

MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA E A NEGOCIAÇÃO ASSISTIDA NA ITÁLIA – UMA ALTERNATIVA PARA PROMOVER A MEDIAÇÃO NO BRASIL?*

MANDATORY MEDIATION AND ASSISTED NEGOTIATION IN ITALY – AN ALTERNATIVE TO PROMOTE MEDIATION IN BRAZIL?

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA E NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN ITALIA – UNA ALTERNATIVA PER PROMUOVERE LA MEDIAZIONE IN BRASILE?

RENATA CHRISTIANA VIEIRA MAIA**

RESUMO

A Itália, assim como o Brasil, vive uma crise na justiça civil devida sobretudo ao excesso de litigiosidade, o que acaba sobrecarregando o sistema de justiça civil que ocasiona uma demora excessiva na prestação jurisdicional. E a Itália, como alternativa para enfrentar a crise, instituiu a mediação obrigatória e a negociação assistida com o nítido objetivo de diminuir o acervo de processos e com isto diminuir o trabalho dos juízes. Embora muito criticada, a obrigatoriedade de se buscar estes métodos antes do ajuizamento da ação judicial, de um lado, não atingiu os escopos tal como pretendia o legislador, mas do outro, teve o condão de estimular o conhecimento e o seu uso ainda que de forma voluntária. Com isto, a indagação que se pretende responder é: se seria possível exigir a mediação obrigatória como etapa prévia como condição da ação no Brasil? O objetivo deste trabalho teve por condão analisar se o caminho escolhido na Itália com a implantação da mediação obrigatória e negociação assistida, seria uma alternativa viável a ser implantada no Brasil que, assim como a Itália, vive uma crise semelhante de excesso de acesso, com demora irrazoável do processo. A

ABSTRACT

Italy, like Brazil, is experiencing a crisis in civil justice, mainly due to excessive litigation, which ends up overloading the civil justice system, causing excessive delays in judicial provision. As an alternative to face the crisis, Italy instituted mandatory mediation and assisted negotiation with the clear objective of reducing the backlog of cases and thereby reducing the work of judges. Although much criticized, the obligation to try these methods before filing a lawsuit, on the one hand, did not reach its scope as intended by the legislator, but on the other, it had the power to stimulate knowledge and its use, albeit in a voluntarily. With this, the question we intend to answer is: whether it would be possible to require mandatory mediation as a prior step as a condition of action in Brazil? The objective of this work was to analyze whether the path chosen in Italy with the implementation of mandatory mediation and assisted negotiation would be a viable alternative to be implemented in Brazil which, like Italy, is experiencing a similar crisis of excess access, with unreasonable delay in the process. The methodology used to achieve the

* O artigo apresenta os resultados parciais da pesquisa por mim realizada enquanto cumpria o meu estágio como professora visitante na Università degli Studi di Firenze - UNIFI, com apoio da CAPES. Código de Financiamento 001

** Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora adjunta de Direito Processual Civil da UFMG. E-mail: renatacvmaia@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0251-5254>.

metodologia empregada para atingir os objetivos desta pesquisa foi o método de abordagem dedutiva indutiva e, sobretudo, comparativa. O resultado encontrado foi que a exigência da mediação de forma obrigatória na Itália é uma alternativa viável de ser implantada no Brasil, não só como meio para disseminar o conhecimento do método, como também o de diminuir o excessivo acesso ao judiciário por causas que podem ser resolvidas pelos próprios interessados.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à Justiça. Crise da Justiça. Métodos Autônomos de Resolução de Conflitos.

objectives of this research was the deductive, inductive and, above all, comparative method. The result found was that the mandatory requirement for mediation in Italy is a viable alternative to be implemented in Brazil, not only as a mean to disseminate knowledge of the method, but also to reduce excessive access to the judiciary for causes that may be resolved by the interested parties themselves.

KEYWORDS: Access to Justice. Justice Crisis. Autonomous Conflict Resolution Methods.

RIASSUNTO

L'Italia, siccome il Brasile, sta vivendo una crisi della giustizia civile dovuta principalmente all'eccessiva litigiosità, che finisce per sovraccaricare il sistema di giustizia civile, provocando un eccessivo ritardo della prestazione giurisdizionale. E l'Italia, come alternativa per fronteggiare la crisi, ha istituito la mediazione obbligatoria e la negoziazione assistita con il chiaro obiettivo di ridurre il numero delle cause e quindi ridurre il lavoro dei giudici, garantendo una ragionevole durata dei processi. Sebbene molto criticato, l'obbligo di provare tali metodi prima della domanda, da un lato, nonostante non ha raggiunto gli scopi previsti dal legislatore, ma dall'altro promuove la sua conoscenza e stimola a sua fruizione, anche in modo volontario. Con questo, la domanda a cui intendiamo rispondere è: sarebbe possibile richiedere la mediazione obbligatoria come condizione di pregiudizialità dell'azione in Brasile? L'obiettivo di questo lavoro è stato quello di analizzare se il percorso scelto in Italia con l'implementazione della mediazione obbligatoria e della negoziazione assistita sarebbe una valida alternativa da attuare in Brasile che, come l'Italia, sta vivendo una crisi simile di eccesso di accesso, con irragionevole ritardo della prestazione giurisdizionale. La metodologia utilizzata per raggiungere gli obiettivi di questa ricerca è stata il metodo deduttivo, induttivo e, soprattutto, comparativo. Il risultato riscontrato è che l'obbligo della mediazione in Italia rappresenta una valida alternativa da implementare in Brasile, non solo come mezzo per diffondere la conoscenza del metodo, ma anche per ridurre l'eccessivo accesso alla giustizia.

PAROLE CHIAVI: Accesso alla Giustizia. Crisi della Giustizia. Metodi Autonomi di Risoluzione dei Conflitti.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. MOVIMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO NA ITÁLIA; 2.1 – CRÍTICA CONTRA A OPÇÃO ESCOLHIDA PELO LEGISLADOR PARA ENFRENTAR A CRISE DA JUSTIÇA; 2.2 – DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA PRÉVIA COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA JUDICIAL; 2.2.1 – QUANTO A VOLUNTARIEDADE VERSUS OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO – UMA POSSÍVEL INCONGRUÊNCIA?; 3 - DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO AUTÔNOMOS DE CONFLITOS NA ITÁLIA; 3.1 DOS VÁRIOS PROCEDIMENTOS DE MEDIAÇÃO; 3.1.1 DA MEDIAÇÃO FACULTATIVA; 3.1.2 DA MEDIAÇÃO

OBRIGATÓRIA; 3.1.3 DA MEDIAÇÃO DEMANDATA OU ORDENADA PELO JUÍZO - IUSSU IUDICIS; 3.1.4 DA MEDIAÇÃO CONTRATUAL; 3.2 DA NEGOCIAÇÃO ASSISTIDA – NEGOZIAZIONE ASSISTITA; 3.3 DAS PARTES E SEUS PROCURADORES; 4. DA CONCILIAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL ATÉ O SÉCULO XIX; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Há muito se houve falar sobre a crise da justiça. E quando se menciona “crise da justiça civil, a crítica é dirigida exclusivamente aos(...): custos e duração excessivos”¹ dos processos judiciais. Não obstante, existem muitos outros fatores que também devem ser considerados, tais como escassez de juízes, servidores e comarcas, excesso de recursos, excesso de litigiosidade, “falhas da organização judiciária, deficiência na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial”².

E desde há muito vem sendo buscados e tentados alguns remédios para tratar, gerir e até mesmo eliminar essa crise, e, dentre eles, destaca-se, a partir do final da década de 90, o incentivo ao uso dos meios alternativos ou autônomos de resolução de conflitos. Estes métodos surgem quando o próprio Estado percebe que “não seria capaz de dirimir toda a massa de controvérsias levada aos tribunais”, permitindo renascer, como observado por Ada Pellegrini Grinover, “o interesse para as modalidades não jurisdicionais de solução de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social.”³

E se por muitos anos o acesso à justiça era visto apenas como aquele exercido pela justiça estatal, o que se observa é que este monopólio, pouco a pouco, vem cedendo espaço aos outros métodos de resolução das controvérsias, tais como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, visando a desjudicialização de alguns conflitos. Hoje, a expressão acesso à justiça, que embora de “difícil definição”⁴, deve ser compreendida como meio a “viabilizar uma ordem jurídica justa.”⁵, muito mais do que simples acesso aos tribunais, como local de busca da justiça⁶.

Por isto, o problema que se busca responder nesta pesquisa é: se seria possível exigir a mediação obrigatória como etapa prévia como condição da ação no Brasil? E o objetivo deste trabalho tem por condão analisar se o

1 CHIARLONI, 2014, p. 771

2 BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 31

3 GRINOVER, 2007, p. 14

4 CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8

5 WATANABE, 2019, p. 3

6 GALANTER, 2010

caminho escolhido na Itália com a implantação da mediação obrigatória e a negociação assistida, e, se este caminho poderia ser uma alternativa viável no Brasil que vive uma crise semelhante de excesso de acesso, com demora irrazoável do processo⁷. A metodologia empregada para atingir os objetivos desta pesquisa foi o método de abordagem dedutiva indutiva e, sobretudo, uma análise comparativa do direito italiano. A justificativa para realização desta abordagem é que tanto o Brasil⁸ como a Itália⁹ atualmente vivenciam a terceira onda renovatória de acesso à justiça tal como propugnada no Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti¹⁰.

O que se pretende, portanto, neste artigo é analisar se a opção legislativa italiana e que já conta com mais de 10 anos de sua implantação, poderia ser uma opção a ser adotada no Brasil, sobretudo quando se observa que o Judiciário Brasileiro¹¹ assim como o Italiano¹² convive há anos com um processo cuja duração de razoável não é observada.

Para tanto o que se pretendeu neste artigo foi fazer uma abordagem do sistema Italiano e os problemas enfrentados com a adoção da obrigatoriedade da mediação e negociação como condição prejudicial à ação judicial. E por isto foi necessário enfrentar no capítulo inicial como se deu o movimento de desjudicialização na Itália, qual foi a opção legislativa para o enfrentamento da crise no sistema de justiça. Como também foi abortado e enfrentado os percalços e críticas quando da implantação da obrigatoriedade e seu questionamento perante a Corte Constitucional.

