

# ESTADO E ECONOMIA

estudos em homenagem a Ademar Pereira

Ana Flávia Messa  
Roque Theophilo Júnior  
COORDENADORES

Aclibes Burgarelli Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci Ana Flávia  
Messa Andrea Boari Caraciola Antonio Cecílio Moreira Pires Armando  
Luiz Rovai Carla Noura Teixeira Carlos Augusto de Assis Carlos Eduardo  
Nicoletti Camillo Edison Carlos Fernandes Emanuelle Urbano Maffioletti  
Erickson Gavazza Marques Espedito Pinheiro de Souza Evandro Fabiani  
Capano Evane Beiguelman Kramer Francisco Ferreira Jorge Neto  
Francisco Pedro Jucá Guilherme Strenger Hécio de Abreu Dallari Júnior  
Hécio Ribeiro Jane Granzoto Torres da Silva Jeremias Alves Pereira Filho  
Jorge Eustácio da Silva Frias José Carlos Francisco José do Carmo Veiga de  
Oliveira Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante Lílian Regina Gabriel  
Moreira Pires Luiz Antonio Scavone Junior Luiz Fernando do Vale de  
Almeida Guilherme Manoel Justino Bezerra Filho Márcia Cristina de Souza  
Alvim Marco Aurélio Florêncio Filho Maria Cecília Ladeira de Almeida  
Maria Lúcia de Barros Rodrigues Nuncio Theophilo Neto Patrícia Tuma  
Martins Bertolin Paulo Ferreira da Cunha Renata Domingues Balbino  
Munhoz Soares Renato Poltronieri Roberta Rodrigues Camilo Roberto  
Nussinkis Mac Cracken Rodrigo Arnoni Scalquette Sergio Pinto Martins  
Tatiana Penharrubia Fagundes Thaís Cíntia Cárnio Washington Carlos  
de Almeida Wilson Gianulo

 Editora  
Saraiva

# MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INSERIDOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme\*

## 1. MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MESC<sup>s</sup>

Os métodos extrajudiciais de solução de conflito não impõem novidade no escopo das formas de se dirimir litígios e efetivamente de resolvê-los. A rigor, esse tipo de iniciativa data de períodos dos mais longínquos como da escrita cuneiforme. Não evidentemente dotados dos particularismos e opções que os institutos atuais apresentam, mas ao menos naquilo que se refere a sua essência.

Os MESC<sup>s</sup> surgem assim como alternativas a um sistema judicante repleto de dificuldades materiais, com a ausência de desenvolvimento tecnológico e instrumentais que estejam de acordo com o crescimento

---

\* Advogado – sócio de Almeida Guilherme Advogados Associados. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Mestre pela PUCSP. Doutorando pela PUCSP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, nos cursos de graduação e pós-graduação, da PUCSP (Cogeae), da FMU, no curso de pós-graduação e da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, no curso de pós-graduação, da Escola Paulista da Magistratura – EPM – nos cursos de Família e Meios Alternativos de Soluções de Conflitos e do Ibmecc-SP como convidado no curso de LLM. Ex-Coordenador e Professor do curso de Mediação, Conciliação e Arbitragem na Escola Superior de Advocacia de São Paulo – ESA – núcleo Pinheiros. Autor de diversos livros e artigos jurídicos sobre o tema.

em outras esferas, e, como talvez maior problemática, a dificuldade do Poder Judiciário em atender a uma elevada demanda de processos que este recebe, ávidos por respostas céleres e eficazes.

Os MESCs então significam uma possibilidade de obtenção de justiça que esteja distante da apreciação do olhar do Estado – até então agente com o monopólio do acesso às soluções de lides. Vale dizer que essa opção reúne absolutamente os mesmos elementos essenciais que compõem o Judiciário e reiterar que a diferença pode estar no fato de que os MESCs podem apresentar as soluções de maneira mais veloz, evitando desgastes materiais e formais para as partes envolvidas.

Essas possibilidades e iniciativas não abarcam apenas a realidade brasileira. Pelo contrário, aliás. A utilização de institutos que modulam os MESCs já é efetuada em outras localidades há um largo período. Inclusive a Mediação, por exemplo, ainda que por vias um pouco distintas da atual era usada e a consagrada obra de Sun Tzu, "A Arte da Guerra", documentou-a. Outrossim, o Édito Imperial do Hangs Hsi na China, no séc. XII determinou:

ordeno que todos aqueles que se dirigem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que desgostem tanto da ideia do Direito quanto se apavorem com as perspectivas de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos Tribunais; o que ocorreria se os homens concebessem a falsa ideia de que teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa ideia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.

Isso significa que as normas deveriam ser resguardadas aos estrangeiros; a quem as desconhecia e aos que conseguiam viver em harmonia e sob total respeito, fazendo-se com que não houvesse conflito e desequilíbrio, e uma manifestação qualquer nesse aspecto, que quebrasse o equilíbrio, tão logo deveria ser dirimida. Ou seja, a busca pelo tribunal era um sinal de insuficiência da cultura e da sociedade chinesa.

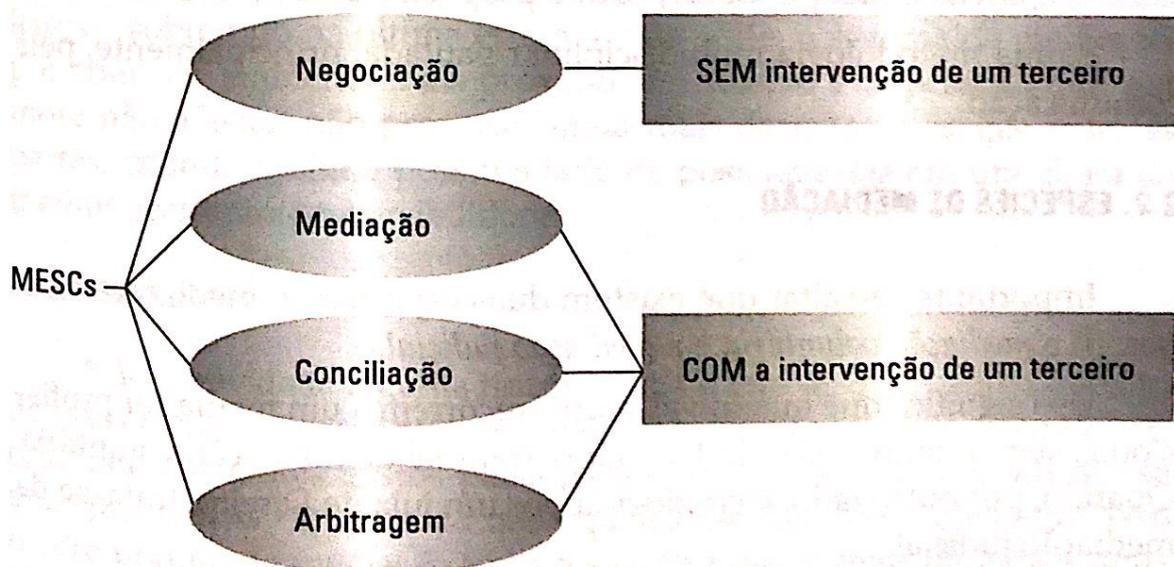
Isso posto, os institutos, com todas as suas generalidades e especificidades realmente não são recentes, mas passaram a ser mais valorizados mormente em face ao emaranhado de conflitos que o poder judiciante tem a resolver.

Ademais, podem os conflitos receber o olhar de algum método de solução extrajudicial com o litígio já tendo sido instaurado ou não. Pode, antes da ocorrência da questão as partes estipularem que, no caso da existência de um problema naquilo que os relaciona, elas se valerão de um dos métodos para a melhor resolução da lide.

E a eficiência dos mecanismos também é elevado. Não há que se falar em uso de um dos métodos como tentativa de burlar o sistema. O comprometimento das partes na busca pela resposta esportiva e a atuação dos agentes hábeis na promoção do método garante a sua operacionalização eficaz e afasta o comportamento daquele que tenta tirar vantagem e que não acredita em um instrumento de justiça não estatal.

