

A (IN)EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO PARA TRATAR CONFLITOS CONSUMERISTAS

THE (IN)EFFICIENCY OF MEDIATION TO ADDRESS CONSUMER CONFLICTS

Maini Dornelles*
Fabiana Marion Spengler**

Como citar: DORNELLES, Maini; SPENGLER, Fabiana Marion. A (in)eficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 10-23, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p10. ISSN: 2178-8189.

*Mestranda com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II, em Direito (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
Graduada em Direito (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
E-mail: maini_md@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2511-4595>.

**Pós-doutora com bolsa do CNPq (Universidade Degli Studi Di Roma Tre, ROMA TRE/IT)
Doutora em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS).
Mestre em Desenvolvimento Regional (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
Graduada em Direito (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
E-mail: fabiana@unisc.com.br
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9477-5445>.

Resumo: Há alguns anos a mediação passou a ser utilizada de forma indiscriminada para tratar conflitos no Brasil, entretanto o procedimento não é adequado para todos os tipos de contendas devendo ser avaliado cada caso de forma individual. Posto isso, a problemática de pesquisa que se pretende responder é: Qual mecanismo apresenta-se como melhor meio para tratar demandas consumeristas? Para responder será utilizado o método de abordagem dedutivo partindo de uma análise geral para chegar a uma específica e como técnica de pesquisa a bibliográfica, para ao final responder que a mediação é ineficiente para tratar demandas consumeristas, tendo em vista que o procedimento é adequado em contendas que envolvem sentimentos, relações contínuas e duradouras, apontando o procedimento de negociação como melhor meio de resolver conflitos advindos de relação de consumo.

Palavras- Chave: Conflitos. Consumeristas. Mediação. Negociação.

Abstract: A few years ago, mediation started to be used indiscriminately to deal with conflicts in Brazil, however the procedure is not suitable for all types of disputes, and each case must be evaluated individually. That said, the research problem that we intend to answer is: Which mechanism is presented as the best way to deal with consumerist demands? To respond, the method of deductive approach will be used, starting from a general analysis to arrive at a specific one and as a bibliographic research technique, to finally answer that mediation is inefficient to deal with consumer demands, considering that the procedure

is adequate in disputes that involve feelings, continuous and lasting relationships, pointing to the negotiation procedure as the best way to resolve consumer demands.

Keywords: Conflicts. Consumerists. Mediation. Negotiation.

INTRODUÇÃO

O procedimento de mediação foi institucionalizado pelo Poder Judiciário com a promulgação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010. Desde então e, especialmente a partir de 2015 com a promulgação da Lei 13.140 o procedimento está sendo utilizado de forma indiscriminada para resolver conflitos. A mediação é um procedimento adequado para tratar conflitos onde exista relação afetiva, contínua. Seu foco principal é a pacificação social, por meio da retomada do diálogo.

Defende-se neste trabalho que a mediação não é um mecanismo adequado para tratar demandas consumeristas, assim propõe-se a seguinte problemática de pesquisa: qual mecanismo apresenta-se como melhor meio para tratar demandas consumeristas? Com o intuito de desenvolver a pesquisa utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma análise geral para ao final chegar a uma específica, como técnica de pesquisa a bibliográfica.

Neste interim, o primeiro item aborda a mediação de forma ampla, apresentando as características atinentes ao procedimento, ou seja, a realização da sessão de mediação objetivando que os conflitantes possam retomar o diálogo e encontrar a melhor solução para a contenda com o auxílio de um terceiro imparcial, que atua como facilitador da conversação.

No segundo tópico, será feito um estudo comparativo entre os procedimentos de mediação e conciliação, ressaltando suas características e dando ênfase sobre quando cada procedimento é o mais adequado para tratar certo conflito, levando em conta as peculiaridades atinentes a demanda.

Por fim, será feito uma análise de procedimentos alternativos a mediação para tratar consumos consumeristas, apresentado os mecanismos de conciliação e negociação. Quanto a conciliação, será analisada como um procedimento adequado, que conta com o auxílio e sugestão de um terceiro imparcial, o conciliador.

Acredita-se que a negociação seja a ferramenta mais adequada para tratar conflitos consumeristas, tendo em vista suas peculiaridades e, especialmente a necessidade de criatividade na busca por uma solução plausível para os envolvidos. Ademais, a negociação é movida pelo diálogo, no qual cada um tem a oportunidade de tentar convencer ao outro, sobre o que está propondo.