No terceiro capítulo procurou de forma sintética analisar os vários métodos adotados na Itália, procurando desvendar o objetivo e as peculiaridades

7 ALMEIDA, 2011, p. 119

8 Assim também reconhecia Ada para quem a “terceira onda renovatória de que falava Mauro Cappelletti exige um processo civil aderente à realidade social e aos desafios dos novos tempos. O terceiro milênio demanda do processualista uma postura renovada e a coragem de introduzir no ordenamento mudanças não apenas funcionais, mas também estruturais.” (GRINOVER, 2006, p. 222)

9 CAPONI, 2022e, p. 1.099

10 CAPPELLETTI, 1984, p. 74.

11 O último relatório CNJ – Justiça em Números de 2022 apontou que a duração média do processo no Brasil é de 2 anos e 3 meses na fase de conhecimento e que a fase executiva este prazo o triplo do tempo. (vide: <<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>, p. 216>> acesso em 12.01.2023)

12 Segundo o relatório *Doing Business* de 2020 do Banco Mundial (de 2019), na Itália são necessários 850 dias para a resolução de um conflito comercial no juízo de primeiro grau (excluindo, portanto, a fase recursal e a executiva), diversamente do que ocorre, por exemplo na França que são necessários 347 dias, na Alemanha que leva em torno de 409 dias e na Espanha são necessários de 330 dias para o julgamento da mesma demanda comercial. E os dados estatísticos disponíveis no ano de 2022 que levam em consideração a diferença de tempo de duração diferenciada no território, indica que a média de duração do processo é de 861 dias (o que equivale a 2 anos e 3 meses) para o procedimento ordinário e de 1.202 dias (o que equivale 3 anos e 3 meses) para os conflitos que envolvam contratos. (Vide: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2022-0715/QEF_715.pdf, p. 23 e 24, acesso em 12.01.2023)

de cada um deles. No último capítulo foi feita uma retrospectiva de como o Brasil no século passado adotou a conciliação obrigatória e a causa pela qual desde o primeiro CPC unificado (de 1939) não mais houve esta exigência no processo civil. Importante observar que embora o objetivo deste artigo seja analisar o ordenamento italiano, não nos olvidamos de fazer algumas interseções e referências, quando necessário, ao ordenamento brasileiro naquilo que mereceu devida análise.

Ao final foi possível chegar à conclusão que a mediação obrigatória e a negociação assistida é uma alternativa viável a ser implantada no Brasil, mas desde que precedido do devido processo legislativo. Pois somente se pode falar na sua exigência da conciliação, negociação ou mediação como condição da ação no Brasil depois de sancionada Lei própria tal como ocorreu no ordenamento italiano.

2. MOVIMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO NA ITÁLIA

A Itália, ao contrário dos demais estados Europeus, há anos convive com uma justiça morosa¹³. Tanto que em 24 de março de 2001, após inúmeras condenações impostas ao Estado Italiano pela a Corte de Justiça Europeia¹⁴ pelo atraso na prestação jurisdicional, foi publicada a Lei n. 89, também conhecida como “Legge Pinto”¹⁵, prevendo a reparação pecuniária por parte do Estado Italiano na demora¹⁶ da prestação jurisdicional.

E não obstante a “Legge Pinto”, a Itália começou a buscar outros meios para diminuir o número do acervo de processos e, conseqüentemente, do acesso ao Judiciário, ao permitir que algumas das demandas possam ser resolvidas sem a necessidade da intervenção Estatal. E a primeira desta iniciativa¹⁷ se deu no âmbito da alienação forçada de imóvel pelo notário (artigo 591-*bis* do c.p.c. italiano por meio da Lei n. 302, de 3 de agosto de 1998). Mas, sem dúvida, a mais significativa forma de desjudicialização adveio com o Decreto-Lei n. 28, de 4 de março de 2010, que introduziu a mediação obrigatória pré-processual e a determinada pelo juiz no curso do processo e, posteriormente, a negociação assistida (*Legge* 124/2014).

No Brasil não é diferente, a morosidade da prestação jurisdicional há muito vem sendo denunciada¹⁸. E como bem dizia Barbosa Moreira (1994, p.

13 CAPPELLETTI, 2008, p. 328. E, mais recentemente, DANОВI, 2019, p. 7

14 PINHEIRO, 2012

15 https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_14_3_1.page?contentId=GLO55499#

16 Interessante observar que a consta da própria “Legge Pinto” que não se considera excessiva a duração se o processo, por exemplo, não excede a duração de: a) três anos perante o juízo de primeiro grau; b) dois anos no segundo grau; c) se o procedimento de execução forçada é encerrado em três anos e se o processo falimentar é encerrado em seis anos.

17 SCARSELLI, 2011, p. 53

18 BARRETO FILHO, 1973, p. 82, que além de reconhecer a demora na prestação jurisdici-

29) a morosidade “está longe de constituir um problema específico da Justiça brasileira”.

E é, portanto, neste cenário de crise da Justiça, tanto no Brasil como na Itália, que surge a mediação, a conciliação, a negociação, a arbitragem e tantos outros métodos¹⁹ permitidos, aceitos e acolhidos com nítido objetivo de reduzir²⁰ ou, como dizem os italianos, de deflacionar²¹ o acesso à justiça, possibilitando que a resolução do conflito seja realizada por outros caminhos, descentralizando parte das atividades jurisdicionais²². Mas ainda assim o Judiciário ainda exerce o seu papel central²³, embora não funcione bem e seja endemicamente ineficiente²⁴, por excessiva duração dos processos, afetando inclusive a sua credibilidade²⁵.

E embora não se possa identificar com precisão os fatores que agravam esta crise, se observou na Itália que um destes seria o exorbitante número de advogados frente ao número de juízes²⁶, sobretudo quando se compara o escasso nível de produtividade destes últimos, conforme se vê pelo dados estatísticos divulgados pela CEPEJ - Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça²⁷. O que permitiria concluir, segundo Ricardo Guida²⁸, que este dado por si já seria um fator determinante para o aumento do contencioso na Itália e para a duração dos processos.

A real situação do sistema de justiça italiano era e ainda continua alarmante, a qual reclama uma pronta e decisiva resposta em vários níveis. Uma das saídas para conter as altas taxas de litigiosidade e o congestionamento das demandas, que é sempre em número crescente, foi a de instituir, em 2010, a mediação obrigatória como forma de reduzir o acervo de processos.

cional, também considera o processo “dispendioso. Custa monetariamente e custa energias, aborrecimentos.”

19 Nicolò Trocker também inclui dentre estes métodos, os procedimentos de contencioso administrativos. (TROCKER, 2007, p. 317)

20 Cita-se a título de exemplo LUCARELLI, 2022, XVI, na Itália e BARBOSA MOREIRA, 1994, p.28 e 29 no Brasil.

21 CAPONI, 2022d, p. 1093

22 ALMEIDA, 2011, p. 103

23 BONTÀ, 2021, p. 4

24 GUIDA, 2022, p. 43

25 Vide <https://www.italiadomani.gov.it/it/Interventi/riforme/riforme-orizzontali/riforma-della-giustizia.html> ; https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/oltre-la-crisi_679.php e no Brasil não é diferente, conforme se pode constatar a uma simples leitura nos sites indicados: <https://amaerj.org.br/noticias/reportagem-do-uol-destaca-pesquisa-sobre-magistratura-politica-e-credibilidade/> ; <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/157814927/credibilidade-do-judiciario-brasileiro-esbarra-na-morosidade-do-supremo>

26 A Comissão Europeia tem mostrado significativa preocupação nos últimos tempos com o número de magistrados na Itália, que é o mais baixo de todos os demais estados Europeus. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/07/08/in-italia-pochi-magistrati-oggi-lallarme-dellue-ma-la-commissione-cartabia-ha-abbandonato-la-proposta-che-avrebbe-aumentato-i-giudici-in-appello/6255035/>

27 <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/quality-of-justice> <<acesso em 10.10.2022>>

28 GUIDA, 2022, p. 45

2.1. CRÍTICA CONTRA A OPÇÃO ESCOLHIDA PELO LEGISLADOR ITALIANO PARA ENFRENTAR A CRISE DA JUSTIÇA

O legislador comunitário europeu e o italiano, diante de graves problemas do sistema de justiça, sobretudo quanto à excessiva demora na prestação jurisdicional, resolveram voltar os seus olhares²⁹ para os métodos conhecidos como *Alternative Dispute Resolution* – ADR. Estes métodos, que surgem como movimento de força propulsiva dos Estados Unidos a partir da década de 70, encontraram razoável suporte nas instituições da União Europeia a partir do início dos anos 2000, que, inicialmente, passam a incentivar que seus Estados membros utilizassem a mediação como método para a resolução de conflitos transfronteiriços e de consumo.

A Itália, no entanto, antes mesmo do legislador comunitário europeu, fora precursora ao incentivar o uso dos métodos ainda na década de 90³⁰, por meio da Lei n. 580/1993, com a reorganização das Câmaras de Comércio. Mas, sem dúvida, foi com o incentivo da Diretiva 2008/52/CE³¹ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, que a mediação passa a ter um protagonismo. O que se deu por meio do Decreto Legislativo n. 28, de 04 de março de 2010, tendo por base na Diretiva Europeia, opta por eleger a mediação obrigatória como um instrumento de deflação, de diminuição de processos da justiça estatal³², com nítido objetivo de reduzir o número de trabalho dos juízes³³ e ainda o de também oferecer um melhor e eficiente serviço aos cidadãos³⁴.

Essa opção, como pontua Remo Caponi³⁵, escancarou um problema grave na gestão desta crise de justiça, porque a causa para desjudicialização e, sobretudo, para a adoção dos métodos como a conciliação e a mediação, se deve à incapacidade do Estado de responder com eficiência e eficácia a demanda do cidadão em um tempo razoável. E o objetivo maior não foi o de promover uma justiça coexistencial, até porque “a mediação não é um remédio para a ineficiência da justiça civil estatal (mas pressupõe a eficiência desta última).”³⁶ E de acordo com o autor, o melhor remédio contra a ineficiência não deveria ser o filtro temporal e oneroso como é a mediação obrigatória, mas sim o aumento do número dos juízes³⁷. Com o qual concorda Francesco

29 LUISO, Giuffrè. 2022, p. 1.084

30 BESSO, 2010, p. 248

31 Disponível no site: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052>

32 CAPONI, 2022e, p. 1.101

33 CAPONI, 2022e, p. 1.101

34 BESSO, 2010, p. 248

35 CAPONI, 2022a, p. 1061 e 1.062

36 CAPONI, 2022f, p. 1.126 e CAPONI, 2022e, p. 1.101 e 1.102

37 CAPONI, 2022f, p. 1.124

Paolo Luiso³⁸, para quem o bom funcionamento da jurisdição é que incentiva a mediação e não vice-versa.