Antes de tudo se deve entender que existe uma grande gama de institutos de solução de conflitos extrajudiciais, mas até para a maior facilitação e para se reconhecer uma forma de classificá-los, cumpre apresentar o critério de separá-los a partir da intervenção ou não de um terceiro no sistema. Assim, tem-se:

## 2. A DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS E DOS COMPONENTES DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO



### 2.1. MEDIAÇÃO

Quando ocorrer disputas as pessoas recorrem a um juiz, e ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a justiça viva; e elas

procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa "equidistante", e em algumas cidades juizes são chamados de "mediadores", no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio-termo, elas obtêm o que é justo. O justo, portanto, é equidistante, já que o juiz o é<sup>1</sup>.

A mediação é uma das formas mais antigas e naturais de solução de conflitos. Ao se procurar reconhecer desde quando data a sua existência, pode-se ver que ela já ocorria na África tribal, na China feudal, na Europa e na cultura greco-romana e judaico-cristã.

Na mitologia grega, por exemplo, o papel do mediador estava reservado a Hermes, que mediava a relação entre Zeus e os Homens, o hermenauta, nome derivado de Hermes. Na cultura judaico-cristã se depura que Jesus Cristo foi o mediador entre Deus e os homens.

Assim, a mediação pode ser objetivamente vista como uma "forma de bloquear a comunicação de pessoas que estejam em conflito e que por isso mesmo estão incapacitadas de resolvê-lo por si mesmas sem a intervenção de um terceiro – neste caso, o mediador"<sup>2</sup>.

A palavra "mediação" atinge as realidades sociopolíticas e econômicas mais distintas. Trata-se de um mecanismo voluntário e confidencial de gestão de conflito no qual as partes recorrem a um terceiro, que deverá ser imparcial e independente, com o propósito de dirimir a contenda.

É uma metodologia multidisciplinar pautada, principalmente, pela comunicação.

## 2.2. ESPÉCIES DE MEDIAÇÃO

Importante ressaltar que existem duas espécies de mediação, a saber: (i) a *mediação voluntária* e a *mediação judicial*.

Isso significa que quando as partes recorrem a um mediador profissional, sem a intervenção do Judiciário, trata-se da *mediação voluntária*. Quando, por outro lado, é conduzida por um juiz de Direito, trata-se da *mediação judicial*.

1 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*.

2 BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coords.). *MESC's – Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 54.

De todo modo, seja por meio de um caminho ou pelo outro, isto é, pela voluntária ou pela judicial, nenhuma parte será impelida a ingressar pelo instrumento da mediação sem estar de pleno acordo, sem estar pautado pela sua própria vontade.

### **2.3. VANTAGENS DA MEDIAÇÃO**

Pontuam-se algumas vantagens claras da mediação em face aos processos judiciais na esfera da justiça pública convencional. Há que se afirmar, de antemão, que isso não impõe a ideia taxativa de que o Poder Judiciário é ineficaz e dotado da ausência de elementos competentes, equânimes e objetivos, apenas procura-se, contudo, verificar como, a partir da realidade que se vivencia, os métodos alternativos – e no caso a mediação – apresentam hipóteses vantajosas devido a celeridade que pode prestar, a economia e a eficiência finalmente.

Sendo assim, é plausível se notar as seguintes vantagens em relação ao Judiciário:

#### **2.3.1. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS ENTRE AS PARTES**

É comum perceber como o processo judicial provoca muitas vezes a ruptura irreversível nas relações, sejam políticas, empresariais ou familiares – sobretudo na última esfera. Desta sorte, o sistema da mediação, por criar um ambiente mais próximo, vinculativo e impessoal, tem por mote não afastar, não provocar ainda mais desgaste e rugas entre as partes, criando assim a possibilidade de posicioná-las em um clima de melhor aceitação e reversibilidade.

#### **2.3.2. ECONOMICIDADE**

Não é novidade alguma trazer à baila o fato de que, dado o número de taxas e custas processuais normais do sistema judiciário, hoje se percebe que os valores gastos pelas partes por meio deste mecanismo se encontram mais elevados do que aqueles usados com a mediação. Isso ocorre porque na mediação todo o seu processo é mais dinâmico, simples e concentrado, de modo a abstrair a utilização de taxas e custas que encarecem o processo.

#### **2.3.3. CONFIDENCIALIDADE**

Como um princípio trazido pela lei, os processos judiciais se nota-

bilizam também pela publicidade de seus atos, fazendo com que muitas vezes a imagem da parte – sobretudo de uma organização reconhecida, por exemplo –, seja arranhada perante a sociedade por conta da exposição natural do sistema.

O mecanismo da mediação é executado de maneira a proporcionar o sigilo do procedimento, garantindo maior segurança e confidencialidade para as partes.

#### **2.3.4. CELERIDADE**

O Judiciário claramente tem procurado se movimentar e se organizar para conseguir atender a elevada demanda de processos que o atinge diariamente, promovendo, inclusive, ações e criando recursos para agilizar as suas decisões. No entanto, ainda assim, mesmo com esse tipo de tentativa, é normal se reconhecer certa lentidão para a apreciação dos casos, por conta principalmente das várias possibilidades de redirecionamento da matéria e de uma nova abordagem, além dos prazos que se sucedem.

Na mediação, em face da concentração dos atos e porque as partes atuam diretamente na resolução do entrave a resposta tende a ser mais rápida.

#### **2.4. COMPONENTES DO INSTITUTO – MEDIADOR**

É aquele que interpreta a mensagem entre dois sujeitos; que mediatiza a comunicação de modo a propiciar a dissolução de possíveis conflitos que se estabelecem desde o princípio da comunicação. Logo, sua função é a de ajudar as partes a elaborar elas mesmas o conhecimento de causa para um acordo justo que possa respeitar as necessidades de cada um dos polos.

A função do mediador é, portanto, de estabelecer as condições de uma nova comunicação entre as partes; ele é o catalisador humano e o garante metodológico de um processo que tem por objetivo transformar as percepções que as partes têm do conflito que se interpõe entre elas, a fim de propiciar um possível acordo<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coords.). *MESC's – Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 54.

Como um elemento equidistante, o mediador deve necessariamente ser imparcial.

É importante que tenha conhecimento específico da matéria em questão também, bem como é sintomático que tenha habilidade em aspectos negociais, ou que tenha facilidade na comunicação, além de conhecimentos sobre Direito.

Importa dizer, em suma, algumas das características que marcam a função do mediador:

#### **2.4.1. HABILIDADES E QUALIDADES DO MEDIADOR**

A pessoa, quando investida na função de mediador, deve ser **imparcial**, pois, obviamente, se o fosse diferente – se agisse de modo tendencioso – toda a lógica básica da justiça sendo exercida seria absolutamente rompida, sem possibilidade de seu refazimento. A **confidencialidade** que faz parte do instituto, decididamente também é um elemento motriz das ações do mediador: não comunica ele os trâmites negociais e os comportamentos às partes quanto a terceiros, alheios ao processo. A **confiança** no mediador também é preponderante uma vez que as partes têm a autonomia de selecionar aquela pessoa que terá como papel ser o condão que procurará reaproximá-las para solucionar a questão. Portanto, nada mais justo do que os litigantes terem na figura do mediador a confiança necessária quanto à capacidade e à honestidade dele.

Ainda se verifica outras características, principalmente no que se refere às habilidades do mediador, como a **paciência** para tentar reunir polos distintos, no início das discussões; a **flexibilidade** e a **criatividade** para alterar a sua abordagem e se adequar às novas necessidades que a disputa oferece; o **autocontrole** de suas emoções, visto que deve ele apresentar um ambiente neutro e saudável.

#### **2.5. O QUE FAZ O MEDIADOR**

O desenrolar do processo da mediação é bastante simplificado: depois da proposta de mediação às partes, por meio de uma comunicação formal (carta em AR – aviso de recebimento), estabelecendo-se data, local, tema e mediador, ocorrerá uma primeira entrevista de coleta de informações na qual serão expostas as regras da mediação. Em seguida o mediador receberá a assinatura das partes no protocolo de mediação que engloba as regras.

Em seguida, tem-se a coleta de informações, na qual as partes dão a sua versão sobre o conflito e o mediador fará anotações a respeito, resumindo pontos de acordo e de desacordo. Já nesse momento ele deve criar um tipo de ambiente de confiança (sobretudo na figura dele) e de cordialidade para as negociações.

Nesse período das negociações são esclarecidos então os problemas que devem ser resolvidos, sem prejuízo dos polos.

