinado, tantos são os percalços crescentes e inovadores de política judiciária, em parte nos dissídios individuais contra a Administração Pública direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, detentores de privilégios materiais e processuais e, em parte, na degradação dos procedimentos coletivos de trabalho.

As relações de trabalho já não são aquelas previstas inicialmente na “*Consolidação das Leis do Trabalho - CLT*”, editada em 1º de maio de 1943. A

¹³⁹ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Contratos triangulares de trabalho**. Curitiba: Juruá, 1993. p. 272.

¹⁴⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O juízo arbitral no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. n.620, p. 15-22,

simplicidade do processo do trabalho fixado neste estatuto necessitou complementar-se de disposições do “*Código de Processo Civil*” e o que era simples, tornou-se complexo. Os Tribunais do Trabalho já não respondem eficaz e tempestivamente a este clamor que bate às suas portas de forma geométrica. Não é plausível, diante desta realidade, esperar do Estado as soluções necessárias. Roque Caivano lembra oportunamente Eduardo J. Couture: “Vivimos litigando, los procesos se eternizan y los jueces no son infalibles. Para conquistar la justicia hemos perdido la paz, y hoy no tenemos ni paz ni justicia.”¹⁴¹

Estatística disponibilizada pelo “*Tribunal Superior do Trabalho*” demonstra o volume de processos recebidos e solucionados, incluindo as conciliações e julgamentos em todas as instâncias e em todo o Brasil, no período de 1990 até 2000, como a seguir se reproduz:

NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Ano	Recebidos	Solucionados
1990	20.276	20.473
1991	22.039	24.713
1992	24.758	28.447
1993	34.408	35.938
1994	65.792	44.695
1995	93.484	56.033
1996	106.730	57.863
1997	91.853	87.607
1998	131.415	111.814
1999	115.870	121.263
2000	125.373	98.748

¹⁴¹ CAIVANO, GOBBI, PADILLA. *Negociación...* p. 69.

NOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO

Ano	Recebidos	Solucionados
1990	145.646	129.379
1991	211.222	149.217
1992	257.318	174.418
1993	312.379	272.271
1994	358.498	346.248
1995	363.576	358.832
1996	348.240	358.427
1997	367.857	411.545
1998	385.621	413.502
1999	405.574	419.485
2000	403.044	403.434

NAS VARAS DO TRABALHO

Ano	Recebidos	Solucionados
1990	1.233.410	1.053.237
1991	1.496.829	1.263.492
1992	1.517.916	1.337.986
1993	1.535.601	1.507.955
1994	1.624.654	1.676.186
1995	1.826.372	1.705.052
1996	1.941.070	1.864.754
1997	1.981.562	1.922.367
1998	1.958.594	1.928.632
1999	1.876.874	1.918.960
2000	1.696.662	1.870.571

Os dados estatísticos acima chamam a atenção na comparação com o número de Ministros e Juízes do Trabalho, em especial com o advento da Emenda Constitucional n.º 24, de 09-12-1999, que extinguiu os Ministros e Juízes Classistas representantes de empregadores e de empregados na Justiça do Trabalho. Este fato, portanto, comete maior número de processos à responsabilidade dos Ministros no TST e dos Juízes nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Tribunal Superior do Trabalho: 17 Ministros;

Tribunais Regionais do Trabalho (instalados no DF e em 22 Estados):
315 Juízes;

Varas do Trabalho: 1.109 em todo o País contando com 2.289 Juízes,
dos quais 1.109 são titulares e 1.180 substitutos.

Tomando-se em consideração apenas os processos ajuizados (recebidos) em 2000 – 1.696.662, perante as Varas do Trabalho que são em número de 1.109, verifica-se que cada Vara do Trabalho recebeu, em média, 1.529,90 processos.

Considerando o ano judiciário no período de 07 de janeiro (abertura) até 19 de dezembro (encerramento) e o fato de as Varas do Trabalho realizarem as suas sessões em 5 (cinco) dias da semana, não considerados os sábados, domingos e feriados, ou seja, 20 (vinte) sessões por mês, ou 247 sessões no ano, vale dizer que cada Vara do Trabalho recebeu cerca de 6,19 novos processos por dia, em sessões que são realizadas em meio expediente.

Como todos os novos processos recebidos não são conciliados (solucionados) na mesma sessão, haja vista os problemas de notificações (chamamento ao processo), vistas da contestação, prova pericial, testemunhas ausentes, etc., é de entender-se que a coluna dos processos solucionados considera alguns daqueles recebidos (conciliados na primeira audiência) e outros dentre aqueles em tramitação, conciliados no retorno à audiência ou diretamente pelas partes, especialmente na fase da execução quando, raramente, os atos judiciais são praticados em sessão. Como este dado não está disponível ou não é aferido, poder-se-ia, para mero efeito de cálculo, proceder ao somatório dos processos recebidos e concluídos, pelo que as Varas do Trabalho teriam em tramitação no curso do ano judiciário 3.567.233 processos, ou, em média, 3.216,62 processos por Vara do Trabalho no ano judiciário, ou 13,02 processos por sessão. Como estes cálculos são globais, naturalmente que eles não refletem a realidade em particular de cada região judiciária e, tão pouco, de cada Vara do Trabalho.

Este modelo de conciliação judicial não está animado pela qualidade e pelo “*justo demonstrável*”, segundo já referido por João Baptista de Mello e Souza Neto¹⁴², mas tão somente pela solução do processo. O procedimento conciliatório comumente utilizado está na formulação arbitrária de valores pelos próprios litigantes ou pelo Juiz, alertando as partes para os riscos e demora da demanda, conceituando e interpretando os fatos em face do direito positivo e da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Não é questão menor o constrangimento dos litigantes atropelados pelo tempo disponível para a tomada de decisão no curto espaço de tempo disponível para a audiência.

Se acaso se toma em consideração a demanda reprimida, ou seja, a pretensão daqueles empregados que, embora tendo direito de reclamar, ainda não o fazem, vê-se no horizonte destes fatos o engessamento da Justiça do Trabalho, salvo superveniente êxito das “*Comissões de Conciliação Prévia*”, conforme adiante se verá.

Visando amenizar a realidade deste estado e o clamor generalizado da classe trabalhadora, foi editada a Lei n.º 9.957, de 12-01-2000, que “Acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, instituindo o procedimento sumariíssimo no processo trabalhista.” Este procedimento está limitado em 40 (quarenta) salários mínimos na data do ajuizamento da reclamação, atualmente 40 X R\$180,00 (cento e cinqüenta e um reais), ou seja, R\$7.200,00 (sete mil e duzentos reais). Tais demandas devem ser instruídas e julgadas em audiência única a ser realizada no prazo máximo de 15 (quinze) dias, desde que, como sói acontecer, a parte adversa não seja da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, o que é óbvio.

Concomitantemente, foi editada a Lei n.º 9.958, de 12-01-2000, que “Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título

¹⁴² SOUZA NETO. **Mediação**... p. 64.

executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho.” Esta lei autoriza as empresas e os sindicatos a instituírem Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com atribuições de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Da mesma sorte, essa lei autoriza a constituição de Comissões de Conciliação Prévia através de convenção ou acordo coletivo de trabalho, assegurando a este ato normativo a sua constituição e normas de funcionamento.

Assim simplificado neste escorço o Judiciário Trabalhista, vê-se uma caminhada no sentido de aproveitar a lição que Jetro deu ao seu genro Moisés, em 1.250 a.C., ou seja, deve reservar-se para os tribunais somente aquelas questões que não alcançarem solução nas instâncias inferiores, aqui se admitindo todos os modelos de ADR, entre os quais releva a mediação, por tratar-se de autocomposição do conflito e, agora, as emergentes Comissões de Conciliação Prévia.

As questões inibidoras dos modelos alternativos estão na garantia constitucional do acesso ao “*Estado Judicial*”¹⁴³, nas normas gerais e especiais de tutela do trabalho e nas regras de nulidade dos atos infringentes ou que resultem, direta ou indiretamente, em prejuízo do empregado. Estas regras, entretantes, segundo projeto governamental, ficariam sujeitas a modificações conforme for ajustado em Convenção Coletiva de Trabalho, ressalvadas as garantias constitucionais.

A prática dos modelos alternativos na solução das controvérsias trabalhistas individuais, portanto, enfrenta esta muralha que só pode ser vencida com fundamento no princípio da autonomia privada ou poder de disposição, no princípio da boa-fé e na regra que impõe a ninguém prejudicar (“*nemine laedere*”), pois, do contrário, a negociação, a conciliação direta ou indireta, a mediação ou qualquer outro modelo alternativo que não seja resultante das emergentes Comissões de Conciliação Prévia (Lei n.º

¹⁴³ Constituição Federal, art. 5.º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito;”

9.958/2000, art. 625-E, parágrafo único), corre o risco de uma demanda judicial posterior.

Regina Maria Coelho Michelin, então Fiscal do Trabalho, responsável pelo *“Plantão Especial para Denúncias e Mediação dos Conflitos Individuais Trabalhistas”*, na Delegacia Regional do Trabalho, do Ministério do Trabalho (atualmente Ministério do Trabalho e Emprego), em Porto Alegre¹⁴⁴, demonstra que no período de 15-05-90 até 31-03-91, foram atendidos 4.200 casos de mediação envolvendo mais de 5.000 trabalhadores. O resultado satisfatório foi de 76% (setenta e seis por cento) da demanda, o que comprova o sucesso deste modelo na solução dos conflitos individuais de trabalho.

