

O FUTURO DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA APÓS A DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA

Michele Paumgartten

Mestre em Direito (UNESA). Advogada no Rio de Janeiro.

Resumo: Após a edição do Decreto Legislativo n. 28/2010 que regulamentou a Lei n.º. 69 de 18/2009, publicado para atender ao comando da Diretiva 2008/52/CE, a mediação foi alvo de uma vasta discussão entre juristas, advogados, políticos e mediadores, especialmente quanto a sua modalidade compulsória. Após a audiência pública realizada em 24 de outubro de 2012, a Corte Constitucional italiana decidiu pela inconstitucionalidade de vários dispositivos do Decreto Legislativo, inclusive daquele que tratava da mediação obrigatória. Publicada em 12 de dezembro de 2012, a fase vindoura gerou uma nova preocupação: o fim da obrigatoriedade representará o fim da mediação na Itália ou permitirá que ela se estruture segundo suas bases conceituais e filosóficas?

Palavras-chave: Itália. Mediação. Obrigatória. Decreto Legislativo. Constitucionalidade.

Riassunto: Dopo aver pubblicato il Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, regolando la legge n. 69 del 18 giugno 2009, pubblicato per soddisfare il comando della direttiva 2008/52/CE che ha attivato una politica di valorizzazione soluzione consensuale dei conflitti all'interno dell'Unione europea, la mediazione ha stato al centro di un ampio dibattito tra i giuristi, avvocati, politici e mediatori, in particolare per quanto riguarda la modalità obbligatoria. Fino a quando, dopo un'audizione pubblica tenutasi il 24 ottobre 2012, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni del decreto legislativo, tra cui la mediazione obbligatoria. La decisione è stata pubblicata il 12 Dicembre 2012, e questa nuova fase ha generato una

nuova preoccupazione: lo fine della mediazione obbligatoria in l'Italia rappresenta lo fine de la mediazione o la possibilità di strutturarsi conforme la loro concetto originale?

Parole-chiave: Italia. Mediazione. Obbligatoria. Decreto Legislativo. Costituzione.

Sumário: 1. A política europeia de incentivo à valorização da mediação nas resolução de conflitos. 2. Os efeitos da transposição da Diretiva no sistema jurídico italiano: vida e morte da mediação obrigatória no D. Leg. 28/2010. 3. Quais as expectativas acerca da mediação na Itália? 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.

1. A política europeia de incentivo à valorização da mediação na resolução de conflitos

O movimento pela valorização de métodos extraordinários para a resolução de conflitos na Europa teve início no fim da década de noventa, seguindo a nova era que emergia nos Estados Unidos a partir da *Pound Conference* de 1976, época em que germinou o conceito do *multi-door courthouse*. Diferentes modelos se desenvolveram na Europa e a mediação passou a ser regulamentada em alguns países¹, tornando-se comum a existência de programas para resolver conflitos envolvendo direitos dos consumidores².

Até que em 21 de maio de 2008 foi publicada a Diretiva 52 pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), desencadeando uma política de valorização da solução consensual

¹ “Poland, for example, was the first country in Eastern Europe to enact legislation on mediation in civil and commercial cases. Poland’s law was much broader than the Directive which is limited to cross-border commercial disputes. Cf.: PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation, *Dispute Resolution Journal*, Nova Iorque, v. 61, p. 67-72, ago-out. 2006.

² “In the private sector, several provider organizations in continental Europe have encouraged mediation since the 1990s, while traditional arbitration providers added mediation to their list of services. In 1996 the U.S. based CPR Institute for Dispute Resolution published the Model European Mediation Procedures, and in 2001 the International Chamber of Commerce, a leading provider of arbitration services, issued ADR Rules making mediation the default choice of a dispute resolution process.”. NOLAN-HALEY, Jacqueline. Envolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. In: Annual conference on international arbitration and mediation, 6, 2011, Fordham University School of Law. *Proceedings of the conference*. Nova Iorque: Martinus Nijhof Publishers. 2012, p. 12. Cf. também capítulo intitulado “French experience: Les Médiateurs de la Paix”: MARTINS, Nadia. *ADR in the age of contemporaneity*. Chaos, complexity and pedagogy. Curitiba: Juruá, 2012. p. 271 et seq.

