

A Mediação e os Conflitos de Consumo

Guilherme M. Martins*

Sumário

1. Introdução. A Evolução da Mediação no Brasil. 2. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental e a Viabilidade da Aplicação das Técnicas Alternativas de Solução de Conflitos. 3. A Experiência Brasileira. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução. A Evolução da Mediação no Brasil

No Brasil, a partir dos anos 90, começou a haver um maior interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995.¹ No novo Código de Processo Civil, oriundo do PL 166/2010 e já aprovado pelo Congresso Nacional (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), há referência aos institutos da conciliação e mediação, nos artigos 165 a 175.²⁻³

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Diretor do Instituto Brasilcon.

¹ Na Argentina, a Lei 24.573/95 cuida da mediação como um procedimento extrajudicial obrigatório, portanto fora do Poder Judiciário e que se desenvolve previamente, conforme o respectivo art. 1º: *“Institúyese con carácter obligatorio Inmediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”*.

² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. Vol. 6, p. 159-177, jul./ago. 2014. Lembra o autor que a primeira iniciativa legislativa no Brasil ocorreu com o PL 4.827/1998, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, com a definição de mediação e algumas disposições a respeito: “Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94/2002. O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à EC 45, de 08.12.2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos projetos de lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou a um novo relatório do PL 94. Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CC), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então, dele não se teve mais notícia até meados de 2013, quando voltou a tramitar, provavelmente por inspiração dos projetos que já tramitam no Senado O Projeto, em sua última versão, logo no art. 1º, propunha a regulamentação da mediação paraprocessual civil, que poderia assumir as seguintes feições: (a) prévia; (b) incidental; (c) judicial; e (d) extrajudicial. A mediação prévia poderia ser judicial ou extrajudicial (art. 29). No caso da mediação judicial, o seu requerimento interromperia a prescrição e deveria ser concluído no prazo máximo de 90 dias. A mediação incidental (art. 34), por outro lado, seria obrigatória, como regra, no processo de conhecimento, salvo nos casos: (a) de ação de interdição; (b) quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; (c) na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; (d) no inventário e no arrolamento; (e) nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; (f) na ação de retificação de registro público; (g) quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; (h) na ação cautelar; (i) quando na mediação prévia não tiver ocorrido acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. A mediação deveria ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-ia continuidade ao processo. Assim, a mera distribuição da petição inicial ao juízo interromperia a prescrição, induziria litispendência e produziria os demais efeitos previstos no art. 263 CPC. Ademais, caso houvesse pedido de liminar, a mediação só teria curso após o exame desta questão pelo magistrado, sendo certo que eventual interposição de recurso contra a decisão provisional não prejudicaria o processo de mediação”.

³ O teor daqueles dispositivos é o seguinte (Seção V – Dos conciliadores e mediadores judiciais):

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Coroando a evolução do tema, entrou em vigor a Lei 13.140, de 26.06.2015 (Lei da Mediação), que dispõe sobre a mediação como meio de composição de conflitos entre particulares e no âmbito da administração pública, com a seguinte definição, no seu artigo 1º:

§ 1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Não obstante a recente aprovação do Código de Processo Civil e da Lei 13.140/2015, deve ser dito que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito.⁴

Os métodos alternativos de solução de conflitos constituem uma área na qual a Fundação Ford já em 1978 promovia programa pioneiro, que desencadeou

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 533.

ampla procura daquilo a que se chamou “novos enfoques da solução de conflitos”, com particular atenção para “conflitos complexos sobre políticas públicas”, “conflitos regulatórios”, “conflitos oriundos de programas de bem-estar social”, tudo com a finalidade de “encontrar caminhos para tratar de conflitos fora do sistema formal”.⁵

No direito comunitário europeu já existe um grande avanço na matéria, a partir da Diretiva 2013/11 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à mediação alternativa de litígios em matéria de consumo,⁶ que possui inclusive um regulamento relativo aos meios alternativos de solução de conflito *on-line* em matéria de relações de consumo.

Na mediação⁷, não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.⁸ O objetivo é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição dos interessados sobre os fatos que os levaram àquela disputa.⁹

Baseia-se tal técnica de solução de conflitos na autocomposição, lastreada pelo pilar da autonomia da vontade das partes.¹⁰

⁵ CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 41, p. 406, abr./jun. 2014.

