

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA FUNÇÃO PROMOCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ALTERNATIVA PARA CONFLITOS DE NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL

MEDIATION AS AN INSTRUMENT OF THE PROMOTIONAL FUNCTION OF CIVIL LIABILITY: AN ALTERNATIVE FOR MORAL DAMAGE CONFLICTS

Lilia Maia de Moraes Sales

Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Pós-Doutora pela Universidade de Columbia. Professora Titular da Universidade de Fortaleza vinculada aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional e Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos. Coordenadora de vários projetos de pesquisa na área de Mediação e Gestão de Conflitos.

Roberta Teles Cardoso

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista da Fundação Edson Queiroz. Professora da disciplina Responsabilidade Civil do curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

Resumo: A mediação de conflitos como mecanismo de solução consensual e cooperativo se expandiu significativamente no Brasil nos últimos 20 anos. Sua eficácia, entretanto, não foi percebida no âmbito do direito dos danos, especialmente nos danos extrapatrimoniais. O objetivo deste estudo é demonstrar que as técnicas consensuais de solução de conflitos podem ser interessantes nos casos de danos morais, havendo pontos de convergência entre os dois institutos. O método utilizado na pesquisa possui base bibliográfica, com balizamento teórico da metodologia civil constitucional e na doutrina especializada em técnicas de soluções consensuais de conflitos. Defende-se que o estímulo à adequada utilização das técnicas de mediação pode valorizar a função promocional da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Danos extrapatrimoniais. Técnicas consensuais. Responsabilidade civil. Função promocional.

Abstract: Conflict mediation as a mechanism of consensual and cooperative solution has expanded significantly in Brazil in the last 20 years. Its efficacy, however, was not perceived in the scope of the law of damages, especially in moral damages. The objective of this study is to demonstrate that the consensual techniques of conflict resolution can be interesting in cases of moral damages, with points of convergence of the two institutes. The method used in here search has a bibliographical basis, with theoretical beaconing of the constitutional-civil methodology and in the doctrine specialized

in techniques of consensual solutions of conflicts. It is argued that stimulating the adequate use of mediation techniques can enhance the promotional function of civil liability.

Keywords: Conflict mediation. Moral damages. Consensual techniques. Civil liability. Promotional function.

Sumário: **1** Introdução – **2** Breve exposição sobre a interpretação dos danos extrapatrimoniais no direito brasileiro – **3** A mediação como instrumento para solução de conflitos em responsabilidade civil – **4** Conclusão

1 Introdução

Em responsabilidade civil, no Brasil, pouco se faz associação com soluções consensuais de conflitos. A sugestão da conciliação é feita rápida e superficialmente como parte da fase instrutória do processo judicial, por uma imposição legal do Código de Processo Civil, mas não é levada a efeito na sua técnica, nas suas estratégias, tampouco na sua proposta científica.

Campanhas como “Conciliar é legal” e “O dia nacional da conciliação”, e, posteriormente, providências como as previstas na Resolução nº 125/2010, que tornam obrigatória a manutenção de núcleos de métodos consensuais de solução de conflitos em todos os tribunais brasileiros, refletem o relevante trabalho que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ desenvolveu no sentido de difundir as práticas conciliatórias entre juristas e leigos, favorecendo a melhor compreensão e maior utilização do instituto.

As ações do Conselho Nacional de Justiça incluíram campanhas, treinamentos de conciliadores e implementação de uma legítima política pública de modo a favorecer essa mudança de paradigma – da mentalidade do litígio para a cultura do consenso – e, em alguma medida, influenciaram o texto da Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, na qual se vê uma maior abertura para as soluções colaborativas, bem como na promulgação da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação judicial e extrajudicial e apresenta exigências mínimas para a atuação do mediador judicial.

O impacto do trabalho do CNJ é significativo, e seus resultados já são percebidos pela sociedade, especialmente nos âmbitos do direito das famílias e das relações consumeristas, em razão da liberdade que confere às partes para a tomada de decisão – um reforço para a chance de cumprimento espontâneo. No direito do trabalho, em que a prática conciliatória já era bem presente, a Lei nº 13.467/2017 inovou ao ampliar, de forma tão significativa, uma preocupação

inversa, no sentido de que a liberdade negocial possa restringir direitos constitucionalmente protegidos, em razão do potencial de autodeterminação das partes que emerge do seu conteúdo.

No âmbito do direito dos danos, todavia, os efeitos são inexpressivos. Especialmente nos casos de danos extrapatrimoniais, compensação das perdas e danos, há espaço para muitas análises em razão do caráter de subjetividade e da amplitude de possibilidades de dano. A carência de uma conciliação mais propositiva nas ações que envolvem danos extrapatrimoniais pode ser atribuída a vários fatores, inclusive por razões específicas de cada demanda, as quais não se poderia pretender individualizar neste estudo. Acredita-se que as razões subliminares, de caráter estritamente pessoal e com viés emocional, são, sem sombra de dúvidas, as que mais impedem o acordo de ganho mútuo. Entretanto, esses motivos, derivados da subjetividade humana, seriam exatamente os mesmos que justificariam a busca pela resolução de forma consensual.