de conflitos que entrou definitivamente na ordem do dia na *European Judicial Area*, obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplassem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

Notadamente o ímpeto *expansionista* do Direito Comunitário Europeu aumentou significativamente sua influência sobre o ordenamento interno dos países membros provocando, conseqüentemente, a inserção de ideias que muitas vezes não se encontravam presentes na tradição jurídica de alguns destes países³. Não obstante a norma, por ser comunitária, ter como foco imediato a regulação de conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia entenderam que a adoção de procedimento extrajudiciais, mesmo no ambiente interno dos países, significaria um eficaz instrumento para a facilitação do acesso à justiça por conferir: maior rapidez na solução das controvérsias; baixo custo a ser dispendido; a possibilidade de alcançar maior disposição das partes envolvidas num conflito na busca espontânea da solução, preservação as relações entre os interessados.

Apesar da Diretiva ter um âmbito mais restrito do que o recomendado no Livro Verde da Mediação e no próprio Projeto da Diretiva de 2004, é inegável que o objetivo desta intervenção foi encorajar especialmente aqueles países sem tradição no uso das ADRs, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais como um importante passo para promoção do acesso à justiça, mais simples, mais rápido e conseqüentemente, tentar resolver a grave crise jurídica institucional que pairava (e ainda paira) sobre grande parte de seus países-membros.

O objetivo da Diretiva é claro:

*The objective of this Directive is to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings.*⁴

A mediação é definida na Diretiva como um processo voluntário no qual um terceiro auxilia duas ou mais partes em disputa para chegar a resolução do seu conflito. Uma definição funcional que foca no acordo como o fim buscado pela mediação. Optou

³ HILL, Flavia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VI, Rio de Janeiro, o. 294-321, jul-dez. 2010. p. 295.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. *Jornal Oficial da União Europeia*, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

por uma regulamentação geral, dispondo sobre principais conceitos, confidencialidade e outros apontamentos, especialmente para fazer frente à complexidade de diferentes línguas e culturas na UE, mas ao que parece, não teria sido suficiente para promover um consenso entre os Estados-membros ao transpor a regra da Diretiva aos seus ordenamentos internos, já que a existência de diferentes visões sobre o assunto é algo inevitável.

2. Os efeitos da transposição da Diretiva no sistema jurídico italiano. Vida e Morte da mediação obrigatória no D. Leg. 28/2010.

A institucionalização da mediação por vários países da UE tem seguido uma fórmula muito semelhante. Traçam-se linhas gerais e busca-se atrair a mediação para o ambiente do tribunal. Outros Estados-membros⁵, a exemplo de Bulgária⁶, Romênia⁷ ou ainda a Alemanha⁸ procuraram adotar, dentre outras medidas estimuladoras, a concessão de incentivos financeiros caso as partes consigam resolver através da mediação, uma controvérsia que se transformaria numa demanda judicial.

No entanto, a Itália merece uma análise especial, já que ao transpor a Diretiva, lançou mão de artifícios processuais que extrapolaram a ideia de *encorajamento*⁹ ao uso de sistemas extrajudiciais contido na norma base comunitária.

Seguindo o comando do artigo 12 da Diretiva 2008/52/CE, o Parlamento Italiano editou a Lei nº. 69 de 18 de junho de 2009, que além de dispor sobre algumas alterações no Código de Processo Civil, normatizou a mediação no artigo 60, traçando regras gerais que norteariam o decreto legislativo que deveria ser editado dentro do prazo máximo de seis meses contado a partir da entrada em vigor da lei. Regulamentando a lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28,

⁵ “Greek law does not require consent for enforcement of the agreement. Northern Ireland Access to Justice Review Report recommends that it be a condition of receiving legal aid in particular categories of cases that ADR options be considered and reasons given when they are rejected.” NOLAN-HALEY, Jacqueline. Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Carolina do Norte, v. 37, p. 01-31, fev. 2012, p. 17.

⁶ Cf. Bulgarian Mediation Act 110/2004.

⁷ Cf. Romanian Mediation Act, 192/2006.

⁸ Cf. Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, July 25, 2012.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. Side-effects of the growing trends towards the institutionalization of mediation. *Panorama of Brazilian Law*. No prelo.

dispondo sobre a mediação nos âmbitos civil e comercial, classificando-a em três versões: *mediazione facoltativa*, *mediazione giudiziale* e *mediazione obbligatoria*¹⁰.