Depois é elaborada a redação do *termo de acordo*, "que deverá ser feito de forma concomitante com os ajustes jurídicos, fiscais, pessoais e financeiros de suas decisões respectivas; será um termo redigido pelo mediador com a assinatura das partes ou de seus advogados"<sup>4</sup>.

O acordo de mediação ou termo de mediação fixa as obrigações de cada parte para finalizar o imbróglio.

## 2.6. MEDIAÇÃO – FUNCIONAMENTO

O que se viu nesse tópico, até o presente momento, foi a apresentação do instituto da mediação, com um olhar conceitual, as suas características e vantagens, além de algumas das atribuições do mediador. A seguir serão vistas algumas novas particularidades e as etapas da mediação propriamente ditas.

### 2.6.1. A COMEDIAÇÃO

A comediação além do procedimento realizado por dois ou mais mediadores amplia a visão da controvérsia, propiciando melhor controle da mediação. A comediação pode ser: (i) a comediação pura, quando dois comediadores trabalham juntos e se complementam; (ii) a comediação na qual há um mediador e um comediador, sendo que o último pede para participar, complementando o mediador; (iii) ou o revezamento, na hipótese de um se sentir inseguro e pedir ao outro a intervenção.

### 2.6.2. O CAUCUS

Caracteriza-se pelas conversas em separado entre o mediador e apenas uma das partes.

<sup>4</sup> TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2002, p. 60.

## **2.7. PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO**

A mediação tem sua consecução sendo basicamente dividida em *pré-mediação* e a *mediação* propriamente dita.

### **2.7.1. PRÉ-MEDIAÇÃO**

Nessa etapa são definidas as regras, os valores, as quantias, o número de sessões e o tempo de duração delas. Analisa-se se para o caso concreto a mediação é recomendada e, se assim entenderem, assina-se o *termo de compromisso de mediação*.

### **2.7.2. MEDIAÇÃO – PRIMEIRA ETAPA – APRESENTAÇÃO DO MEDIADOR**

Inicia-se a mediação e é apresentado o mediador. Tão logo é feita essa consideração, o mediador procura começar a ganhar a confiança das partes para assim também obter a cooperação delas.

O mediador já procura mostrar as suas atribuições e seus limites genéricos. A seguir, *costuma agradecer a presença das partes; declara a sua independência e a sua imparcialidade; explica as regras gerais; informa sobre a importância do sigilo; informa acerca da possibilidade de entrevistas em separado (caucus); recolhe as assinaturas no Compromisso de Mediação e Sigilo e assina a Declaração de Independência.*

#### **2.7.2.1. Apresentação do instituto da mediação**

O mediador apresenta a Câmara, seu código de ética e as suas diretrizes de atuação.

### **2.7.3. SEGUNDA ETAPA – EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA**

Nesse momento há a exposição das partes quanto ao conflito e tudo que as envolve. O mediador deixa que as partes verbalizem suas insatisfações, analisa o que é explicado, questiona e, acima de tudo, recebe informações do que ocorre.

Em seguida o mediador apresenta um resumo com aquilo que fora obtido a fim começar a se criar um discurso uniforme e para que se percebam lacunas.

### **2.7.4. PROJEÇÃO DE ESTRATÉGIA**

Passa a haver a elaboração de um plano com a participação das par-

tes, até para que efetivamente sejam fixados os limites e a autonomia do mediador.

São revistos os questionamentos que serão abordados, traçando-se áreas de interesse comum. Formalizam-se as prioridades e, importa ainda dizer que, embora sejam revistas as questões, nesse momento não são elas de fato discutidas, isto é, não se entra no mérito daquelas no presente momento.

#### **2.7.5. TERCEIRA ETAPA – RESUMO E ORDENAMENTO DO PROBLEMA**

Com tudo o que fora discutido, apresentado e definido, novamente é feito um filtro para coar as informações mais significativas e para se demonstrar um relatório com os critérios de avaliação.

#### **2.7.6. QUARTA ETAPA – ATUAÇÃO DO MEDIADOR**

Em seguida o mediador passa a agir de forma diferente, investigando, perguntando, e, sobretudo incentivando quando da percepção de pontos em comum para se conceber eventuais acordos ainda que parciais.

Também, se o mediador não percebe a evolução do processo pode requisitar o procedimento do *caucus* às partes.

Nessa etapa, então, a participação do mediador se dá de maneira muito mais incisiva, agindo com imparcialidade e neutralidade, mas procurando posicionar cada uma das partes em um ambiente diferente: atua o mediador questionando sobre como a “parte X” entende a situação da “Y”; ou sobre como a “parte Y” possivelmente se sentiria se estivesse na situação de “X”. Ou seja, percebe-se a participação mais decisiva quanto a sua prática de mediar.

#### **2.7.7. QUINTA ETAPA – CRIAÇÃO DE UM ACORDO**

Já se encaminhando ao término do processo o mediador já deve vislumbrar as soluções e um acordo. É importante que seja pragmático para que as partes reconheçam as suas opções, com as suas vantagens e desvantagens.

É de suma importância que contenha no acordo a *descrição detalhada do objeto*; a *qualificação das partes*; a *descrição operacional do acordo*; os *prazos de execução* e os *valores envolvidos*.

Ou seja, as partes devem ter conhecimento absoluto do acordo, para ver as suas consequências em sua integralidade. Devem estar res-  
paldadas com a feitura de um plano de implementação com a demons-  
tração dos recursos que serão usados, assim como os prazos do plano.

## **2.8. INDICAÇÃO PARA O USO DA MEDIAÇÃO**

A mediação é mais bem indicada e aceita para a tratativa e resolu-  
ção de entraves na esfera cível, familiar e empresarial.

Na esfera empresarial é bastante relevante sua utilização por conta da  
celeridade do procedimento – dado mais do que importante no mundo dos  
negócios, tendo-se em vista a economia de rendimentos e a possibilidade  
de readequação de empenhos em novas demandas e investimentos –, e  
também, e tão significativo quanto, por conta do sigilo das negociações.

No âmbito familiar é largamente recomendável para uma composi-  
ção mais veloz e também para se evitar comprometer futuros à  
crianças, por exemplo, por conta do distanciamento que o processo judi-  
cial normalmente promove.

Pode-se afirmar, portanto, que a atuação da mediação inspira a sua  
aplicabilidade sempre que o direito em questão não seja indisponível.

## **3. DIFERENÇAS ENTRE OS VÁRIOS MÉTODOS: NEGOCIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO, PROCESSO JUDICIAL, ARBITRAGEM, AVALIAÇÃO NEUTRA, OUVIDORIA, OMBUDSMAN**

## **4. NEGOCIAÇÃO**

Na negociação as partes envolvidas estabelecem os limites e a con-  
versação que pretendem ter, sem a intervenção de um terceiro.

“Forma básica de resolução de disputas é a negociação. Nela as  
partes se encontram diretamente e, de acordo com as suas próprias es-  
tratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma tran-  
sição, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento.”<sup>5</sup>

<sup>5</sup> TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2002, p. 42.

É a forma mais rápida para se resolver; é quando as partes se dispõem a resolver a questão. Atualmente vem sendo mais valorizada. Analisando-se a história, no entanto, nota-se como exemplo seu uso na Batalha de Kadesh, entre hititas e os egípcios quando houve a celebração do primeiro tratado de paz reconhecido no qual não houve vencedor e vencido.

Sendo um processo dinâmico em que as partes buscam um acordo que satisfaça a ambos, faz-se necessário que elas deem sua quota de contribuição para receber algo em troca. Existe então um diálogo na tentativa de se chegar a um entendimento comum, que seja suficiente a ambas.

Evidentemente, é comum o uso de técnicas de negociação e de barganha entre os negociadores. Portanto, sem a participação de um terceiro, as partes se comprometem a negociar, fazendo algumas concessões para se obter uma resposta satisfatória a ambas, dando cabo a lide. Existe assim elevado grau de comprometimento das partes, fazendo-se com que esta característica gere a melhor composição.

## **5. MEDIAÇÃO**

A mediação, como já exposto, é um método de solução de controvérsias extrajudicial que tem por característica a escolha, por parte dos agentes que se encontram em um litígio, de um terceiro – alheio à disputa – com o propósito de fazer com que este receba todas as informações, elementos e considerações acerca da problemática, para que se crie um ambiente saudável e pacífico para conversações que visem, no final do processo, a chegada a um entendimento comum e satisfatório entre as partes que estão em discórdia.