Entendendo que a Constituição Federal assegura às entidades sindicais estabelecerem acordo ou convenção coletiva de trabalho, normas de direito material no interesse das suas respectivas categorias, vinculando todas as pessoas físicas e jurídicas representadas¹⁴⁵, no Estado do Rio Grande do Sul, está em desenvolvimento programa de mediação em direito individual do trabalho desde 01-04-99, através de *“Convenção Coletiva de Trabalho”* firmada entre o *“Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado do Rio Grande do Sul – SENALBA/RS”* e o *“Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado do Rio Grande do Sul – SECRASO/RS”*, firmada nos autos do processo MTb-DRT-RS-DIRT-SCC, n.º 46218:004945199-23. As entidades sindicais convenientes, neste particular, estabeleceram as seguintes cláusulas:

“5 - MEDIAÇÃO DAS DIVERGÊNCIAS

5.1 - O SENALBA/RS e o SECRASO/RS manterão um órgão intersindical paritário, com funcionamento sistemático, para mediar os dissídios individuais de trabalho ocorrentes nas categorias que representam.

5.2 – Tanto o SENALBA/RS quanto o SECRASO/RS encaminharão para este órgão as partes controvertidas, mediante prévia marcação de reunião e sem

¹⁴⁴ MICHELON, Regina Maria Coelho. **A mediação dos conflitos individuais trabalhistas**. publicação independente, maio de 1991.

Constituição Federal, art. 5.º, inciso XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

qualquer outra formalidade, no sentido de buscarem, através da autocomposição, a solução definitiva dos seus interesses.

5.3 – Cumprirá ao SENALBA/RS disponibilizar a sua sede e infra-estrutura necessária, bem como a sua Secretaria manterá o controle da pauta das reuniões de mediação, fixando data e horário, com expedição dos convites para as partes comparecerem, mediante aviso de recebimento (AR), salvo no caso da parte tomar ciência pessoalmente. A simples ausência de qualquer das partes regularmente convidadas caracterizará desinteresse na autocomposição, salvo motivo justificado.

5.4 – O SENALBA/RS e o SECRASO/RS compartilharão em partes iguais as despesas necessárias para este investimento, o qual será contabilizado em escrituração própria.

5.5 – Os mediadores serão dirigentes sindicais estatutariamente eleitos, atuando em comediação como representantes sindicais da categoria profissional e da categoria econômica. No sentido de suprir as necessidades de constituição de múltiplas mesas ou câmaras de mediação, quer em Porto Alegre, quer no interior do Estado, tanto o SENALBA/RS quanto o SECRASO/RS poderão designar Mediadores dos seus quadros funcionais e associados, desde que habilitados em Curso de Formação de Mediadores, quanto Diretores eleitos nas entidades integrantes da categoria econômica.

5.6 - Será admissível na mediação prova documental, bem como as demais convencionadas pelas partes.

5.7 – As partes poderão ser assistidas por Advogado.

5.8 - O referido órgão intersindical chamar-se-á “Comissão de Mediação” e funcionará, inicialmente, na sede do SENALBA/RS, todas as segundas-feiras, a partir das 19h (dezenove horas), composta por 1 (um) membro do SENALBA/RS e 1 (um) membro do SECRASO/RS, aos quais cumprirá a tarefa de mediar os interesses em conflito, respeitados os direitos indisponíveis do empregado.

5.9 – A mediação terá como fundamentos os princípios da autonomia da vontade, da boa-fé, da economia, da concentração de atos e da informalidade com vistas a solucionar a controvérsia com agilidade e de forma definitiva. Nesta hipótese o SENALBA/RS lançará carimbo da Assistência Sindical prestada na forma dos Parágrafos 1º e 2º do art. 477 da CLT, sem ressalvas.

5.10 – Todos os mediadores ficam obrigados pelo dever do sigilo profissional em razão do exercício desta atividade, ficando proibidos de veicular todo e qualquer ato ou fato do qual tenham conhecimento em razão da atividade mediadora.

5.11 – No caso da mediação não alcançar resultado satisfatório e definitivo, ter-se-á esta por frustrada.

5.12 - Em qualquer hipótese os mediadores lavrarão ata-padrão, com cópia para cada uma das partes interessadas e por todos firmadas.”

Logo após, cada entidade sindical designou 6 (seis) Dirigentes Sindicais que foram submetidos a um “Curso de Preparação de Mediadores”, realizado pelo “Centro Interdisciplinar de Mediação e Arbitragem – CIMA”, que é uma das 19 (dezenove) entidade fundadoras do “Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA”, constituído em 24-11-97, em congresso

realizado na sede do “*Superior Tribunal de Justiça – STJ*”, em Brasília, com a presença do Vice-Presidente da República Dr. Marco Antonio de Oliveira Maciel.

A prática deste modelo alternativo, voltado para a solução dos interesses das pessoas (empregado e empregador), na resolução do conflito por autocomposição, constitui-se em decisiva colaboração das entidades sindicais referidas para atenuar o crescimento das demandas judiciais. Agora, com o advento da legislação instituidora das “*Comissões de Conciliação Prévia*”, as entidades sindicais, por questão de segurança, migraram para este novo modelo.

As relações coletivas de trabalho são aquelas existentes entre as categorias profissionais de empregados e as categorias econômicas de empregadores, através dos respectivos sindicatos que exercem o direito legal de representação¹⁴⁶ das respectivas categorias, ajustando normas gerais obrigatórias aplicáveis a todos aqueles que pertencem ou que vierem a pertencer às categorias representadas.

Quando as relações coletivas de trabalho são fixadas por consenso das respectivas entidades sindicais, tem-se a “*Convenção Coletiva de Trabalho*”¹⁴⁷. Quando as relações coletivas de trabalho são estabelecidas por um ou mais sindicatos de empregados e um ou mais empregadores, estes inorganizados em sindicato, federação ou confederação do sistema confederativo da representação sindical respectiva¹⁴⁸, tem-se o “*Acordo Coletivo de Trabalho*”¹⁴⁹. Finalmente, quando estas partes não conciliam diretamente, devem – obrigatoriamente – sob pena de extinção do processo coletivo, segundo maciça jurisprudência da SDC do TST, submeter-se à mediação através de mediador do Ministério do Trabalho e Emprego¹⁵⁰. É-lhes facultada, nesta fase, a eleição

¹⁴⁶ Constituição Federal, art. 8.º, inciso III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

¹⁴⁷ CLT, art. 611, “*caput*”.

¹⁴⁸ CLT, art. 611, § 2.º.

¹⁴⁹ CLT, art. 611, § 1.º.

¹⁵⁰ CLT, art. 616, § 2.º, Decreto n.º 1.572, de 28-07-95 e Portaria n.º 817, de 30-08-95..

de árbitros para a solução do litígio¹⁵¹. O insucesso destes procedimentos permite a instauração do “*Dissídio Coletivo de Trabalho*”¹⁵² perante o Tribunal Regional do Trabalho competente, salvo instauração perante o Tribunal Superior do Trabalho, quando a pretensão exceder o território de competência de um Tribunal Regional do Trabalho¹⁵³. O exercício deste direito é permitido aos respectivos sindicatos, tanto de empregados quanto de empregadores, federações e confederações.

As normas que forem editadas em qualquer um dos procedimentos acima referidos têm conteúdo de lei material porque não resultam do processo legislativo previsto na Constituição Federal¹⁵⁴, razão por que de eficácia inferior às leis formais.

As Convenções e os Acordos Coletivos de Trabalho são denominados contrato-lei porque misto de contrato e de lei.

A mediação das relações coletivas de trabalho só é encontrada perante o Ministério do Trabalho e Emprego, habitualmente realizadas em suas Delegacias Regionais do Trabalho e Emprego.

¹⁵¹ Constituição Federal, art. 114, § 1.º.

¹⁵² Constituição Federal, art. 114, § 2.º e CLT, art. 616, § 2.º e 4.º e art. 856 e seguintes.

¹⁵³ Lei n.º 7.701, de 21-12-88, art. 2.º, alínea “a”.

¹⁵⁴ Constituição Federal, art. 59.

C: A SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE ORIGEM FAMILIAR POR VIA DA MEDIAÇÃO

A solução das controvérsias de interesses através da mediação, no direito de família, a exemplo do que acontece no direito do trabalho, tem limitações em razão do estado das pessoas, da proteção dos filhos e das obrigações das partes. Preponderantemente o resultado da mediação dependerá de homologação judicial com anterior manifestação do Ministério Público. Constituindo-se em atividade extrajudicial, poderá ser preparatória, quando depender de homologação judicial e complementar, quando já instaurado o processo judicial.