Ao disciplinar a mediação, a Diretiva delineia claramente que: a mediação deve ser precipuamente voluntária, cabendo aos litigantes a livre opção por esse meio de solução de conflitos, ressalvada a faculdade da previsão da mediação sob a modalidade obrigatória pelos Estados-membros, desde que esta não obste o acesso à justiça. Contudo, o regime de implementação da mediação adotado pela Itália se estendeu muito além do que prevê a Diretiva e como se pode imaginar, o núcleo mais significativo e que causou maior impacto foi a modalidade *obbligatoria*, alçada ao status de condição de admissibilidade do processo judicial de uma extensa gama de questões civis e comerciais.

O item 3 do art. 60 da Lei 69/09 determina a linha que deverá ser seguida pelo decreto ao normatizar a mediação: a prática deve ser determinada de forma a não obstaculizar o acesso à justiça; como deve ser a regulamentação e o registro dos organismos profissionais e dos independentes; a possibilidade da mediação ser feita *on line*; a possibilidade de realização de perícias e a forma de pagamento dos honorários; a previsão sobre os honorários dos mediadores; o dever de comunicação por escrito pelo advogado à parte sobre a possibilidade de participar de sessões de mediação previamente a propositura da ação judicial; o estabelecimento de vantagens fiscais quando houver celebração de acordo; a condenação do vencedor a reembolsar o sucumbente no processo judicial, se refutou acordo cuja sentença corresponda completamente ao conteúdo da proposta; duração do procedimento de mediação limitado a quatro meses; garantia de imparcialidade, independência e neutralidade do mediador; conferir eficácia executiva ao termo de acordo que poderá constituir título executivo para fins de hipoteca judicial.

O D. Leg. nº. 28/2010 tratou de regulamentar a mediação na forma da delegação outorgada pela Lei nº. 69/2009, normatizando a prática e o papel do mediador. Apesar do avanço que pode ter representado a edição da norma, especialmente diante do apreço do ordenamento e da sociedade italiana à tradição de solução dos conflitos pela via judicial como bem ressaltou Flavia Pereira Hill, alguns

¹⁰ DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Disponível em: <<http://www.judicium.it>> Acesso em 20 out. 2011.

pontos, mais especificamente elencados no artigo 5º foram alvo de acaloradas críticas dos juristas.

A mediação poderá ser: *facoltativa* quando o procedimento é escolhido livremente pelas partes; *giudiziale* quando o juiz convida (o convite pode ser feito a qualquer momento, desde que antes da audiência de instrução) as partes a se engajarem num processo de mediação; *obbligatoria* (implementada em até 12 meses a partir da entrada em vigor do decreto) devendo as partes submeterem-se ao processo de mediação, sob pena de inadmissibilidade da ação, quando o conflito versar sobre as seguintes matérias: condomínio; direitos reais; partilhas; sucessões hereditárias; acordos de família; locações; comodato; arrendamento de empresas; ressarcimento de dano decorrente da circulação de veículos automotores e barcos; responsabilidade médica; difamação por meio de imprensa escrita ou outro meio de divulgação; contratos de seguro, bancários e financeiros.

Assim, se as partes ingressassem em juízo sem atender ao procedimento mandatório, o juiz poderia remeter as partes à mediação suspendendo o processo por até quatro meses, ao final do qual, as partes deveriam ter chegado a um acordo. O processo não seguiria enquanto as partes não tivessem instaurado um procedimento de mediação. Se um acordo não fosse alcançado e se o mediador considerasse apropriado, poderia desenhar uma proposta de acordo. Embora as partes fossem teoricamente livres para celebrá-lo, neste caso, a liberdade tornava-se mitigada, pois se a ação proposta fosse julgada conforme os termos não acordados, o tribunal poderia impor sanções que recairiam sobre aquele que se recusou a firmá-lo, o que obrigava indiretamente a pactuação com o fim de afastar sanções.

Além da quebra do sigilo, estipular um prazo de duração para a mediação, encapar o mediador nas vestes de um conciliador¹¹, penalizar aquele que se recusou a celebrar um acordo cujo conteúdo fosse o fundamento da sentença judicial, revelava um autoritarismo¹² desmedido inculcado na lei italiana que institucionalizou a mediação.