Quando o dano tem natureza extrapatrimonial, causa lesão aos direitos de personalidade e fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a possibilidade da resolução da demanda, por meio de acordo, é reduzida. De algum modo, faz parte do imaginário coletivo a probabilidade de ganhos generosos, quando as estatísticas comprovam que, no Brasil, quase 70% das demandas resultam em indenizações não superiores a R\$5.000,00 (cinco mil reais).¹

A responsabilidade civil, especialmente a temática do dano moral, tem sido considerada remédio para várias situações danosas, ora envolvendo direitos reais, ora envolvendo direitos de personalidade; atende a danos decorrentes de ato ilícito, ampara vítimas de abuso de direito ou, ainda, acolhe pretensões decorrentes de interesses não positivados, mas igualmente merecedores de tutela. Além da função reparadora, uma multiplicidade de funções que lhe têm sido atribuídas e uma série de situações nunca antes previstas têm sido incorporadas ao universo dos danos indenizáveis, incluindo a “função promocional”.

Com isso, a função do dano moral tem sido ampliada e seus parâmetros se tornado cada vez mais complexos para os intérpretes. A doutrina, especialmente a que adota a interpretação constitucional do direito civil, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, justifica a ruptura dos postulados históricos da responsabilidade civil, ligada à culpa do agente, e transmuda-se para uma preocupação voltada para a eficaz proteção da vítima e seu pronto restabelecimento, seguindo a tendência do Código Civil de 2002 para objetivação. Uma superação da exclusividade da regra geral da responsabilidade civil subjetiva, assentada no

¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. Dano moral no Brasil. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 37, nov. 2011. p. 15. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/68>. Acesso em: 29 out. 2017.

Código Civil de 1916, e a instituição de um regime dualista de responsabilidade, que favorece uma paulatina atenuação das fortes marcas do direito civil – o individualismo, o patriarcalismo e o patrimonialismo.²

A “erosão dos filtros da reparação” e o “ocaso da culpa”, que resultaram na superação desse quesito como essencial para a responsabilização, decorrem, segundo Schreiber,³ de vários fatores, entre eles, pode-se destacar, o aspecto ideológico liberal dos juristas da Modernidade, hábil a favorecer amplo espaço para a atuação de particulares que somente poderiam ser responsabilizados em casos de mau uso da liberdade individual. A responsabilidade coletiva era inadequada para a época, pois sua consequência ultrapassava a esfera de cada indivíduo. A culpa, por sua vez, estava ligada a aspectos psicológicos, morais e até religiosos, feições individualizadas da conduta do autor do dano, muitas vezes de difícil comprovação, o que resultava em verdadeira injustiça perante a vítima. Com o surgimento da teoria do risco, foi possível ampliar o sistema de responsabilidade com base no princípio da solidariedade, mais adequado aos valores sociais da Contemporaneidade.

A despeito desse quadro evolutivo da responsabilidade civil, o instituto apoiado em cláusulas gerais carece de interpretações mais claras e mais uniformes e de atuação mais promocional. A ausência de parâmetros mais assertivos vem multiplicando as jurisprudências apoiadas em institutos estrangeiros, como exemplo, a indenização punitiva, que reforça a característica repressiva do direito e reabilita a importância da culpa individual e da busca por um culpado, em contramão a uma tendência do direito de caráter promocional, de incentivo das boas práticas.

As sanções positivas e os estímulos como vetores de uma sociedade mais solidária parecem mais afinados com os valores vigentes no ordenamento jurídico e com as premissas do direito civil, e entre estes estímulos está a utilização da mediação nos casos de danos extrapatrimoniais, que podem ter resultados positivos, mesmo sem a prova cabal da culpa, além de ser solução compatível com o sistema jurídico vigente no Brasil.

Assim, embora ainda seja a indenização por dano moral associada, por alguns, ao enriquecimento sem causa, não se vê quase nenhum esforço no sentido de promover a transformação do conflito envolvendo danos, como é proposto pelos métodos dialogados, com proposições cooperativas, práticas que deveriam ser incentivadas.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 178.

³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11-17.

O objetivo deste trabalho é esclarecer como as técnicas consensuais de solução de conflitos podem ser interessantes nos casos de danos morais, havendo pontos de convergência entre os dois institutos e apresentando o estímulo à utilização adequada deste método, por ser apto a promover, de modo mais eficaz, o reestabelecimento das pessoas atingidas na sua dignidade e uma maior estabilidade das relações sociais.

Acredita-se que as soluções amigáveis de conflito se conciliam com a função central da indenização dos danos e valorizam aspectos coincidentes dos dois institutos com a valorização das emoções como forma de reestabelecer o *status quo ante* e contribuir para o objetivo constitucional da promoção de uma sociedade livre, justa e solidária. O método utilizado na pesquisa possui base bibliográfica, com balizamento teórico da metodologia civil constitucional, e como marco temporal e normativo a Constituição Federal de 1988.

A exposição da pesquisa está estruturada em duas partes, das quais a primeira parte tem o sentido de contextualizar o leitor sobre a problemática da interpretação dos danos no Brasil, especialmente dos danos não patrimoniais, pela falta de critérios, pela abrangência de suas cláusulas gerais e ainda em razão da adoção de funções não previstas na legislação e não contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A segunda parte demonstra os aspectos que favorecem a utilização dos métodos consensuais para a solução de conflitos que envolvam danos extrapatrimoniais e podem ser associados à função promocional da responsabilidade civil, fortalecendo o instituto.

2 Breve exposição sobre a interpretação dos danos extrapatrimoniais no direito brasileiro

A atual reponsabilidade civil tem como marco regulatório no Brasil a Constituição Federal de 1988, com o expresse reconhecimento da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X, da CF/88). A partir desse momento, a atividade judiciária sobre a temática do dano extrapatrimonial se tornou intensa, pois, ao contrário dos danos patrimoniais, bem definidos entre o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente se deixou de ganhar, não ficaram estabelecidos critérios para o cálculo dos danos extrapatrimoniais.