Ao final conclui-se que a mediação é um mecanismo ineficaz para tratar conflitos consumeristas, tendo em vista, que a prática se apresenta como um método adequado para tratar conflitos onde exista uma relação afetiva prévia. Assim sendo, a melhor opção que se apresenta com o fim de resolver demandas conflitivas advindas de uma relação de consumo é a negociação, que proporciona que as partes busquem um bom resultado.

1 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A mediação é um procedimento no qual as partes estão no centro da resolução de um determinado conflito, sendo que são auxiliadas por um terceiro para que retomem o diálogo e

possam buscar a solução mais adequada para tratar sua contenda. O procedimento tem como foco fortalecer as relações sociais e garantir urbanidade no convívio a longo prazo.

A palavra mediação “procede do latim *mediare*” que significa intervir, mediar, estar no meio” (SPENGLER, 2021, p.24). Objetiva-se com o procedimento tornar as pessoas responsáveis pelos seus conflitos para que possam conversar e perceber o outro, não como inimigo, mas como alguém com emoções e direitos, para que possam alcançar o consenso e oxigenar a paz social (SPENGLER, 2021).

A prática é considerada “uma maneira ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação terceirizada de uma sanção legal” (WARAT, 2001, p.5). A mediação é utilizada há milhares de anos para solucionar contendas em âmbito comunitário, mas há algum tempo o Judiciário se apropriou do mecanismo, institucionalizando o método.

No ano de 2010 foi promulgada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010), que disciplinava sobre Política Judiciária¹ Nacional de tratamento de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Sendo que o procedimento de mediação ganhou maior enfoque a partir da promulgação da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), reconhecida como marco legal da mediação no Brasil.

Um importante objetivo da Resolução 125 do CNJ é a transformação da sociedade brasileira, com o prevailecimento da cultura da pacificação, em vez da hoje dominante cultura da sentença. Essa transformação somente se obterá com a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e também dos próprios jurisdicionados, que veem na solução adjudicada pela autoridade estatal a forma mais nobre e adequada de solução de controvérsias, quando a solução negociada e amigável pode propiciar aos conflitantes uma solução mais célere, barata, exequível e acima de tudo mais democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes (WATANABE, 2019, p.106).

Em que pese o procedimento tenha sido institucionalizado pelo Poder Judiciário, a mediação não deve perder sua essência, que é tornar as pessoas protagonistas do tratamento do conflito no qual estão inseridas, com o auxílio de um terceiro imparcial – mediador – buscando a melhor solução para a realidade conflitiva. “O risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social” (SPENGLER, 2021, p.27).

Uma distinção importante entre os procedimentos extrajudicial e judicial que deve ser levada em conta, é a forma de atuação do Terceiro. O mediador é a pessoa que desenvolve a arte de estar no meio, que conduz as partes para que possam manter a comunicação equilibrada e respeitosa. Ressalta-se que o “mediador que sugere, orienta, decide e obriga a fazer acordo é

¹ A autocomposição é classificada enquanto uma política pública de Estado, vez que apresenta “opções amplamente respaldadas pelas forças políticas e sociais, têm previsão legal e contam com mecanismos e regulamentações para a sua implementação”. Para que seja caracterizada, deve-se “reconhecer que ela reúne condições para se prolongar no tempo. Assim, ao contrário das políticas de governos em que ‘tendem a ser provisórias’, as ‘políticas de estado’ são ‘duradouras’” (SCHMIDT, 2018, p.127).

aquele que não conhece sua missão e nem o seu Código de Ética comportando-se como um juiz, porém em tamanho bonsai” (SPENGLER, 2021, p.127).

Na mediação extrajudicial o mediador pode ser qualquer pessoa que detenha a confiança das partes, enquanto na judicial a legislação impõe uma série de requisitos, limitando a atuação de mediadores aos profissionais que são formados nos moldes exigidos pelo CNJ.

Reputamos criticável o teor do artigo da Lei Federal², ao afirmar que o mediador judicial não será escolhido pelas partes. Isso porque, conforme destacamos anteriormente, a confiança que as partes depositam na pessoa do mediador é um elemento fundamental para o sucesso da mediação. Desse modo, se os interessados têm preferência por um determinado mediador devidamente habilitado, nada mais consentâneo com a própria ontologia do instituto do que privilegiar a sua vontade. Impor aos interessados um mediador, ignorando as suas preferências, servirá apenas para comprometer as tratativas e dificultar o alcance de um acordo (HILL, 2019, p.196).