Na Comarca de Porto Alegre, desenvolvem-se dois projetos no interesse das famílias em conflito. Um ocupa-se da “Mediação Familiar” e o outro da “Terapia de Casais”. Ambos são conseqüentes das demandas judiciais em curso. Recentemente, no “I Seminário Nacional sobre Juizados Especiais”, promovido pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, a Ministra Nancy Andrighi, do “Superior Tribunal de Justiça”, propôs a criação de “Juizados Especiais da Família”, embora o inciso I do art. 98 da Constituição Federal somente os faculte para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

O interesse dos casais na realização de mediação é prova de maturidade, equilíbrio e responsabilidade. Basta terem-se em consideração os fatos que são suscitados no processo de separação judicial litigiosa. Quando a iniciativa deste procedimento judicial parte da mulher, por exemplo, eis que igualmente poderá ser exercido pelo homem, ele tem início, costumeiramente, pelo ajuizamento de Medida Cautelar de Separação de Corpos cumulada com a fixação de alimentos provisionais e guarda dos filhos¹⁵⁵. Deferido o

¹⁵⁵ Código de Processo Civil, art. 852 combinado com o art. 888, incisos VI e VII e na Lei n.º 6.515/77, art. 10.

procedimento cautelar, no prazo de 30 (trinta) dias¹⁵⁶, deverá ser ajuizado o processo principal, ou seja, a Ação de Separação Judicial Litigiosa¹⁵⁷, no qual, reiterando os fatos já adiantados na Medida Cautelar, o cônjuge deverá provar os fatos imputados ao outro cônjuge, como a conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

Como se verifica do rápido desenho acima, os fatos motivadores da pretensão importam em revelar questões de intimidade do casal¹⁵⁸ e, às vezes, particularidades muito pessoais que, com a resposta (contestação) da outra parte, escancaram em juízo todos os desvios de conduta, as mentiras privadas¹⁵⁹, as mazelas, maus tratos dos filhos, etc. Toda esta exposição de vísceras, embora tais procedimentos tramitem em segredo de justiça, tem como único objetivo provar a necessidade da separação e, conseqüentemente, a fixação dos alimentos, a guarda dos filhos e a partilha do patrimônio. O estado de beligerância que se estabelece entre as partes (e, às vezes, entre os procuradores das partes), freqüentemente, é superveniente ao pedido inicial. Nenhum juiz sentenciará determinando que as partes retornem ao “*status quo ante*”. A relação conjugal “*finita est*”. Restarão as feridas não cicatrizadas e os vínculos parentais que, por insatisfação do vencido, animarão futuras e intermináveis disputas, como é comum acontecer quanto às obrigações alimentares, incumprimentos, regime de visitas e educação dos filhos. Semelhantes disputas levam à conclusão do processo, mas não do conflito, pois a família é um mundo de segredos¹⁶⁰.

Os dramas que emergem da instituição familiar merecem respeito ante o fato da dissociação familiar. É prevenindo ou minorando os seus efeitos negativos, promovendo mudanças positivas de autodeterminação ou

¹⁵⁶ CPC, art. 806.

¹⁵⁷ Lei n.º 6.515, de 26-12-1977, art. 5.º.

¹⁵⁸ PINCUS, Lily, DARE, Christopher. **Psicodinâmica da família**. Tradução de Clara Rotenberg e Shirley Kleinke. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1987.

¹⁵⁹ PITTMAN, Frank. **Mentiras privadas: infidelidade e a traição da intimidade**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1994.

¹⁶⁰ PINCUS, DARE, op. cit.

autocomposição, que a mediação se torna útil. O caráter irrenunciável e perpétuo das relações parentais, o reconhecimento da dignidade e da intimidade das pessoas¹⁶¹, reclamam uma mudança cultural significativa que encontra resposta na mediação familiar.

António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho definem a mediação familiar:

A mediação familiar pretende contribuir para evitar o confronto do julgamento, prevenir o incumprimento das sentenças e fomentar a participação e a responsabilidade de ambos os progenitores, relativamente aos vários aspectos da Regulação do Exercício do Poder Paternal, por forma a garantir que ambos continuem a exercer as suas funções parentais.¹⁶²

John M. Haynes e Marilene Marodin justificam o modelo com base nos seguintes fundamentos:

a) A mediação é não adversarial. A natureza do sistema legal requer que os participantes se tornem adversários. Muitas pessoas em disputa não são adversários, e, mesmo que fossem, não estão sempre inclinadas a sê-lo. Querem resolver o problema porque entendem a importância de manter suas relações futuras. As pessoas com esta abordagem da vida escolhem a mediação.

b) A mediação é privativa. As disputas interpessoais são melhor resolvidas num ambiente de privacidade e a maioria das pessoas preferem resolver seus assuntos familiares dentro dos limites da própria família. Escolher um mediador limita a intervenção externa de um só profissional.

c) A mediação é mais econômica. Já que somente um profissional está envolvido, o custo de resolver a disputa é muito menor na mediação do que no processo judicial. d) A mediação é mais rápida. Como todas as discussões realizam-

¹⁶¹ Constituição Federal, art. 5.º, inciso X.

¹⁶² FARINHA, António H. L., LAVADINHO, Conceição. **Mediação familiar e responsabilidades parentais**. Coimbra: Almedina, 1997.

se frente-a-frente, resolver a disputa toma menos tempo na mediação do que num processo judicial contencioso.¹⁶³

Maria de Nazareth Serpa, é precisa quanto à mediação de família:

É preciso entender que, preliminarmente, mediar significa negociar, com intervenção neutra. A antiga presunção de que cônjuges em processo de separação são adversários e que as suas questões só podem ser resolvidas pela aplicação de leis, através de intervenção com poder decisório, não tem guarida no processo mediador. O processo baseia-se no livre arbítrio das partes, e consubstanciam-se por elementos subjetivos. Daí entender-se a aplicação dos princípios gerais de voluntariedade, confiabilidade e auto determinação das partes. O processo dá-se mediante a vontade das partes, sua confiança no mediador e o poder decisório, quanto às suas questões em disputa. Na mediação, as partes tem de aceitar, antes de mais nada, o processo de negociação direta. Não há mediação sem negociação voluntária, porque é da voluntariedade que vem a autonomia das partes para barganhar e, conseqüentemente, chegar ao acordo. Também não há mediação sem a confiabilidade de que o interventor poderá levar as partes à resolução do conflito, não só pela sua neutralidade e imparcialidade quanto às partes envolvidas e às questões, mas pelo seu conhecimento técnico e sua experiência. Um juiz não é escolhido pelas partes, mas o mediador sim.¹⁶⁴

Os enunciados acima são suficientes para demonstrar que a mediação familiar, desde que realizada por mediador treinado, seja ele advogado, psiquiatra, psicólogo, terapeuta de família, assistente social de caso, é instrumento assaz relevante na solução das controvérsias familiares, que não se limitam ao núcleo familiar em si, em sentido restrito, mas que se espraiam pela família em razão do parentesco natural, civil ou de afinidade.

Exemplo da utilização deste modelo é o seguinte:

1.^a Entrevista

Objetivo: Separação Judicial

¹⁶³ HAYNES, MARODIN. **Fundamentos da...** p. 12-13..

¹⁶⁴ SERPA. Maria de Nazareth. **Mediação de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 103/104.

Data: 22-11-1999

Início às 15h15min

Término às 20h40min

1. O CASAL

1.1 - Ela: ANASTÁCIA ..., brasileira, nascida aos ... de 1966, em Porto Alegre, casada perante o Juiz de Paz no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, da ... Zona da Comarca de Porto Alegre, segundo é da Certidão de Casamento n.º ..., extraída do Livro n.º ..., fl. ..., evento ocorrido no dia ... de 1990, pelo regime da COMUNHÃO PARCIAL de bens. Está registrada segundo RG n.º ..., na data de ..., em Porto Alegre, com MF-CIC-CPF n.º ... Com o casamento passou a chamar-se ANASTÁCIA ... Conta atualmente com 33 (trinta e três) anos de idade. É dona de casa.

1.2. Ele: ALEXANDRE ..., brasileiro, nascido aos ... de 1958, em Porto Alegre, de profissão ..., empregado do ..., sob registro n.º ..., exercendo a função de Conta atualmente com 41 (quarenta e um) anos de idade.

1.3 – Antecedentes familiares:

1.3.1 – Dela: Os pais estão casados há ... anos. Tem um irmão já casado e separado e uma irmã casada com marido divorciado.

1.3.2 – Dele: Alexandre nasceu, cresceu e casou na casa em que residem. Os pais eram separados, morando o pai próximo da residência da família. Tem uma irmã separada judicialmente.

1.4 – Contato com o Alexandre pelo telefone ... (celular).

2. OS FILHOS

2.1 – ANTONIO ..., nascido aos ... de 1991, em Porto Alegre, segundo registro no Livro n.º ..., no Cartório do Registro Civil de Casamentos, Nascimentos e Óbitos da ... Zona da Comarca de Porto Alegre, atualmente com 7 (sete) anos de idade, estudando no ... , localizado na ... , telefone n.º ..., onde cursa a ... Série do ... Grau no horário das ...

2.2 – MARIA ..., nascida aos ... de 1996, em Porto Alegre, segundo registro no Livro n.º ..., no Cartório do Registro Civil de Casamentos, Nascimentos e Óbitos da ... Zona da Comarca de Porto Alegre, atualmente com 3 (três) anos de idade, freqüentando a Creche, localizada na ..., telefone n.º ..., no horário das ...

3. RENDA MENSAL DA FAMÍLIA

3.1 - Alexandre percebe atualmente a remuneração mensal de R\$1.929,72, descontos de R\$324,94 e o líquido de R\$1.604,78, segundo contracheque do mês de ... de 1999. Além destes valores recebe do empregador tique cesta básica no valor mensal de R\$120,00 e tique alimentação no valor mensal de R\$224,00.

3.2 – Anastácia produzia produtos alimentares sob encomendas. Esta atividade encontra-se paralisada pela inexistência de procura. Ocupa-se nas tarefas diárias da casa, como cozinhar, lavar, passar, arrumar a casa, cuidar das crianças, as quais leva e traz do colégio, da creche, da ..., do ... e do ...

4. RESIDÊNCIA – BENS IMÓVEIS

4.1 - O casal residente na ... (casa), no Bairro ..., em Porto Alegre. A casa é do marido, adquirida por direito hereditário quando do falecimento de sua mãe, dona ...

4.2 – Um terreno localizado em ..., que Alexandre ganhou de um cliente, cuja situação legal é desconhecida.