Luigi Paolo Comoglio³⁹ e Giuliano Scarselli⁴⁰ também manifestam contrários a este remédio encontrado pelo legislador italiano como meio para enfrentar a crise do judiciário, por acreditarem que esta certamente não foi a melhor escolha. Porque a opção de tirar certas demandas da apreciação imediata pelo judiciário preferindo delegar aos organismos de mediação a sua resolução, ao criar uma causa de prejudicialidade da ação não foi a melhor resposta. Porque, certamente, “no grave quadro dos problemas de efetividade das garantias fundamentais não é este, certamente, o remédio possível para adotar em se confrontando a crescente incapacidade do ordenamento processo e do aparato judicial estatal para satisfazer adequadamente essas "necessidades de proteção" (antigas ou novas).”⁴¹

Tanto não foi este o melhor remédio que, apenas a título de exemplo, cita-se a mais recente reforma⁴² no ordenamento italiano, também conhecida como Reforma Cartabia (Lei n. 206, de 26 de novembro de 2021), com objetivo de simplificar, acelerar e racionalizar o processo civil. A referida lei se insere no contexto amplo do programa europeu *Next Generation eu*⁴³, acordados com a União Europeia para receber os recursos do PNRR – Plano Nacional de Recuperação e Resiliência⁴⁴. Não se trata apenas de uma mera redução do contencioso, com ampliação de incentivos à mediação obrigatória e negociação assistida, mas também, modernizar e atualizar modelo processual italiano para os padrões europeus⁴⁵, operando em vários pontos e, em particular, sobre a modificação do processo de conhecimento.

2.2. DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA PRÉVIA COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA JUDICIAL

E não obstante as críticas acima apontadas da qual teria ocorrido completo desacerto do legislador quanto ao meio escolhido para enfrentar a crise da justiça, ainda pairou certa desconfiança sob o Decreto Legislativo, assim

38 LUISO, 2019, p. 39

39 COMOGLIO, 2000, p. 318

40 SCARSELLI, 2011

41 COMOGLIO, 2000, p. 318

42 Por falar em reformas no ordenamento italiano, nos valemos da crítica que é feita por Antonio Carrata e Pasquale D'Ascola para quem já se tornou costume que, com a aproximação do fim do ano, o Governo se apresse a lançar, por instrumento do decreto-lei, novas intervenções urgentes para o processo civil. (CARRÁTA; D' ASCOLA, 2015)

43 https://next-generation-eu.europa.eu/index_en

44 <https://www.mef.gov.it/focus/Il-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza-PNRR/>

45 FRANCONI, 2022

que este foi publicado, por sua possível inconstitucionalidade por afronta ao artigo 24 da Constituição Italiana, com a criação de uma condição prejudicial de admissibilidade da demanda com introdução da mediação obrigatória.

E não tardou muito para que a mediação obrigatória no seu desenho original (D.Lgs 28/2010) fosse objeto de questionamento perante a Corte Constitucional, para análise de sua constitucionalidade. A Corte Constitucional Italiana, no entanto, por meio da sentença n. 272 de 6 de dezembro de 2012, analisando a questão, acolheu apenas a inconstitucionalidade formal por excesso de delegação na parte em que previa uma tentativa obrigatória de mediação.

E em virtude desta decisão e com objetivo de sanar o vício formal apontado, foi publicado o Decreto n. 69, de 21 de junho de 2013, conhecido como “*Decreto del Fare*”, convertido com alterações pela Lei n. 98, de 9 de agosto de 2013, que em seu artigo 84⁴⁶, reintroduziu a mediação obrigatória no ordenamento italiano muito similar ao que se encontrava previsto na redação original do Decreto-Legislativo 28/2010, visando também vencer as significativas perplexidades⁴⁷ por parte dos advogados em confronto com a reintrodução da mediação obrigatória no ordenamento italiano.

E com isto, superado o entrave formal, a tentativa da mediação prévia, pré-processual, *ante-causam*, passou a ser condição de prejudicialidade da ação judicial. Assim como também a mediação que pode vir a ser determinada pelo juiz após a propositura da ação e no curso do processo, conhecida como mediação *demandata dal giudice* (mediação ordenada pelo juízo) – *iussu iudicis*.

Importante ainda observar que a Corte de Justiça Europeia em 18 de março de 2010, antes mesmo da decisão da Corte Constitucional Italiana, em julgamento dos casos 317/08, 318/08 e 320/08 apresentados pelo Juiz de Paz de *Ischia* -Itália, já havia se manifestado favorável à tentativa de conciliação como condição de admissibilidade da ação judicial. Por reconhecer que a lei

46 Disponível no link <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2013;69>, visualizado em 13.01.2023.

47 DE LUCA, 2013, p. 1451

italiana não afrontou⁴⁸ a Diretiva 2002/22/CE⁴⁹, de 07 de março de 2002, em seu artigo 34⁵⁰, como ainda os artigos 5º, 6º e 90 das Recomendações 98/257 e 2001/310/CE, porquanto a exigência da obrigatoriedade da negociação⁵¹ prévia “não é susceptível de tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela diretiva”⁵². E, no caso de ser infrutífera a conciliação, a ação judicial não é afetada e nem mesmo implicaria em atraso substancial para a propositura da ação judicial, porquanto o prazo estabelecido para o procedimento extrajudicial é exíguo, e uma vez findo este prazo a ação pode ser proposta.

A Corte de Justiça Europeia sempre que instada⁵³ a se manifestar tem sustentado a legitimidade da conciliação ou mesmo mediação prévia como

48 Neste sentido, vale conferir o dispositivo da decisão: “O artigo 34.º da Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (diretiva serviço universal), deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à legislação de um Estado-Membro nos termos da qual os litígios em matéria de serviços de comunicações electrónicas entre os utilizadores finais e os prestadores desses serviços, relativos a direitos conferidos por esta diretiva, devem ser objeto de uma tentativa obrigatória de conciliação extrajudicial como pressuposto de admissibilidade de ações judiciais.

Os princípios da equivalência e da efetividade, bem como o princípio da proteção jurisdicional efetiva, também não se opõem a uma legislação nacional que impõe que esses litígios sejam antecedidos de um processo de conciliação extrajudicial, desde que esse processo não conduza a uma decisão vinculativa para as partes, não implique um atraso substancial para efeitos da propositura de uma ação judicial, suspenda a prescrição dos direitos em questão e não gere custos, ou gere custos muito baixos, para as partes, contanto que a via electrónica não constitua o único meio de acesso ao referido processo de conciliação e que seja possível aplicar medidas cautelares nos casos excepcionais que as exijam em função da urgência da situação. (ONDE FECHA ASPAS)

49 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0022&from=RO>

50 Art. 34 da Diretiva 22/2002 – “Os Estados-Membros garantirão a disponibilidade de procedimentos extrajudiciais transparentes, simples e pouco dispendiosos para tratar os litígios pendentes que envolvam consumidores e que se refiram a questões abrangidas pela presente diretiva. Os Estados-Membros adotarão medidas para garantir que tais procedimentos permitam resolver os litígios de modo rápido e equitativo, e poderão, quando tal se justifique, adotar um sistema de reembolso e/ou compensação. Os Estados-Membros podem alargar o âmbito destas obrigações de modo a abrangerem litígios que envolvam outros utilizadores finais.”

51 Até então não se falava em mediação e nem tampouco se distinguiu o método distinto entre um e outro. (LUIISO, 2019, p. 38)

52 A íntegra da decisão encontra-se disponibilizada no site << <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=57858>>> visualizada no dia 10.01.2023. Nestes casos se discutia a prejudicialidade da conciliação obrigatória diante “do princípio da proteção jurisdicional efetiva relativamente a uma legislação nacional que estabelece a obrigatoriedade de uma tentativa de conciliação extrajudicial como pressuposto de admissibilidade de ações judiciais em determinados litígios entre prestadores de serviços e utilizadores finais no âmbito da Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (diretiva serviço universal)”

53 Neste sentido, vide o acórdão da Corte de Justiça Europeia – Caso C75/16 -, que em apreciando em específico o art. 5º do D.L 28/2010 com suas alterações posteriores reconhece que “É indubitavelmente pacífico que, ao fazer depender a admissibilidade de ações judiciais propostas nas matérias a que se refere o artigo 5.º, n.º 1 bis, do Decreto Legislativo n.º 28/2010 da realização de uma tentativa de mediação obrigatória, a regulamentação

condição para a propositura da ação judicial. E, deste modo, embora o Estado Italiano tenha sido o pioneiro⁵⁴ a, por meio de norma interna, exigir a mediação obrigatória como prejudicial à demanda judicial, esta se encontra em sintonia com a orientação das Diretivas do Parlamento Europeu.

2.2.1 QUANTO A VOLUNTARIEDADE *VERSUS* OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO – UMA POSSÍVEL INCONGRUÊNCIA?

E, quando da edição do Decreto Legislativo 28/2010, muito se discutiu⁵⁵ quanto a imposição da obrigatoriedade, porque a mediação é um procedimento voluntário vinculado à autonomia das partes para a resolução do seu conflito, bem como haveria uma aparente contradição ao se impor uma mediação prévia para permitir o acesso do jurisdicionado à jurisdição estatal.