A rigor, algumas habilidades são necessárias a esse mediador, o terceiro, uma vez que ele deve ser confiável, seguro, neutro, criativo, organizado e objetivo para formar um ambiente em que as partes consigam enxergar, por si mesmas, a saída mais positiva para ambos. Assim, o mediador de fato medeia a questão; intervém de modo a organizar ideias, a gerar posições em que ambas as partes tenham suas opiniões, anseios e receios destacados, mas sem, contudo, frise-se, que o mediador intervenha com a opinião dele ao final do processo.

### **5.1. DIFERENÇAS**

Fica mais do que clara a distinção entre o mecanismo da mediação e da negociação. Ambos são métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

tos, mas o primeiro instrumento se vale da presença de um terceiro para procurar ajudar na resolução da contenda, ainda que apenas mediando, e sem tomar partido ou eventualmente explicar opinião. No segundo método, o da negociação, as partes que se encontram em conflito é que procuram, por elas mesmas, obter um entendimento razoável.

## 6. CONCILIAÇÃO

A conciliação costuma ser vista como o método mais comum de solução de controvérsias por intermédio dos caminhos extrajudiciais. Aliás, diga-se de passagem, é tanto um método extrajudicial como um sistema usado pelo Judiciário também.

Sem mais delongas, a conciliação é um meio judicial ou extrajudicial de resolução de controvérsias em que as partes confiam a um terceiro, o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo.

Apenas agregando informação ao conceito, o Conselho Nacional de Justiça ainda adiciona que o

conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações<sup>6</sup>.

Como recém-citado, a conciliação pode tanto ser um meio extrajudicial como um mecanismo do próprio Judiciário. Sendo assim, ela somente é extrajudicial quando se desenvolve sem que haja processo judicial em curso, podendo ser denominada *pré-processual* quando antecipa a existência do processo judicial e *processual* quando promovida enquanto perdura o processo. Na primeira, não é ela conduzida pelo magistrado, hipótese esta que pode se dar no caso da segunda, que ocorre concomitantemente ao processo.

Importa dizer que nas referidas modalidades as partes normalmente buscam no Judiciário a homologação daquilo que fora definido.

<sup>6</sup> <http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/pages/conciliacao/Conciliacao.jsp> apud BOM-FIM; MENEZES. MESC's – *Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 54.

A conciliação extrajudicial pode existir depois da mediação também, pois que a mediação pode ser uma evolução do sistema de mediação para a conciliação.

Na situação da conciliação processual o procedimento é iniciado pelo magistrado ou por requerimento da parte, com a designação de audiência e a intimação das partes para o comparecimento.

### **6.1. O CONCILIADOR**

O conciliador, como distinção principal ao mediador, por exemplo, tem poderes investidos em si para poder, além de receber as informações das partes acerca do conflito, mediá-lo e investigá-lo, poder exprimir a sua opinião – dentro de preceitos de imparcialidade e justiça – para decididamente colaborar com a resolução do entrave.

Ou seja, recebe o conciliador as informações e as pretensões das partes, e se vale de suas características e habilidades para criar um ambiente saudável para os debates e as discussões. Vai além e age de maneira a conciliar as partes.

Ele, em suma e reiterando, tem mais poderes do que o mediador porque este apenas conduz o processo ao acordo sem nenhuma manifestação de cunho pessoal que induza as partes a um posicionamento específico. O conciliador, contudo, atua efetivamente na busca para o melhor desfecho do conflito.

#### **6.1.1. CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

O conciliador nesse esquema é uma pessoa da sociedade que atua de forma voluntária e que recebe treinamento específico para colaborar na resolução da questão, gerando um clima de compreensão de aglutinação de interesses.

#### **6.1.2. CONCILIAÇÃO JUDICIAL**

Na ocorrência da conciliação judicial as partes não têm o livre poder de escolha quanto à figura do conciliador, que vem a ser operada assim por servidores públicos, estagiários etc. E embora sejam indivíduos gabaritados, tendo recebido treinamento do Tribunal de Justiça, muitas vezes se questionam as habilidades destes uma vez que não é raro o desconhecimento das técnicas específicas para o melhor uso da sistemática.

Ademais, esse aparato não vem exatamente sendo largamente utilizado pelos juízes. Muitas são as lides a serem transpostas, criando uma sistemática de necessidade de solução célere, sem que o magistrado possa exercer o papel mais clássico de mediador e de conciliador de vontades. Também há que se notar que esse tipo de atividade não confere ao juiz reconhecimento no que se refere a possível promoção de carreira futura.

## **6.2. DIFERENÇAS**

Como se procurou dissertar, a principal distinção entre o instituto da mediação e o da conciliação é a forma de interação do terceiro que atua no desenlace da lide. No caso da mediação, o terceiro que tem o papel de colaborar para a melhor forma de solução da controvérsia, age mediando, organizando os dados e aferindo os interesses, mas sem apresentar exemplarmente a sua opinião. Ou seja, o mediador efetivamente medeia mas sem opinar decisivamente. Ele se mantém neutro. Já na conciliação o processo é muito similar em todos os aspectos, salvaguardando-se o fato de que o conciliador se debruça sobre a questão e participa de forma mais incisiva – sempre procurando não tomar partido, evidentemente – e buscando conciliar interesses, mas pontuando a sua opinião para conciliar as partes.

Vale lembrar que a decisão na mediação costuma ser um mero pacto, um compromisso que visa aglutinar os interesses das partes. Na conciliação existe uma ideia parecida de se implementar um acordo, mas a decisão do conciliador, na ótica da conciliação extrajudicial, pode ou não ser homologada pelo Judiciário.

Esses dois institutos, em uma diferença básica quanto à já apresentada negociação, tão logo se distinguem uma vez que na negociação não existe a figura do terceiro que procura ajudar na resolução do conflito e apenas as partes negociam a melhor composição.

## **7. ARBITRAGEM**

As origens da Arbitragem remontam aos primórdios da civilização, quando ainda não existia um sistema judiciário instituído pelo Estado. Comenta-se que a Antiguidade e a Idade Média, na esfera de um embrionário Direito

Internacional, já era utilizada como forma de evitar os confrontos bélicos<sup>7</sup>.

Comenta-se ainda que no Oriente antigo os hebreus fizeram uma Câmara composta por três árbitros intitulada "Beth-Diam" para procurar sanar confrontos de interesse privado por meio da Arbitragem.

## 7.1. HISTÓRICO

Anteriormente ao Estado, os conflitos entre pessoas eram normalmente resolvidos de modo direito, por meio da autotutela e da vingança, isto é, uma vez que houvesse um litígio entre indivíduos, não existia um órgão regulador e disseminador de ordem que sustentasse os caminhos corretos para a resolução das questões. Assim, as pessoas se valiam das suas acepções para se defenderem como melhor lhes conviesse.

Posteriormente, já com a instrução do Estado, a autocomposição e a heterocomposição passaram a ganhar terreno na discussão entre as pessoas. Na autocomposição as partes buscavam de forma amistosa resolver suas questões sem a intervenção de um terceiro. Na heterocomposição as partes presenciavam a participação de um terceiro para melhor atacar a questão.

Em Roma, com o desenvolvimento do Processo Civil Romano, a arbitragem se dividia em três fases: (i) na primeira, a chamada arbitragem facultativa, as partes escolhiam o juiz ou o árbitro para a sua causa; (ii) em seguida, com o maior fortalecimento do Estado, os árbitros foram nomeados por este; e (iii), em uma terceira etapa, a do processo extraordinário, houve a passagem da justiça eminentemente privada para a pública, com o pretor assumindo o papel de transmitir a decisão do Estado quanto à questão.

Com o tempo, cada vez mais o poder decisório foi conferido ao Estado e a justiça privada foi perdendo força. Entretanto, já em períodos mais atuais, diante do aumento das demandas e, como consequência, das dificuldades para o Judiciário responder os conflitos de forma célere, novamente a justiça de caráter privado ganhou espaço, aperfeiçoando-se e voltando a ser mais usada.

<sup>7</sup> GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quarter Latin, 2003, p. 39.

## 7.2. ARBITRAGEM: ATUALIDADE E CONCEITO

No seio desse desenvolvimento e utilização da justiça privada, a arbitragem irrompe como um dos institutos mais consagrados na atualidade. Significa um método alternativo de solução de conflitos, cujo objeto são direitos patrimoniais disponíveis, no qual as partes litigantes elegem um terceiro – normalmente perito na matéria em questão – para agir de forma imparcial e para decidir aquele ou futuros entes.