⁶ Assim estabelece o art. 1º da Diretiva, no tocante ao seu objetivo: “O objetivo da presente diretiva é contribuir, através da realização de um elevado nível de defesa do consumidor, para o bom funcionamento do mercado interno, assegurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra os comerciantes a entidades que facultem procedimentos independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos de resolução de litígios. A presente diretiva aplica-se sem prejuízo da legislação nacional que obriga à participação nesses procedimentos, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial”.

⁷ A mediação é definida por José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler como “a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito da satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁸ A distinção entre a conciliação e a mediação aparece nos parágrafos do art. 145 do novo Código de Processo Civil:

“§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

“§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op.cit.*, p. 533.

¹⁰ As características mais marcantes da mediação são as seguintes: 1- trata-se de uma negociação colaborativa facilitada por terceiro; 2- constitui uma técnica informal, mas estruturada – não está sujeita a regras processuais, mas segue um rito de eficácia que precisa ser seguido, sendo essa a ferramenta do mediador, que lembrará as partes do acordo inicial feito relativamente ao respeito ao procedimento; 3- proporciona que as pessoas possam conhecer a diferença entre o que querem e o que necessitam; 4- ausência de coercitividade; 5- transformação: são alteradas as relações entre os litigantes pelo controle da comunicação entre eles, a alteração das suas percepções, o equilíbrio de forças, a partir do empoderamento e educação sobre as técnicas de negociação, para que resolvam no futuro seus conflitos e reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos para a aproximação e humanização pela empatia; 6- proporciona a inversão de papéis entre os envolvidos; 7- controle das partes, a quem cabe o deslinde da decisão sobre a controvérsia; 8- Não opinativa, visto que o mediador não pode expressar opinião sobre o resultado do pleito; 9- Enfatizada no futuro, não se perquirindo da culpa dos envolvidos ou dos fatos pretéritos; 10- Confidencial – será desenvolvida em ambiente secreto, somente sendo o seu processo divulgado se for essa a vontade das

Trata-se da interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões de disputa. A função fundamental do mediador, para José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, é (re)estabelecer a comunicação.¹¹

O renascer dos métodos alternativos de solução de conflitos deve-se, em grande parte, à crise atravessada pela Justiça, devida em grande parte ao elevado grau de litigiosidade próprio da sociedade moderna, levando à morosidade, alto custo e burocratização na gestão dos processos.¹²

Antes do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, a principal referência para a mediação nos Tribunais brasileiros era a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, cujo artigo 1º estabelece que “fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Seguindo a mesma tendência do Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 118/14¹³, que dispõe sobre a Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Por consistir a mediação de um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, em especial os juízes.¹⁴

Distingue-se da conciliação, termo proveniente do verbo latino *conciliare*, que é reunir, compor e ajustar os ânimos divergentes. A mediação é mais ritualística, demorada, enquanto a conciliação é mais ágil, informal e rápida. O conciliador faz propostas de soluções, intervindo diretamente para a obtenção do acordo, diversamente do mediador.

Ambas, mediação e conciliação, mais do que um meio de acesso à justiça fortalecedor da participação social do cidadão, são políticas públicas¹⁵ que vêm

partes; 11- Cooperativa; 12- Exige tempo de interlocução, pois normalmente envolve sentimentos, valores, diferenças culturais e necessidades existenciais.

¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 131.

¹² LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 45.

¹³ Resolução nº 118/14 do CNMP. “Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos”.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵ Cabe ao Conselho Nacional de Justiça, ao implementar esta política pública, voltada para o tratamento e para a solução de conflitos de interesses com incentivo aos métodos autocompositivos, tornar obrigatória a utilização desses métodos por todos os Tribunais de Justiça dos Estados, estabelecendo diretrizes a serem observadas por estes e regulamentar detidamente o trabalho dos servidores, dos conciliadores e dos mediadores através: (a) do estabelecimento de critérios de capacitação mínima; (b) do estabelecimento de critérios de seleção; (c) da exigência de qualidade do serviço, com o estabelecimento de critérios de avaliação permanentes, não só quantitativa (número de usuários e de acordos – banco de dados) como

ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça, visto que comprovada empiricamente sua eficiência no tratamento de conflitos.¹⁶