Remo Caponi acredita que só pode ter sucesso uma conciliação se esta for voluntária⁵⁶. E que a obrigatoriedade, na verdade, acaba sendo apenas uma formalidade vazia⁵⁷, como condição de admissibilidade da demanda o que acaba

nacional em causa no processo principal introduz uma etapa suplementar a superar antes de poder aceder ao juiz. Este requisito poderá afetar o princípio da proteção jurisdicional efetiva (v., neste sentido, acórdão de 18 de março de 2010, Alassini e o., C317/08 a C320/08, EU:C:2010:146, n.º 62). Todavia, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas, mas podem comportar restrições, na condição de que estas correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela medida em causa e não impliquem, tendo em conta o objetivo prosseguido, uma intervenção desmedida e intolerável que atente contra a própria substância dos direitos assim garantidos (acórdão de 18 de março de 2010, Alassini e o., C317/08 a C320/08, EU:C:2010:146, n.º 63 e jurisprudência referida).” (A íntegra pode ser acessada via site: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=media%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bbrigat%25C3%25B3ria&docid=191706&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=134390#ctx1>. Acesso em 13.01.2023)

54 Como observado por Alexandra De Luca, “a escolha de introduzir uma forma de mediação obrigatória parece ser uma peculiaridade quase exclusivamente italiana” (DE LUCA, 2013, p. 1.480). No entanto, notícia GRAZIOSI que assim como a Itália, a Hungria, a Croácia, a Romênia e a Áustria também optaram pelo recurso à mediação obrigatória em determinados casos específicos. Mas que, no entanto, a Itália tem-se distinguido por ter alargado ao máximo a obrigatoriedade do instituto, impondo-o a quase todos os conflitos internos cíveis e comerciais, o que permitira concluir que o recurso ao procedimento de mediação seja, na Itália, bem superior ao resto da Europa. (GRAZIOSI, 2019, p. 37)

55 O Prof. Remo Caponi em um artigo escrito antes mesmo da Diretiva 52 de 2008 que acabou influenciando na reforma do processo italiano por meio do dec. Legislativo 28/2008, manifestou-se contrário quanto a obrigatoriedade da conciliação que naquele período era exigido no processo do trabalho e no processo societário. Para ele “il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso esso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento di tentativo di conciliazione seriamente intenzionati. Pertanto – si sostiene – sarebbe preferibile ritornare al precedente regime della volontarietà.” (CAPONI, 2022a, p. 1.072)

56 CAPONI, 2022e, p. 1.101

57 Assim também o reconhece Girolamo Monteleone, que vai além dizendo que apenas a execução deve ser forçada. Porquanto a exigir essa obrigatoriedade da mediação, seria o mesmo que degenerá-la numa vã formalidade. (MONTELEONE, 2010)

por retardar a prestação jurisdicional, subtraindo energia que deveria ser usada nas tentativas de mediação seriamente intencionadas.⁵⁸

Mas há, no entanto, uma percepção clara que a escolha do legislador de incluir a mediação (ou mesmo a negociação) obrigatória foi uma excelente opção por permitir que as partes conheçam o procedimento⁵⁹, como ainda o de gerir a ausência de recursos humanos e materiais para administrar suficientemente todos os conflitos que chegam ao judiciário italiano.

Manifestando-se a favor da obrigatoriedade, leciona Paola Lucarelli que “as partes devem tentar: é isto que diz a norma. Os cidadãos devem fazer o exercício de sua autonomia, isto é do poder de conhecer, validar e decidir como enfrentar a sorte de seus próprios problemas segundo os seus próprios interesses.”⁶⁰ E ao se instituir a obrigatoriedade da mediação possibilitou um maior conhecimento do método, que acabou por mudar uma cultura extremamente litigiosa como a italiana. E, deste modo, não haveria uma contradição inaceitável, porquanto a obrigatoriedade da mediação seria apenas para que os envolvidos possam “tentar, provar, conhecer a nova estrada do conhecimento e da responsabilidade”⁶¹.

E assim, não há qualquer contradição quanto a obrigatoriedade do procedimento, porque a voluntariedade, a consensualidade e a própria responsabilidade estariam preservadas. Porque só depois das partes serem levadas à mediação é que elas participarão do procedimento, desde que assim o queiram. Ocorrendo, na hipótese, apenas uma postecipação⁶² do acesso à jurisdição estatal.

O lema italiano quanto a mediação obrigatória é: primeiro conhecer e depois mediar. Só participa da mediação, só concilia ou negocia quem quer, mas primeiro elas devem conhecer o procedimento e suas inúmeras vantagens. E a partir do momento que os advogados e os envolvidos no conflito passaram a conhecer, ainda que por força da obrigatoriedade, o que é a mediação e suas vantagens, eles acabam, na maioria das vezes, optando pelo método. Até porque cabe a eles a escolha do melhor percurso⁶³, se pela via consensual ou contenciosa.

Os dados estatísticos demonstram que nos últimos anos tem crescido o número de acordos por meio da mediação, na qual a taxa de sucesso passou de 45,9% em 2021⁶⁴ para 49% em 2022⁶⁵ quando as partes optam por continuarem

58 CAPONI, 2022f, p. 1.119

59 Mas desde que, como propugna Remo Caponi, não acompanhada do pagamento de custas. (CAPONI, 2022f, p. 1.124).

60 LUCARELLI, 2021, p. 27

61 LUCARELLI, 2021 p. 28

62 VIGORITI, 2010, p. 814

63 LUCARELLI, 2021,p. 27

64 [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(primo%20trimestre\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(primo%20trimestre).pdf)

65 <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20>

no procedimento da mediação mesmo depois do primeiro encontro (este sim, obrigatório) nos casos da mediação obrigatória. Sendo interessante observar neste mesmo relatório que muitos conflitos também vem sendo resolvidos por meio da mediação voluntária, cujo índice de acordo vem batendo a casa dos 55%⁶⁶. O que demonstra que não só a mediação obrigatória como a voluntária, depois de mais de 10 anos de sua introdução no ordenamento italiano, vem atingindo patamares significativos na resolução dos conflitos.

E embora a mediação não deva e nem pode ser vista apenas como forma de desafogar⁶⁷ o Judiciário, como há muito advertiam Ada Pellegrini Grinover⁶⁸ e José Carlos Barbosa Moreira⁶⁹, o que se vê é que o seu estímulo, com incentivo até mesmo fiscal⁷⁰, acabou por atingir o objetivo deflator, a depender do direito envolvido no conflito⁷¹.

E sem considerar que, como bem definiu Mauro Cappelletti, a justiça “conciliatória (ou coexistencial⁷²), é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’, são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. [...] Na qual a justiça reparadora tem a

Anno%202022%20(Primi%20tre%20trimestri).pdf (p. 13)

66 [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(Primi%20tre%20trimestri\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(Primi%20tre%20trimestri).pdf) (p. 13)

67 Nesse mesmo sentido vale conferir: GONÇALVES e CRUZ (2016, p. 494); PINHO (2019, p. 257). Tendo este último advertido que a mediação não pode e nem deve ser vista como uma solução milagrosa para o acúmulo de processos nos tribunais.

68 Para Ada “parece improprio falar-se em racionalização da justiça, pela diminuição da sobrecarga dos tribunais, se o que se pretende, através dos equivalentes jurisdicionais, é também primordialmente levar à solução controvérsias que frequentemente não chegam a ser apreciadas pela justiça tradicional.” (GRINOVER, 2008, p. 71-76)

69 E para Barbosa Moreira, até se poderia crer na conveniência e estímulo dos métodos alternativo, mas que seria “pouco verossímil, em todo o caso, é a suposição de que por tal meio se logre, pelo menos a curto prazo, aliviar a quota de trabalho dos órgãos judiciais em proporção verdadeiramente compensadora.” (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 41).

70 Os benefícios fiscais para incentivar o recurso à mediação encontra-se previsto no artigo 17 do Decreto Legislativo 28/2010, com redação alterada pela Reforma Cartabia que, em síntese, prevê a isenção de imposto do selo (*imposta di bollo*, que no sistema fiscal italiano é um imposto que incide sobre a produção, requerimento ou apresentação de determinados documentos – o que seria para nos aqui no Brasil uma taxa judiciária), bem como de qualquer despesa, imposto ou direito de todos os atos, documentos e disposições relativos ao procedimento de mediação; e também a isenção de taxa de matrícula no limite do valor de 100 mil euros para o relatório que contém o acordo de conciliação. E além do benefício fiscal, o artigo 20 do Decreto Legislativo 28/2010 regulamenta, por exemplo, o direito ao crédito tributário em favor das partes e órgãos de mediação no valor de até 600 euros, em caso de acordo de conciliação. Como ainda um crédito fiscal dos honorários do advogado, nos limites fixados pelos parâmetros forenses e até 600 euros em caso de mediação obrigatória.

71 Vide página 12 do relatório disponível no site [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(Primi%20tre%20trimestri\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(Primi%20tre%20trimestri).pdf) que o percentual de acordo varia em decorrência do direito envolvido, por exemplo, nos casos de família o índice de acordo é de 66%, de direitos reais 58%, comodato 52% e sucessões 46%.

72 Termo cunhado por Mauro Cappelletti que significa a coexistência dos meios consensuais de resolução de conflitos e a jurisdição. Em que a existência de uma não exclui a outra. (CAPPELLETTI, 1994, p. 126) SCARSELLI, 2011, p. 49/50

possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela.”⁷³ E por isto, há que se reconhecer que o caminho, a saída, a alternativa buscada pela Itália merece ser mais bem compreendida para analisar se ela não seria também uma forma de mudar⁷⁴ uma cultura como a brasileira que é tão beligerante quanto.

Com isto, não obstante os motivos e causas que levaram a escolha destes métodos (mediação, negociação assistida, mediação ordenada pelo juiz), não há dúvidas que uma justiça participativa como é o caso da mediação tem o condão de colocar as pessoas envolvidas no centro da discussão, “permitindo que elas sejam protagonistas, motores na busca da solução de seus próprios conflitos.”⁷⁵ Isto por que, a Justiça participativa foca na autonomia individual para a resolução do seu próprio conflito que só a elas cabe decidir, com olhar não só para o retrovisor, mas também para o futuro.

E deste modo os métodos autônomos devem ser vistos não apenas como coexistentiais, mas também como complementares à jurisdição estatal.

3. DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO AUTÔNOMOS DE CONFLITOS NA ITÁLIA

3.1 DOS VÁRIOS PROCEDIMENTOS DE MEDIAÇÃO

Para melhor compreensão do que se propõe, vale a pena conhecer, ainda que não exaustivamente, os tipos de procedimento de mediação previstos no ordenamento italiano, que são os seguintes: a) consensual - facultativa; b) obrigatória; c) por ordem do juiz (*mediazione demandata*) e d) a contratual e, ao lado delas, ainda existe uma previsão de uma conciliação obrigatória, a negociação assistida (*negoziazione assistita*), que é também considerado um método autônomo de resolução de conflitos.

3.1.1 DA MEDIAÇÃO FACULTATIVA

A mediação voluntária ou facultativa é aquela escolhida livremente pelas partes (ausente o requisito de prejudicialidade para a admissibilidade da demanda judicial). Desde que envolva um direito disponível civil ou empresarial entre partes maiores e capazes. Este procedimento encontra-se previsto no artigo 2º do Decreto-Lei 28/2010 e é bem similar ao previsto no ordenamento brasileiro por força da Lei 13.140/2015.

73 CAPPELLETTI, 1994, p. 126

74 Em sentido contrário, entendem PINHO E PAUMGARTEN (2012, p. 189) que tal não seria viável por reconhecerem que a voluntariedade é um requisito essencial da mediação. E que nem mesmo a ideia de criar esta etapa obrigatória como forma de educar a população pode prevalecer diante deste requisito. Não obstante, reconheçam os autores que a parte deve demonstrar, em juízo, que teria tentado resolver o conflito de forma amigável.