A compreensão de que os riscos assumidos por uns podem gerar danos aos direitos de outros e de que esses riscos são imprevisíveis, e por isso mesmo não podem ser abarcados por normativos literais, levou o legislador à edição de uma norma ampla, passível de aplicação em infundáveis hipóteses. Assim foram estabelecidas três cláusulas gerais: a da responsabilidade subjetiva (art. 186 do Código Civil), a do exercício abusivo do direito (art. 187 do Código Civil) e a da

responsabilidade objetiva (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) para o autor do dano, cujas atividades desenvolvidas impliquem riscos para outros.

Essas cláusulas gerais estão aptas a proteger todo e qualquer interesse merecedor de tutela pela ordem jurídica vigente, não restringindo o escopo de atuação somente ao que já foi tutelado pela lei. Tem-se que “a noção de merecimento de tutela representa justamente o reconhecimento de que a eficácia de certa conduta particular é compatível com o sistema e, por isso, deve ser protegida”,⁴ donde se pode inferir que a conduta incompatível com os valores do sistema, mesmo que não esteja instituída como ato ilícito ou abusivo de direito, deve ser ensejadora do dever de indenizar simplesmente por atingir um interesse merecedor de tutela.

Essa medida, sem dúvidas, resultou em vantagens para as vítimas de situações danosas, especialmente as atingidas pelo risco do desenvolvimento, pelos danos não previstos, situações que não se configuram como ilícitos, mas que são injustas, pois atingem direito subjetivo absoluto.⁵ Para as vítimas foi assegurado o direito à reparação proporcional e, com isso, acredita-se viabilizado o objetivo maior da responsabilidade civil: garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas e sociais ao certificar que a vítima deve retornar ao seu *status quo ante*.

O retorno da vítima à situação em que se encontrava anteriormente é o objetivo mais importante da responsabilidade civil, enfatizado pelo princípio da reparação proporcional do dano, traduzido no art. 944 do Código Civil brasileiro: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. O objetivo da responsabilidade civil é tornar estável a relação que se desequilibrou. Sua função é, *a priori*, essencialmente compensatória.

O processo de mudança teórica e metodológica no direito civil permitiu a sua compreensão no contexto normativo constitucional, na complexidade e unidade do ordenamento jurídico e no pluralismo de fontes do direito, e, ainda, confluiu para o desenvolvimento de uma teoria da interpretação não restrita à subsunção do fato à norma, não limitada à aplicação literal da lei.⁶ Uma interpretação que não aprisiona o intérprete, permitindo-lhe criar, mas sempre respeitando os valores constitucionais.⁷

⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014. p. 77.

⁵ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 583.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 75-86.

⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

A ausência de critérios bem definidos decorre da própria natureza do direito protegido e a amplitude das cláusulas gerais da responsabilidade civil (arts. 186, 187 e 927 do Código Civil) associadas aos princípios constitucionais. Fica a cargo da jurisprudência a incumbência de “definir uma política para tratamento dos danos acidentais em geral”.⁸

Um exemplo dessa atuação judicial é o crescente reconhecimento de indenização no caso do *dano injusto*, influenciado pela doutrina e pela jurisprudência italiana. Na ocorrência do *dano injusto*, é possível a aplicação da reparação à simples ocorrência de ofensa a interesses legítimos, juridicamente protegidos. Nesses casos, não há uma exigência de ocorrência de um ilícito, nem de um abuso de direito, pois nessa interpretação fica ampliada a área de incidência da responsabilidade civil para além do direito subjetivo absoluto.⁹

Outro exemplo é o arbitramento de valor para além do dano efetivo, como na já mencionada indenização punitiva, derivada da *common law*, cujo objetivo é aplicar uma punição que desestimule o ofensor, de modo a não empreender o mesmo erro; e também servir de referência aos demais membros da sociedade para não cometer atos como aquele que gerou dano.

Em razão da sua estrutura simples e flexível, têm-lhe sido atribuídas as funções punitivas, pedagógicas e preventivas pela jurisprudência e ratificadas nas Jornadas de Direito Civil pela interpretação doutrinária, como se pode ver no Enunciado nº 379 da Jornada de Direito Civil, que reconhece a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil, e no Enunciado nº 446 da Jornada de Direito Civil, que reconhece a função preventiva. Este último enunciado ainda aduz que na responsabilidade civil não se deve levar em consideração apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

A criatividade na aplicação do dano não patrimonial e na construção de novos significados é inerente ao processo de interpretação do direito, e não deve, por isso, ser percebida como um problema. Nos exemplos dados, da indenização em decorrência do dano injusto e da indenização com função punitiva, tem-se a percepção clara da inovação dos intérpretes e dos interesses que visam proteger. Resta a dúvida se tais inovações jurisprudenciais são benéficas para os dois polos da relação processual e se tais medidas poderiam comprometer a estabilidade do direito dos danos. Também se questiona se essas interpretações estão protegendo interesses de toda a coletividade ou simplesmente interesses individuais, como, aliás, é bem próprio da tradição civilista.

⁸ PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, §único do Código Civil. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 91-107, 2005. p. 101.

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197.

A interpretação criativa traz uma séria responsabilidade para os intérpretes, pois, no caso do dano moral, deve-se considerar que, no Brasil, é uma figura jurídica recente; e além de existir há pouco tempo, aproximadamente 30 anos, é imprescindível rememorar que o instituto enfrentou sérias dificuldades de assimilação, tendo sido considerado, como dito acima, até como enriquecimento ilícito. Ou seja, é um instituto relativamente jovem, ainda em fase de buscar equilíbrio.