Compreende-se a importância da mediação judicial, uma vez que, regulamentando a prática os processos judiciais que já estão em curso serão favorecidos. Entretanto, é preciso amadurecer e fomentar o procedimento de mediação extrajudicial, pois este formato permite maior distanciamento do Poder Judiciário, no que diz respeito ao local onde será realizado o procedimento, bem como ao perfil do Terceiro, que irá conduzir o procedimento (ALMEIDA; HILL, 2019).

Hodiernamente, a mediação ganhou maior enfoque devido a dificuldade que as pessoas têm de se comunicar, acredita-se que o melhor meio de fomentar os conflitantes para que voltem a conversar, seja realizando um diálogo mediado. Neste interim, a mediação “como ética da alteridade” proporciona (re)conhecer o outro e retomar o respeito (SPENGLER, 2021, p.25).

No que tange a ética de alteridade deve-se pensar na necessidade de enxergar o outro, para captar a honestidade deste, assim será possível chegar ao fim da mediação, que é justamente responsabilizar os mediandos para que tratem o conflito no qual estão envolvidos e encontrem um ponto de equilíbrio por intermédio do diálogo mediado (SPENGLER, 2021).

É salutar que haja equilíbrio das relações durante a sessão de mediação, conferindo a todos a oportunidade de se manifestar e garantir que o outro compreenda, garantindo assim uma troca harmônica entre as partes. Neste sentido, resta clara a pluralidade de formas utilizadas para realizar o procedimento de mediação (SPENGLER, 2021).

As principais características que permeiam o procedimento de mediação são: a) privacidade: tendo em vista ser um procedimento sigiloso, divulgado somente se for a vontade da parte. b) Economia financeira e de tempo: o procedimento apresenta celeridade e baixo custo financeiro, especialmente se comparado com o jurisdicional que apresenta trâmites lentos, burocráticos e dispendiosos (MORAIS; SPENGLER, 2019).

Ainda, c) oralidade: pois é um meio informal no qual a prioridade é o diálogo entre as partes. d) Reaproximação das partes: tendo em vista que o foco é a pacificação social e não

² Neste ponto, a Autora refere a Lei 13.140/2015.

somente o acordo, é salutar que as partes tenham um convívio harmônico depois de encerrada a mediação. Por fim, e) autonomia e equilíbrio das relações: ressalta-se neste ponto a importância de as partes estarem em equilíbrio durante o procedimento, “não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação” (MORAIS; SPENGLER, 2019, p.133).

Os procedimentos e a linguagem adotados devem ser simplificados e concisos, de modo que os participantes possam compreender cada passo tomado e que, dessa forma, atenda-se ao objeto da mediação, que é a identificação da melhor solução para o caso. A satisfação das partes é a finalidade principal da mediação e independe da celebração de um acordo, que pode ocorrer, caso esteja em conformidade para ambas as partes (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p.153).

Objetiva-se com a mediação facilitar a comunicação entre as partes, sendo que “o acordo não é uma meta, mas consequência natural do restabelecimento e aprimoramento do processo comunicativo entre as partes” (SALOMÃO, 2019, p.82).

Salutar destacar que por mais que já esteja inserido no ordenamento jurídico brasileiro, o mecanismo ainda não está integrado a cultura da sociedade brasileira, que até então está arraigada na beligerância³ e no embate dos cidadãos para discutir sobre as mais diversas situações. Se faz necessário educar a população consumerista e, principalmente, os operadores do direito para os procedimentos autocompositivos para que se possa romper com o paradigma adversarial de acesso à justiça, bem como promover a educação das partes para que saibam resolver conflitos futuros de forma extrajudicial, por meio do diálogo, sem ser necessário levar suas demandas à jurisdição.

Neste tópico foi possível conhecer algumas características do procedimento de mediação, tema que será aprofundado e comparado com o procedimento de conciliação no próximo item, com o intento de compreender o porquê não se deve banalizar a forma procedimental, pois quando não são observados os requisitos básicos da mediação, pode-se dizer estar fazendo qualquer coisa, menos mediar.

2 CONFLITOS CONSUMERISTAS E A (IN)EFICIENCIA DA MEDIAÇÃO

O termo mediação é utilizado no Brasil de forma indiscriminada e só recentemente a doutrina brasileira passou a diferenciar do instituto de conciliação. Para aclarar as distinções e semelhanças entre os dois mecanismos autocompositivos será feito um estudo comparativo (WATANABE, 2019).