A mediação é mais difundida nos casos de conflitos envolvendo pessoas que têm interesses ligados a relações continuadas¹⁷, como é o caso das relações de vizinhança, família ou emprego, casos em que muito mais importante do que a indenização de um prejuízo é a restauração da convivência entre os envolvidos.¹⁸

Uma característica marcada pela doutrina é o equilíbrio das relações entre os envolvidos, sendo "fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas".¹⁹

Não é por outro motivo que a Lei de Mediação, no seu art. 2º, II, estabelece como um de seus princípios a isonomia entre as partes.²⁰

As relações travadas no mundo pós-moderno demandam o desenvolvimento de formas efetivas e adequadas de pacificação social, a fim de reparar e prevenir a ocorrência de danos.

Surgem novos danos, não só do ponto de vista quantitativo como também qualitativo, decorrentes de fatores como a degradação do meio ambiente, as biotecnologias, a Internet e os respectivos meios de comunicação, novas doenças, o que fez com que houvesse um aumento no número de demandas perante o Estado-juiz, o qual, praticamente, não acompanhou essa transformação. Daí a importância dos meios não adversariais com a participação da comunidade, como a mediação.²¹

Não obstante serem os conflitos de consumo, por sua natureza, massificados, impessoalizados e marcados pela vulnerabilidade da parte mais frágil (art. 4º, I, Lei

também qualitativa (acompanhamento dos resultados – controle social) do sistema de solução de conflitos; (d) da instituição do Código de Ética para conciliadores e mediadores; (e) da exigência de definição, pelos Tribunais, de remuneração condigna a conciliadores e mediadores (art. 6º, I a VIII, Resolução CNJ 125/2010). LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷ Uma importante característica da mediação apontada pela doutrina é a existência de relações continuadas, quando as partes acreditam que há a possibilidade de acordo, ou seja, os envolvidos devem estar predispostos à negociação, devem querer encontrar a melhor solução para o conflito e negociar: "podemos dizer que é necessário que os envolvidos tenham afinidades para que através da comunicação facilitada sejam identificados os interesses comuns que permitiram chegar ao acordo; que estejam aptos ao diálogo, expondo seus pontos de vista e ouvindo o outro e suas experiências; que estejam dispostos a confiar no 'adversário' e no mediador; que tenham consciência da importância do fator tempo; e que compreendam o processo de 'dar e receber', se dispondo a agir para encontrar uma solução apropriada com que se comprometam". MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 342-343.

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 133.

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 135.

²⁰ Lei 13.140/2015, "art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé".

²¹ RUIZ, Ivan Aparecido; NOGUEIRA, Luiz Fernando. A mediação como instrumento de efetivação do direito humano e fundamental do acesso à Justiça em uma nova face: o ser humano como seu construtor e protagonista. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sergio de Souza. *Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 121.

8.078/90), ao contrário das relações de emprego, família e vizinhança, onde há um maior equilíbrio entre as partes, o presente e o futuro sinalizam no sentido do aumento do uso da mediação na resolução de tais controvérsias.

O direito privado passa a conviver e a valorizar as especificidades dos grupos vulneráveis, desenvolvendo instrumentos para compensar (não excluir, vitimizar ou acabar) as diferenças, pois estas identificam os indivíduos da nossa sociedade. A partir dessas assertivas, encontramos a instrumentalidade maior desse paradigma, que não se contenta apenas em endereçar direitos aos vulneráveis, mas impõe que o Estado (este no exercício de qualquer dos poderes desempenhados na República) e os particulares concretizem formas de concretização destas diferenças.

2. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental e a Viabilidade da Aplicação das Técnicas Alternativas de Solução de Conflitos

A defesa do consumidor é consagrada nos artigos 5º, XXXII e 170, V, ambos da Constituição da República, cabendo àquelas duas normas, na visão de Fábio Konder Comparato, definir o lugar do consumidor no sistema constitucional brasileiro.²²

Na sistemática constitucional, deve ser a defesa do consumidor, acima de tudo, coligada à cláusula geral de tutela da personalidade, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), considerado ainda o objetivo da República no sentido da erradicação da pobreza e marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).²³

Entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, prevê o art. 4º, V da Lei 8.078/90 o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de

²² A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 255, p. 68, jul./set. 1977. Mesmo em outras oportunidades aparecem no bojo da Constituição da República disposições relativas à matéria do consumidor, só que de forma mais específica, como no art. 24, que estabelece o âmbito onde pode haver legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, respeitada a lei federal, restando incluída aqui a normatização sobre produção e consumo e sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. Já no Título IV (relativo à tributação e ao orçamento), Seção II (limitações ao poder de tributar), dispõe o art. 150, §5º que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”, demonstrando clara preocupação com o grau de informação que deve ser recebido pelo consumidor. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13-14.