¹¹ Os conceitos de mediação e conciliação constantemente se confundem na Itália.

¹² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. *Mediación obligatoria. Una versión moderna de autoritarismo procesal*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. X, p. 210-225, jul-dez. 2012.

Diante disso, a associação dos advogados italianos (OUA – *Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana*)¹³ ingressou com ação em face do Ministério da Justiça e do Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o TAR Lazio que decidiu em 2011¹⁴, não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do D. Leg. n° 28/2010, tais como a excessiva delegação constante no artigo 5º, e que a mediação enquanto fase de pré-julgamento, traduzindo condição de admissibilidade da ação, impede efetivamente o acesso à justiça¹⁵. Além do TAR Lazio, outros tribunais como o Tribunal de Gênova¹⁶, a Justiça de Paz de Parma e a de Catanzaro¹⁷ reforçaram ainda mais em suas decisões o perfil inconstitucional da lei perante a Corte Constitucional Italiana.

Apesar da Comissão Europeia ter emitido parecer com observações centralizadas especialmente sobre os mecanismos de sanções¹⁸ previstos nos artigos 11 e 13 do D.Lgs. 28/2010 em resposta ao questionamento da Corte de Justiça da UE, a Corte Constitucional Italiana decidiu, após audiência pública realizada em 23 de outubro de 2012¹⁹, pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos do D. Leg.

¹³ Conferir texto publicado pelo Organismo Unitario dell' Avvocatura Italiana, intitulado: “Disapplicazione dell’obbligatorietà della media conciliazione per contrasto della Corte dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea”. Disponível em: <<http://www.oua.it/Dottrina/Civile/Civile.asp>> Acesso em: 20 jan.12.

¹⁴ A íntegra da Decisão está disponível em <<http://www.ilcaso.it>> Acesso em: 15 set. 2011.

¹⁵ Cf. VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 5, p. 61-81. 2011.

¹⁶ Tribunale di Genova. Sezione III Civile. N 4574/2011. Disponível em <<http://tribunale.genova.it>> Acesso em 01/03/2012.

¹⁷ Ordinanza n.2 del del 1 settembre 2011 emessa dal Giudice di Pace di Catanzaro. Disponível em: <<http://www.gazzettauffici ale.it>> Acesso em 01 março 2012.

¹⁸ Parecer formulado pela Comissão Europeia em resposta a Corte de Justiça sobre a mediação obrigatória diante do questionamento de incompatibilidade do D. Legs. 28/2010 com a normativa europeia: “*non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede per l’esperimento della mediazione obbligatoria un termine di quattro mesi che in determinate circostanze sia destinato ad aumentare. Questa misura non appare tale da comportare un ritardo nell’introduzione e nella definizione di un successivo giudizio che possa essere tale da risultare manifestamente sproporzionato rispetto all’obiettivo di garantire una composizione più rapida delle controversie. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale stabilire caso per caso se il ritardo che l’esperimento della mediazione obbligatoria comporta rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non sia tale da comportare una compressione di questo diritto suscettibile di ledere la sostanza stessa del diritto*”. Quanto aos custos da mediação, último questionamento formulado à Comissão Europeia, conclui que: “*osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa. Tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all’obiettivo di una composizione più economica delle controversie*”. Íntegra do parecer disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/wp-content/uploads/commissione-Ue-sanzioni-conciliazione.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2012.

¹⁹ Os detalhes sobre a audiência pública podem ser conferidos no site da Corte Constitucional: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/lavori/doc/CC_CL_CC_20121011125729.pdf>

28/2010, cuja decisão (acórdão 272) publicada em 12 de dezembro de 2012 na *Gazzetta Ufficiale*²⁰ confirma a existência de excesso de delegação legislativa.

Nos termos dos artigos 30 da Lei n. 87/1953 (*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*)²¹ e 136 da Constituição Italiana²², as disposições de uma norma, quando declaradas inconstitucionais, perdem a sua eficácia a partir do dia seguinte à publicação da decisão pelo tribunal constitucional. Assim, a partir de 13 de dezembro de 2012 a mediação obrigatória foi abolida do ordenamento italiano.