## 7.3. ARBITRAGEM: IMPORTÂNCIA

A arbitragem é mais um Método de Solução de Controvérsia de natureza extrajudicial, mas uma das características que mais a distingue de outros é a força conferida pela decisão arbitral. Em outros MESCs a decisão proferida pelo terceiro muitas vezes não tem a repercussão e o “peso” da decisão do árbitro. Isso se explica porque as partes, uma vez que escolhem esse mecanismo de resolução e conferem ao árbitro não um mero dispositivo para que exerça a mediação de interesses ou para que procure conciliar as vontades de ambas, mas sim para que efetivamente julgue a questão e tome uma decisão objetiva, abdicam realmente da possibilidade de não aceitar aquilo que esteja sendo decidido. Ou seja, isso significa que a “sentença” do árbitro tem caráter muito semelhante à sentença judicial, não cabendo, inclusive, no caso da arbitragem, recurso ao que é elucidado pelo árbitro.

A arbitragem é um dos meios mais usados sobretudo no âmbito internacional, quando da resolução de questões que envolvam conglomerados, oligopólios, empresas de menor porte e até Estados.

## 7.4. ARBITRAGEM NO BRASIL

No Brasil é possível se afirmar que o mecanismo essencial da arbitragem, ou seja, o afastamento de uma relação direta com a justiça pública, evidenciou-se já durante a colonização lusitana. De todo modo, as referências mais significativas quanto à utilização da arbitragem estão contidas na primeira Constituição, a Imperial de 1824, que em seu art. 160 dispunha: “nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros”. Suas sentenças serão executadas sem recurso, “se assim o

convencionarem as mesmas Partes<sup>8</sup>”; o Código Comercial de 1850 também dava destaque, dessa vez à *arbitragem compulsória*, para o uso em determinadas questões de natureza mercantil. Tal obrigatoriedade foi expurgada em 1866, mediante a Lei 1.350, regulamentada esta pelo Decreto 3.900/1867.

Porém, esforços para a implementação regulamentada do instituto foram vigorosos no século finado, sobretudo na década de 1980, com a publicação do 1º *Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem*. Na verdade, esta e outras tentativas tiveram o destino marcado pelo insucesso da empreitada e apenas em meados da década de 1990 é que a questão foi plenamente apurada.

Sendo assim, em 1996 foi aprovada e sancionada a norma que regula a *arbitragem*, perfazendo a *Lei n. 9.307/2006* – a *Lei da Arbitragem*.

## 7.5. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

A arbitragem é usada mediante a autonomia das partes litigantes ou das partes que, ainda que não aja litígio latente, enxerguem a possibilidade de, na ocorrência de algum entrave futuro, verem a lide sendo transposta pelo uso do instituto. Portanto, jamais se lançará mão do mecanismo sem a emissão de vontade das partes nesse sentido.

Isso posto, “quando se refere a uma lide futura, decorrente de determinada relação jurídica, entre duas partes, mormente de natureza contratual, a convenção de arbitragem (...) é denominada cláusula compromissória (...) ou, por vezes, também cláusula arbitral (...). Se, entretanto, a convenção de arbitragem estiver relacionada à lide já existente, costuma-se falar em compromisso arbitral”<sup>9</sup>.

## 7.6. DIFERENÇAS

A arbitragem, quando comparada aos métodos de soluções de conflitos anteriores, em uma análise abrangente muito se assemelha àqueles

8 Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 22 out. 2009.

9 RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

exatamente por também se perfazer em um MESC, mas, olhando-se com mais cautela tão logo se percebe as diferenças mais claras.

A arbitragem muito mais se parece com o próprio juízo público uma vez que a sua decisão tem poder de sentença. Não se trata de uma simples forma de colaborar com o melhor entendimento das partes, procurando, com máxima neutralidade, mediar-se a questão para que elas cheguem a um acordo como na mediação; ou um meio de ajudar em uma conciliação, com maior participação desse elemento terceiro, mas que, novamente, objetiva a melhor composição entre as partes.

Trata-se sim de uma disputa que é levada ao plano arbitral e que, embora se tente não criar um clima de discórdia a ponto de finalizar qualquer possibilidade de nova interface futura entre as partes, com a arbitragem decididamente se tem um "julgamento" – uma posição sendo tomada pela Câmara Arbitral ou pelo juiz para resolver a questão, sem se procurar meramente "ajeitar" ou conciliar a situação. Julga-se o mérito e se decide pelo mais correto, sem se procurar necessariamente atender aos interesses de ambos, mas sim, e como falado, buscando a decisão mais justa, equânime e escoreita.

## **8. AVALIAÇÃO NEUTRA**

A avaliação, também chamada de avaliação antecipada, é o processo por meio do qual um terceiro imparcial, escolhido em comum acordo pelas partes, emite um laudo para orientar a decisão daquelas.

### **8.1. AVALIAÇÃO NEUTRA – UTILIZAÇÃO**

Ou seja, é geralmente vista em um quadro em que, chegando as negociações a um impasse, antes de se iniciar um outro método alternativo de resolução de disputas ou anteriormente ao ingresso no Poder Judiciário, as partes podem querer ouvir, sobre o conflito, a opinião de um especialista para esclarecer pontos e para se obter informações salutares.

É comumente empregada quando as questões controversas são relativas ao valor de só um bem ou obrigação.

A avaliação dá confiança de que as soluções por ela propostas são razoáveis (ou demonstra que são absolutamente desarrazoadas), e o acordo feito com base nele tem mais respaldo – defensável com a autoridade do avaliador contra críticas exteriores.

É um mecanismo de natureza sigilosa (inclusive em relação ao juiz) e tem como único objetivo o de orientar os litigantes na tentativa da composição amigável do conflito.

## 8.2. DAS CARACTERÍSTICAS DO AVALIADOR

O avaliador deve ser alguém em quem ambas as partes confiem, pois como a avaliação não é vinculante para as partes, sua eficácia depende da autoridade do avaliador e do quão importante os litigantes entendem a qualidade técnica ou a justiça de sua opinião.

## 8.3. DIFERENÇAS

A avaliação neutra, como afirmado, consiste na escolha das partes de um orientador com experiência em um tema específico, levando-se à tentativa de assentamento de questões relevantes à causa. Desse modo as partes podem compreender melhor as suas respectivas posições e o provável resultado do processo, se insistirem no litígio.

Nota-se assim que, em uma macro diferenciação com outros sistemas, a avaliação neutra costuma ser usada anteriormente à instauração do processo judicial ou mesmo de um método alternativo de solução de controvérsia.

É bem verdade que as partes também se valem da perspicácia de um terceiro elemento para colaborar com o melhor entendimento – o que as aproxima de outros meios –, mas esse agente não atua já com um conflito objetivamente definido. O avaliador age após uma fase de negociação entre as partes, emitindo um laudo (o que afasta o método da negociação pois que nesta, ainda que exista a própria negociação, não há um terceiro e também não há emissão de laudo), não se comprometendo com a possibilidade de mediar interesses, tampouco de conciliá-los ou mesmo de decidir a sorte da questão.

Portanto, se na mediação as partes recebem o apoio de um terceiro para que cheguem a um entendimento; se na conciliação existe a mesma ajuda e o terceiro procura reunir as partes e; se na arbitragem o elemento terceiro realmente decide a contenda, na avaliação neutra esse terceiro atua apenas dando a sua opinião, após uma negociação, não tomando parte de nenhum lado.

## 9. OUVIDORIA E OMBUDSMAN

Ouvidoria e *ombudsman* são termos e conceitos que muito se asse-

melham, com pequenas separações. Há quem afirme que, a rigor, são exatamente os mesmos sujeitos sendo que no Brasil o título de *ombudsman*, consagrado em outras localidades estrangeiras, é o ouvidor. Também existe quem reconheça a presença do *ombudsman* no Brasil, entendendo apenas que este se situa nas organizações privadas e o ouvidor, ou seja, a pessoa investida nas mesmas funções, que atua na área pública.

Na verdade são eles agentes que facilitam a comunicação entre o cidadão ou o cliente com a entidade pública ou a empresa, devendo receber as informações e principalmente as críticas e reclamações em geral para que estas sejam encaminhadas aos setores decisórios das organizações, a fim de que os sejam dirimidos e/ou extintos.