5. ENCARGOS FAMILIARES:

5.1 – DOS FILHOS:

5.1.1 – Colégio de Antonio – R\$139,00, vencíveis no dia ... de cada mês;

5.1.2 – Creche de Maria – R\$145,00, vencíveis no ... dia útil de cada mês;

5.1.3 – ... de Maria – R\$25,00, vencíveis no ... dia útil de cada mês;

5.1.4 – ... de Antonio – R\$64,00, vencíveis no ... dia útil de cada mês;

5.1.5 – A assistência médica e odontológica dos filhos é atendida pelos convênios mantidos pelo empregador.

5.1.6 – O vestuário das crianças há muito tempo não é adquirido.

5.1.6 – ... de Antonio é gratuito. É feita no ... , localizada na ..., telefone n. ...

5.2 – DESPESAS DE SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA

5.2.1 – Antonio – R\$203,00 mensais;

5.2.2 – Maria – R\$170,00 mensais.

5.2.3 – ALIMENTAÇÃO:

5.2.3.1 – Os bens não perecíveis são adquiridos mensalmente por Alexandre que faz um rancho aproveitando os tiques;

5.2.3.2 – Os bens perecíveis para atendimento das necessidades diárias é feita em armazém no qual existe um caderno para pagamento mensal. A satisfação destas necessidades fica condicionada ao pagamento do mês vencido. Quando este pagamento não ocorre Anastácia deixa de comprar, utilizando-se de estoque eventualmente existente. O fato obriga Alexandre a fazer a compra à vista destas necessidades ou trocar de armazém. Estima estes encargos na razão de R\$200,00 mensais.

5.3 – DESPESAS DA MORADIA:

5.3.1 – Luz – R\$... mensais em média;

5.3.2 – Água – Não é paga embora existente medidor. A água é freqüentemente cortada por falta de pagamento. Este fato demonstra que esta conta d'água não é debita na conta corrente de Alexandre, segundo alega.

5.3.3 – Faxineira de 15 em 15 dias, perfazendo R\$70,00 por mês;

5.3.4 – Telefones:

5.3.4.1 – O telefone ..., que é ligado diretamente no computador do Alexandre, faz cerca de 6 (seis) meses;

5.3.4.2 – O telefone ... encontra-se desligado por falta de pagamento. A última despesa paga foi de R\$... Possuem este telefone há ... anos;

5.3.4.3 – Um telefone celular de cartão que fica com Alexandre.

5.3.4.4 – O IPTU da casa não está pago.

5.3.4.5 – Assinatura de televisão a cabo com despesa mensal é variável em torno de R\$..., podendo alcançar quantia maior em razão dos filmes assistidos por Alexandre.

5.3.4.6 – Assinatura do jornal ... e Internet no computador do Alexandre.

5.3.4.7 – A família tem um cachorro há ... anos.

5.4 – VEÍCULO

5.4.1 – Anastácia recebeu de seu pai um automóvel ...ano ..., placas utilizado nas suas necessidades e dos filhos e, nos fins de semana, por Alexandre. As despesas do veículo são suportadas por Alexandre.

5.4.2 – O seguro do veículo não está pago.

5.5 – ASSOCIAÇÃO

5.5.1 – A família tem acesso na Associação ..., entidade dos empregados do empregador, localizada no ..., em Porto Alegre.

6. MOTIVOS DAS DIVERGÊNCIAS DO CASAL

6.1 – Há cerca de 2 (dois) anos as relações pessoais do casal começaram a se deteriorar.

6.2 – A energia elétrica começou a ser cortada desde ..., tendo a empresa fornecedora, em uma oportunidade, tirado o medidor em razão de alterações na rede elétrica;

6.3 – A água foi cortada por diversas vezes, fazendo com que Anastácia e os filhos tomassem banho na casa de amigos;

6.4 – O colégio das crianças não é pago. O colégio de Antonio está com as prestações vencidas desde ... A Creche está atrasada desde ...;

6.5 – A conta de um armazém está pendente de pagamento.

6.6 – O tratamento pessoal que Alexandre vem dispensando com Anastácia é feito com desconsideração e deboche, chamado-a de ... etc., importando em conduta desonrosa, inclusive em presença dos filhos e de terceiros. Tais expressões pejorativas influenciam as crianças que terminam por repeti-las para a mãe;

6.7 – Faz muito tempo que o casal não mantém relações sexuais. A última vez foi quando da gravidez da Maria. Diz Alexandre que..., não é possível haver acerto sexual.

6.8 – Alexandre costuma isolar-se numa peça existente nos fundos da casa, onde mantém os seus aparelhos de computação, telefone e Internet onde fica até tarde da noite assistindo filmes pornográficos.

6.9 – O casal mantém leito comum, porém, sem qualquer aproximação afetiva. Às vezes dormem em posições contrárias, um no lado da cabeceira da cama e outro nos pés. Frequentemente uma das crianças dorme entre o casal, noutras ocasiões Alexandre vai dormir na cama das crianças.

6.10 – Como Alexandre sai cedo e retorna tarde, é comum a inexistência de qualquer diálogo, entretanto, costuma beijar a esposa quando chega e sai de casa.

6.11 – O vestuário para Anastácia há muito tempo não é adquirido porque ...

6.12 – Alexandre não almoça em casa.

6.13 – Nos fins-de-semana Alexandre costuma sair a tarde para dar aulas de ... (não remuneradas), retornando somente a noite muito cansado. Em razão deste fato não costuma dispensar atenção ou brincar com os filhos.

6.14 – Alexandre costuma viajar com o seu grupo de ... retornando somente de madrugada.

6.15 – Não costuma sair com a família e tampouco com as crianças, alegando estar sempre com dor de cabeça, cansado, falta de dinheiro e enjoado. Porém, quando os seus amigos o convidam para sair e fazer alguma festa ou ajudar na arrumação da casa de um amigo está sempre pronto, sem problemas de cansaço, dores ou problema de horário.

6.16 – Frequentemente costuma chegar de madrugada, alegando que estava em reunião com os colegas de trabalho. Nestas ocasiões volta embriagado e às vezes carregado por amigos.

6.17 – Quando é questionado a respeito dos problemas de dinheiro torna-se violento. Não deve satisfações do que ganha. Alega que se Anastácia trabalhasse saberia para o que serve o dinheiro.

6.18 – Costuma mentir sobre o pagamento das contas vencidas e não pagas.

6.19 – Costuma fazer reuniões dos amigos em casa. Em tais oportunidades não faltam bebidas alcoólicas e cigarros. Após tais reuniões fica agressivo, inclusive na frente das crianças.

6.20 – Quando a família fica sem gás, luz, água e telefone alega que somente tem dinheiro para as suas despesas pessoais. No caso do gás costuma pedir emprestado para ...

6.21 – O tratamento que dispensa aos filhos é através de gritos, mandando-os ficar quietos e impondo castigos.

6.22 – Anastácia já propôs a separação do casal no que Alexandre não concorda.

7. Opções de encaminhamentos para atender o interesse da
Cliente:

7.1 – Extrajudicial: Mediação

7.2 – Judicial:

7.2.1 – Medida Cautelar de Separação de Corpos, e

7.2.2 – Ação de Separação Judicial Litigiosa cumulada com pedido de alimentos provisórios e definitivos. Este processo deve ser ajuizado dentro do prazo de 30 (trinta) dias do deferimento da Medida Cautelar.

Porto Alegre, 22 de novembro de 1999.

2.^a Entrevista - Alexandre

Data: 06-12-1999

Objetivo: Separação Judicial ou Mediação

Início às 17h

Término às 22h10min

1. DAS RELAÇÕES DO CASAL E FILHOS

1.1 – Alexandre informa ser pessoa tímida, introvertida e, pela natureza do seu trabalho, reservado.

1.2 - Gosta de Anastácia, mas não sabe dizer se este “gosto” é ou não é equivalente de “amor”. Adora os filhos ao seu jeito.

1.3 – Não admite separar-se da esposa e filhos.

1.4 – Aceita tratar o conflito através de mediação, assumindo o pagamento dos honorários ajustados em contrato.

2. SITUAÇÃO FINANCEIRA

2.1 – O estado financeiro passou por um longo período de dificuldades decorrentes de fiança que deu a um amigo comprometendo a renda salarial. Os pagamentos feitos somaram cerca de R\$... quantia esta já liquidada em julho último.

2.2 – Em razão destes pagamentos os compromissos pessoais ficaram comprometidos, os quais foram regularizados no mês de novembro de 1999.

2.3 – No curso dos fatos advieram outras dívidas como aquelas decorrentes de Cartão de Crédito da esposa, comprometendo o crédito comercial de Alexandre que foi negativado no Serviço de Proteção ao Crédito.

2.4 – Tais problemas financeiros não são novidade. O casal já suportou dificuldades quando da separação da irmã de Alexandre, chamado para a auxiliar em face do marido ter abandonado a família.

2.5 – A remuneração que percebe atualmente, além da parte fixa, se constitui de uma parte variável, o que poderá ser modificado pelo empregador. Se isto ocorrer a remuneração mensal voltará à situação anterior, ou seja, exclusivamente à parte fixa.

2.6 – Entende ser necessária a participação da Anastácia na renda familiar. A atividade que anteriormente desenvolvia era rentável, porém, mesmo tentando colaborar no desenvolvimento dessa atividade, a esposa desinteressou-se dela. Argumentava a necessidade de tempo para as crianças, ao que Alexandre propunha, acaso se dedicasse a esta atividade, a contratação de empregada doméstica para atender as necessidades da casa.

2.7 – Além da faxineira a família também tem uma passadeira que trabalha quinzenalmente à razão de R\$... por dia.

2.8 – Houve também problemas decorrentes da aquisição de um motor para a piscina, adquirido através de cheques pré-datados. O motor não foi entregue, mas os cheques foram descontados.