Com a promulgação do Código de Processo Civil no ano de 2015, a prática de mediação e de conciliação ganharam enfoque no cenário jurídico, apesar de andarem de mãos dadas quando descritas na legislação às práticas autocompositivas não são sinônimas e não devem ser confundidas.

Enquanto na mediação existem formalidades próprias que objetivam reestabelecer o

³ Esse estado emocional adversarial e litigante, quando se constitui, estimula a movimentação dos extremos – das posições opostas – na esfera das polaridades, ao dificultar a percepção das necessidades, dos interesses e sentimentos envolvidos nessa trama envolvendo fornecedores e consumidores (GAGLIETTI; GAGLIETTI, 2016, p.247).

diálogo e vínculos de afeto ou de convívio, a conciliação se apresenta de modo superficial, pois o foco volta-se somente para a composição como forma de encerrar a contenda (CABRAL, 2017).

Os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de sociação, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social (MORAIS; SPENGLER, 2019, p.134).

A conciliação é um instituto que tem por objetivo fazer com que as partes consigam chegar voluntariamente a um acordo contando com o auxílio de um terceiro, o conciliador, que tem liberdade para intervir nas negociações entre as partes, podendo inclusive sugerir propostas de acordo para os conflitantes. O objetivo é o acordo, seja para evitar o processo ou para pôr um fim nele (SPENGLER, 2019).

A conciliação se tornou um importante mecanismo de solução de conflitos no ano de 1984, “pela Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, que elegeu a composição amigável dos conflitos como pedra de toque de sua efetividade” (WATANABE, 2019, p.104). A Lei mudou e se transformou nos Juizados Especiais Cíveis, passando a ser a Lei 9.099/95, mas manteve a sua característica, sendo que a primeira audiência obrigatória é a de conciliação.

Os procedimentos de mediação e conciliação podem ser diferidos quanto ao litígio, pois, na conciliação não há relacionamento prévio entre os conflitantes, como, por exemplo, em relações consumeristas. Já na mediação os envolvidos possuem vínculo prévio e, espera-se que após a resolução da contenda esse vínculo se mantenha, a exemplo disso pode-se citar relações entre vizinhos e/ou familiares⁴ (SPENGLER, 2021).

Quanto ao terceiro que irá guiar a prática: o mediador atua auxiliando as partes para que retomem o diálogo sem realizar qualquer intervenção ou sugestão quanto a possíveis acordos. O conciliador, de forma diversa pode sugerir, orientar e direcionar o diálogo para que se chegue a um determinado resultado. O mecanismo de conciliação é reconhecido por ser mais “invasivo” do que o procedimento da mediação, especialmente no que diz respeito a figura do terceiro envolvido, pelo fato da possibilidade de intervenções que lhe são permitidas (SALOMÃO, 2019, p.74).

No que tange aos objetivos almejados, a mediação busca a restauração do diálogo para que o conflito seja tratado da melhor forma para todos os envolvidos, sendo que, nessa sistemática, o acordo será uma consequência positiva, “um procedimento de mediação que não tenha se encerrado com um acordo não poderá ser chamado de inexitoso se possibilitou que os conflitantes voltassem a conversar. A mediação busca o consenso e a efetiva pacificação social” (SPENGLER, 2021, p.26). Diferente do exposto, a conciliação visa solucionar o litígio com a realização de um acordo.

Outro ponto importante que difere as práticas são as técnicas utilizadas nas sessões: na

⁴ Um exemplo claro decorre dos processos de inventário, nos quais os herdeiros podem obter, nas sessões de mediação ou conciliação, uma oportunidade renovada, mais aberta e informal, de comunicação e entendimento, com vistas à partilha amigável (SANTOS, 2018, p.261).

mediação, as partes são colocadas no centro da resolução do conflito, são sessões longas que podem ser remarçadas para que os mediandos dialoguem e busquem a construção de respostas para sanar a demanda. Na conciliação, as técnicas utilizadas voltam-se para a busca do acordo, como, por exemplo, a negociação de propostas. A conciliação, em regra, tem curta duração e raramente é reagendada (SPENGLER, 2021).