Também estigmatiza o dano moral o fato de ser vulgarmente reconhecido como de aplicação sem limite e sem critério, marca quase indelével que influencia muito nas pré-compreensões do intérprete. Para romper esse preconceito, pesquisas quantitativas, como as desenvolvidas por Bruno Salama, revelam:

[...] não há indícios de que a falta de critérios legislativos de cálculo tenha levado a uma situação de desrespeito ao princípio da igualdade. Pelo contrário, a análise das constelações de casos frequentes indica uma razoável consistência das decisões com relação a valores.¹⁰

Das primeiras preleções sobre responsabilidade civil, adotadas pela jurisprudência francesa, às lições contemporâneas, a temática da indenização tem alcançado de modo cada vez mais eficaz, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, os valores da ordem constitucional vigente, favorecendo a socialização dos riscos. O princípio da solidariedade social promoveu radical transformação na própria função atribuída a este ramo jurídico, especialmente por meio de uma gradativa conscientização de que o escopo fundamental da responsabilidade civil não deve ser a repressão a condutas negligentes, mas a reparação dos danos sofridos.¹¹

Para Maria Celina Bodin, a responsabilidade civil tem forte compromisso com a solidariedade social, ao posicionar no centro da temática a vítima e a sua reparação, superando antiga necessidade de se identificar um culpado. Identificar o ofensor, aferir o grau da sua culpabilidade, sua capacidade econômica individual, distanciam-se do modelo de justiça distributiva e de solidariedade social. Na opinião da autora, a responsabilidade objetiva consolida-se como regra.¹²

Percebe-se que a corrente civilista formalmente se volta em favor de uma solução a partir da socialização dos riscos. Esta preocupação, a despeito de todo o esforço civil constitucional, ligada a valores sociais e comunitários, permanece sob uma ótica individualista, pois descontextualizada do aspecto social e econômico do direito. Em outras palavras, justifica-se nos valores sociais a utilização

¹⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. Dano moral no Brasil. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 37, nov. 2011. p. 53. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/68>. Acesso em: 29 out. 2017.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224-225.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 253.

das funções extravagantes, mas ela não tem se revertido em favor do coletivo, não é destinada a um fundo coletivo, que, a exemplo do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, instituído pela Lei nº 7.347/85, tenha um objetivo igualmente coletivo, supraindividual. Em regra, segue para a vítima com exclusividade,¹³ restabelece-se o equilíbrio rompido, mas não atenua as duras marcas deixadas pelo trauma, pela dor, pela mágoa, pois estas questões não são tratadas na frieza do direito processual. Estes sentimentos não transformados permanecem na pessoa e na sociedade.

Nesse tocante, questiona-se o real interesse da sociedade, pois, pelo que se percebe, a busca pela indenização adequada não tem levado à compreensão aparentemente mais justa e menos onerosa, que seria proporcionada pela investigação de sistemas que pudessem reduzir os acidentes e a averiguação de modelos capazes de promover a atenuação dos riscos e de adotar medidas de segurança mais eficazes.

Sob o ponto de vista social e econômico, as formas consensuais de resolução de demandas envolvendo danos extrapatrimoniais apresentam-se com

¹³ “RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHO RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO POR PREMATURIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ [...] 5. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos. 6. *Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito.* 7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944). [...]” (STJ, 4ª T. Resp nº 1.440.721/GO. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11.10.2016). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE INTERNAÇÃO DE CRIANÇA PORTADORA DE CÂNCER SOB O FALSO PRETEXTO DE AUSÊNCIA DE LEITOS DISPONÍVEIS - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO DA CONSUMIDORA PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, MAJORANDO O QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. 1. *Indenização por dano moral majorada de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).* Flagrante irrisoriedade em razão de peculiaridade constatada no caso concreto. Hipótese em que reconhecido o abalo extrapatrimonial decorrente da recusa de internação de paciente portadora de doença grave, em situação de emergência, porque integrante do rol de pacientes não “rentáveis”. Flagrante má-fé inserida na conduta discriminatória do nosocômio. *Necessária garantia da função pedagógico-punitiva da reparação. Enriquecimento sem causa da vítima não configurado.* Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. *Agravo regimental desprovido*” (STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 578.903/DF. Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.11.2015).

elevado grau de compatibilidade ao sistema jurídico pátrio e podem ser bastante eficazes. Além disso, oferecem características que devem ser valorizadas como economia para o sistema judiciário e para as partes, e que seriam um real contributo à paz social: maior grau de eficácia no cumprimento dos acordos e de forma mais ampla, e até mesmo a possibilidade de um atendimento ao emocional das partes, que se dá no momento da escuta ativa e da separação clara entre as pessoas e os problemas.¹⁴

3 A mediação como instrumento para solução de conflitos em responsabilidade civil

A proposta de alcançar uma justiça social é tão ampla, que, à primeira vista, é tida por utópica. Embora a busca da paz social, por meio da gestão consensual dos conflitos, não seja algo tão imediatista, a utilização destes pode contribuir para uma maior harmonia entre os cidadãos e para um modelo ideal de justiça.¹⁵

Este ideário é sustentado pelo princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF/88), que, assim como busca a harmonização da sociedade e igual distribuição da justiça, dá a garantia de equilíbrio nas suas relações intersubjetivas e negociais, sendo suporte tanto para as soluções pacíficas dos conflitos quanto para a responsabilidade civil.