2.9 – Alexandre tem como critério de aplicação dos recursos financeiros o máximo de preocupação em viver na medida dos seus rendimentos mensais, não assumindo responsabilidades com encargos que não sejam absolutamente indispensáveis e, mesmo assim, após prévia tomada de preços, ademais em razão dos insucessos que já sofreu.

2.10 – Os problemas financeiros apontados por Anastácia realmente ocorreram em face das dificuldades que atravessava no pagamento da fiança.

3. MOTIVOS DAS DIVERGÊNCIAS DO CASAL

3.1 – Alexandre não se considera temperamental, mas também não é pessoa extrovertida. Isto não é novidade para Anastácia, pois sempre foi assim, desde namorados e noivos. Não mudou.

3.2 – Em razão da sua atividade profissional, vê-se tomado de grande responsabilidade perante o empregador. Trabalha diariamente, das segundas às sextas-feiras, a partir das 8h e só retorna à noite para casa. Como a atividade é muito estressante, ao chegar em casa cansado, não é recebido como entende que seria normal, mas sempre com problemas e agressões verbais.

3.3 – Já submeteu-se a teste de avaliação psicológica motivado pelas relações com os filhos. No exame em causa foi constatado o elevado grau de estresse que vivia. Este fato motivou sua ida para um cardiologista, onde submeteu-se a exame de esteira. O resultado não acusou problema cardíaco.

3.4 – Entende que Anastácia vive fora da realidade financeira, pretendendo gastos além da renda familiar, cujos aportes são exclusivamente do seu trabalho.

3.5 – Anastácia é pessoa que desinteressou-se de si própria. Não se cuida, engordou demais e tem pouco zelo consigo mesma.

3.6 – Dado a personalidade de cada um, pelo fato de ser pessoa reservada, responsável e comedida nas suas despesas, Alexandre entende que é dever seu responder pela formação dos filhos, deixando para Anastácia a assistência dos filhos com maior liberdade. Anastácia é pessoa extrovertida e de fácil amizade.

3.7 – As expressões que Anastácia entende serem injuriosas, diz que não o são, pois são respostas às suas exigências de melhor situação familiar e doméstica, superiores às possibilidades financeiras do casal.

3.8 – Como Anastácia gosta de novela e Alexandre acha muito cansativo e repetitivo o desenvolvimento da história, costuma recolher-se na sua peça de trabalho. O computador e demais componentes que utiliza, em geral foram adquiridos de colegas e amigos e já usados, salvo aqueles adquiridos em promoções. A utilização que faz da Internet não é exclusivamente de filmes pornográficos, mas também educacionais e culturais, como são exemplo as visitas que faz a museus e exposições disponíveis pela Internet.

3.9 – Não se ocupa muito em brincar com os filhos em razão da disponibilidade de tempo, porém, nos fins-de-semana tem levado o filho para apreender a andar de bicicleta, o que conseguiu à ponto de Anastácia já querer trocar a bicicleta atual que ainda está em condições de uso.

3.10 – As crianças usam uniforme escolar.

3.11 – O único vício que Alexandre tem é o de fumar, porém, por respeito à família, não fuma dentro de casa, salvo na peça dos fundos. Tem como único divertimento ... Não é ligado noutras atividades esportivas. Não gosta de futebol. Acha muito violento.

3.12 – O fato do casal dormir invertido no leito comum, decorre de Anastácia reclamar que Alexandre ronca muito alto e demais.

3.13 – O relacionamento sexual, na realidade, inexistente. A constante indisposição e animosidade de Anastácia são tão inibidoras que o desestimulam de qualquer iniciativa, pois não sabe como será recebido. Esta situação esfriou o relacionamento sexual ao ponto da total abstinência. Entende que ambos perderam o estímulo sexual em face da inexistência de um relacionamento mais carinhoso.

3.14 – Alexandre diz que os filhos são a maior responsabilidade de ambos e que, em razão deste fato, a separação judicial do casal resultará em grave prejuízo às crianças.

3.15 – Gostaria que ambos superassem as dificuldades atuais, declinando deste estado de animosidade, motivo pelo qual é contrário à separação judicial. Gostaria que, através de um diálogo construtivo, pudessem voltar aos primeiros anos de casados.

Porto Alegre, 06 de dezembro de 1.999.

3.^a Entrevista – Alexandre e Anastácia

Data: 17-12-1999

Objetivo: Realizar o “brainstorming”

Início às 15h

Término às 19h20min

ALEXANDRE – POSIÇÃO	OPÇÕES DE AMBOS	ANASTÁCIA – POSIÇÃO
------------------------	-----------------	---------------------

Deseja ficar na casa.		Deseja ficar na casa.
Não deseja afastar-se dos filhos.		Os filhos ficam com a mãe.
Disponibiliza recursos para Anastácia administrar as despesas que reclama não estarem sendo pagas pontualmente.		Quer trabalhar – Precisa de tempo para o início das suas atividades. Neste caso precisará de uma ajudante.
	<p>Despesas da casa:</p> <p>1 – Faxineira – Mensal: R\$...;</p> <p>2 – Passadeira – Mensal: R\$...</p> <p>3 – Telefone – Mensal: R\$...;</p> <p>4. – Colégio de Antonio – Mensal: R\$...;</p> <p>5 – Creche de Maria – Mensal: R\$...;</p> <p>6– ... de Maria – Mensal: R\$...;</p> <p>7 – ... de Antonio – Mensal: R\$...;</p> <p>8 – Plano de saúde e assistência médica, participação mensal – R\$...;</p> <p>9 – Dentista – Mensal: R\$...;</p> <p>10 – Despesas de alimentação da família – Mensal: R\$... (com tíquete) + R\$...;</p> <p>11 – Despesas de vestuário das crianças – R\$...;</p> <p>12 – Despesas de luz – Mensal: R\$...;</p> <p>13 – Despesa de água – Mensal: R\$...;</p> <p>14 – Despesa do IPTU – R\$... por mês;</p> <p>15 – Veículo – Imposto: R\$...;</p> <p>16 – TV a cabo – R\$...;</p> <p>17 – Combustível do veículo – Mensal: R\$</p> <p>TOTAL: R\$1.601,15</p>	Fica com o veículo e despesas deste.
Compromete-se a	É necessário ter uma	Quer conhecer todos os

apresentar o contracheque de pagamento mensalmente nos dias 30 de cada mês.	pasta onde tenham arquivadas todas as contas à pagar e pagas, para que ambos tenham cabal conhecimento das despesas da família.	meses o contracheque de pagamento. Quer transparência das obrigações assumidas por Alexandre. Não suporta mentiras. Quer atualização de todos os débitos para viver em paz..
Não tem desconfianças de infidelidade.		Não tem desconfianças de infidelidade.
A obrigação de educação dos filhos é de ambos		A obrigação de educação dos filhos é de ambos
	A responsabilidade de levar os filhos à escola, creche, ... é de Anastácia. Inclusive reuniões de pais e mestres.	
O casal não mantém relações sexuais há mais de 2 (dois) anos. Tem 42 anos de idade.		O casal não mantém relações sexuais há mais de 2 (dois) anos. Tem 34 anos de idade.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 1999.

4.^a Entrevista – Alexandre e Anastácia

Data: 21-12-1999

Objetivo: Decidirem o prosseguimento da mediação, formalização de acordo, encerramento da mediação ou buscarem solução judicial.

Início às 15h

Término às 18h05min

TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Aos 21 (vinte e um) dias do mês de dezembro de 1999, ANASTÁCIA ... e ALEXANDRE ..., em reunião visando a solução das controvérsias matrimoniais em que se encontram, segundo relatórios individuais elaborados pelas partes, e “*brainstorming*”, decidem consensualmente:

1. As partes decidem, à título experimental, ademais em face da proximidade das festas natalinas, manter a relação matrimonial. Como os filhos encontram-se em férias e os pais de ambos dispõem de casa na praia,

após o Ano Novo, ALEXANDRE ... pedirá licença no trabalho para que o casal, deixando os filhos com os avós, desfrutem de 7 (sete) dias na praia.

2. Considerando que as questões mais agudas que motivam as controvérsias dizem respeito ao problema financeiro, decidem:

2.1 – Todos os dias 30 (trinta) de cada mês, quando do recebimento do contracheque de pagamento por ALEXANDRE, este o entregará para ANASTÁCIA no sentido desta ter perfeito conhecimento da renda disponível pelo casal;

2.2 – Com o recebimento do contracheque ALEXANDRE disponibilizará, em espécie (em dinheiro), mensalmente, para ANASTÁCIA a quantia de R\$... para que esta efetue os seguintes pagamentos calculados, em média, pelas partes:

2.2.1 – Creche de Maria - R\$...;

2.2.2 – ... de Maria – R\$...;

2.2.3 – Colégio de Antonio – R\$...;

2.2.4 – ... de Antonio – R\$...;

2.2.5 – Faxineira – R\$...;

2.2.6 – Passadeira – R\$...;

2.2.7 – Água – R\$...;

2.2.8 – Luz - R\$...;

2.2.9 – Telefone – R\$

TOTAL: R\$...

2.3 – As partes se obrigam a manter uma convivência pacífica, procurando a solução de eventuais dificuldades através do diálogo, mantendo entre si a maior transparências das suas relações.

3. Cumprirá ao cônjuge ALEXANDRE aportar os demais recursos que se tornarem necessários, segundo as suas disponibilidades financeiras decorrentes do contracheque mensal.

4. O cônjuge ALEXANDRE se obriga, no prazo de 3 (três) meses a regularizar todas as contas atrasadas (vencidas), apresentando ao cônjuge ANASTÁCIA os devidos comprovantes de pagamento.

5. Todos os comprovantes dos pagamentos feitos pelo casal serão guardados em pasta própria de livre disposição para ambos os cônjuges.