A conciliação se apresenta um procedimento adequado para tratar conflitos nos quais os litigantes não possuem qualquer vínculo social, como, por exemplo, para tratar uma demanda que envolva um conflito a respeito de uma colisão de trânsito. Ou seja, “são casos em que o conflito é circunstancial, sem perspectiva de continuidade e que envolvem objetivos específicos e pontuais” (SALOMÃO, 2019, p.74).

Com essa perspectiva, a mediação é indicada em nosso país especialmente para os conflitos vivenciados por cidadãos com vínculo entre si (art. 165, §3º do CPC) ou ainda que para cidadãos que experimentam relações continuadas e que possivelmente podem perdurar após a ocorrência do conflito, a exemplo dos laços familiares e das relações de vizinhança (SANTOS, 2018, p.264).

Nesse íterim acredita-se que enquanto todo o procedimento de conciliação é voltado exclusivamente para o acordo, a mediação envolve uma questão social, pois tem como objetivo que os envolvidos retomem o diálogo, debatam o que lhes fez chegar até o conflito e juntos concluam como podem solucionar a situação, sendo o acordo uma consequência disso. Desse modo, pode-se dizer que a mediação é uma prática de pacificação social.

3 ALTERNATIVAS A MEDIAÇÃO PARA TRATAR CONFLITOS CONSUMERISTAS: A NEGOCIAÇÃO COMO MELHOR OPÇÃO!

As relações de consumo se multiplicaram nas últimas décadas o que influencia fortemente no avanço social. Ressalta-se que não se deve confundir relações de consumo com consumismo, termo este que exprime a ideia de supervalorização de bens materiais associados a felicidade.

Esta sociedade consumerista⁵, acaba por gerar exclusão social de muitos que não podem acompanhar o padrão estabelecido pelo consumo excessivo. Ainda, muitas pessoas acabam por se endividar, pelo fato de não terem condições financeiras para comprar com os itens necessários que as fazem se sentir incluídas na sociedade.

O consumo enquanto processo sociocultural de aquisição de produtos e/ou serviços, entre outras implicações, busca satisfazer as pretensões pessoais de cada indivíduo. O ato de consumir ultrapassa o conceito de racionalidade econômica, levando-se em consideração as relações de mercado e a ótica do comportamento

5 “O consumo enquanto processo sociocultural de aquisição de produtos e/ou serviços, entre outras implicações, busca satisfazer as pretensões pessoais de cada indivíduo. O ato de consumir ultrapassa o conceito de racionalidade econômica, levando-se em consideração as relações de mercado e a ótica do comportamento do consumidor, obtendo um significado social” (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p.158).

do consumidor, obtendo um significado social (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p.158).

A ideia de consumocentrismo remete ao individualismo que a pessoa tem para com a sociedade. “Sob tal ótica, o ciclo do consumo, com aporte em uma felicidade que nunca é saciada, é retroalimentada”. Nestas relações o ser humano perde seu protagonismo para relação superficial de supervalorização do bem material, sendo que não é estimulado a cooperação entre os indivíduos, o que está em foco é a propagação acelerada do consumo⁶ (STANGHERLIN; SPENGLER; DORNELLES, 2021, p.70).

Devido ao consumismo exacerbado, muitos conflitos consumeristas são levados ao Poder Judiciário, sendo que, atualmente o direito do consumidor está entre os cinco temas que mais demandam em ações de segundo grau e conta com o primeiro lugar em ações ingressadas nos Juizados Especiais Estaduais⁷ (CNJ, 2021).

Diante da crise da Jurisdição, o Poder Judiciário se apropriou do procedimento de mediação, uma prática milenar que proporciona o diálogo entre as partes, geralmente mediado por um membro antigo e sábio da comunidade onde está inserido o conflito, reconhecido nos dias de hoje, como mediação comunitária.

Ocorre que devido a institucionalização do procedimento, este passou a ser usado de forma indiscriminada, desrespeitando, por vezes, os numerosos requisitos a serem seguidos para que, de fato possa se dizer ser mediação, como foi possível visualizar no tópico anterior.

Diante disso, acredita-se que a mediação por ser um procedimento que objetiva a retomada do diálogo entre as partes e a pacificação social, não seja o mecanismo adequado para tratar demandas consumeristas.

O Código de Defesa do Consumidor, estabelece que é considerado consumidor qualquer pessoa física ou jurídica, bem como uma coletividade de pessoas. Já as relações de consumo se estabelecem que qualquer ato de consumo, como, por exemplo, a aquisição de um produto de supermercado, já qualificariam a relação.