75 BONTÀ, 2021, p. 5

3.1.2 DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA⁷⁶

Este procedimento da mediação obrigatória por mais de 7 anos⁷⁷ não foi bem acolhido. Tal ocorreu porque, até então, o próprio procedimento ainda não era de todos ainda conhecido e tampouco fora devidamente difundido. E quando de sua implantação, o terreno ainda não se encontrava devidamente trabalhado e fértil para a proliferação de uma nova cultura.

A mediação obrigatória, encontra-se regulamentada no art. 5^o⁷⁸ do Decreto Legislativo n. 28/2010, no qual prevê que as partes são obrigadas a, antes de demandarem em juízo, resolverem o conflito por meio da mediação, uma vez que esta tentativa inicial é uma condição para demandar em juízo e a sua ausência implica na inadmissibilidade da demanda.

Mas tal obrigatoriedade ocorre, em número limitado, apenas quando o conflito se refira aos seguintes direitos: condomínio; direitos reais; ação de divisão; sucessão hereditária; ações de família; locação; comodato; ressarcimento de dano (referente a responsabilidade médica e difamação por qualquer meio); contratos de seguros, bancários e financeiros e mais recentemente também aos contratos de participação em associações, consórcio, franquia, obras de rede e fornecimento e nos contratos de sociedade entre pessoas e subcontratação (com introdução por força da Reforma Cartabia⁷⁹).

A tentativa prévia, extrajudicial ou pré-processual, é condição de procedibilidade ou admissibilidade da demanda judicial (“*procedibilità della domanda*”), do qual não é possível ajuizar uma demanda judicial antes que passem por este procedimento. E a inadmissibilidade da demanda pode e deve ser alegada pelo réu na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos sob pena de preclusão, como também pode ser reconhecida de ofício pelo juiz⁸⁰.

76 A mediação na Itália só começou a ser falada e conhecida com a introdução, pelo legislador, da mediação obrigatória. (BREGGIA, 2022, p.33 e GUIDA, 2022, p.49.

77 E tal se deve porque por conta de mirar apenas a urgência procurando deflacionar o poder judiciário, acabou empobrecendo o instituto que se mostra tão rico, como bem observaram Ilaria Pagni e Paola Lucarelli, que afirmam: “L’urgenza e la mira esclusiva sulla funzione deflattiva, hanno ridotto e impoverito l’istituto, perfino coprendo la veduta su ciò che di potente esse è invece in grado di realizzare.” (PAGNI; LUCARELLI, 2022, p. 7 e 8)

78 Com nova redação do Decreto “Del Fare”, como acima mencionado, que reintroduziu a mediação obrigatória após a decisão – *sentenza* 272 de 06 e dezembro de 2012– na qual a Corte Constitucional Italiana declarou a ilegitimidade por excesso de delegação.

79 Vide o texto normativo já coordenado com as alterações que se encontra disponível no site <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/D.-Lgs.-28-2010-coordinato-alla-riforma-Cartabia-2022.pdf>

80 De acordo com o *comma* 2, do artigo 5^o do DL 28/2010, com nova redação da Reforma Cartabia - Legge 126/2021 (disponível no link <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/D.-Lgs.-28-2010-coordinato-alla-riforma-Cartabia-2022.pdf>) a condição que causa a inadmissibilidade pode ser alegada pelo Réu na primeira oportunidade que tenha para falar nos autos, sob pena de caducidade ou preclusão, como ainda pode ser reconhecida de ofício pelo juiz assim que constatada, e de preferência que seja antes da primeira audiência. Esta primeira audiência (art. 183 do c.p.c) no ordenamento italiano é um ponto central do processo no qual o juiz deve convidar as partes para a mediação. Mas para que tal ocorra faz necessário que o

O convite para a parte contrária participar da mediação obrigatória deve ser enviado pelo procurador do autor ou organismo de mediação por ele escolhido. O convite tem o condão de interromper ou mesmo suspender os efeitos da prescrição e de impedir a decadência a partir do momento em que a parte contrária é comunicada para participar da mediação obrigatória. E nada impede de, em caso de urgência, ser requerida a concessão de tutela urgente ou cautelar antecedente perante o juízo competente. Mas a demanda judicial só será ajuizada após as partes tentarem a mediação, cumprindo-se o requisito se já no primeiro encontro as partes se recusarem a prosseguir no procedimento.

E mesmo quando as partes já tenham tentado a mediação obrigatória pré-processual, ainda assim o juiz pode determinar, no curso do processo judicial, que elas voltem a tentar o procedimento. Criando-se assim um espaço de conciliação, pela via da mediação, no curso do processo, “reservando ao juiz um papel crucial por aqueles litígios que não teriam encontrado solução conciliativa antes”.⁸¹

3.1.3 DA MEDIAÇÃO DEMANDATA OU ORDENADA PELO JUÍZO - *IUSSU IUDICIS*

A Lei 98 de 2013, publicada depois da sentença - 272/2012 da Corte Constitucional-, além de reintroduzir a mediação obrigatória no ordenamento italiano, teve ainda o condão de introduzir a mediação obrigatória ordenada pelo juiz. Atualmente a mediação ordenada pelo juiz encontra-se regulamentada no artigo 5-*quater* do Decreto Legislativo 28/2010, com redação dada pela recente Reforma Cartabia.

A mediação *demandata* é aquela na qual o juiz, mesmo em grau recursal, por meio de uma decisão (*ordinanza*) fundamentada pode determinar, a depender da natureza da causa, do estado de instrução processual⁸² e o comportamento das partes ou mesmo qualquer outra circunstância, que elas experimentem o procedimento de mediação, fixando um prazo de três meses⁸³ para a sua realização, e sendo já determinado na própria decisão a data da audiência em data da sucessiva para prosseguimento ou extinção do processo.

juiz conheça do processo e exerça um papel mais ativo e em colaboração com as partes e seus defensores, se colocando em contato imediato com estes.

81 MARINARO, 2022, p.68

82 A Reforma Cartabia ampliou os poderes do juiz para favorecer a conciliação via o procedimento da mediação, permitindo que esta decisão possa ser proferida até o momento do esclarecimento das conclusões, ou seja, antes da fase decisória.

83 O prazo de três meses conta-se a partir da data da apresentação do pedido de mediação ou do termo do prazo fixado pelo juiz para a sua interposição. Podendo, no entanto, ser prorrogado por igual período, mas desde que as partes de comum acordo, antes de findo o prazo determinado na decisão, peticionem ao juiz requerendo a sua dilação (art. 6º, *comma* 1, do Dec-Leg. 28/2010)

E, como sucede com a mediação obrigatória, esta decisão em que juiz ordena/determina que as partes passem pelo experimento do procedimento da mediação faz surgir uma condição de admissibilidade da demanda judicial ou recursal. Implicando dizer que, se as partes recusarem passar pelo procedimento ou se o procedimento não for concluído até a data de audiência fixada na decisão, o juiz declarará a inadmissibilidade da demanda ou do recurso (caso a decisão tenha sido proferida em grau recursal).

A condição de admissibilidade no caso da mediação *demandata* é eventual, por ficar a critério do juiz de determiná-la ou não. E só se houver uma decisão do juiz é que surge o pressuposto processual para o julgamento da demanda. E enquanto na mediação obrigatória prévia os limites em razão da matéria se encontram previamente determinados por lei, o que se observa é que na mediação *demandata* não há esta predeterminação, contando apenas com a prudente análise do magistrado caso a caso, não existindo, portanto, qualquer limite em razão da matéria.

E por isto é que a mediação por ordem do juiz vem sendo conhecida como uma obrigatoriedade seletiva e que deve passar sempre pela análise acurada e delicada do juiz que passou a ter um papel fundamental na condução do processo. No qual ele, o juiz, se coloca “tecnicamente do lado de fora da mediação, mas ao mesmo tempo responsável e atento propulsor e facilitador desta (...) sendo lhe confiado um papel central no acesso à mediação no curso do processo.”⁸⁴

A mediação *demandata* exige do juiz não só um profundo conhecimento da controvérsia, mas também, em particular, de uma “sensibilidade”⁸⁵ e atenção aos interesses das partes. E da qual o sucesso do procedimento da mediação depende da intervenção indireta do magistrado para facilitar o restabelecimento do diálogo remetendo as partes para a via que se mostra mais adequada que o Judiciário quando o que está em jogo é muito mais que simples posição de vantagem, mas sim pessoas e interesses que, por força de um procedimento, nem sempre é possível ver resolvido apenas por uma decisão judicial.

E não sem razão que a mediação *demandata* ou por ordem do juiz é vista como uma chave de instrumento do *case management* que se apropria do seu poder de direção do processo, tal como previsto no art. 175 do c.p.c. italiano, permitindo também que, sem dilação injustificada, as partes possam exercer o seu poder de autonomia negocial⁸⁶. Mas para que isto ocorra, o juiz

84 MARINARO, 2022, p.67

85 MARINARO, 2022, p. 66

86 Que como observa Ilaria Pagni e Paola Lucareli, que hoje esta “autonomia negocial que (...), está sendo cada vez mais valorizada do ordenamento italiano: mas não apenas como uma afirmação crescente do fenômeno da negociação (...) e da mediação da lide, mas também com abertura as soluções negociadas na crise falimentar das empresas.” (PAGNI; LUCARELLI, 2022, p. 7)

deve ter uma formação específica em matéria de mediação, para que possa fazer uma análise da negociabilidade da controvérsia em razão da matéria, do comportamento das partes, da compatibilidade da atividade processual e a mediação, o que só pode ocorrer individuando caso por caso no curso do processo. E esta ideia é reforçada pela reforma Cartabia⁸⁷, ao propiciar verdadeiro incentivo ao magistrado para estimular a via conciliativa por meio da mediação.

Pela mais recente Reforma Cartabia compete ao Presidente (titular da repartição judiciária) do Tribunal promover projetos de colaboração com Universidades, Ordem dos Advogados, Organismos ou Órgãos de Mediação, Associações profissionais para incentivar o uso da mediação *determinata*, a exemplo do que já vem ocorrendo entre o Faculdade de Direito da Universidade de Estudos de Florença⁸⁸ e o Tribunal de Justiça de Florença⁸⁹.

87 Que quanto as novidades da mediação e negociação – previstas no capítulo IV, Sessão I - entrará em vigor a partir de 30 de junho de 2023. Com introdução do art. 5º *quinquies* do Decreto Legislativo 28/2010 há uma disposição especial dedicada à formação do magistrado e à avaliação do litígio resolvido com a mediação. Cabendo ao magistrado o dever de cuidar de sua formação através da participação em cursos e seminários da Escola Superior da Magistratura na área da mediação. Uma vez que serão levados em consideração como indicadores de avaliação, o empenho, capacidade e diligência para fins de promoção na carreira a sua participação nos referidos cursos, assim como o número e a qualidade dos negócios definidos com ordens de mediação ou acordos conciliatórios.