A solidariedade é, pois, um imperativo que deverá ser considerado em todas as hipóteses de aplicação do direito e, nos casos dos danos, deve-se abandonar a visão individualista associada tradicionalmente ao direito privado e voltar-se para a leitura do problema também sob o ponto de vista do outro. A adoção deste princípio valoriza a técnica de consenso, pois se centra na perspectiva de cooperação.

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta o aspecto de cooperação inserido na conjuntura da solidariedade, quando afirma que o objetivo deste princípio “contraria a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado, presentes em situações jurídicas subjetivas de cunho patrimonial”. A autora considera a perspectiva solidarista da Constituição Federal brasileira em que a cooperação, a igualdade e a justiça social advertiram e impuseram limites à liberdade individual, não para desconsiderá-la, mas para colocá-la no contexto da convivência harmônica dos homens.¹⁶

¹⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. Técnicas de mediação de conflitos e técnica da reformulação – Novo paradigma e nova formação para os profissionais do direito. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 21, n. 3, p. 940-958, 2016. p. 5. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 25 set. 2017.

¹⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 33-34.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 264.

Para a realização de uma justiça distributiva, que se coaduna com a desejada paz social, o Estado precisa intervir, agir promocionalmente no desenvolvimento da economia, que é instrumento que possui para buscar superar as desigualdades, realizar a justiça e consolidar a democracia. O direito privado não é mais o da vontade individual e da liberdade e o direito público não é mais o da autoridade, dicotomia superada e substituída pela noção de unidade do ordenamento e promoção dos valores constitucionalmente previstos.¹⁷

Os estudos sobre as possibilidades de transformação dos conflitos, por meio das soluções, mostram que as mudanças na forma de ver os problemas possuem relevante valor para as partes (liberdade) e para a sociedade (solidariedade). O empoderamento das partes e a conscientização dos seus reais objetivos permitem que elas tomem as suas próprias decisões.¹⁸

Esse caráter transformador também é destacado por Warat, que faz um importante alerta no sentido de que o conflito que se busca resolver não é o conflito interno da pessoa, mas relacional: “A mediação, comprometida com a sensibilidade, rejeita o valor da conflitividade interior. Não descarta o valor positivo do conflito com o outro”.¹⁹ Neste mesmo sentido, Folger e Bush afirmam que os conflitos internos devem ser tratados por profissionais da psicologia.²⁰

Para essa autonomia e convicção decisória, é necessário também se colocar no lugar do outro e respeitá-lo.²¹ Essas variações na forma de ver os conflitos podem ser significativas para uma solução amigável de danos não patrimoniais, especialmente quando o que é atingido é a dignidade da pessoa. Nesses casos, é essencial que, além da descrição dos fatos, seja permitido às partes expor os sentimentos.

Considerar que “há fatos nos sentimentos” e consentir a livre manifestação deles, garantindo uma escuta ativa, podem revelar elementos que estão sendo relevantes para a parte lesada e garantir a melhor compreensão por parte do causador do dano. Essa prática não pretende que os sentimentos sejam eliminados do contexto factual, mas que sejam reorientados e que sejam conhecidas as suas fontes como modo de reconhecer a sua essência.²²

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 21-32, 1993. p. 26.

¹⁸ FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Barush. Mediação transformativa e intervenção de uma terceira parte: 10 características de uma abordagem transformativa para a prática. *Mediation Quarterly*, San Francisco, p. 74-89, 1994. p. 75.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 85.

²⁰ FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Barush. Mediação transformativa e intervenção de uma terceira parte: 10 características de uma abordagem transformativa para a prática. *Mediation Quarterly*, San Francisco, p. 74-89, 1994. p. 75.

²¹ URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 91.

²² FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Barush. Mediação transformativa e intervenção de uma terceira parte: 10 características de uma abordagem transformativa para a prática. *Mediation Quarterly*, San Francisco, p. 74-89, 1994. p. 79.

Nesse mesmo sentido, Ficher e Ury destacam a importância de permitir que o outro fale sobre o que sente (desabafo).²³ Essa prática, segundo os autores, permite a descarga psicológica por meio do processo de relato das mágoas, mas é condição que de fato seja feito diante de alguém que esteja realmente atento ao que está sendo dito. Essa prática permite que as emoções sejam liberadas e não contaminem a negociação. E, além disso, essa escuta ativa e a busca por uma resposta colaborativa, além de ter maior chance de eficácia, ante a voluntariedade da sua adesão pelas partes, têm também outra grande vantagem: a minimização dos danos indiretos, ou seja, aquelas questões subjacentes ao dano principal.

Warat afirma que “quase todos os muros são construídos em função da maneira como os parceiros respondem aos conflitos”. O autor fala que não é fácil se colocar no lugar do outro, mas destaca que “os vínculos nunca poderão ser satisfatórios sem processos de autocompreensão da dinâmica das suas relações. Entendendo como funcionamos nos vínculos, nos relacionamentos, temos a oportunidade de aprender e de nos transformar”.²⁴

Criar opções de ganhos mútuos, normalmente expressos como “ganha-ganha”, é uma das importantes lições dos métodos consensuais que podem ser trazidos para a solução de litígios de danos extrapatrimoniais, inclusive porque muitos problemas são repercussões da falta de respeito ao outro, aos seus valores e às suas dores emocionais.