O consumidor, é protegido dentro da relação de consumo, tendo em vista a sua hipossuficiência perante o fornecedor/prestador de serviços, sendo que tal ato é considerado um fundamento de ordem econômica na legislação brasileira.

Sabe-se que é mister diferenciar uma relação de consumo estabelecida entre uma grande empresa e o consumidor, da relação estabelecida em regiões interioranas, quando os fornecedores de serviços e os consumidores, em regra são pessoas conhecidas, que mantem relação próxima dentro da comunidade.

⁶ “O que interessa dizer é que independentemente do tipo de interesse ao qual se insurge o consumidor, este encontra-se amparado, contando com o direito à informações claras e objetivas sobre os diferentes produtos e serviços disponíveis, sobre todos os aspectos que envolvem as relações de consumo. Sendo uma das áreas de aplicação da mediação a área comercial (que compreende pessoas físicas e jurídicas, consumidores e fornecedores de produtos e serviços), importante o se faz o estudo acerca do público consumidor, inserido nessa área. Fundamental é destacar como ocorrem as relações de consumo, indicando como se dá o comportamento do consumidor sob influências culturais e de mercado para a tomada de decisões” (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p. 158).

⁷ As demandas de Direito do Consumidor, mais especificadamente Responsabilidade de fornecedor e indenização por dano moral, totalizam 8,8% de demandas ingressadas nos Juizados Especiais (CNJ, 2021, p. 276).

Ainda assim, deve ser levado em consideração a vulnerabilidade encarada pelo consumidor em comparação para com o empresário – seja microempreendedor ou empresa de porte diverso – pois, em regra, empresas tem maior poder aquisitivo e são litigantes habituais dentro do sistema jurisdicional.

Pelo exposto, acredita-se que o consumidor deve ser protegido diante da sua vulnerabilidade para com o fornecedor/prestador de produtos ou serviços, o que não poderia ser garantido pelo sistema de mediação, tendo em vista que o objetivo é promover o diálogo. Por tal motivo, defende-se que a mediação é ineficiente para tratar demandas consumeristas, sendo a negociação é a melhor forma tratar tais demandas.

A negociação é uma técnica utilizada pelo conciliador na busca pelo acordo, mas também pode ser reconhecida como uma ferramenta autocompositiva, visto que “é um dos primeiros e mais utilizados meios de lidar com os conflitos” (SPENGLER, 2019, p.76). Segundo Weiss (2018, p.11), “negociar é uma questão de criatividade e não de conciliação”.

Negociações são movidas pelo diálogo, sendo que cada pessoa tenta convencer a outra sobre o que está propondo. Elas fazem parte do cotidiano, seja para comprar um produto, pedir um aumento de salário para o chefe e até mesmo para decidir em qual restaurante um casal irá jantar; em outras palavras, “negociar é isto: uma situação em que duas partes, com motivações e objetivos em geral competitivos, chegam a um acordo que satisfaça ambas” (WEISS, 2018, p.11).

Spengler (2019, p.77) cita duas formas de negociação, a “distributiva e a integrativa”, sendo que, na primeira os integrantes apresentam suas propostas e tentam maximizar seus ganhos, neste método as partes negociam e, mediante pressão, realizam concessões recíprocas. Já a negociação integrativa é baseada em princípios, pois as partes voltam seu foco na busca para uma solução vantajosa para ambos. “Nessa forma de negociação, o objetivo é não negociar sobre posições, e sim focar os interesses dos envolvidos, distinguindo deles os problemas e tratando-os sempre com respeito, confiança e amizade.” (SPENGLER, 2019, p.78).

No livro de revisão de negociações de Harvard, intitulado *Negociações Eficazes*⁸, Jeff Weiss (2018, p.13-15), com o intuito de fazer o leitor repensar sua forma de negociação, apresenta duas modalidades: a de “negociação ou barganha posicional⁹” e a de “abordagem do círculo de valor”. Na primeira, é realizado um jogo de concessão no qual as partes se obrigam a encontrar um meio termo, essa modalidade arraigada em teimosia e imposição é ilusória, pois, por vezes, por mais que haja um desfecho para determinado conflito, prejudica o relacionamento entre as partes (WEISS, 2018).

Quanto à abordagem do círculo de valor, é descrita como um método de cooperação entre as partes, pois juntas estas aprofundam algumas questões para entender os interesses mútuos.