88 Para conhecer melhor o projeto indicamos o site do Laboratório *Un altro modo* da UNIFI- *Università degli Studi di Firenze* <https://www.unaltromodo.org>; a obra coletiva organizada pela Professora coordenadora do Projeto, Paola Lucarelli, “Mediazione su Ordine del Giudice a Firenze”. Torino: UTET Giuridica. 2009, e o artigo *Mediazione, il “modello fiorentino”*: i dati di un anno di sperimentazione de *Marco Marinaro* - Guida al diritto, 3 dicembre 2014, disponível no site: <https://formamediazione.blogspot.com/2014/12/da-il-sole-24-ore-risultato-della.html?m=1>

89 O Tribunal de Justiça de Florença por conta deste projeto pioneiro de extensão entre Universidade de Florença e o Tribunal de Justiça por meio do “*Laboratorio Un Altro Modo*” (<https://www.unaltromodo.org>) permitiu que os estudantes integrantes no projeto de extensão auxiliasse o magistrado na emanação das decisões mas para tanto eles deveriam observar alguns dados importantes do processo, tais como a natureza do conflito, a existência de liame e relações pessoais envolvidas, o teor psicológico e se seria possível separar o objeto da demanda e o objeto da controvérsia, e se havia necessidade de agilizar a solução diante do conflito entre as partes e se também naqueles em que existia uma alta intensidade emotiva, se havia uma necessidade de ser ouvido e de reconhecimento. E por isto o índice de acordos das mediações demandadas atingiram níveis importantes e que acabaram sendo levados em consideração por ocasião da tramitação do processo legislativo. (Vide MARINARO, 2022, pp. 5 a 17 e LUCARELLI, 2022) Importante mencionar que este projeto fez surgir uma nova cultura no âmbito do Tribunal de Justiça de Florença que pouco a pouco vem mudando as relações dos magistrados com os procuradores das partes e até mesmo entre as próprias partes. O que significa um progresso que, de acordo com Paola Lucarelli, embora “lento, é verdadeiro, e tem permitido aos cidadãos, assistidos pelos seus procuradores, de empenharem-se por si mesmos na solução da lide, passando de meros *espectadores* do teatro do processo judicial em *protagonistas* na relação com seus interlocutores, de adversários no conflito a interessados a resolverem em pouco tempo o problema em que ambos sagram-se vencedores e superam o conflito de outro modo, em que o premio é a conquista da sua autonomia.” (LUCARELLI, 2022, p. 11).

3.1.4 DA MEDIAÇÃO CONTRATUAL

A mediação contratual, que até a reforma Reforma Cartabia encontrava-se regulamentada no artigo 5, *comma V*, do Decreto Lei 28/2010, previa que se o contrato ou estatuto contivesse uma cláusula de mediação ou conciliação caberia às partes, antes de demandar em juízo, passar previamente pelo procedimento da mediação ou conciliação. E caso a demanda tivesse sido ajuizada sem que fosse tentado o procedimento, o juiz ou o árbitro, apenas se a parte contrária alegasse, na primeira oportunidade, o descumprimento desta cláusula, é que deveria determinar que as partes, no prazo de 15 dias, apresentassem ao órgão por elas escolhido, o pedido de instauração da demanda de mediação.

A forma como constava na redação anterior à recente Reforma Cartabia gerou algumas discussões acerca da consequência em decorrência do descumprimento desta cláusula, dentre elas, se o juiz deveria ou não ser apreciar de ofício (a exemplo do que ocorre na mediação obrigatória) a inadmissibilidade da demanda em caso de não observância da tentativa pré-processual. A Corte de Cassação em 2008⁹⁰, debruçando-se sobre o tema, entendeu que o descumprimento desta cláusula não gerava a inadmissibilidade da demanda (ainda que temporariamente), uma vez que a existência de cláusula de mediação não correspondia a uma renúncia à tutela jurisdicional.

Ocorre que em 2017, o Tribunal de Roma⁹¹, em posição oposta ao entendimento da Corte de Cassação, reconheceu que o magistrado tem legitimidade para declarar a inadmissibilidade da demanda, mesmo quando as partes descumpram a previsão contratual na qual elas próprias se vincularam voluntariamente.

Com o Decreto Legislativo n. 149/2022, que regulamenta a Lei 206/2021, tal discussão foi superada por força do disposto na redação do artigo 5-*sexies* do Decreto Lei 28/2010, que dá força cogente à cláusula, estabelecendo que quando o contrato, o estatuto ou ato constitutivo do ente público ou privado constar uma cláusula de mediação, as partes deverão tentar a mediação antes de agirem em juízo. E com isto, a mediação contratual passa a ser condição de admissibilidade da demanda judicial ou do procedimento arbitral.

E caso a demanda venha a ser proposta sem que a mediação tenha sido tentada previamente, o juiz ou árbitro (na hipótese de cláusula mediação-arbitragem, também conhecida como “med-arb”), poderá conhecê-la de ofício, para remeter as partes para o procedimento de mediação, tal como ocorre na hipótese da mediação obrigatória.

90 Cass. Civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28402

91 Tribunale di Roma, sez. VIII, 10 ottobre 2017 n. 20690

3.2 DA NEGOCIAÇÃO ASSISTIDA – *NEGOZIAZIONE ASSISTITA*

A negociação assistida foi introduzida no ordenamento italiano pela “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*” (Decreto-Lei de 12 setembro 2014, n. 132⁹², convertido na Lei n. 261, de 10 de novembro de 2014), que pode ser voluntária ou obrigatória. Esta negociação consiste num procedimento prévio, extrajudicial, que é realizado por um ou mais advogados com nítido objetivo de resolução – composição amigável do conflito - fora e antes do processo (art. 2º do Dec.-Lei 132/2014) através da cooperação e colaboração das partes e seus respectivos advogados.

Sua introdução no ordenamento italiano teve nítido objetivo, assim como da mediação obrigatória, de deflacionar, simplificar e flexibilizar o procedimento judicial⁹³ e reduzir o tempo e os custos dos processos contenciosos, com propósito de atingir a competitividade do país em termos econômicos, frente aos demais países europeus⁹⁴.

A negociação assistida obrigatória é aquela que deve ser tentada antes da demanda que tenha por objeto a indenização por danos causados pela circulação de veículos e embarcações, ou se trate de cobrança a qualquer título cuja soma não exceda a 50.000 € (cinquenta mil euros), excetuadas aquelas provenientes de algumas das causas previstas como de necessária mediação obrigatória.

Já a negociação assistida voluntária é aquela da qual as partes, em qualquer matéria de direito disponível, por meio de um acordo, se comprometem a cooperarem, dentro da boa fé e lealdade, para resolver a controvérsia amigavelmente, na presença de seus procuradores, sem que seja preciso acionar o juiz ou árbitro para sua resolução. O Decreto Lei 132/2014, ainda prevê no artigo 6 a possibilidade de desjudicialização⁹⁵ nas causas de separação, divórcio, e respectivas ações revisionais⁹⁶.

O procedimento é bastante simples, ficando a cargo do advogado⁹⁷ da parte, quando procurado em seu escritório e antes, portanto, de ajuizar a

92 <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/200991/d.l.+n.+132-2014>

93 CARRATA; D’ ASCOLA, 2015

94 Tal como consta do relatório ministerial que acompanha o d.l. 132/2014, que «embora se deva considerar que, como resultado das reformas implementadas nos últimos anos, no relatório *Doing Business* do Banco Mundial, a Itália subiu 37 posições no ranking de eficiência da justiça (“ranking execução de contratos”) passando do 140º para o 103º lugar, restam os dados da importantíssima pendência litigiosa, sobretudo em sede de recurso e da sistemática violação do prazo de razoável duração do julgamento nos termos do art. 6, par. 1 da C.E.D. U”.

95 Para Antonio Carrata e Pasquale D’Ascola, o DL132/2014 em seu artigo 6, na verdade trata não só da negociação assistida voluntária, como também de uma verdadeira iniciativa de desjudicialização destas demandas. (CARRATA; D’ ASCOLA, 2015)

96 DESIATO, 2020, p. 966.

97 É dever deontológico do advogado italiano informar o seu cliente quando da assinatura do contrato de prestação sobre a possibilidade de recorrer ao acordo de negociação assistida (art. 2, *comma* 7, Dec-Lei 132/2014).

demanda, de enviar uma notificação para a parte contrária convidando-a para firmar uma convenção de negociação assistida. No convite (art. 4, Dec-Leg. 132/2014) deve constar a indicação do objeto da controvérsia e a advertência que a ausência de resposta em 30 dias do recebimento da comunicação ou a sua recusa, poderá ser objeto de análise pelo juiz em caso de ajuizamento da ação judicial, para fins da fixação das verbas sucumbenciais, inclusive na hipótese de responsabilidade agravada por danos decorrentes de lide temerária (arts. 96 e 642, 1º *comma* do c.p.c.).

E a teor do que se encontra previsto no artigo 8 do Decreto-Legislativo 132/2014, a prescrição é interrompida com o convite para a parte participar da convenção de negociação assistida ou para subscrição do acordo. Mas se o convite for recusado ou não for aceito a demanda judicial deve ser proposta no prazo de 30 dias a partir da recusa, da não aceitação no prazo ou da declaração de não acordo que deve ser certificada pelos advogados.

A condição de admissibilidade, no caso da negociação assistida obrigatória, é suprida se realizado este convite e se a parte não aceita a negociação, seja quando comparece ou não, pois sua ausência é considerada como recusa.

E, em aceitando o convite, primeiro cabe às partes firmarem a convenção de negociação assistida que deve ser escrita, sob pena de nulidade, acompanhada e direcionada de um ou mais advogados, devendo ser observado o prazo encerramento do procedimento (que em qualquer caso não deve ser inferior a um mês e não superior a 3 meses, prorrogável por mais 30 dias mediante acordo das partes), constar o objeto da controvérsia⁹⁸ que não deve incidir sobre direitos indisponíveis, e ser assinado pelas partes, cuja assinatura deve ser averiguada e certificada pelo próprio advogado ou advogados, se for o caso. E se após a convenção houver o acordo, também ele deve ser escrito e assinado pelas partes e seus advogados, tendo eficácia de título executivo⁹⁹.