Assim, a função do ouvidor ou do *ombudsman* (analisando-se o segundo sob uma abordagem que ultrapasse a lógica brasileira) é a de proteger o cidadão contra a violação de direitos ou contra o abuso de poder; contra erros, negligências, decisões injustas ou contra a má administração do serviço público, com o propósito de aprimorá-los e de tornar a ação governamental mais transparente e os agentes públicos mais responsáveis por suas ações, omissões e decisões.

Geralmente são agentes que têm o poder de recomendar mais do que o de ordenar alterações. Isso poderia representar a ideia de inabilidade e de fraqueza da função, mas não é exatamente o que se propõe: para que possam o ouvidor e o *ombudsman* influenciar em decisões recomendadas devem eles fundamentar seus propósitos e sempre muito bem investigar a matéria apresentada. Por meio desse processo racionalizado e instrumentalizado as suas demonstrações, provenientes da insatisfação do público externo, poderão ter maior representatividade junto aos órgãos decisórios das organizações.

### 9.1. DIFERENÇAS

Não chegam, ao nosso ver, ouvidoria e *ombudsman*, a ser reconhecidos como métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

A rigor, ambos são instrumentos catalisadores de comunicação, que viabilizam o melhor tráfego de informações entre o público final de uma organização, isto é, o público externo – seja o cidadão, seja o cliente/organizador –, e a própria organização (pública ou privada). São assim componentes que absorvem as insatisfações de um público e as transmitem aos agentes com poder decisório, inclusive de mudança de um

comportamento que gera a própria crítica. Portanto, não se vê um conflito propriamente dito, instaurado e evidenciado entre o cidadão ou cliente e o órgão público ou a empresa. Percebem-se relatos, queixas e críticas que o ouvidor e o *ombudsman* deverão recepcionar, compreender e encaminhar aos seus superiores para que estes providenciem mudanças.

Também é difícil de (não obstante o fato de ouvidor e *ombudsman* terem o papel de procurar receber com isenção a todos os dados do público externo) perceber no ouvidor e no *ombudsman* a função de terceiro – o sentido de agentes totalmente alheios à disputa, uma vez que, essencialmente e em última análise, eles pertencem à própria organização em discussão, no caso concreto.

## 10. PROCESSO JUDICIAL

O processo judicial é o meio pelo qual o Estado recebe a função de intervir e de decidir em uma situação na qual seja vislumbrada uma lesão ou uma ameaça de lesão. Sendo assim o Estado confere ao Poder Judiciário a atribuição de poderes para que este promova a distribuição de justiça.

Uma vez instaurado o processo judicial são formalizados os polos, ativo (autor) e passivo (réu) – além da presença do órgão judicante, o Judiciário –, que incumbe ao magistrado a função de julgar a lide e de estabelecer uma sentença que a finalize.

São observados princípios norteadores que asseguram a possibilidade de da revisão do que fora decidido; ainda a possibilidade de um processo justo, imparcial e democrático, com ampla defesa a ambas as partes, sendo também presidido por uma autoridade competente, com o uso de técnicas, opiniões de peritos, provas e afins para que se alcance a justiça.

### 10.1. DIFERENÇAS

A autoridade do Estado para intervir e decidir nas questões que envolvem pessoas, em todas as espécies, é elemento visto e reconhecido a períodos que remontam a civilizações remotas.

Valendo-se de acepções meramente racionais ou dotado de motivos religiosos, o Estado se configura como o ente investido de poderes para atuar e definir as questões, retirando do particular a possibilidade de promover a justiça da forma que melhor lhe conviesse.

O processo judicial se assemelha apenas em essência, quando da busca de justiça, dos métodos de solução de conflitos extrajudiciais, pelo simples motivo de que, antes de tudo, não é aquele um meio alheio ao Judiciário. É a rigor o mecanismo mais comum de resolução de entraves que dispostos.

De todo modo, cumpre notar que por intermédio do processo judicial convencional se notabiliza a possibilidade de revisão da questão, diferentemente do que a arbitragem apresenta.

Ainda, pelo processo judicial se está muito longe de se ter apenas uma negociação entre as partes, visto que o Estado evidentemente atua na lide; não se vê apenas a mediação de interesses, sem a emissão de opinião; ou uma tentativa de melhor arranjo, como nos casos da mediação e da conciliação.

## **11. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INSERIDOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Postas as digressões acerca dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos, cumpre também posicioná-los em um sistema ainda mais destacável que é a utilização dos mesmos nas relações de consumo, uma vez que não é novidade alguma reconhecer que este meandro é o que norteia os enlaces no mundo moderno, sobretudo no ambiente econômico.

Antes, no entanto, é importante apresentar um esboço do que vem a ser a relação de consumo e como esta se constitui a partir das suas "personagens", e ainda a sua mais específica forma de regulamentação para então se analisar a concretude do vínculo entre os métodos alternativos de solução de controvérsias com a relação de consumo propriamente dita.

### **11.1. O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC (LEI N. 8.078/90)**

De antemão, interessa salientar que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) é um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar. É tido como microsistema jurídico pois que é composto de preceitos que são próprios a ele, fazendo parte de um todo. Vem a ser de caráter interdisciplinar em virtude do fato de se relacionar com outras esferas do direito. Ademais, vislumbra-se o aspecto multidisciplinar já que trata de questões de Direito Civil, Constitucional, Penal etc.

O CDC, em comparação com outras nações mais desenvolvidas - decididamente estas sob um modelo de Estado de cunho intervencionista -, entrou em vigor tardiamente, porquanto naqueles países a preocupação com o consumidor já era preconizada há tempos. Mas o referido modelo intervencionista não se originou por acaso.

Em períodos anteriores, o direito - uma das mais puras expressões e reflexos do pensamento social - era marcado pela latente presença do individualismo, decorrente da Declaração de Direitos do Homem consagrada após a Revolução Francesa, que pôs fim ao absolutismo dos reis; e também era influenciado pela Constituição Americana de 1776, resultado dos eventos de libertação daquele país perante a dominação inglesa. A liberdade era o sentimento vigorante, sempre com a preservação da vontade das pessoas. Era a época do Estado "gendarme", do "laissez faire, laissez passer". Desta feita, tanto o Código Civil quanto o Comercial, no Brasil, anteriores ao Código do Consumidor, receberam as repercussões do individualismo vigente. Com isso o poder público se mostrava muito mais alheio às disputas que ocorriam entre as partes contraentes. Logo, esse mercado, sem grande intervenção e participação do Estado como agente disciplinador, era um espaço aberto para os abusos de toda natureza que atingiam, principalmente, as classes menos abastadas.

A maior intervenção do Estado na economia tomou corpo com a Revolução Russa de 1917 e se acentuou nas Constituições posteriores. Ainda mais insinuante foi a presença do Estado quando da recuperação socioeconômica dos Estados Unidos, nos eventos pós "Depressão de 1929".

No território nacional, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e em seguida com a entrada em vigor do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, a maior participação do Estado nos assuntos socioeconômicos também se fez presente, a partir do estabelecimento de normas de proteção e defesa do consumidor, de preservação da ordem pública e de defesa do interesse social.

## **11.2. DA RELAÇÃO DE CONSUMO**

Nos limites das relações de consumo, estas se originam estritamente a partir de transações de natureza comercial e com o comércio propriamente dito, e o CDC, como dito, passou a tutelar essa relação, revestindo-a de caráter público, a fim de se resguardar os interesses da coletividade.

Geralmente as relações de consumo nascem por meio de um negócio jurídico compreendido entre duas ou mais pessoas, geradas sob a batuta de princípios contratuais básicos.

No entanto, para se aferir com precisão a existência de uma relação de consumo é indispensável se ter conhecimento prévio de dois conceitos fundamentais: o consumidor e o fornecedor. O primeiro, o *consumidor*, à luz do art. 2º da Lei 8.078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final. Por sua vez, o segundo, o *fornecedor*, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 4º da Lei n. 8078/90). Logo, é essencial que se tenha como entes formadores da relação de consumo tais figuras em polos decididamente distintos.