8 Título do original, em inglês: *Harvard Business Review*, traduzido para o português por Roberto Gray.

9 “EXEMPLO DE DIÁLOGO: **Parte 1:** É isto que eu quero. **Parte 2:** É isto que eu quero. **Parte 1:** Está bem. Farei essa pequena concessão para me aproximar do que você quer. Mas só desta vez. **Parte 2:** Está bem. Como você fez isso, também farei uma pequena concessão. Mas só desta vez. **Parte 1:** Olha, isso é o máximo que posso fazer. **Parte 2:** Idem. **Parte 1:** Acho que preciso consultar meu chefe (ou encontrar outra pessoa com quem negociar). **Parte 2:** Também preciso recuar. **Parte 1:** Talvez eu possa fazer alguma coisa. E se eu fiz mais uma concessão? **Parte 2:** Ajudaria. **Parte 1:** Então vou precisar de uma concessão de sua parte. **Parte 2:** Está certo. E se concordássemos em dividir a diferença? **Parte 1:** Negócio fechado” (WEISS, 2018, p.12-13, grifo do autor).

Nessa modalidade, nenhuma parte precisa abrir mão dos próprios interesses, “é uma questão de ter clareza sobre o que quer e usar esta informação para encontrar uma solução de alto valor que levará ambos aonde querem” (WEISS, 2018, p.16). Em uma didática cooperativa, sugerem-se reformulações na fala durante a negociação, como, por exemplo: ao invés de questionar “O que estou disposto a ceder?” perguntar “quais são as diferentes maneiras pelas quais podemos resolver essa questão”, ou então “O que você quer?” por “por que você quer isso?” (WEISS, 2018, p.14-15).

Com a abordagem do círculo de valor, a negociação não precisa ser tudo ou nada. Usamos a imagem do círculo porque, em vez de um pingue-pongue entre você e a outra parte, com o círculo você cria um espaço para explorar criativamente interesses, opções e critérios (WEISS, 2018, p.81).

Olhando de outra forma, a negociação também pode ser classificada enquanto direta por um intermediário e por representação. Nesse sentido, a direta acontece quando as partes administram um conflito de forma “autônoma e informal”. Já a negociação realizada com o auxílio de um intermediário ocorre quando as partes não conseguem mais, sozinhas, entabular um acordo por meio de comunicação, assim o intermediador cumpre a função de levar e trazer propostas. Na modalidade de representação, os negociantes são representados por seus advogados, e acredita-se ser essa uma técnica “lenta e custosa” (SPENGLER, 2019, p.79), pois há uma probabilidade maior do conflito acabar virando litígio e, conseqüentemente, uma demanda processual.

Uma negociação de sucesso deve ter como meta de acordo sete requisitos propostos por Weiss (2018, p.20):

- 1-Satisfaz os principais interesses de todos (os seus e os da outra parte);
- 2-Ser a melhor de diversas opções;
- 3-Obedecer a critérios juntos e legítimos;
- 4-Ser melhor que as alternativas;
- 5-Ser feita de compromissos claros e viáveis;
- 6-Resultar de uma comunicação eficaz;
- 7-Ajudar a criar o tipo de relacionamento que você deseja.

Além disso, o autor reconhece os termos “interesse, opção, critérios, alternativas, compromissos, comunicação e relacionamento” (WEISS, 2018, p.20) como os “sete elementos” da negociação.

Um bom acordo formulado mediante negociação deve ser praticável dentro da realidade de cada envolvido; caso contrário, se torna uma perda de tempo. Além disso, propõe-se que um bom acordo é aquele que pode ser considerado justo por quem está na mesa de negociações e por

quem está fora dela (WEISS, 2018).

Diante o exposto é perceptível a diferença entre os procedimentos de mediação e negociação, sendo que a primeira visa a pacificação social, a retomada do diálogo entre os envolvidos em uma contenda, enquanto a outra visa um bom acordo idealizado pelos próprios conflitantes, para que seja viável o seu cumprimento.

Neste interim, a mediação não é um procedimento eficiente para tratar demandas consumeristas, tendo em vista, que, em regra as partes não têm um vínculo prévio, bem como, não pretendem manter um relacionamento afetivo depois de realizar um acordo.

O procedimento mais adequado para tratar os conflitos consumeristas é o procedimento de negociação, tendo em vista suas peculiaridades, a possibilidade de apresentar propostas e contrapropostas, de falar e ser ouvido explicando os motivos da demanda. É preciso que seja fomentado a utilização de mecanismos adequados de tratar conflitos, como a negociação e a mediação, desde que, sempre se observe os requisitos de aplicação das práticas autocompositivas nos casos práticos.