²³ Para Gustavo Tepedino, “o coligamento destes preceitos com os princípios fundamentais da Constituição, que incluem entre os fundamentos da República ‘a dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III) e entre os objetivos da República ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III) demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores. O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria de *per se* considerada. A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana; seja do ponto de vista de seus interesses individuais indisponíveis, seja do ponto de vista dos interesses coletivos e difusos”. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 249-250.

controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”.

Como meio de efetivação do comando do art. 4º, V da Lei 8.078/90, e com base na necessidade de proporcionar alternativas menos custosas e mais céleres para resolver os litígios, surge a técnica do *design* de sistemas de disputas, envolvendo métodos sistemáticos para solucionar conflitos complexos ou recorrentes. Trata-se de um sistema que envolve procedimentos elaborados sob medida para a resolução de controvérsias, com o objetivo de promover eficiência e reduzir os custos, além de incentivar a participação das partes na satisfação do fim pretendido.²⁴

Outra norma principiológica inserida no artigo 4º da Lei 8.078/90 é o seu inciso III, que prevê a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, buscando-se soluções consensuais, que evitem, como ocorre comumente em sede judicial, o acirramento de ânimos entre os envolvidos.

Da mesma forma, a Lei 8.078/90, em seu art. 6º, II, prevê como direito básico dos consumidores a educação, necessária ao abandono dos meios adversariais de solução de litígios, que deverão ser empregados apenas em último caso.

Merecem ser destacadas, em seguida, as principais características dos programas de mediação.

A primeira e mais importante característica dos programas consiste na sua construção como um modelo de mediação aplicável a um caso ou a um grupo de casos específicos, garantindo, na solução de conflitos, o reconhecimento da peculiaridade de cada situação.²⁵

Os responsáveis pela criação de programas de mediação devem levar em consideração o universo de lesados, além de empregar os melhores métodos e técnicas para atender ao caso concreto, sendo para tanto imprescindível identificar os temas sobre os quais os conflitos versam e suas consequências, sobretudo nos grandes acidentes de consumo²⁶, que envolvam interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I a III).

No caso de um famoso acidente aéreo com uma aeronave da TAM em 2007, foi realizado um programa de mediação extrajudicial (Câmara de Indenização 3054), com a participação da Defensoria Pública, do Ministério Público e do PROCON do Estado de São Paulo, além da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, proporcionando aos familiares das vítimas uma opção em relação à via judicial.²⁷

A segunda característica da mediação, indispensável em matéria de relações de consumo, é a anuência de todos os envolvidos, vítimas e responsáveis. Logo,

²⁴ MICHEL, Andressa. Programas de mediação e acidentes de consumo: um estudo prático de métodos alternativos de resolução de conflitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 80, p. 242, out./dez. 2011. A autora aponta três blocos fundamentais para a criação de qualquer programa de mediação: (a) definição de critérios para determinar quem pode participar do programa; (b) forma de ingresso no programa; (c) desenvolvimento de mecanismos práticos para a condução do programa.

²⁵ MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 246-247.

²⁶ MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 245.

²⁷ MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 243.

os consumidores devem ser dotados de autonomia para optar ou não por tais mecanismos, além de se desligar a qualquer tempo, migrando para a via judicial.²⁸

A terceira característica é a previsão de parâmetros preestabelecidos para o cálculo das indenizações, que deverão ser divulgadas de antemão para que os lesados decidam se vão ou não participar, o que decorre do controle de ambas as partes sobre o procedimento e seus resultados. A compensação abrange tanto interesses patrimoniais quanto extrapatrimoniais, em consonância com o princípio da reparação integral (art. 6º, VI, Lei 8.078/90).