Quanto ao conceito trazido acerca do consumidor, uma vez que ele tenha que ser o destinatário final, importa destacar que destinatário final é aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou se utiliza de produtos ou serviços em benefício próprio, ou seja, é aquele que busca a satisfação de suas necessidades por intermédio de um produto ou de um serviço, sem que se tenha o interesse de repassar este serviço ou esse produto a terceiros. Se do contrário o consumidor proceder, assim repassando o produto ou o serviço, mediante remuneração, a terceiros, inexistente a figura do consumidor e surge imediatamente a do fornecedor.

Há que se dizer ainda que as pessoas jurídicas também podem se enquadrar como consumidores desde que adquiram produto ou serviços como destinatários finais.

Portanto, verificada uma relação jurídica entre as partes e existindo o fornecedor de um lado e consumidor do outro, está perfeitamente configurada uma relação de consumo.

Desta feita, resta claro que a importância de se identificar uma relação de consumo dentro de um negócio jurídico está no fato de se poder estabelecer com precisão a competência para a incidência do Código de Defesa do Consumidor como corpo legal para dirimir os conflitos, pois se configurada tal relação o consumidor poderá experimentar todas as vantagens relativas à sua aplicação. Ademais, não finalizando a questão, fundamental ainda será perceber como os Métodos Extrajudiciais de solução de Controvérsias podem oferecer apoio significativo para se diri-

mir tais confrontos e para se obter a resolução efetiva das contendas no âmbito das relações de consumo.

## **12. A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Como já descrito, a arbitragem é uma alternativa de solução de conflitos envolvendo os direitos patrimoniais disponíveis, sendo largamente utilizada na esfera cível, no âmbito das resoluções de problemas empresariais e internacionais, podendo ainda ser utilizada nas relações de consumo.

A arbitragem de consumo é um mecanismo extrajudicial eficaz, simples, por vezes gratuito, criado pelas autoridades de proteção ao consumidor nos anos oitenta, permitindo como resolver os desacordos que possam surgir entre o comprador ou usuário e o vendedor ou prestador de serviços, exclusivamente para questões de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor textualmente incentiva o uso dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo em seu art. 4º, V, podendo esta forma ser a arbitragem. Já o art. 51, inc. VII, da referida norma considera nula a cláusula de arbitragem compulsória nos contratos de consumo.

O sistema de arbitragem na relação de consumo se encontra em estágio avançado principalmente na Europa. Desde 1985 são procuradas medidas para facilitar as resoluções em questões de consumo, atentando-se para a necessidade de proteção em face das desigualdades do mercado; por conta do excessivo custo dos procedimentos judiciais, evitando-se prolongadas discussões judiciais. Hoje se tem implementada a Rede Extrajudicial Europeia e a arbitragem é utilizada até para o comércio eletrônico.

E na Espanha se ampliou o sistema de arbitragem na relação de consumo. Criou-se um mecanismo arbitral baseado na voluntariedade e que, ao mesmo tempo, resulta extremamente efetivo e vantajoso para os consumidores, sendo encontrada crescente adesão por parte dos últimos e de fornecedores, afastando-se por completo dos litígios, na maioria dos casos, a atuação da jurisdição estatal por meio do cumprimento espontâneo dos laudos.

Naquele país, instaurado um conflito em meio a uma relação de consumo é sempre facultado ao consumidor sua efetiva solução por intermédio da via arbitral (seja por meio de uma associação de classe, seja

por iniciativa própria, sem a necessidade de representação por meio de um advogado, caso em que o colégio arbitral decidirá acerca da representatividade. A inércia das partes não impede o colégio de proferir o laudo e tampouco macula sua força definitiva e executória.

Dando prosseguimento, apresentada a solicitação à junta arbitral competente, será o fornecedor notificado para firmar o convênio arbitral. Formalizado o convênio, o procedimento arbitral se inicia pela designação do colégio arbitral. São ouvidas as partes, em audiência ou por escrito, tentando-se a conciliação entre elas. Se necessárias são requeridas provas, cuja produção fica a critério do colégio arbitral que tem poderes para requisitar provas de ofício. Encerrada a produção de provas, o laudo é imediatamente proferido, por escrito, constando-se o lugar e a data em que é proferido; o nome das partes e dos árbitros, bem como suas qualificações; os pontos controvertidos que foram objeto da arbitragem; a relação breve das alegações levantadas pelas partes; as provas eventualmente produzidas; o prazo ou termo em que deverá ser cumprido o laudo e o voto da maioria e o do presidente, em caso de decisão não unânime.

No Brasil a arbitragem nas relações de consumo também ganha contornos mais destacados. A doutrina em geral passa a analisar com mais cuidado e a também defender o uso do instituto nesse tipo de aparato. O autor Leonardo Valles Bento assegura que

para se desenvolver a arbitragem como instrumento útil para solucionar litígios de tal natureza, convém que setores representativos de interesses tanto de consumidores quanto de fornecedores participem desse processo, a fim de que se tenha uma instituição organizada e comprometida com a justiça. Tal é como acontece na Espanha, país adiantado em matéria de arbitragem no direito do consumidor, onde as empresas que costumam valer-se da mesma estão devidamente cadastradas, e onde ela é gratuita, restando claro o comprometimento do sistema com a proteção à parte mais fraca<sup>10</sup>.

Já Marcos Paulo Veríssimo destaca que:

a experiência espanhola somente logrou prosperar em razão de desenvolvido associativismo que lá se verifica, combinado à atuação competente da administração pública e a uma consciência de cidadania bem desenvolvida

<sup>10</sup> BENTO apud <[http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=6125&](http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6125&)>. Acesso em: 31 maio 2010.

nos espanhóis, levando-os a preferir o consumo de um determinado produto em detrimento de outro, pelo fato de um apresentar o distintivo da Arbitragem de Consumo e o outro, não<sup>11</sup>.

Mas no que se refere a internalização do instituto, sob tal modalidade no Brasil, a partir de modelos de sucesso em localidades distintas, algumas sugestões são apresentadas. Portanto, deve essa formatação ser:

**Expresso:** A fim resolver uma questão de arbitragem no consumo, o tempo máximo para a resolução deverá ser de 120 dias. Pode ainda consistir em rapidez, porque deve ser transacionado em um curto espaço do tempo. Deve demorar no máximo quatro meses desde que a entrada com o formulário para arbitragem.

**Voluntário:** O árbitro somente poderá intervir diretamente quando ambas as partes formalizem um acordo extrajudicial e necessitem de uma arbitragem ou ainda queiram colocar a questão sob a égide da arbitragem de consumo. Conseqüentemente, nem o consumidor nem o empresário são forçados a ir à arbitragem de consumo para resolver seus conflitos. Ambas as partes (consumidores e fornecedores) aderem ao sistema livremente para a resolução dos conflitos.

**Simple:** Suas discussões não são complexas e não necessitam de formalidades especiais que fazem difícil o desenvolvimento do processo. Deve ainda ter eficácia, porque deve ser resolvido por meio de acordo conciliatório entre as partes e sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

**Imparcial:** Como caráter de sugestão, cada corte de arbitragem deve ser composta de três árbitros: um designado pela Justiça ou pela administração pública, um segundo que deve representar os consumidores e o último que represente o setor empresarial.

**Eficaz :** Os conflitos devem ser resolvidos entre as partes em acordo prévio ou extrajudicial, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Devem consistir de efetividade, porque os laudos por definições da arbitragem sejam forçados a uma execução, com força de uma sentença judicial.

**Gratuito:** Nem o consumidor nem o fornecedor devem não pagar aos serviços da arbitragem do consumo. Somente, em suposições determinadas, quando o consumidor ou o fornecedor solicitarem a prática do trabalho perito, este terá que ser pago por aquele que solicitou. Portanto, deve existir uma economia, porque deve ser um sistema gratuito para as duas partes

11 VERÍSSIMO, apud <[http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=6125&](http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6125&)>. Acesso em: 31 maio 2010.

e que somente devem pagar em determinadas suposições, como na prática dos trabalhos peritos<sup>12</sup>.

Isso significa um método mais ágil e célere de solução de controvérsia, o que garante a ausência de desperdício de tempo e de recursos nas demandas revestidas de conflito. Esse tipo de economia, em todos os seus sentidos, é absolutamente salutar para o consumidor e é especialmente importante para o fornecedor, uma vez que na esfera negocial e empresarial não se faz interessante o gasto, em todos os seus níveis, com imbrólios jurídicos, gerando perdas de recursos com processos e, acima de tudo, o desvio de energia e de investimentos em outras áreas importantes da vida da organização.