Ury retrata a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, quando afirma que “para respeitar o outro não é preciso aprovar o comportamento da outra parte, nem mesmo gostar das pessoas. Apenas precisamos fazer a escolha de tratar todo mundo com a dignidade que é direito inato de todos os seres humanos”.²⁵

Quando o autor considera não ser necessário aprovar o comportamento da outra pessoa, nem mesmo gostar dela, ressalta a importância de, nas práticas negociais, “separar as pessoas dos problemas”. Isso é relevante nos casos dos danos, especialmente dos danos morais, porque o nível de relacionamento tende a se embaralhar com o problema.²⁶ Nesse ponto, é perceptível, por exemplo, que a vítima espere receber uma indenização muito maior que a extensão do dano sofrido em razão do poderio econômico do ofensor, o que seria incompatível com a função compensatória da responsabilidade civil e terminaria por caracterizar o enriquecimento ilícito.

²³ URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 51.

²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 85-90.

²⁵ URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 91.

²⁶ URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 51.

É necessária a atenção para alguns pontos: a concentração nos interesses, o abandono das posições, a busca por interesses múltiplos ou até mesmo comuns, a melhoria da comunicação e o respeito ao que o outro valoriza. Esses pontos são condicionantes para um bom acordo²⁷ e não mudam quando o tema é dano extrapatrimonial.

Em paralelo, a postura de imparcialidade e de confidencialidade na gestão do conflito por parte do terceiro facilitador ressalta que as pessoas devem tomar as decisões de forma muito consciente quanto aos seus direitos e às suas opções. Analisando a mediação de conflitos como mecanismo de solução, percebe-se, especialmente com uma análise comparada com a doutrina norte-americana, que em sua aplicação existe um *spectrum* que vai desde o que chamam de mediação transformativa, passando pela mediação facilitativa e chegando à mediação avaliativa.²⁸ A transformativa é aquela cuja interferência do mediador se volta para a transformação do conflito e do comportamento das pessoas envolvidas no conflito; na facilitativa, a mediação se volta para as técnicas de facilitação de diálogo e comunicação entre as partes, não analisando juridicamente as questões ou sugerindo soluções; e a mediação avaliativa busca facilitar o diálogo, mas tem um foco maior na avaliação da causa, sendo essa avaliação jurídica de possibilidades de ganhos ou perdas naquele tribunal (análise jurisprudencial).

Ao se comparar com a prática da gestão de conflitos no Brasil, identifica-se a mediação facilitativa com a mediação mais disseminada no Brasil e a mediação facilitativa com conciliação. Ressalta-se que, dentro da prática atual da mediação, a mediação transformativa se identifica especialmente com aquelas mediações desenvolvidas para conflitos que envolvem questões com foco na pacificação ou reconstrução de laços. São sutilezas que devem ser percebidas para que o mecanismo esteja adequado ao conflito apresentado. Assim, a cada conflito vivenciado, devem-se avaliar suas peculiaridades e o que será necessário para sua adequada solução.

A mediação facilitativa, por suas peculiaridades, de trabalhar o diálogo participativo, inclusivo, de estimular a compreensão das emoções, de buscar conflitos reais escondidos em questões estritamente jurídicas (que normalmente são os problemas facilmente relatados durante o processo), trabalha a cooperação e resultados colaborativos para ganhos mútuos, adequa-se a conflitos que envolvem relações continuadas, complexas. Na mediação facilitativa, várias questões de

²⁷ FICHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – Como negociar acordos sem fazer concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Salomon, 2014. p. 39-69.

²⁸ RISKIN, Leonard L. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. *Harv. Negot. L. Rev.*, v. 1, 1996. p. 7. Disponível em: <<https://www.mediate.com/articles/riskinL2.cfm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ordem prática (como tempo do processo, custas etc., podem ser faladas, mas não são centrais), pois as peculiaridades dos conflitos demandarão foco na descoberta dos conflitos e nas novas possibilidades de construir soluções, muitas vezes não jurídicas. As questões jurídicas serão pano de fundo, depois de solucionados os reais problemas, fáceis de chegar a consensos.

A mediação avaliativa ou a conciliação brasileira, por em sua estrutura estimular o diálogo com foco no acordo, podendo para tanto interferir no mérito das questões sugerindo soluções, por exemplo, adequa-se a questões que versem exclusivamente sobre patrimônio, pois em geral o conflito falado (muitas vezes a questão jurídica apresentada) é o real conflito, por isso não demanda maiores aprofundamentos. Ressalta-se que a conciliação deve contemplar as técnicas da gestão consensual de conflitos, diferentemente do que segue disseminado no Brasil, em que a conciliação é realizada de forma inadequada, despreparada e muitas vezes não segue além da pergunta “tem acordo?”.

Na mediação avaliativa ou numa conciliação bem realizada, portanto, examina-se a questão conflituosa que, muitas vezes, envolve análise prévia dos documentos e relatórios apresentados pelas partes, sessões conjuntas e sessões privadas. Em seguida, o mediador utiliza referências de julgados anteriores, situações mercadológicas e sua experiência pessoal para iniciar o diálogo. Pode, inclusive, se perguntado, sem imposições, expor a sua opinião e as soluções que julgar mais apropriadas. Vários fatores devem fazer parte dessa análise, inclusive os gastos com honorários advocatícios e outras despesas para o acompanhamento do processo e, ainda, o tempo de duração do processo, por exemplo. As pessoas escutam, dialogam, consultam seus advogados e tomam as decisões.