6. Este acordo tem o propósito de solucionar as controvérsias financeiras decorrentes das obrigações do casal. Superando estas dificuldades as partes se propõem a uma convivência de paz e harmonia, preocupados com a boa formação e educação dos filhos.

7. No caso de sobrevirem desentendimentos, as partes se obrigam a voltar a novo entendimento, antes de tomarem qualquer medida judicial.

8. ALEXANDRE ..., segundo os termos do Contrato de Honorários anteriormente ajustado à razão de R\$50,00 (cinquenta reais) a hora, se obriga ao pagamento de 18h (dezoito horas) de entrevista, perfazendo o total R\$900,00 (novecentos reais), os quais pagará segundo Nota Fiscal a ser emitida e através de duplicatas de "A" a "I" mediante cobrança bancária, à razão de R\$100,00 (cem reais) por mês, vencíveis nos dias 05 (cinco) de cada mês, a partir do mês de fevereiro de 2000.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 1999.

Anastácia ...
Cônjuge Mulher

Alexandre ...
Cônjuge Varão

Tarcísio Battú Wichrowski
OAB-RS-5773

CONCLUSÕES

1. Quanto ao “*contrato de mediação*”.

A mediação é atividade de origem histórica, que recrudesce modernamente, de modo especial em razão da globalização que é fenômeno decrescente dos empregos formais, gerando desemprego, subemprego, trabalho informal, etc.¹⁶⁵. Não está regulamentada na legislação brasileira.

Na família romano-germânica¹⁶⁶ tratam da mediação apenas o Código Civil Italiano e o Código Comercial Alemão.

As diferentes teorias que se ocupam da mediação apropriam-se de institutos jurídicos que conflitam com a sua natureza de atividade negocial, emanado de vontades receptícias plurilaterais, eis que se trata de atividade absolutamente informal que objetiva a realização de um negócio jurídico.

A mediação é atividade ética que tem curso no mundo dos fatos. Antecede o negócio jurídico que irradiará a eficácia do “*contrato de mediação*”, produzindo os seus efeitos a partir da conclusão da atividade do mediador ou da formalização do negócio jurídico concluído por aqueles que a admitiram e que responderão pela sua remuneração.

A atividade do mediador está condicionada à permissão dos interessados no negócio jurídico.

São características da mediação a confiança, a boa-fé, a autonomia privada, a imparcialidade, a neutralidade, o dever de informação e a diligência

¹⁶⁵ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis de emprego e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron, 1996.
PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997

na aproximação de interesses para que se realize o negócio jurídico.

Trata-se de atividade de meio quando o mediador, embora tendo aproximado as partes, não chega à conclusão do negócio jurídico, ou atividade de fim quando o negócio jurídico é firmado pelos interessados.

A mediação não se confunde com o mandato, comissão, corretagem, agência ou representação, intermediação, prestação de serviços, empreitada, contrato de trabalho ou nunciatura.

A atividade do mediador é de risco, por isso que a sua remuneração dependerá do êxito das suas atividades ou da conclusão do negócio jurídico. É comum, nesta atividade, a ocorrência da culpa "*in contrahendo*" ou má-fé quando os interessados declinam da contraprestação, tendo o mediador exaurido a sua atividade ou, noutras palavras, tendo ido até onde poderia ir.

A mediação é atividade menos visível do que os institutos jurídicos formais. Mostra-se, porém, útil na vida contemporânea porque aproxima interesses, afastando dificuldades, aconselhando, informando, transmitindo intenções, pondo em contatos interessados, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Interesses nas transações de bens móveis, imóveis, semoventes, permuta, busca de garantia real ou fidejussória e serviços são motivos que chamam o mediador para desenvolver sua atividade útil, objetiva, segura e rápida.

Resulta, portanto, que esta atividade já está por merecer a atenção dos legisladores no sentido de regulamentá-la, haja vista as múltiplas controvérsias que ocasiona.

2. Quanto à mediação de conflitos:

¹⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** São Paulo: Martins

A mediação de conflitos tem origem nas sociedades mais tradicionais que, na solução dos seus conflitos, serviam-se de práticas consensuais diretas ou mediadas por um terceiro que lhes assegurava confiança e equidade.

Repelindo a justiça de mão própria, sempre exercida pelo mais forte, as pessoas, os povos, a sociedade, encontraram na justiça pública exercida pelo Estado, segundo distinção aristotélica em distributiva e comutativa, o meio mais adequado para a solução das suas controvérsias.

No curso dessa história, desde o Código de Hamurabi, o Código de Manu, a Lei das XII Tábuas, os excertos da legislação Mosaica, os excertos do Alcorão, a Carta Magna¹⁶⁷, as normas jurídicas se institucionalizaram em códigos e sistemas normativos, inclusive nas Constituições, de tal sorte que os fatos novos, emergentes de novas realidades humanas e sociais, carecem de resposta tempestiva e adequada. Os tempos modernos exigem agilidade. A economia reclama custos baixos. As pessoas reclamam transparência, participação dialogada e consenso.

O Estado moderno, centrado no povo e na cidadania, faz emergir pela via das liberdades públicas, o amplo e livre acesso das pessoas às políticas públicas, seus poderes, de modo especial, o Poder Judiciário, que carece de forças financeiras, estrutura e métodos interdisciplinares capazes de solucionar o significativo volume de conflitos que lhe é submetido, e não somente o processo.

A mediação ressurge como um modelo alternativo que responde adequadamente à solução dos conflitos porque está centrada na pessoa, sua inteligência e sociabilidade. O procedimento não é litigioso, e a solução do conflito resulta da autocomposição que não glorifica, de um lado, o vencedor e, doutro lado, penaliza o vencido. A partilha da solução autocomposta dignifica

Fontes, 1986.

¹⁶⁷ LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

as partes detentoras do poder de autodeterminação para decidirem os seus próprios interesses.

A mediação tem as suas fontes no princípio da confiança, na boa-fé, na autonomia da vontade, na autonomia privada ou poder de disposição e a ninguém lesar, constituindo-se em modelo jurídico negocial.

O mediador é um terceiro neutro que inspira confiança, credibilidade, confidencialidade, segurança, agilidade e competência pela sua formação e treinamento.

A mediação é modelo prático na solução das controvérsias em quaisquer áreas, pelo que, a sua utilidade vem sendo desenvolvida e praticada com sucesso em vários países, através dos programas de “*ADR – Alternativa para a Solução e Disputas*” ou “*RAC – Resolução Alternativa de Conflitos*”, os quais têm sido institucionalizados, gradativamente, assim como os demais modelos alternativos de resolução de conflitos.

Porto Alegre, fevereiro de 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Gladys S., HUGHTON, Elena, JASSAN, Elias. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem**: - uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTR, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**. 3. ed. São Paulo: Cejup, 1988.

BAUDRILLARD, Jean. **A sombra das maiorias silenciosas**: o fim do social e o surgimento das massas. Tradução de Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A autotutela nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 1996.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. São Paulo: Paulinas, 1985.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Código civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Código comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. **Constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Almedina, 1990.

CAIVANO, Roque J. , GOBBI, Marcelo, Padilla, Roberto E. **Negociación y mediación**: instrumentos apropiados para la abogacía moderna. Buenos Aires: Ad-Hoc R. L., 1997.

CALDAS, Gilberto. **O latim no direito**. São Paulo: Leia Livros, 1985.

CALMON, Eliana. Poder judiciário: novas tendências. **Boletim Informativo Juruá**, n. 285, p. 16-18, abr. 2001.

CAMPOS, Antonio Macedo de. **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAMPOS, Francisco. Parecer. **Revista Forense**, n.98, p. 50-

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO NETO. **Contrato de mediação.** 3.ed. São Paulo: Jalovi, 1991.

CAYGIL, Howard. **Dicionário de Kant.** Rio de Janeiro: Jorge Zaar, 2000.

CHAVES, Antônio. Corretagem. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1979. t. 21. p.5.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual.** 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CONIMA. **Código de ética dos mediadores.** Brasília, 23-11-97.

CONVENÇÃO Coletiva De Trabalho – SENALBA/RS x SECRASO/RS. Proc. MTb-DRT-RS-46218.004945/99-23, Porto Alegre, 01-04-1999. Manual de Instruções para Mediadores de conflitos decorrentes de relações individuais de trabalho.

CORRÊA, Antonio. **Mercosul:** soluções de conflitos pelos juízes brasileiros. Porto Alegre: Fabris, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 4.ed. Coimbra Editora Limitada, 1984.

COSTA E SILVA. **Revista dos Tribunais**, v.55, p. 269.

COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** São Paulo: José Bushatsky, 1976.

CRIBARI, Giovani. Da mediação e corretagem. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, Recife, 1985.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DICIONÁRIO de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. v.3.

ENDERLE, Georges et al. **Dicionário de ética econômica**. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 1997.

FAÉ, Ana de Brito. **Vocabulário de latim forense**. São Paulo: Afonso, 1978.

FARIA, José Eduardo. **Os novos desafios da justiça do trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

FARINHA, António H.L.; LAVADINHO, Conceição. **Mediação familiar e responsabilidades parentais**. Coimbra: Almedina, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões, projeto de negociação da Harvard Law School**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1991.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Editorial limusa de C. V.** México D.F.: Grupo Noriega Editores, 1997.

FONTANA, Roseli A. Cação. **Mediação pedagógica na sala de aula**. Campinas: Autores Associados, 1996.