3.3 DAS PARTES E SEUS PROCURADORES

Para o bom funcionamento de todos estes procedimentos faz indispensável a participação e comparecimento pessoal das partes na primeira sessão obrigatória, só admitindo que estas estejam representadas por outrem em casos devidamente justificados e desde que o representante ou procurador tenha

98 Uma das principais novidades trazidas pela Reforma Cartabia, no âmbito do procedimento de negociação assistida, foi a introdução, no ordenamento italiano, de realização de diligência extrajudicial, verdadeira instrução extrajudicial destinada a: a) obter as declarações de terceiros sobre os fatos objeto do litígio; b) permitir a confissão extrajudicial em forma escrita, e c) colheita de provas que poderão ser carreadas ao processo judicial e valoradas pelo juiz que poderá ordenar a sua renovação.

99 Com exceção da negociação assistida nas causas de família, porque será necessário o (*nullaosta*), ou seja, o parecer favorável do Ministério Público, e se envolver interesses de incapazes, é necessário a homologação do acordo por parte do juiz. E a convenção terá os mesmos efeitos da decisão judicial.

poderes específicos para transigir, transacionar, firmar acordo, dar e receber quitação.

A ausência da parte ou de seu representante legal, pode ser levada em consideração pelo juiz, em caso de ajuizamento da ação judicial. Seja para valorar a sua conduta, seja para fixação das verbas sucumbenciais (art. 12-*bis*¹⁰⁰ do Dec-Lei 28/2010 com redação incluída pela Reforma Cartabia).

E a presença do advogado, deste 2013, é indispensável nos casos de mediação obrigatória, mediação *demandata* ou ordenada pelo juiz e nos casos da negociação assistida obrigatória. Nos demais casos será facultativa.

Paola Lucarelli¹⁰¹ acredita que mesmo quando facultativa, o advogado deve sempre participar do procedimento, por ser ele uma figura indispensável na prática da mediação, por reconhecer que a sua presença permite que os seus clientes adquiram o conhecimento de forma ampla e aprofundada de seus interesses e não só posições e vantagens. E sem contar que o advogado é uma peça fundamental na administração da justiça e deve exercer uma advocacia colaborativa e participativa.

Dá-se uma importância tão grande à figura do advogado que o Decreto Legislativo 28/2010 (art.4, *comma* 3) lhe impôs um dever de informar¹⁰², por escrito, ao seu cliente da existência dos procedimentos de mediação, sob pena de nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios.

100 Artigo 12-*bis* - Consequências processuais pela não participação no processo de mediação
 1. Da falta de participação injustificada na primeira reunião do procedimento de mediação, o juiz pode inferir provas no julgamento posterior, nos termos do artigo 116.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.
 2. Quando a mediação constitua condição de admissibilidade, o juiz condena o constituído que não compareceu à primeira reunião sem motivo justificado ao pagamento de uma quantia correspondente ao dobro da contribuição unificada.
 3. Nos casos referidos no *comma* 2, na sentença, o juiz, a requerimento, pode ainda ordenar à parte vencida que não tenha participado na mediação o pagamento de quantia equitativamente fixada na medida não superior a o máximo das custas judiciais acumuladas após a conclusão do processo de mediação.
 4. (...)"

101 LUCARELLI, 2022, p. 17

102 No Código Deontológico prevê em seu artigo 27, §3º, dever de informação do advogado que este: "3. L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge." E assim como consta do D.Legs. 28/2010 – art. 4. 3. *All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito e' annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione).*

Essa exigência legislativa foi um divisor importante na implantação de uma cultura, sentindo os advogados a necessidade de se capacitarem. Remo Caponi em um artigo escrito no ano de 2005 (antes mesmo do DL 28/2010), observou que os juízes e os advogados não se encontravam até então suficientemente preparados para desenvolverem uma função conciliativa, e com a agravante que no caso destes últimos sequer estavam eles suficientemente incentivados a cooperarem¹⁰³. Quadro este que, paulatinamente, começa a mudar. Cada vez mais são os próprios advogados italianos quem incentivam os seus clientes a buscarem a via conciliativa¹⁰⁴. E este é o papel do advogado, mostrar ao seu cliente que existem outras estradas a serem percorridas antes mesmo de querer chegar na via que até pouco tempo era a única para a resolução do conflito.

4. DA CONCILIAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL ATÉ O SÉCULO XIX

O caminho buscado pela Itália pode ser uma via alternativa a ser pensada no Brasil não só como forma de permitir o incentivo e conhecimento destes métodos, mas como, por serem eles o meio, em muitas das vezes, o mais adequado¹⁰⁵ para resolver alguns conflitos de interesses. Obrigatoriedade que não é de todo desconhecida no Brasil.

Como bem observa José Olímpio de Castro Filho¹⁰⁶ por força das leis portuguesas¹⁰⁷, o nosso primeiro texto Constitucional (art. 161, da *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*), prescreveu a negociação como caráter obrigatório, preliminar e, portanto, como condição da ação. Tal exigência constou no Regulamento 737¹⁰⁸, de 25 de novembro de 1890.

Não obstante o Decreto 737/1890 tenha regulamentado minuciosamente a conciliação obrigatória acabou também sendo incluída na consolidação RIBAS, por ser ela “inspirada por um ideal de interesse público — evitar litígios e manter a harmonia entre os cidadãos”¹⁰⁹. Mas após a Proclamação da República, a conciliação acabou “suprimida pelo Dec. n. 359, de 21.4-1890, sob o fundamento de que se verificava a inutilidade da tentativa conciliatória”¹¹⁰.

103 Para Caponi era preciso rever a forma de determinação dos honorários, “*in modo da valorizzare in modo adeguato l’attività prestata al fine della composizione negoziale della controversia, rispetto alla conduzione di un processo giurisdizionale.*” (CAPONI, 2022c, p. 1.079)

104 PAGNI; LUCARELLI 2022, p. 9

105 Fato este reconhecido desde o século passado por CASTRO FILHO (1953, p. 283), BARRETO FILHO (1973, p. 89) e BARBI (1965, P. 89).

106 CASTRO FILHO, 1953, p. 277

107 As Ordenações Afonsina e Filipinas continham regras explícitas para que a conciliação fosse tentada antes mesmo do processo. Com isto resta claro que a conciliação prévia prevista na primeira Constituição Republicana se originou de Portugal (CASTRO FILHO. 1953, p. 278)

108 “Art. 23. *Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.*”

109 CASTRO FILHO, 1953, p. 280

110 CASTRO FILHO, 1953, p. 280

A conciliação obrigatória no Brasil desaparece em definitivo como condição da ação com o nosso primeiro Código de Processo Civil de 1939¹¹¹, para depois retornar como caráter obrigatório nas ações de desquite (Lei 968, de 10 de dezembro de 1949).

Alberto Deodato Maia Barreto Filho em artigo publicado em 1973, escrito antes da entrada em vigor do CPC de 1973, lamentou o desaparecimento da obrigatoriedade e a completa ausência de sua previsão no então projeto de lei, por considerar que sua retirada do nosso ordenamento representou um regresso, um verdadeiro retrocesso. Para ele, a culpa pelo desuso da conciliação se deve ao pouco engajamento dos juízes leigos – juízes de paz – que sempre repudiaram o instituto e que não reconheciam a sua “importância, o naipe moral do conciliador, o seu poder de persuasão, o que nunca poderá obter do leigo, eleito pelas paixões políticas momentâneas.”¹¹²

Celso Agrícola Barbi¹¹³ também criticando a ausência do instituto no ordenamento que estava em processo legislativo à época, vislumbrava que a adoção da conciliação obrigatória seria o melhor meio para auxiliar na redução dos “os serviços forenses e, portanto, melhorá-los.” Acrescentando que a “circunstância de já ter existido esse instituto em nosso direito mais antigo e haver sido suprimido não é argumento válido, pois outros são os tempos e problemas atuais.”¹¹⁴ Advertindo, no entanto, que para o bom êxito da conciliação haveria a imperiosa necessidade da presença pessoal das partes e de elevado grau de zelo e trabalho de persuasão dos que forem exercer este o papel de conciliador, mediador e até mesmo do juiz, para que tal como outrora ocorrera, este instituto caia não voltasse a cair no descrédito.

O fim desta discussão é que nem o CPC de 1939 nem o de 1973 (em sua redação original) trouxeram qualquer previsão para a conciliação obrigatória. Sendo, no entanto, finalmente previsto no vigente CPC de 2015 (art. 334), mas não ainda como condição prévia, pré-processual.

Embora se reconheça que a mediação e a conciliação não seja a panaceia para todos os males ou mesmo uma solução milagrosa¹¹⁵, há que se voltar um pouco os olhos para o passado e ajustar as lentes para o futuro com vistas a reintroduzir a conciliação, negociação ou mediação obrigatória em nosso ordenamento. O que deve ser buscado, é claro, pela via adequada do processo legislativo¹¹⁶, por reconhecer que esta obrigatoriedade poderá estimular

111 Observa, no entanto, José Olímpio de Castro Filho (1953, p. 281) que no “longo intervalo que vai entre os primórdios da República e código unitário, não foi a conciliação, porém, de todo desconhecida do nosso direito.”

112 BARRETO FILHO. 1973, p. 89

113 BARBI. 1965, p. 166

114 BARBI. 1965, p. 166/167

115 PINHO. 2019, p. 257

116 E por isso vejo com bons olhos o PL 3.813/2020 em tramite na Câmara dos Deputados que

e até mesmo acredita-se, como se deu na Itália, uma mudança de cultura e, conseqüentemente, de mentalidade¹¹⁷. E com isto possibilitar que os conflitos, inclusive aqueles para os quais sequer exista esta obrigatoriedade passem a ser resolvidos por meio dos próprios interessados com a ajuda de um terceiro, um conciliador ou mediador, figuras estas já conhecidas no ordenamento brasileiro.

Pois, quanto mais civilizado é um povo, maior e melhor é a compreensão que o processo judicial não é a melhor forma de resolver um conflito, antes pelo contrário.

CONCLUSÕES

Uma cultura não se muda da noite para o dia e nem mesmo por força de lei, mas é preciso reconhecer que o agente propiciador destas mudanças na Itália foi a instituição da mediação obrigatória. A sua implantação, embora muito criticada por não ter sido um remédio próprio para deflacionar ou mesmo atenuar a crise da justiça civil, sem dúvida, teve o condão de promover o conhecimento das múltiplas estradas que o jurisdicionado tem para solucionar o seu conflito.

O objetivo do legislador italiano baseado apenas na pretensa redução dos processos se mostrou inadequado, mas com o tempo foram os próprios jurisdicionados e seus advogados que viram que, a depender do conflito, da condição, dos interesses das partes, a melhor solução não é buscar de pronto e imediato o judiciário como única estrada possível.