Os conflitos gerados em função de lesões aos direitos extrapatrimoniais são considerados conflitos complexos, pois, além das questões pessoais emocionais, podem estar ligados a relações permanentes ou continuadas, como as questões que envolvem família (danos por abandono afetivo, danos decorrentes de alienação parental, danos nas relações conjugais), relações de trabalho (dano existencial e danos decorrentes de assédio moral) ou relações de vizinhança (danos decorrentes do exercício abusivo do direito de propriedade).²⁹

Deve-se considerar que alguns danos apresentam repercussão na órbita criminal, e podem atingir também interesses públicos. Outros danos refletem na

²⁹ Riskin (1996) reconhece 4 níveis: 1) questões litigiosas (*litigation issues*); 2) interesses “comerciais” (*business interests*); 3) questões pessoais/profissionais e relacionais (*personal/professional/relational issues*); 4) interesses da comunidade (*community interests*) (SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – Estabelecendo diferença e discutindo riscos. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 1, p. 20-32, 2011. p. 23. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/3267/2049>>. Acesso em: 25 set. 2017).

ordem econômica, atingindo direitos difusos e coletivos dos consumidores. Nesta senda, não é incomum encontrar polos adversariais com posturas e poder econômico bem diversos, e ainda com propensões distintas: um lado com questões pessoais, o outro com interesses estritamente comerciais.

Nesses casos, o processo de gestão de conflitos, por sua complexidade e envolvimento de muitas emoções que podem não permitir o diálogo sobre os reais problemas envolvidos, necessita que a discussão seja qualificada e que permita um aprofundamento no qual as pessoas consigam identificar os reais problemas para que a solução seja eficaz e estimule a pacificação. A mediação facilitativa é o mecanismo mais indicado. Ressalta-se, no entanto, que as pessoas precisam estar bem assessoradas por advogados que garantam uma orientação jurídica qualificada, utilizando estratégias que permitam às partes entender quais as reais chances de êxito da demanda no Judiciário, sem esquecer que essas pessoas deverão ser capazes de participar diretamente do diálogo, para construir a melhor solução.

Questiona-se, no entanto, se a mediação avaliativa seria interessante para esses casos, uma vez que se percebe que as pessoas não possuem informações adequadas sobre a orientação jurídica do caso ou sobre as decisões jurisprudenciais, o que poderia levá-las a tomar decisões que as prejudicassem e que, conseqüentemente, gerassem uma insatisfação maior. Para esse questionamento, é importante ressaltar que se devem observar as diversas nuances dos conflitos – o que eles necessitam? Muitas vezes, se for apresentada inicialmente uma análise jurídica ou jurisprudencial do problema falado, pode-se gerar um efeito de “ancoragem” e as pessoas não conseguirão discutir além dessas informações. Dependendo da complexidade das relações do caso concreto, uma vez colocadas as questões jurídicas ou a análise jurisprudencial, pode acontecer de não se conseguir discutir os problemas reais e dificilmente se alcançará uma solução consensual.

Deve-se considerar, inclusive, que a mediação avaliativa ou a conciliação podem, a depender da forma com que forem conduzidas, prejudicar a autodeterminação das partes, elemento essencial na mediação. Outro questionamento refere-se à possibilidade de se iniciar uma sessão com a mediação facilitativa e, a pedido das partes, o mediador possa fazer uma avaliação, como acontece na Califórnia.³⁰ Importante ressaltar o cuidado nesse procedimento, pois as partes

³⁰ No estado da Califórnia a mediação avaliativa é obrigatória em casos de guarda de menores como forma de garantir o melhor interesse do menor (SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – Estabelecendo diferença e discutindo riscos. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 1, p. 20-32, 2011. p. 28. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/3267/2049>>. Acesso em: 25 set. 2017).

podem (mesmo tendo solicitado) passar a sentir que o mediador deixou de ser imparcial.

No Brasil, as formas mais usuais de condução das sessões são a conciliação e a mediação. Isso implica considerar que o mais importante para a prática colaborativa é a adequada capacitação e formação interdisciplinar entre mediadores e conciliadores, permitindo que eles desenvolvam as suas atribuições e que compreendam a complexidade que a atividade requer.³¹ Além disso, ressalta-se como fundamental a participação dos advogados para garantir que seus clientes estejam cientes de seus direitos e deveres, das orientações jurisprudenciais sobre o caso e de todas as informações necessárias para o processo de construção de um consenso. É imprescindível que a participação das pessoas seja adequada e consistente.

A mediação de conflitos realizada de forma adequada traz a possibilidade de buscar soluções para os conflitos, de modo a atender ao real objetivo de reparação desejado pela vítima e de precaução esperado pela sociedade. A atual visão da responsabilidade civil, não obstante vise à função tradicional compensatória, busca promover modelos que sejam, ao mesmo tempo, compatíveis com o sistema jurídico vigente e promotores dos valores constitucionais da solidariedade e da justiça social.

A predominância histórica do caráter repressivo do direito limitou a responsabilidade civil a reparar o dano sofrido como se este somente pudesse ser consequência do ato ilícito. E essa característica, de certo modo, influenciou a recepção da indenização de caráter punitivo, como medida de desestímulo a situações danosas.

Contudo, a responsabilidade civil já contempla a possibilidade de tutelar interesses e de impor a reparação do dano mesmo que não tenham sido derivados de ato ilícito – nos casos de dano injusto. E, além dessa função compensatória, a responsabilidade civil pode (e deve) estimular as condutas positivas – “A função promocional do direito lança mão das chamadas sanções positivas, consubstanciadas em incentivos ou privilégios proporcionados pela ordem Jurídica” –,³² visto que tais medidas seriam mais eficazes e mais condizentes com a diretriz constitucional.

³¹ SALES, Lília Maia de Moraes. Técnicas de mediação de conflitos e técnica da reformulação – Novo paradigma e nova formação para os profissionais do direito. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 21, n. 3, p. 940-958, 2016. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 25 set. 2017.

³² SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014.