GALANO, Mónica Haydee. **Mediação: uma nova mentalidade, mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTR, 1999.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GORCZEVSKI, Clovis. **Formas alternativas para a resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTR, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à ciência do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GUTIERREZ, Francisco; PRIETO, Daniel. **A mediação pedagógica: educação à distância alternativa**. Tradução de Edilberto M. Sena e Carlos Eduardo Cortés. Campinas: Papyrus, 1994.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

INSTITUTO NACIONAL DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO – INAMA. **Mediação e arbitragem**. 2.ed. Porto Alegre, 1997.

ITÁLIA. **Codice civile**. Torino: Giappichelli, 1996.

JACCARD, Pierre. **História social do trabalho: das origens até os nossos dias**. Lisboa: Livros Horizonte, 1960.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Fabris, 1980.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.56.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christovão Piragiba Tostes. **Dicionário jurídico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Destaque, [s.d.].

MARITAIN, Jacques. **Introdução geral à filosofia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A nova classe ociosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.3.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A incidência do princípio da boa fé no período pré-negocial: Reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 4, 1992. Número especial.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MERCADO, Antonio. **Revista dos Tribunais**, v.24, p. 235

MICHELON, Regina Maria Coelho. **A mediação dos conflitos individuais trabalhistas**. Porto Alegre: edição independente, 1991.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Secretaria de Relações do Trabalho. **Mediação de conflitos coletivos de trabalho**: manual de orientação. Brasília, 1997.

_____. **Mediação de conflitos individuais de trabalho**: manual de orientação. Brasília, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **Curso de direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.6 – Direito das Sucessões.

MOORE, Christopher W. **O Processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes, consultoria e supervisão de Marilene Marodin. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NEUMAN, Elías. **Mediación y conciliación penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

OLIVEIRA, Angela. (coord.). **Mediação** São Paulo: LTR, 1999. Métodos de Resolução de Controvérsias, n. 1.

PALMA, João Augusto de. Mediador. **Profissões regulamentadas**. São Paulo: LTR, 1997.

PARECER n. 842, de 1997 – Código Civil. **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.52, n.226, dez. 1997. Suplemento B.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTR, 1997.

PEIXOTO, José Carlos de Mattos. Parecer. **RD**, n. 150, p. 492.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PINCUS, Lily; DARE, Christopher. **Psicodinâmica da família**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987.

PIÑERA C., Bernardino. **El reencantamiento de la vida**. 3.ed. Santiago de Chile: Editorial los Andes, 1993.

PITTMAN, Frank. **Mentiras privadas**: a infidelidade e a traição da intimidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Contratos triangulares de trabalho**. Curitiba: Juruá, 1993.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**: vendedor autônomo. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio dos níveis de emprego e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O decálogo do processo trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 24.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT comentada**. 30.ed. São Paulo: LTR, 1997.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo pacífico de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, (no prelo).

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Antonio Álvares da. Apresentação. In: VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Sindicatos na administração da justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, De Plácito e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A participação popular na administração da Justiça**. Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. Rio de Janeiro: Thex, 1994.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais**, n. 94, jun. 1997.

TELLES, Antonio Augusto Queiroz. **Lições de obrigações e contratos**. Campinas: Copola, 1996.

TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

TRAJANO, Romolo. **Dicionário jurídico**: italiano-portoghese e português-italiano. Rio de Janeiro: Copertina e Editorazione Elettronica, 1994.

URY, William L. Prefácio. In: DIEZ, Francisco, TAPIA, Gachi. **Herramientas para trabajar en mediación**. Buenos Aires: Piados Mediación, 1999.

URY, William L. **Supere o não**: negociando com pessoas difíceis. Tradução de Regina Amarante. 3.ed. São Paulo: Best Seller, 1999.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Sindicatos na administração da justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; GALDINO, Dirceu. **Núcleos intersindicais de conciliação trabalhista**. São Paulo: LTR, 1999.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 2.ed. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VIEIRA, R.A. Amaral. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

VILLAS BOAS, Darnley. **Teoria da aparência no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: BVZ, 1993.

JURISPRUDÊNCIA

AG-30053, Relator Min. Pedro Chaves, julgado pela 1ª Turma em 25-06-1964. Ementa: “Contrato de mediação. Sua natureza. Função do mediador. Quando se considera finda e faz nascer o direito à remuneração. Matéria de fato e interpretação do contrato através do exame e avaliação de provas. Agravo a que se negou provimento.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

AGA-0004007/PR – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 11-09-1990. Ementa: “Direito e processo civil. Corretagem. Recurso Especial. Duplo grau de admissibilidade. Prequestionamento implícito. Orientação da Corte. Entendeu o Eg. Tribunal de origem ser devida a comissão de corretagem quando o negócio não se realiza por culpa exclusiva do promitente vendedor. Não se admitiu o apelo, entretanto, por envolver apreciação de cláusula contratual. Extraordinário que é, o Recurso Especial reclama duplo grau de admissibilidade, inclusive por determinação legal (Lei n.º 8.038/90 e RISTJ). O prequestionamento, mesmo implícito, é da índole do Recurso Especial.”

AGRAG-75871, Relator Min. Leitão de Abreu, julgado pela 2.ª Turma em 24-04-1979. Ementa: “Corretor de Imóveis. Comissão. Acórdão que entendeu ser ela devida, pois a mediação produziu resultado. Exame de contra e de prova, não configurado o dissídio alegado. Agravo Regimental desprovido.”

AGRAG-89406/RJ, Relator Min. Soares Munhoz, julgado pela 1ª Turma em 14-09-1982. Ementa: “Corretagem. A decretação da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal federal do art. 7, da Lei n.º 4.116, de 1962, tornou ilegítima a exigência do registro estabelecido no art. 1º da mesma lei como condição para cobrar, judicialmente, remuneração resultante da mediação concernente à venda de imóvel. Agravo Regimental desprovido.

RE-22814, Relator Min. Ribeiro da Costa, julgado pela 2.ª Turma em 18-06-1953. Ementa: “Corretagem ou mediação. É da essência do contrato que não se remuneram serviços. A remuneração somente se torna devida quando o corretor consegue o acordo entre as partes; esse é o objeto da mediação, isto é, não o serviço prestado pelo intermediário, mas o resultado desse serviço, em suma, o seu proveito útil.”

RE-24243, Relator Min. Ribeiro da Costa, julgado pela 2ª Turma em 29-10-1953. Ementa: “Contrato de corretagem. Feição peculiar. Destituição de forma especial. Pode ser provado por todos os meios de prova admissíveis em direito, inclusive por testemunhas, ainda que a remuneração seja superior à taxa legal, segundo acentuam numerosos arestos de nossos Tribunais. A corretagem, ou mediação, e um contrato de trabalho “sui generis”, em que o locador loca ao comitente, não propriamente o seu trabalho, mas o produto útil do mesmo. Doutrina nacional e estrangeira. Jurisprudência.”

RE-24333, Relator Min. Antonio Villas Boas, julgado pela 2ª Turma em 01-10-1957. Ementa: “O serviço de mediação em negócio (*corretagem) pode ser provado por testemunhas, não estando sujeito a restrição do art. 141 do Código Civil.”

RE-38009, Relator Min. Barros Monteiro, julgado pela 1ª Turma em 09-10-1958. Ementa: “Corretagem. Provada a mediação do corretor, impunha-se o

pagamento da comissão acertada. Matéria de fato. Não conhecimento do extraordinário.”

RE-38238, Relator Min. Barros Monteiro, julgado pela 1.^a Turma em 27-11-1958. Ementa: “Corretagem – Constitui mediação ilícita o serviço de corretagem exercido por funcionário público ou autárquico, que usa de prestígio pessoal, a fim de obter financiamento de construção. Incabível o extraordinário.”

RE-55042, Relator Min. Antonio Villas Boas, julgado pela 2.^a Turma em 24-04-1964. Ementa: “Causa decidida “bono modo”, com a ordem de partilhar, por igual, entre corretores, a remuneração paga pela incontestável mediação de ambos. Embora tenha sido a quitação ao “dominus” passada por um deles sem a ressalva da meação, verbalmente avençada, o disposto no art. 141 do C.C. não seria impedimento a que o outro, com a prova testemunhal da sua eficiente cooperação e do proveito do resultado do seu decisivo esforço, obtivesse o ressarcimento, que o acórdão recorrido lhe conferiu. Recurso da letra “a” não conhecido.”

RE-67531/SP, Relator Min. Eloy José da Rocha, julgado pela 2.^a Turma em 23-10-1972. Ementa: “Mediação na permuta de imóveis. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 7, da Lei n.º 4.116, de 27.8.1962. Desnecessidade de prova por escrito, na mediação de corretor de imóveis. Direito à retribuição do mediador, tendo-se em conta a natureza e o resultado da atividade por ele exercida. Recurso Extraordinário desprovido.”

RE-70563/SP, Relator Min. Thompson Flores, julgado pelo Tribunal Pleno em 18-03-1971. Ementa: “Corretores de Imóveis. Remuneração pelos atos de mediação. Podem promover sua cobrança judicial independentemente das exigências do art. 7, da Lei n.º 4.116, de 27.08.1962, por ser inconstitucional. Recurso conhecido, mas não provido.”

RE-72281/MG, Relator Min. Eloy da Rocha, julgado pela 1.^a Turma em 17-10-1975. Ementa: “Mediação na compra e venda de imóvel. Retribuição. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 7, da Lei 4.116, de 27.8.1962. Aplicação das Súmulas 286, 282 e 279. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-72674/GB, Relator min. Barros Monteiro, julgado pela 1.^a Turma em 25-10-1971. Ementa: “Mediação. Remuneração devida. Inexistência de negativa de vigência do direito federal e dissídio de jurisprudência não comprovado. Aplicação das Súmulas 279, 454 e 291. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-78578/SP, Relator Min. Thompson Flores, julgado pela 2.^a Turma em 27-08-1974. Ementa: “I – Corretores de Imóveis. Comissões. Quando se tornam devidas. II – Se a mediação não produziu resultado útil, não se realizando o negócio, a comissão não se torna devida, segundo a melhor doutrina. III – O arrependimento de uma das partes, originado por sua suposta culpa a não realização do negócio, só autoriza o crédito da comissão quando pudesse originar do prejudicado perdas e danos. IV – Recurso Extraordinário provido.”