Além desta questão, a decisão da Corte Constitucional atingiu outros dispositivos do D. Leg. 28/2010, que juntamente com o artigo 5º, n. 1²³, também foram

²⁰ Série especial n. 49 de 12/12/12. Disponível em: www.gazzettaufficiale.it. Acesso em: 15 dez. 2012.

²¹ “30. La sentenza che dichiara l’illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, entro due giorni dal suo deposito in Cancelleria, è trasmessa, di ufficio, al Ministro di grazia e giustizia (1) od al Presidente della Giunta regionale affinché si proceda immediatamente e, comunque, non oltre il decimo giorno, alla pubblicazione del dispositivo della decisione nelle medesime forme stabilite per la pubblicazione dell’atto dichiarato costituzionalmente illegittimo (2). La sentenza, entro due giorni dalla data del deposito viene, altresì, comunicata alle Camere (3) e ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario adottino i provvedimenti di loro competenza. Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali.”. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/fonti/l87-53.htm>> Acesso em: 22 jan. 2013.

²² “Art. 136. Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge [134], la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.”. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>> Acesso em 22 jan. 2013.

²³ “Art. 5. Condizione di procedibilità e rapporti con il processo : 1. Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.”. Disponível em: <http://www.nu.camcom.it/public/allegatiServizi/mediazione/3_d.lgs.04.03.2010n.28.pdf> Acesso em: 22 jan 2013.

afetados pela inconstitucionalidade declarada, por força do artigo 27 da Lei n. 87/1953²⁴:

a)- art. 4º, n. 3, na parte em que diz que o advogado deve informar ao cliente sobre os casos em que a submissão ao processo de mediação é uma condição de admissibilidade do pedido²⁵ e no final, quando fala sobre a ausência de adequação do procedimento ao artigo 5º, n. 1²⁶.

b)- art. 5º, n. 2, 4 e 5²⁷;

c)- art. 6º, n. 2²⁸;

²⁴ “27. La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell’impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata.”. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/fonti/l87-53.htm>> Acesso em: 22 jan. 2013.

²⁵ “Art. 4. Accesso alla mediazione. [...] 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 è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.”.

²⁶ “Art. 4. Accesso alla mediazione. [...] 3. [...] Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell’articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.”.

²⁷ “Art. 5. Condizione di procedibilità e rapporti con il processo. [...] 2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L’invito deve essere rivolto alle parti prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all’invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione; [...] 4. I commi 1 e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all’articolo 667 del codice di procedura civile; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all’articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all’esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell’azione civile esercitata nel processo penale. 5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l’atto costitutivo dell’ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l’arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l’arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all’organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all’articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all’atto costitutivo, l’individuazione di un diverso organismo iscritto.”.

²⁸ Art. 6. Durata. [...] 2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell’articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale.”.

- d)- art. 7^{o29};
- e)- art. 8^o, n. 5³⁰;
- f)- Art. 11, n. 1³¹;
- g)- todo o art.13³²;
- h)- art. 17, n. 4, letra d³³ e n. 5³⁴;
- i)- art. 24³⁵.

Portanto, as principais mudanças que ocorreram após a publicação da decisão foram as seguintes:

²⁹ “Art. 7. Effetti sulla ragionevole durata del processo . 1. Il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 1, non si computano ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89.”.

³⁰ “Art. 8. Procedimento. 5. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.”.

³¹ “Art. 11 Conciliazione. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.

³² “Art. 13 Spese processuali 1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. 2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente. 3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.”.

³³ Art. 17 Risorse, regime tributario e indennità. [...] 4. Con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, sono determinati: [...] d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1.

³⁴ Art. 17 [...] 5. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.”.

³⁵ “Art. 24 Disposizioni transitorie e finali 1. Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati. Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.”.

- a eliminação da implementação prévia e obrigatória do processo de mediação como previsto no artigo 5º, n. 1 do decreto;
- o afastamento da necessidade do advogado informar ao seu cliente sobre os casos em que a submissão ao processo de mediação era condição de admissibilidade da ação;
- a supressão da obrigação do mediador de informar às partes sobre as consequências previstas no artigo 13 do decreto no caso de correspondência total ou parcial entre a proposta do mediador e a decisão proferida no processo judicial.

3. Quais as expectativas acerca da mediação na Itália?

Logo após a publicação da sentença da Corte Constitucional Italiana, foi apresentada uma proposta pelo senador Enzo Ghigo, da Comissão da Indústria e do Senado, para permitir a mediação obrigatória, que foi logo em seguida arquivada³⁶.