A quarta característica apontada pela doutrina é a existência de parâmetros preestabelecidos no cálculo das indenizações, sendo a maioria dos programas disciplinada por um conjunto de normas ou por um regimento interno, aplicáveis somente se divulgados de antemão, para que os lesados decidam se desejam ou não participar.²⁹

3. A Experiência Brasileira

Em 17.07.2007, o voo JJ 3054 da empresa TAM Linhas Aéreas, que saía do Município de Porto Alegre em direção à cidade de São Paulo, ultrapassou o final da pista durante o pouso no Aeroporto de Congonhas, chocando-se com um depósito de cargas pertencente à mesma empresa. O resultado foi a morte de todos os 187 passageiros e tripulantes do avião e de 12 pessoas atingidas no solo, contabilizando o total de 199 vítimas. Tendo em vista a comoção causada pelo acidente, bem como o grande número de envolvidos, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), iniciou estudos técnicos que viabilizaram o primeiro programa de mediação brasileiro, com clara inspiração na experiência norte-americana.

Em apenas 14 meses, o programa contou com cerca de 15 mil atendimentos a beneficiários e seus advogados e resultou na celebração de acordos em 92% dos casos, atendendo 207 familiares de 45 vítimas do acidente.³⁰

Devido ao grande sucesso de tal iniciativa, realizou-se outro programa nos mesmos moldes por ocasião do acidente aéreo ocorrido com aeronave da Air France em 2009.

Em 31.05.2009, o voo 447 da empresa Air France, que partiu do Rio de Janeiro em direção a Paris, enfrentou turbulência durante passagem por uma tempestade ao cruzar o Oceano Atlântico. Após o envio de uma mensagem automática de pane elétrica, a aeronave desapareceu dos radares brasileiros, tendo sido o seu desaparecimento confirmado no dia seguinte.

Cerca de quatro dias após, os primeiros destroços do avião foram localizados e os corpos das vítimas começaram a ser resgatados. Faleceram 228 pessoas no mencionado acidente.³¹

²⁸ MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 246.

²⁹ MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 248.

³⁰ MICHEL, Andressa, *op.cit.*, p. 256-257.

³¹ MICHEL, Andressa, *op.cit.*, p. 258-259.

Em 10.12.2009, o Ministério Público do Rio de Janeiro lançou o Programa de Indenização 447 (PI 447), que contou com a participação da Fundação PROCON do Estado do Rio de Janeiro e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com um regimento interno composto por 51 artigos, levando em conta, na quantificação do cálculo das indenizações, a quantidade de beneficiários da vítima, o grau de parentesco e o nível de dependência econômica (art. 15, parágrafo terceiro do regimento).³²

Da mesma forma, o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012, modifica o art. 5º, VII da Lei 8.078/90, para incluir entre os instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo a “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”, como ocorreu em iniciativas pioneiras da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No entanto, trata-se ainda de iniciativas isoladas, destacando-se a doutrina na qual não se aplica a mediação aos casos em que haja grande disparidade de poder³³, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor.

No entanto, a falência do processo judicial, nos moldes individualistas em que foi concebido, levou à falência dos chamados “campeões” na má prestação de produtos e serviços, como é o caso das operadoras de telefonia, planos de saúde e instituições bancárias, que dizem respeito a assuntos complexos e de alta especialização, quando nem sempre é fornecida aos consumidores a prévia informação (Código de Defesa do Consumidor, art. 46). Através da educação de ambas as partes, consumidor e, sobretudo, do fornecedor, devem ser superadas, através da mediação e dos demais meios alternativos de solução de conflitos, as barreiras da litigiosidade, por meio das técnicas de mediação.

O princípio da autonomia da vontade³⁴, consagrado em matéria de mediação pelo art. 166, *caput* do novo Código de Processo Civil e pelo art. 2º, V da Lei 13.140/2015, deve dialogar, nos contratos de adesão, com normas protetivas, como, por analogia, o art. 51, VII da Lei 8.078/90, que considera abusivas as cláusulas que “determinem a utilização compulsória da arbitragem”, caso em que faltaria o requisito da consensualidade.³⁵

³² MICHEL, Andressa, *op.cit.*, p. 260-261: “o valor final da indenização é fundamentado conforme parâmetros referenciais fixados com base na lei e nas decisões do STJ, tal como ocorria na CI 3054, mas com algumas modificações. Além disso, em ambos os procedimentos, a proposta de indenização tem validade apenas na seara do programa e é irrelevante para fins de prova em um processo judicial”.