Rosenvald sugere que devem existir deveres positivos que estimulem os indivíduos ao altruísmo e reputa nas virtudes positivas, incitadas pelo senso de solidariedade de Adam Smith (em *Teoria dos sentimentos morais*), a possibilidade de reforçar a função promocional da responsabilidade civil. Para a propagação da solidariedade, é importante a apreensão de que comportamentos beneméritos geram ganhos sociais.³³

Partindo da ideia da função promocional da responsabilidade civil, e associando os dois institutos em estudo no presente artigo, pode-se sugerir a mediação como opção para solução de conflitos envolvendo danos. Indica-se um modelo de incentivo no qual as pessoas causadoras dos danos sejam estimuladas a participar do processo de mediação, ficando ao seu encargo o custeio de todo o processo, que incluiria desde estudos preparatórios, feitos por profissionais da área específica da qual o dano emergiu, e advogados.

Nesses moldes, seriam apresentadas, pelos profissionais especializados, medidas de atenuação dos riscos e de segurança mais eficazes que poderiam ser adotadas para a redução de acidentes semelhantes ao fato gerador da demanda. Far-se-ia uma verdadeira análise dos impactos sociais e econômicos do problema, de modo que os conflitos reais estivessem claros.

Acredita-se que com a real análise dos riscos pelo debate gerado entre as partes ter-se-ia uma positiva consequência na prevenção de riscos futuros. A par disso, a participação da vítima no debate poderia atenuar a marca de alguns danos extrapatrimoniais que eventualmente não possam ser objeto da indenização derivada do acordo, também viabilizando a reflexão de forma colaborativa.

Mesmo que não houvesse, ao final, um acordo, e a decisão fosse pela espera da decisão judicial, o julgamento razoável já não precisaria ter caráter repressivo em face do causador do dano, pois já ficaria demonstrado o esforço deste, inclusive financeiro, em evitar que outras situações iguais àquela pudessem ocorrer no âmbito do seu negócio. Ou seja, o desestímulo se operaria em via inversa, na via preventiva e não na via repressiva. Não poderia ser definida uma punição em dinheiro para o desestímulo da conduta, mas poderia ser atribuído ao agente causador do dano o dever de disponibilizar os estudos feitos e divulgar as informações de caráter preventivo, de modo que estas pudessem alcançar outros potenciais causadores de danos.

³³ ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 180-182.

Com isso, seriam eficazmente reduzidos os riscos, novas condutas poderiam ser seguidas pelo agente para não reiterar na atuação danosa e se evitaria uma indenização punitiva que pudesse caracterizar o enriquecimento ilícito para a vítima, por receber valor além da recomposição do dano sofrido. Nessa perspectiva, também restaria superado o problema decorrente da falta de referência quanto aos valores arbitrados como indenização punitiva – o gasto seria o necessário para os custos do processo de mediação, os estudos necessários e os advogados. Os custos seriam maiores ou menores de acordo com a natureza e a dimensão do negócio, e não fruto do arbítrio do julgador.

Esse modelo poderia reduzir muitos problemas envolvendo danos, pois muitos decorrem do próprio risco do desenvolvimento, algumas vezes sem identificação de uma conduta ilícita. Danos gerados por empresas, seja em relação de consumo ou não, poderiam se beneficiar deste aspecto da função promocional, pois a percepção do esforço do outro em solucionar o problema (arcando com os custos e buscando medidas preventivas) poderia gerar uma empatia que viabilizaria um acordo justo, com a satisfação de ambas as partes e a consequente harmonização das relações presentes e futuras.

4 Conclusão

A mentalidade da justiça colaborativa foi germinada e os resultados da investida podem ser contabilizados. A adoção mais incisiva dos métodos consensuais nos casos de danos seria de grande contributo, pois o real interesse da sociedade é de que se operem esforços para uma indenização mais justa, mais equilibrada, menos onerosa. Deseja-se que a vítima, na busca pela indenização pelo dano sofrido, não seja envolvida em mais uma situação de risco, de incerteza.

A corrente civilista tem se colocado em favor de uma solução a partir da socialização dos riscos, ligada a valores sociais mais amplos e a resultados mais duradouros. Entretanto, ainda se cultiva a semente paternalista, com foco exclusivo na reparação da vítima, descontextualizada dos impactos social e econômico do dano. Evidencia-se, pois, a necessidade de mais esforços no sentido de buscar nas soluções consensuais as respostas para as demandas envolvendo danos, em razão da sua celeridade, do seu baixo custo, mas especialmente em razão do seu potencial caráter transformador. O sistema jurídico processual também carece de investimento na capacitação das pessoas que conduzirão esses processos, sendo certo que não seriam suficientes treinamentos, mas conscientização e disponibilidade de estrutura laboral.

Apresenta-se, pois, como solução compatível com o sistema civil constitucional vigente, a sugestão de um modelo que possa unir os aspectos colaborativos e promocionais dos dois institutos. O estímulo à mediação facilitativa, como meio para soluções de casos envolvendo danos extrapatrimoniais, não oneraria o sistema judiciário e ainda poderia proporcionar resultados para além das pessoas envolvidas no caso concreto, pela multiplicação dos resultados dos estudos inerentes ao processo de construção do acordo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALES, Lilia Maia de Moraes; CARDOSO, Roberta Teles. A mediação como instrumento da função promocional da responsabilidade civil: uma alternativa para conflitos de natureza extrapatrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 103-121, jul./set. 2018.

Recebido em: 16.3.2018

1º parecer em: 3.5.2018

2º parecer em: 9.5.2018