É preciso incentivar o uso dos meios coexistentiais ou complementares, como a mediação, a conciliação e a negociação pelo potencial que estes métodos têm, a começar por manter a autonomia dos envolvidos na resolução do conflito, na qual eles próprios, quebrada a barreira da ausência de comunicação por meio da restauração do diálogo, decidem, por si, os rumos do seu conflito de interesses, passando de meros espectadores a protagonistas, e podendo resolvê-lo não só com o olhar pelo retrovisor (como se dá no processo judicial), mas sim para todo o horizonte que lhe descortina pelo para-brisas. Resolvendo o passado, prevenindo e prevendo as relações futuras, e sem contar que ambos sairão ganhando quando o conflito é por eles resolvido e gerido.

Dispõe sobre a obrigatoriedade, nos conflitos entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial – naquelas causas em que envolvam relações jurídicas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas, as partes envolvidas deverão obrigatoriamente se submeter, antes da propositura de eventual ação judicial, à prévia sessão de autocomposição, a ser realizada nos moldes da presente lei. A obrigatoriedade de tentativa de autocomposição preliminar abrange as causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis. (texto integral pode ser consultado https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1913578&filename=PL%203813/2020). Sobre o referido projeto de lei e a sua interface com a negociação assistida italiana escrevemos um ensaio próprio diante das inúmeras similitudes (MAIA, 2023).

117 ZAGANELLI; SANTOS JÚNIOR. 2017, p. 478

E em resposta ao problema proposto acreditamos que no Brasil, por meio do devido processo legislativo acompanhado de amplo debate, já se tem condições atuais de, assim como ocorreu na Itália, impor uma negociação ou mediação obrigatória como condição prévia e prejudicial à ação judicial.

Em suma, reconhecemos que o ordenamento italiano merece ser mais bem estudado e compreendido para servir de modelo para o processo legislativo em curso perante a Câmara Legislativa (PL 3.813/2020) e de outros que vierem a ser propostos sobre o tema, sem olvidar, no entanto, das experiências do passado remoto em que no Brasil era exigida a conciliação obrigatória.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Alberto de. **Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais**. Rev. Fac. Direito UFMG: Belo Horizonte, n. 59, p. 101 a 122, jul./dez. 2011

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo**. Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A justiça no limiar de novo século**. Temas de Direito Processual. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994

BARBI, Celso Agrícola. **Os Poderes do Juiz e a Reforma do Código do Processo Civil**. Rev. Fac. Direito UFMG: Belo Horizonte, n. , p. 162 a 179, out. 1965

BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. **A conciliação no Processo Civil**. Rev. Fac. Direito UFMG : Belo Horizonte, n. 13, p. 82 a 91, out. 1973

BESSO, Chiara. *La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI. N. 6, 2010

BONTÀ, Silvana Dalla. *Giustizia consensuale*. *Giustizia consensuale Rivista Semestrale*. Editoriale Scientifica. Fasc.1/2021

BREGGIA, Luciana. *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*. Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello. Milano: UTET Giuridica. 2022

CASTRO FILHO, José Olímpio de. **A conciliação no Processo Civil**. Rev. Fac. Direito UFMG : Belo Horizonte, p. 276 a 288, out. 1953

CAPONI, Remo. *Conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*. Dogmatica Giuridica e Vita – Studi di giustizia civile. Tomo II. Milano: Giuffrè. 2022a

CAPONI, Remo. *Delega Legislativa in Materia di Conciliazione*. Dogmatica Giuridica e Vita – Studi di giustizia civile. Tomo II. Milano: Giuffrè. 2022b

CAPONI, Remo. *Giudice di pace e conciliazione*. Dogmatica Giuridica e Vita – Studi di giustizia civile. Tomo II. Milano: Giuffrè. 2022c

CAPONI, Remo. *Giusta composizione delle controversie*. Dogmatica Giuridica e Vita – Studi di giustizia civile. Tomo II. Milano: Giuffrè. 2022d

CAPONI, Remo. *Giustizia civile alla prova della mediazione*. Dogmatica Giuridica e Vita – Studi di giustizia civile. Tomo II. Milano: Giuffrè. 2022e

CAPONI, Remo. *Mediazione, Novità e vecchi problemi*. Dogmatica Giuridica e Vita – Studi di giustizia civile. Tomo II. Milano: Giuffrè. 2022f

CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso alla Giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. Studi in onore di Tito Carnacini, 2° vol, Tomo I. Milano: Giuffrè, 1984

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça. *Revista Forense*, vol. 326. Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1994

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002

CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil – Reformas e Tendências Evolutivas na Europa Ocidental e Oriental*. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008

CARRATA, Antonio; D' ASCOLA, Pasquale. *Nuove riforme per il processo civile: il D.L. 132/210* https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/Nuove_riforme_per_il_processo_civile.html

CHIARLONI, Sergio. Uma Perspectiva Comparada da Crise na Justiça Civil e dos seus Possíveis Remédios. Relatório elaborado para o Congresso de Viena do ano de 2000, organizado pela Associação Mundial dos Processualistas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII, n. 13, 2014

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi Alternativi di Tutela e Garanzie Costituzionali*. *Rivista di diritto processuale*, Vol. 55, Fasc 2 , 2000

DANOVI, Filippo. *Il tramonto della logica autoritativa del processo, ma non del nucleo essenziale dei suoi principi*. I Patti Preconflittuali. MARCHESE, Alberto; MANIACI, Arturo; FERRARIS, Federico; DANOVI, Filippo; FRAGOMENI, Tiziana. Torino: Giappichelli. 2019

DE LUCA, Alexandra. *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*. *Rivista di diritto civile*, 2013

DESIATO, Olga. *L'evoluzione del Collaborative Law In Italia: La Negoziazione Assistita in Materia Familiare*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira SIMONS, Adrian; MENDES, Aluísio Goncalves de Castro; RAGONE, Alvaro Pérez; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (orgs.). – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020

FRANCONE, Paola. *L'Istituto della Negoziazione Assistita Alla Luce della Legge Delega n. 206/2021*. *Rivista di Diritto del Risparmio*, fasc. 3/2022

GALANTER, Marc. *Access to Justice in a World of Expanding Social Capability*, 37 *FORDHAM URB. L.J.* 115 (2010). <<<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol37/iss1/5/>>> Acesso em 5.02.2022

GONÇALVES, Oksandro Osval; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Privatização da Administração da Justiça: Um Fenômeno Paradoxal*. *Rev. Fac. Direito UFMG* : Belo Horizonte, n. 69, pp. 477 - 499, jul./dez. 2016

GRAZIOSI, Andrea. *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?* *Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè. v. 73, n. 1, mar., 2019

GRINOVER, Ada Pellegrini. *MUDANÇAS ESTRUTURAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* - no 1, 2006

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma nova modalidade de Autotutela*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 10 – jul./dez. 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, p. 71-76, 2008

GUIDA, Ricardo. *Nuovi strumenti ADR e Processo Civile – “questo matrimonio s’ha da fare”*. *Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello*. Milano: UTET Giuridica. 2022

HILL, Flávia Pereira. *DESJUDICIALIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA ALÉM DOS TRIBUNAIS: PELA CONCEPÇÃO DE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL EXTRAJUDICIAL*. *Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.]*, v. 22, n. 1, 2020. DOI: 10.12957/redp.2021.56701. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/56701>. Acesso em: 23 out. 2023

LUCARELLI, Paola. *Le tappe di un intervento innovativo*. *Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello*. Milano: UTET Giuridica. 2022

LUCARELLI, Paola. *Mediazioni dei conflitti: Una spinta generosa verso il cambiamento*. *Rivista Giustizia consensuale. Editoriale Scientifica*. Fasc.1/2021

LUIISO, Francesco Paolo. **Diritto Processuale Civile. Vol. V – La risoluzione non Giurisdizionale delle controversie**. Milano: Ed. Giuffrè. 2019

MAIA, Renata C. Vieira. A “Negoziação Assistida” na Itália e a Obrigatoriedade da Sessão Extrajudicial de Autocomposição Prévia no Brasil (Breve Análise do Projeto de Lei 3.813/2020). Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: João Martins Bertaso; Sílzia Alves Carvalho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023. Disponível no link: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/39f3h682/l63ydhluQVH03a0b.pdf>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Resolução dos Conflitos e Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Ed. RT, 2ª ed. rev. at. e ampl., 2014.

MARINARO, Marco. *Il ruolo del giudice nell'era della giurisdizione minima tra obiettivi conciliativi e funzioni giurisdizionali. I provvedimenti dei giudici Fiorentini*. Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello. Milano: UTET Giuridica. 2022

MONTELEONE, Girolamo. “La Mediazione Forzata”. **Judicium.it**. Disponível na pagina

<< <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/38/Monteleone,%20mediazione%20forzata.pdf>>>

PAGNI, Ilaria; LUCARELLI, Paola. *Introduzione*. Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello. Milano: UTET Giuridica. 2022

PINHEIRO, Aline: *Itália é a campeã de lentidão judicial na Europa*. Disponível no site<<https://www.conjur.com.br/2012-abr-14/italia-pais-europeu-acionado-causa-lentidao-justica>>

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia*. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.]**, n. 11, p. 171–201, 2012. DOI: 10.18759/rdgf.v0i11.178. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/178>. Acesso em: 23 out. 2023.

SCARSELLI, Giuliani. *Sugli errori degli ultimi venti anni nel porre rimedio alla crisi della giustizia civile*. In- **Il Foro Italiano**, Vol. 134, n.º. 2, fev 2011

TROCKER, Nicolò. *La Conciliazione come Metodo Alternativo di Risoluzione delle Controversie nell'esperienza dell'ordinamento Italiano tra Obiettivi di Politica Legislativa e Profili di Compatibilità Costituzionale*. In - L'altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione delle controversie nel Diritto Comparato. VARANO, Vincenzo. Milano: Giuffrè, 2007

VIGORITI, Vincenzo. *Europa e Mediazione Obbligatoria*. Rassegna Forense – 4/2010

ZAGANELLI, Margareth Vetis; SANTOS JÚNIOR. *A mediação em matéria civil e comercial como método alternativo de solução de litígios no ordenamento italiano*. Rev. Fac. Direito UFMG : Belo Horizonte, n. 70, p. 461 - 485, jan./jun. 2017

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. Acesso à Ordem Jurídica Justa (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos Coletivos e outros Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019

Recebido em: 28/02/2023

Aprovado em: 23/11/2023