Os interesses obviamente são contrapostos: de uma lado, advogados temendo a redução de trabalho, de outro, mediadores e empresas que investiram em contratação de pessoas e capacitação para atender a demanda incrementada durante a vigência da lei e hoje alegam severos prejuízos após a mediação não ser mais um requisito obrigatório. As notícias são de que as empresas estão fechando as portas e a maioria dos mediadores credenciados estão endividados³⁷ e pretendem processar o Estado.

Para a União dos Mediadores Italianos (UMI) a decisão da Corte não tem o condão de comprometer ou por fim à prática mediativa, pois ela continua existindo, inclusive no Decreto Legislativo, afinal de contas apenas a sua imposição foi considerada inconstitucional. A UMI alerta ainda que a proibição da mediação obrigatória deve ser vista como o ponto de partida para a inovação em prol da elevação da qualidade da mediação.

³⁶ Conferir em: <http://www.oua.it/NotizieOUA/scheda_notizia.asp?ID=8321> Acesso em: 25 out.

³⁷ “Non possiamo mantenere questi costi sulla base delle entrate che abbiamo adesso (10 pratiche di mediazione nel mese di gennaio contro le 500 durante la vigenza dell’obbligatorietà)” *Cira Di Feo di Adr Conciliando*. PIERI, Letizia. Mediazione non obbligatoria: i tagli agli organismi di conciliazione. *Leggioggi*, 15 fev, 2913. Disponível em: <<http://www.leggioggi.it/2013/02/15/mediazione-non-obbligatoria-tagli-agli-organismi-di-conciliazione/>> Acesso em: 10 abr 2013.

Por outro lado, o item 26 do capítulo V (Administração da Justiça) do relatório final do grupo de trabalho para a reforma institucional, sugere a criação efetiva de um sistema alternativo, não judicial, de resolução de conflitos, prevendo inclusive a forma obrigatória da mediação, o que certamente ressuscitará nova polêmica principalmente entre advogados:

Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali

Istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica

12 aprile 2013

Capitolo V

Amministrazione della Giustizia

I conflitti ricorrenti tra politica e giustizia si affrontano assicurando che ciascun potere – quelli politici, legittimati dal processo democratico, e quello giurisdizionale, legittimato dal dovere di applicare la legge in conformità alla Costituzione – operi nel proprio ambito senza indebite interferenze in un quadro di reciproca indipendenza, di leale collaborazione, di comune responsabilità costituzionale. Una buona e costante "manutenzione dell'ordinamento" e una migliore qualità della legislazione favoriscono la certezza del diritto e prevengono i conflitti.

22. Gli obiettivi da perseguire nel campo della amministrazione della giustizia riguardano principalmente:

a) il rispetto effettivo di tempi ragionevoli di durata dei processi, oggi carente (come dimostrato dal moltiplicarsi dei ricorsi in base alla legge "Pinto" nonché alla Corte europea dei diritti) sia sul piano della giustizia penale, amministrativa e contabile, sia sul piano della giustizia civile (dove la lentezza dei procedimenti penalizza lo sviluppo e la competitività del paese);

b) la riduzione della ipertrofia del contenzioso;

c) la maggiore efficacia dell'azione preventiva e repressiva, oltre che dei fenomeni della criminalità organizzata, dei fenomeni di corruzione nella vita politica, amministrativa ed economica;

d) l'esigenza di contenere il fenomeno dei contrasti fra diversi organi giudiziari, nonché, sul piano penale e della giustizia contabile, il fenomeno di iniziative che tendono ad intervenire anche in sostanziale assenza di vere, oggettive e già acquisite notizie di reato o di danno erariale, in funzione di controllo generalizzato su determinati soggetti o procedimenti.

e) il perfezionamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali, che si avvale oggi del riconoscimento pieno del diritto al giudice, dell'ampia apertura agli strumenti di tutela internazionali, e di organi giudiziari indipendenti, ma non sempre è effettivo a causa di lacune normative e di carenze organizzative.

[...]