CONCLUSÃO

O foco da presente pesquisa foi verificar a ineficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas e a defesa da negociação como mecanismo mais adequado. Como problemática de pesquisa, questionou-se: qual mecanismo apresenta-se como melhor meio para tratar demandas consumeristas? O método de abordagem dedutivo demonstrou-se eficiente para aprofundar a pesquisa, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, permitindo fazer uma pesquisa na doutrina e em artigos científicos que estudam o tema.

Para responder o problema proposto no primeiro item, foi feita uma análise acerca do procedimento de mediação, suas características e os objetivos inerentes ao mecanismo. O que permitiu que, no segundo tópico fosse realizado um estudo comparativo com a prática de conciliação, bem como verificar a ineficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas, tendo em vista que o objetivo é fazer com que as partes dialoguem e se possível entrem em consenso, buscando a pacificação social, tendo em vista que o procedimento é aplicado em regra onde há um relacionamento prévio, como, por exemplo, direito de família e de vizinhança.

Frisou-se ainda, que não devem ser iguais as relações de consumo mantidas entre grandes empresas e seus consumidores e pequenos produtores/fornecedores de serviço e seus clientes, mas que em todas as relações consumeristas, deve ser avaliado a hipossuficiência do consumidor diante de empresas prestadoras/fornecedoras de serviços ou produtos.

Em que pese a mediação seja uma prática humanizada de tratamento de conflitos, existem regras que devem ser seguidas para a sua aplicação, não podendo banalizar o procedimento e utilizá-lo de forma indiscriminada para tentar tratar todas as relações conflitivas, devendo ser analisada a contenda e observar se é caso de valer-se da prática.

Defende-se a negociação como melhor instrumento para tratar dos conflitos que tenha surgido em função de uma relação de consumo, tendo em vista que o procedimento garante que as partes apresentem quais seus objetivos e o motivo para a outra aceitar, sendo viável a realização de propostas, contrapropostas, objetivando por fim, o acordo.

Seguindo este fio condutor, conclui-se que a mediação é ineficiente para tratar os conflitos consumeristas, tendo em vista que o procedimento é adequado para tratar conflitos que envolvem sentimentos, relações contínuas e duradouras, apontando o procedimento de negociação como melhor meio de tratar contendas advindas de relação de consumo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; HILL, Flávia Pereira. A mediação extrajudicial na Lei nº 13.140/2015. *In*: PELAJO, Samantha; FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOUZA E LIMA, Evandro (coord.). **Comentários à lei de mediação: estudos em homenagem aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos OAB-RJ**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália Formagini. Os conflitos nas relações de consumo como oportunidades educadoras por meio da mediação. *In*: CARGARO, Cleide; PEREIRA; Agostinho Oli Koppe; NODARI, Paulo César. **O hiperconsumo e a democracia: os reflexos éticos e socioambientais**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016. p. 247-271.

HILL, Flávia Pereira. A mediação de conflitos no novo código de processo civil e na lei federal nº 13.140/2015. *In*: GUERRA, Carlos Eduardo. **Direito processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2019.

MANFIO, Chanauana de Azevedo Canci; MARTINS, Vera Sirlei; COSTA, Valesca Brasil. A mediação como política pública de resolução de conflitos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 149-169, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24p149

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe. Guerra e paz: as conexões entre jurisdição estatal e os métodos adequados de resolução de conflitos. In: CURY, Augusto. **Soluções pacíficas de conflitos: para um Brasil moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 43-102.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS): a autocomposição em perspectiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 38, p. 257-276, ago. 2018.

SCHMIDT, João Pedro. **Universidades comunitárias e terceiro setor: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STANGHERLIN, Camila S; SPENGLER, Fabiana M.; DORNELLES, Maini. Os princípios da fraternidade e da solidariedade: instrumentos na minimização de impactos da sociedade consumocentrista. In: CALGARO, Cleide. **Constitucionalismo e meio ambiente: diretrizes de políticas públicas socioambientais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. Tomo 4, p. 59-78.

WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. Trad. Roberto Gray. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

Como citar: DORNELLES, Maini; SPENGLER, Fabiana Marion. A (in)eficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 10-23, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 12/05/2021.

Aprovado em: 27/01/2023.