³³ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.

³⁴ Segundo José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler: “(...) o princípio da autonomia da vontade, ao contrário dos demais, diz respeito ao poder de decidir das partes. A mediação ou a conciliação não conduzem à imposição de resultados, mas à condução para que elas, partes, encontrem a melhor forma de resolução do conflito. E isso, em especial ao tratar-se de mediação, somente poderá ser atingido quando os caminhos forem encontrados por meio de diálogo pessoal. Além disso, a autonomia da vontade diz respeito também ao interesse e direito das pessoas de concordar e querer participar ou não da mediação/conciliação, de modo que tais procedimentos não são impostos, tão somente fomentados pela norma legal e pelos operadores do direito. Ainda, a autonomia também pode dizer respeito às decisões, dando às partes a opção de homologarem ou não o acordo construído. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas.” MORAES, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op.cit.*, p. 198.

³⁵ Acerca do tema, esclarece Bruno Miragem que “a simples previsão do recurso à arbitragem, por si, não caracteriza a abusividade, uma vez que a arbitragem só poderá recair sobre direitos disponíveis do

O Direito do Consumidor, portanto, tem muito a evoluir com o uso da mediação, cujo objeto não é de modo algum incompatível com os objetivos e princípios da Lei 8.078/90, consoante o art. 3º da Lei 13.140/2015, que delimita o seu objeto: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Na segunda hipótese acima, quando o consenso das partes envolve direitos indisponíveis, mas transigíveis, o fato de se tratar de relação de consumo não exige necessariamente a homologação judicial, com oitiva do Ministério Público (art. 3º, parágrafo segundo da Lei de Mediação), o que deve ser restrito às hipóteses de intervenção do *Parquet*, hoje estabelecidas no art. 178 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).³⁶

Salvo na hipótese do superendividamento, quando a negociação é necessária ao recomeço (*fresh start*) do consumidor que assumiu compromissos impagáveis, à luz do princípio da boa-fé objetiva, as demais hipóteses de mediação acima apontadas dizem respeito a duas catástrofes, causadoras de grande clamor público, sensibilizando, por tal motivo, os fornecedores e vítimas em torno de um objetivo comum e com a participação do Ministério Público e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Muito temos a aprender com a experiência europeia.

4. Conclusão

As transformações sociais e a massificação na aquisição de produtos e serviços originam novos conflitos, demandando formas de pacificação social que proporcionem soluções mais céleres e efetivas.

A mediação tem sido aplicada, sobretudo, aos grandes acidentes de consumo, que envolvem interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, I a III), embora sua aplicabilidade, no Brasil, ainda seja recente, em matéria de Direito do Consumidor.

Do ponto de vista da educação dos consumidores e da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, a mediação, decorrente de uma política pública e de um plano de ação governamental, traz boas expectativas de atender aos interesses e expectativas dos consumidores no Brasil.

consumidor. Todavia, não se deve perder de vista o perigo de o árbitro, nos contratos de consumo, vir a ser designado pelo contratante mais forte (o fornecedor). Daí a importância ressaltada pela norma do artigo 51, VI, de que se assegure, na hipótese de recurso à arbitragem de consumo, que a mesma seja voluntária e não compulsória, retirando os meios do consumidor recorrer ao Poder Judiciário visando à tutela dos seus direitos”. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 356.

³⁶ Lei 13.105/2015, art. 178. “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I- interesse público ou social; II- interesse de incapaz; III- litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BASILIO, Ana Tereza Palhares. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, vol. 20, p. 309-324, abr./jun., 2003.

CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 41, p. 405-423, abr./jun., 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 255, p. 68, jul./set., 1977.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MICHEL, Andressa. Programas de mediação e acidentes de consumo: um estudo prático de métodos alternativos de resolução de conflitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 80, p. 237-273, out./dez., 2011

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. *In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. *In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. A mediação judicial no novo CPC. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. Vol. 6, p. 159-177, jul./ago., 2014.

_____; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? *In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RUIZ, Ivan Aparecido; NOGUEIRA, Luiz Fernando. A mediação como instrumento de efetivação do direito humano e fundamental do acesso à Justiça em uma nova face: o ser humano como seu construtor e protagonista. *In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sergio de Souza. Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 249-250.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.