26. Per la giustizia civile si propone:

a) l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (non escluse dalla recente pronuncia della Corte costituzionale – sent. n. 272 del 2012 – che ha dichiarato illegittima una disposizione di decreto legislativo che disponeva in questo senso, ma solo per carenza di delega); questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti e da adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi della mediazione;

- b) il potenziamento delle strutture giudiziarie soprattutto per quanto attiene al personale amministrativo e paragiudiziario, sgravando i magistrati da compiti di giustizia "minore";*
- c) la istituzione del c.d. ufficio del processo;*
- d) il potenziamento delle banche dati e della informatizzazione degli uffici;*
- e) l'adozione in tutti gli uffici delle "buone pratiche" messe in atto da quelli più efficienti;*
- f) la revisione in un quadro unitario dell'ordinamento, del reclutamento e della formazione dei giudici di pace e degli altri magistrati onorari, anche al fine di ampliarne le funzioni.*

A base voluntária da mediação tem sido um obstáculo a ser superado pelos italianos. Os problemas relacionados com a imensa massa³⁸ de processos que assola o judiciário incentiva o desígnio italiano a lançar mão de verdadeira engenharia para a obtenção de respostas imediatas voltadas precipuamente ao alívio do volume de processos que tramitam em seus tribunais, sem se preocupar efetivamente com a oferta de um sistema eficaz de solução de conflitos.

Certamente a mediação obrigatória é um tijolo desta construção: não obstante tenha o condão de impedir que o cidadão despeje sua reclamação no judiciário, trata de abrir outra porta, a da mediação, ou seja, transfere o problema de um lado para o outro. Mediadores surgiram em massa para receber o alto índice de demanda. Mas e se a mediação não for a melhor solução, mesmo se determinada por uma norma, como era o caso do Decreto Legislativo italiano? Ou ainda, se não houver empatia ou adaptação das partes à mediação? Mesmo assim serão obrigadas a mediar?

O salto qualitativo na prática mediativa que pode ser consequência da decisão da Corte Italiana salientado pela UMI é um alento (que dificilmente se vê relatado nos diversos textos publicados sobre a matéria) em meio ao desejo imediatista muitas vezes irracional e voltado a atender interesses meramente políticos.

³⁸ Algo em torno de 9 milhões de processos em 2007, cerca de 5,4 milhões de casos tramitando perante a justiça civil e outros 3,3 milhões tramitando perante a justiça criminal. Destes 3,3 milhões, 1/3 são ações iniciais e o resto é recurso em tramitação. Comparando com outros países europeus, o número de processos que tramita perante o tribunal civil italiano significa três vezes mais do que a quantidade de processos que tramitam no tribunal francês, seis vezes mais da quantidade que tramita no tribunal alemão e cinco vezes mais do que tramita no tribunal espanhol. O número de ações que aguardavam o primeiro julgamento (1,2 milhão) correspondia a duas vezes mais o número de processos que aguardavam julgamento na Alemanha, Espanha e Inglaterra juntos. O'CONNEL, Vanessa. Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia! *The Wall Street Journal*, March 14, 2011. Disponível em: <<http://wsj.com/law/2011/03/14/mandatory-mediation-in-italy-not-if-the-lawyers-have-any-say/>>. Conferir também: SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202. 2008.

4. Considerações finais

A partir da sentença proferida pela Corte Constitucional Italiana, o movimento ideal seria o estabelecimento de uma coordenação seriamente voltada para o quadro regulamentar remanescente, de modo a permitir que as outras formas de mediação previstas no decreto (*mediazione facoltativa*, *mediazione giudiziale*) fossem desenvolvidas em todo o seu potencial, nos casos em que seu uso fosse mais adequado do que a solução adjudicada, quando poderia ser útil até mesmo às políticas de administração judiciária focadas na redução da carga dos tribunais.

Afastar a obrigatoriedade de mediar não significa retirá-la de cena, mas buscar um recomeço, não através da imposição do procedimento, mas através do desenvolvimento dos cidadãos, advogados, juízes, dotando-os de um alto grau de aptidão para o reconhecimento e entendimento sobre a cultura dos meios complementares à jurisdição para a resolução de conflitos.

Seguramente a mensagem que se deveria extrair da decisão da Corte Constitucional Italiana é que só a difusão da cultura da mediação poderá eliminar a ideia de que somente quando obrigada o instituto poderá ser difundido ou funcionar, tornando-se com isso, uma séria e consciente opção dentro de um sistema destinado a proporcionar justiça.