RE-79411/GO, Relator Min. Cordeiro Guerra, julgado pela 2.^a Turma em 11-04-1975. Ementa: “Corretagem de imóveis – Sua denegação face as provas, que não permitiam a verificação da ocorrência da mediação no prazo da opção. Contrato inconveniente de autorização para venda. Reexame de provas. Recurso Extraordinário não conhecido. Súmulas 279, 283 e 291.”

RE-79476/GB, Relator Min. Cordeiro Guerra, julgado pela 2.^a Turma em 19-11-1974. Ementa: “1. Serviço de mediação na venda de estabelecimento bancário. Controle acionário. 2. Não se conhece de Recurso Extraordinário de acórdão que se limitou a aplicar a lei à prova dos autos.”

RE-82556/SP, Relator Min. Rodrigues Alckmin, julgado pela 1.^a Turma em 04-05-1976. Ementa: “Mediação – Mediador a quem se assegura direito à remuneração por ter obtido comprador nas condições pretendidas pelo réu e por terceiros, partícipes do negócio. Negócio que não se realizou pela recusa de terceiros. Direito do mediador à remuneração a ser paga somente pelo réu, com quem contratara o desempenho de sua atividade. Inexistência de divergência de julgados. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-83890/SP, Relator Min. Xavier de Albuquerque, julgado pela 2.^a Turma em 28-09-1976. Ementa: “Mediação. Comissão devida face o resultado do negócio. Inexistência de ofensa a lei, ou dissídio jurisprudencial. Recurso não conhecido.”

RE-83944/PR, Relator Min. Moreira Alves, julgado pela 2.^a Turma em 27-08-1976. Ementa: “Mediação. Valor da comissão pela venda do imóvel, na hipótese de a mediação ter sido autorizada por um condômino sem a anuência dos demais. Inexistência de negativa de vigência do art. 1.521, III, combinado com o art. 1.523, ambos do Cód. Civil. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-87110/RJ, Relator Min. Xavier de Albuquerque, julgado pela 2.^a Turma, em 02-09-1977. Ementa: “Mediação. Procedência da ação de cobrança da comissão, decretada à face da prova produzida. Inaplicabilidade do art. 368, parágrafo único do CPC. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-90375/SP, Relator Min. Djaci Falcão, julgamento da 2ª Turma em 20-03-1979. Ementa: “Corretagem. Comissão. Decisão que reconheceu direito à remuneração, esclarecendo ter havido mediação eficaz no decurso do prazo da autorização, embora concretizado o negócio após o prazo de opção. Circunstâncias particulares, aferidas soberanamente na instância ordinária (Súmula 279). Acórdãos do mesmo Tribunal não propiciam o dissídio jurisprudencial (Súmula 369). Acórdãos de outros Tribunais, que, no entanto, não satisfazem as exigências da Súmula 291. Recurso Extraordinário não conhecido.”

RE-91804, Relator Min. Thompson Flores, 1.ª Turma, julgado em 27-11-79. Ementa: “I Mediação. Percentagem do Corretor que iniciou as tratativas as quais foram concluídas por outro. Redução à metade. II – Recurso Extraordinário manifestado por ambas as partes. Admissão de um deles, originando Agravo quanto ao outro. Julgamento em conjunto. III – Agravo de Instrumento não provido com aplicação das Súmulas 279, 282 e 356. IV – Recurso Extraordinário que não se conhece porque: a) Quanto à fixação da percentagem, assentou o aresto nas provas; b) No pertinente à correção monetária, não foi ela objeto do pedido, incorrendo negativa de vigência dos artigos 1.059 e 1.060 do Código Civil, nem resultou comprovado o dissídio pretoriano (R.I., art. 305); e c) Quanto à fixação dos honorários, não ocorreu inaplicação do art. 20, parágrafo 3.º, do CPC, pois foi nele que se embasou o acórdão, descabendo rever o percentual com base nas Súmulas 389 e 279.”

RE-94747/GO, Relator Min. Djaci Falcão, 2.ª Turma, julgado em 22-09-81. Ementa: “Corretagem. Ao Corretor somente assiste direito a remuneração quando o negócio se concretiza. Não cabe corretagem se a mediação não alcançou resultado útil. Dissídio jurisprudencial comprovado. Recurso Extraordinário provido, com o restabelecimento da sentença que julgou improcedente a ação.”

RESP n.º 0004269/RS – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 06-08-1991. Ementa: “Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor, a undécima hora. Comissão devida. Correntes hermenêuticas. Recurso desprovido. I – Sem embargo dos ponderáveis argumentos das correntes antagônicas que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justo se afigura o entendimento da corrente intermediária, segundo a qual o corretor faz jus à comissão se, tendo aproximado as partes, o negócio não se consuma por decisão exclusiva do vendedor que o contratara. II – A jurisprudência, mesmo quando embasada em reiterados julgados, refletida em antigos posicionamentos, deve evoluir para adaptar-se à multifária riqueza da vida, em seus variados aspectos circunstanciais, sob pena de agasalhar a injustiça e ferir elementares princípios de direito.”

RESP n.º 0004269/RS – 1990, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 06-08-1991. Ementa: “Corretagem. Aproximação das partes.

Desistência pelo vendedor, a undécima hora. Comissão devida. Correntes hermenêuticas. Recurso desprovido. I – Sem embargo dos ponderáveis argumentos das correntes antagônicas que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justo se afigura o entendimento da corrente intermediária, segundo a qual o corretor faz jus à comissão se, tendo aproximado as partes, o negócio não se consuma por decisão exclusiva do vendedor que o contratara. II – A jurisprudência, mesmo quando embasada em reiterados julgados, refletida em antigos posicionamentos, deve evoluir para adaptar-se à multifária riqueza da vida, em seus variados aspectos circunstanciais, sob pena de agasalhar a injustiça e ferir elementares princípios de direito.”

RESP-0019840/RO – 1992, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 08-06-1993. Ementa: “Civil. Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor. Comissão devida. Correntes. Precedente. Recurso Especial conhecido e provido. Sem embargo das correntes que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justa se afigura a posição intermediária, segundo a qual é devida ao corretor a comissão se, após a aproximação, já com a venda acertada, o negócio não se perfaz por desistência do vendedor que o contratara.”

RESP-0019840/RO – 1992, Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 08-06-1993. Ementa: “Civil. Corretagem. Aproximação das partes. Desistência pelo vendedor. Comissão devida. Correntes. Precedente. Recurso Especial conhecido e provido. Sem embargo das correntes que se fixam, respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justa se afigura a posição intermediária, segundo a qual é devida ao corretor a comissão se, após a aproximação, já com a venda acertada, o negócio não se perfaz por desistência do vendedor que o contratara.”

RESP-0029286/RJ – 1992. Relator Min. Sálvio de Figueiredo, julgado pela 4ª Turma em 27-04-1993. Ementa: “Direito civil. Corretagem. Negócio concretizado após o prazo concedido ao mediador. Direito à comissão. Recurso inacolhido. O corretor faz jus a sua remuneração se o negócio agenciado for concluído mesmo após o vencimento do período estabelecido na autorização, desde que com pessoa por ele indicada ainda quando em curso o prazo do credenciamento e nas mesmas bases e condições propostas. O que não se admite é que o mediador, sem concordância do comitente, arregimente pretendentes quando já expirado o lapso temporal ajustado. Se, porém, indicou interessados no prazo da opção, é-lhe devida a comissão, uma vez alcançado o resultado útil como decorrência da atividade de intermediário pelo mesmo desenvolvida.”

RESP-008216/MG – 1991, Relator Min. Barros Monteiro, julgado pela 4ª Turma em 27-08-1991. Ementa: “Corretagem. Inexistência de contrato escrito. Negócio concretizado. 1. A existência de avença e suscetível de ser aferida mediante exame do quadro probatório e não somente através de contrato

escrito. 2. Aperfeiçoado o negócio jurídico, com a formalização da promessa de venda e compra e o recebimento do sinal, e devida a remuneração do corretor, ainda que os contraentes, desfaçam a transação “a posteriori”. 3. Dissídio jurisprudencial não configurado. 4. Recurso Especial não conhecido.”

RHC-47487/SP, Relator Min. Aliomar Baleeiro, julgado pela 1.^a Turma em 02-12-1969. Ementa: “Moeda falsa. Mediação para que o moedeiro obtivesse adquirentes das moedas falsas. Condenação no art. 289, parágrafo 1.^o. Denegação de “habeas corpus” pela improcedência das nulidades alegadas.”

STF-RE-86202/PR, Relator Min. Cordeiro Guerra, julgado pela 2.^a Turma em 28-04-1978: “Corretagem de imóveis. Direito reconhecido ao intermediário do negócio realizado, face a prova e ao contrato, não comportando reexame pela via do Recurso Extraordinário – Súmula 279 e 454. Dissídio não comprovado na forma da Súmula 291. RE dos 1. e 3. Recorrentes não conhecidos. O Corretor que contratou, apenas com alguns condôminos, a mediação do imóvel comum, levando a bom termo o negócio, afinal aceito por todos, nem por isso poderá cobrar a correspondente corretagem dos comunheiros ausentes à avença. RE dos 2. Recorrentes, conhecido e provido.”