Portanto, o sistema arbitral de consumo se constitui em ilustração de sucesso de via alternativa de composição de conflitos com elevado grau de efetividade e velocidade, dissolvendo entraves e facilitando a convivência mais pacífica entre fornecedores e consumidores na relação de consumo.

### **13. A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

O contato entre a mediação e as relações de consumo abrange aspectos implícitos e explícitos do direito do consumidor. Porém, o ponto de interseção entre as questões é observado no caráter de solução efetiva dos conflitos, ao se procurar criar um ambiente saudável para a preservação da relação e para a formação de novas demandas de natureza apenas empresarial entre elas. Ou seja, trata-se da tentativa eficaz da resolução da lide, mas sem criar uma realidade em que as partes não possam mais se vincular.

Indo um pouco mais a fundo, a mediação, como visto no momento oportuno, se não tem o poder decisório das relações – não estabelecendo portanto uma resposta final com força e autoridade de sentença (o que a posicionaria em inferioridade em relação à arbitragem, por exemplo) mas sim, a rigor, se significa a “mera” facilitação da comunicação e um olhar mais solidário entre as partes –, exatamente por essa atuação dotada de amplo grau de imparcialidade é que se gera no dispositivo a tenta-

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=6125&](http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6125&)>. Acesso em: 31 maio 2010.

tiva elevada de não apenas se concluir a problemática como também a de realmente se melhorar a relação entre os polos, sendo assim o catalisador para a formatação de uma relação duradoura, estável e mais equilibrada. Isto é, existe na mediação o aspecto proativo do mecanismo, insurgindo como um método de resolução de controvérsia e, na esfera consumerista, como um sistema que colabora para o seu desenvolvimento, com práticas que facilitam as relações futuras entre fornecedor e consumidor.

A mediação se perfaz então em um sistema em que são colocados em uma mesma "mesa" polos que objetivam a realização de seus anseios: o fornecedor/empresário pretendendo disponibilizar seu produto ou serviço – recebendo os lucros de sua atividade; e o consumidor procurando ter satisfeitos seus desejos com o objeto entregue. Na prática, embora em lados distintos da cadeia, ambos procuram uma resposta rápida e correta para o conflito. E a mediação, caracterizada por iniciativas altamente democráticas e revestida por um agente que observa as reivindicações sem tomar um posicionamento de mérito que penda a um dos lados, fundamenta-se exatamente como um sistema que transfere às partes o melhor desfecho, deixando a cargo delas a formalização de uma decisão que tenda a reconhecer um desfecho mais justo a ambos, o que facilita a operacionalização de novos contatos entre elas. Assim, uma decisão que "ferisse" os interesses de uma delas em prol da outra parte poderia resultar na impossibilidade de novas relações futuras, sendo certo que tal evento seria desfavorável às próprias relações de consumo.

Consiste, em suma, em um instrumento que procura colocar em situação de igualdade – que tende a posicionar em um mesmo plano de discussão os personagens da relação de consumo – leia-se "fornecedor" e "consumidor" – objetivando a resolução do conflito de uma forma abreviada e sem grandes desgastes, oferecendo ainda a oportunidade de novos enlances consumeristas entre as partes – evento esse essencial à dinâmica empresarial e às atividades econômicas do país.

#### **14. A CONCILIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

A conciliação, pretensiosamente vista por um momento, como um *mix* entre a mediação e a arbitragem, dado o uso de um terceiro median-do a finalização do imbróglio (atuando, porém, de forma mais decisiva em comparação à primeira, como já exposto), mas sem ter a efetiva re-

verberação de decisão que a arbitragem aplica, também pode ser vislumbrada como método de resolução nas relações de consumo.

A conciliação pressupõe a utilização da figura de um terceiro, distante do impasse criado entre as partes, que possa se valer de sua imparcialidade, de seu dinamismo, e de seu sentido aglutinador, para procurar criar o melhor caminho para um entendimento comum e a melhor composição entre os litigantes.

Nas relações de consumo, mais uma vez, presenciado o desconforto, o clima de discórdia e a lide em si, o conciliador age procurando reunir o fornecedor/empresário e o consumidor para que estes possam chegar a um denominador comum e para que o "nó" seja desatado.

Esse tipo de procedimento em particular pode ter o mesmo desfecho e o mesmo objetivo daquele apresentado quando da dissertação sobre *mediação nas relações de consumo*. Isto é, mais uma vez, melhor do que meramente se desfazer o problema e procurar conciliar os interesses, é procurar criar uma esfera em que novas oportunidades de interação comercial entre aqueles que seriam ou que venham a ser ex-litigantes. Quer dizer assim que, além da resolução do litígio de forma mais confortável, rápida e com menos desgastes e despesas, tudo produto de um esquema de conciliação bem desempenhado, as partes ainda podem voltar a se relacionar, evento importante para as atividades negociais e comerciais.

## **15. DOS OUTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

A rigor, discorrer-se acerca dos outros métodos alternativos, apresentando todos ao leitor e procurando-se mostrar todas as vantagens seria até exaustivo haja vista o fato de que em muitas ocorrências os *prós* claramente se repetem. Outros sistemas extrajudiciais também procuram apresentar a mesma finalidade e na relação de consumo as principais vantagens trazidas a ambas as partes são a celeridade e a diminuição de gasto, tanto em dinheiro quanto de esforços.

O *ombudsman* e o ouvidor, por exemplo, já estão dentro das organizações e já têm como objetivo levar aos setores decisórios das organizações a insatisfação dos consumidores/cidadãos com o produto ou com a prestação de serviço disponibilizadas. Assim procura-se inclusive antecipar ao litígio, uma vez que a tentativa é a de atender o desejo e também

a insatisfação do cliente anteriormente ao aparecimento do problema efetivo.

Compete a avaliação neutra à demonstração de um laudo, de uma pesquisa ou de, acima de tudo, uma opinião neutra, técnica e concisa sobre uma determinada dúvida em específico, o que pode facilitar o esclarecimento de questões quando se colocam em polos opostos o consumidor e o empresário.

## 16. CONCLUSÃO

Não seria novidade dizer que no cenário da globalização as relações de consumo são alicerçadas pela necessidade evidente de respostas rápidas, objetivas e eficientes, tanto para fornecedores/empresários quanto para consumidores.

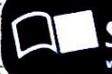
Atualmente é comum se notar que, procurando se antecipar a problemas com sua imagem e afins, organizações promovem ações em que, mediante um pequeno problema com o consumidor, tão logo ela procura oferecer algum tipo de resposta ou um novo produto ou serviço para dirimir a insatisfação. Isso contudo não encerra a questão. Por vezes este tipo de procedimento melhora a relação com aquele cliente específico, mas isso não contribui para a evolução na interação com os demais. É elementar que novas demandas serão criadas e com a possibilidade de ser trazido à baila uma questão muito mais importante, e que um mero "presente", brinde ou algo semelhante não significará o fim da temática.

Nesse diapasão, procurando-se escapar ao sistema convencional de resolução de embates, o Poder Judiciário – "atolado" este com demandas e nem sempre apresentando respostas dinâmicas e mais em conta, devido aos altos valores que o caminho processual pode justificar –, os sistemas alternativos de solução de conflitos insurgem como meios objetivos e eficazes para facilitar as relações de consumo. E são notórias as vantagens em geral: (i) a imparcialidade garantida; (ii) a maior celeridade; (iii) a apreciação técnica e os conhecimentos específicos da matéria em voga; (iv) o menor desperdício de tempo e de dinheiro (uma vez que o processo judicial é formado por mecanismos mais burocráticos, dotados de vias recursais e também pelas custas que não são baixas).

Enfim, todos esses atributos, em cada um dos métodos estando um pouco mais ou menos desenvolvidos, em geral garantem uma vertente

dotada de elevado grau de conhecimentos específicos, mostra-se mais ágil, tudo isso sem prejuízo da justiça que os sistemas já consagram em suas atuações rotineiras, cada vez mais vistas e servindo como alternativa no mundo do direito e da justiça. Isso de fato contribui para a satisfação tanto do empresário quanto do consumidor.

**SAC** | 0800-0557688  
**Jur** | saraivajur@editorasaraiva.com.br  
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30



**SaraivaJur**  
www.saraivajur.com.br

O seu portal  
jurídico  
na internet

Indicado para:

**Profissionais**

**Pós-graduação**

ISBN 978-85-02-11150-9



9 788502 111509