No entanto, discursos de efeito voltados a uma desmedida preocupação com a falta de perspectiva a respeito da prática da mediação no horizonte (cabe ressaltar que a preocupação não se desenvolve na mesma proporção quando o assunto é a formação de bases qualitativas para a solução de conflitos), servem apenas para justificar o retorno de propostas para a retomada da mediação obrigatória. Esse efeito já pode ser notado no relatório final para a reforma institucional italiana.

O grande equívoco é imaginar que existem soluções imediatas. A parálítica academia jurídica está inundada com relatórios e dados estatísticos que retratam uma realidade vista a olho nu, sentida por todos, mas que parece espelhar sempre uma grande descoberta. Qual o tratamento que estes dados recebem? Pontualmente um programa é desenvolvido a partir de uma pesquisa empírica, prestando-se muitas vezes a suprir propósitos mais voltados ao âmbito político do que científico o que poderia proporcionar reflexos sociais mais substanciais.

A implementação não apenas da mediação, mas de qualquer outro sistema extrajudicial deve ter como objetivo principal, ampliar a capacidade de resolução de conflitos e promover uma inclusão sistêmica dos cidadãos, que devem ser os protagonistas e consequente responsáveis pelas escolhas que afetarão suas vidas, para se tornar, enfim, um meio de acesso à justiça dirigido indistintamente a todos os membros da sociedade.

5. Referências bibliográficas

- ALEMANHA. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35, ausgegeben zu Bonn am 25. Juli 2012. Regulamenta a mediação civil. Disponível: <<http://www.bundesgesetzblatt.de>>. Acesso em 26 jul. 2012.
- BULGÁRIA. Mediation Act 110, 17 december 2004. *State Gazette*, Sófia, 17 dec 2004.
- DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Disponível em: <<http://www.judicium.it>> Acesso em 20 out. 2011.
- HILL, Flavia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VI, Rio de Janeiro, o. 294-321, jul-dez. 2010.
- ITALIA. Corte Costituzionale di Giustizia. Sentenza n. 272. Presidente: Alfonso Quaranta. 06 dicembre 2012. *Gazzetta Ufficiale*. Roma, 12 dicembre 2012.
- _____. Costituzione (1947). Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: Senato della Repubblica
- _____. Decreto Legislativo 28, 4 marzo 2010. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 4 marzo 2010.
- _____. Legge 69, 18 giugno 2009. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. *Gazzetta Ufficiale n. 140. Supplemento Ordinario n. 95*. Roma, 19 giugno 2009.
- _____. Legge 87, 11 marzo 1953. Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. *Gazzetta Ufficiale n. 62*. Roma, 14 marzo 1953.
- MARTINS, Nadia. *ADR in the age of contemporaneity*. Chaos, complexity and pedagogy. Curitiba: Juruá, 2012

NOLAN-HALEY, Jacqueline. Envolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. In: Annual conference on international arbitration and mediation, 6, 2011, Fordham University School of Law. *Proceedings of the conference*. Nova Iorque: Martinus Nijhof Publishers. 2012. p. 1-17.

_____. Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Carolina do Norte, v. 37, p. 01-31, fev. 2012,

O'CONNEL, Vanessa. Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia! *The Wall Street Journal*, March 14, 2011

PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation, *Dispute Resolution Journal*, Nova Iorque, v. 61, p. 67-72, ago-out. 2006.

PIERI, Letizia. Mediazione non obbligatoria: i tagli agli organismi di conciliazione. *Leggioggi*, 15 fev, 2013. Disponível em: <http://www.leggioggi.it/2013/02/15/mediazione-non-obbligatoria-tagli-agli-organismi-di-conciliazione/> Acesso em: 10 abr 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. *Mediación obligatoria. Una versión moderna de autoritarismo procesal*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, vol. X, p. 210-225, jul-dez. 2012.

_____. *Side-effects of the growing trends towards the institutionalization of mediation*. Panorama of Brazilian Law. No prelo.

ROMÊNIA. Mediation Act 192, 22 may 2006. *Official Jurnal n. 441*, Bucharest, 22 May 2006.

SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202, 2008

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. *Jornal Oficial da União Europeia*, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008 p. 3-8.

VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 5, p. 61-81. 2011.