

A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO ITALIANA

Flávia Pereira Hill

Tabeliã. Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Professora de Direito Processual da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Universidade Candido Mendes - UCAM.

Parte I. Introdução e histórico legislativo sobre o tema

*“Il cittadino che ritiene di avere subito un torto e si reca da un avvocato per ricevere aiuto ed assistenza, specie in uno Stato libero di diritto, vuole un giudice, non un mediatore e neppure un conciliatore per l’evidentissima ragione che, se lo avesse voluto e fosse stato possibile, la lite poteva prevenirla da se stesso senza l’aiuto di terzi.” (MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*.)*

*“The good lawyer also needs to consider whether adjudication will best serve her client. For many clients, the answer will be ‘no’, and the lawyer who reflexively files a lawsuit will often disserve the client. Even if a lawsuit is the right solution, the lawyer needs to be aware of ways other than adjudication to end the suit.” (YEAZELL, Stephen. LANDERS, Jonathan. MARTIN, James. *Civil Procedure*. 3rd Edition. Boston: Little Brown & Company. p. 668)*

Sendo um dos ordenamentos jurídicos nacionais mais tradicionais pertencentes ao sistema romano-germânico ou de *civil law*, o ordenamento italiano demonstra, até nossos dias, especial apreço à tradição de solução de conflitos pela via judicial, mediante a prolação de sentença por órgão jurisdicional, em substituição à vontade das partes litigantes. Podemos afirmar que, atualmente, a estrutura processual italiana de solução de conflitos encontra-se ancorada no Poder Judiciário. Embora não imune a críticas entre juristas italianos, forçoso reconhecer que a figura do magistrado italiano, e, por via de consequência, as soluções dele emanadas, despertam particulares respeito e confiança por parte tanto dos cidadãos quanto da comunidade jurídica, a ponto de soar

quase que curiosa aos jurisdicionados a menção à possibilidade de soluções consensuais e extrajudiciais de conflitos.

Ainda hoje, a possibilidade de solução consensual de conflitos na Itália causa surpresa e, também, certa insegurança na sociedade italiana em geral, tamanhas a credibilidade e a confiança depositadas em seus juízes e malgrado as reiteradas ressalvas à sua atuação, especialmente quanto à duração dos processos judiciais naquele país. O fato é que a sociedade italiana confia profundamente nas soluções dadas por seus magistrados, quer elas tardem ou não.

Sob esse cenário e, portanto, não sem algum ceticismo e resistência, a Itália presenciou, em pouco mais de dois anos, a edição de uma sucessão de atos normativos, a ponto de culminar com a edição do Decreto-Lei nº 28/2010, que regulamentou internamente na Itália o instituto da mediação.

Com efeito, esse influxo foi desencadeado a partir da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, da União Europeia. Verifica-se que o Direito Comunitário Europeu expande-se e aumenta o seu espectro de influência sobre os ordenamentos nacionais de forma significativa, sendo responsável, por vezes, pela inserção de ideias e princípios que, até então, não integravam a tradição jurídica de alguns de seus países membros.

E esse é justamente o caso da política de valorização da solução consensual de conflitos, que, a partir da Diretiva nº 52, entrou na ordem do dia na Área Judicial Europeia (*European Judicial Area*), fazendo com que seus Estados-membros passassem a refletir e se debruçar sobre os meios alternativos de solução de conflitos.

Já em seus Considerandos, a referida Diretiva adota como premissa o reconhecimento de que os assim chamados “procedimentos extrajudiciais alternativos” consistem em instrumento de facilitação do acesso à justiça, cabendo aos Estados-membros dedicar especial atenção em prol da implementação do instituto da mediação.

Na Diretiva, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia destacam como principais vantagens da mediação: i) a rapidez; ii) os baixos custos, iii) a maior disposição das partes envolvidas ao cumprimento espontâneo; e iv) a preservação da relação amigável entre os interessados.

Embora a Diretiva vise a regular, precipuamente, os litígios transfronteiriços ou transnacionais, ou seja, aqueles que envolvam mais de um Estado-membro, nada obsta

que estes a apliquem em seus litígios internos. Muito ao revés, tem-se que o princípio da isonomia recomenda que os jurisdicionados envolvidos em litígios com contornos essencialmente internos – desprovidos, pois, de elementos de estraneidade – disponham do mesmo leque de instrumentos processuais conferidos àqueles que, ocasionalmente, dependam da solução de litígios transfronteiriços ou transnacionais e vice-versa. Não há argumento que baste para fundamentar entendimento contrário. Lembre-se que um mesmo cidadão europeu pode, em um dado momento, envolver-se em um litígio transnacional, e, portanto, optar por solucioná-lo através da mediação, por força da Diretiva nº 52, e, ao depois, pode perfeitamente envolver-se em um outro litígio, agora essencialmente interno. Não haveria sequer como explicar-lhe que, neste litígio interno, eclodido justamente em um Estado-membro da União Europeia, não poderia ele valer-se do instituto da mediação, o mesmo utilizado anteriormente, com sucesso, por força de norma comunitária de que é signatário o seu país. O jurisdicionado não pode ser considerado cidadão de primeira categoria, enquanto cidadão *europeu* sob o pálio do ordenamento jurídico comunitário, dispondo de inúmeros instrumentos processuais à sua disposição, e, de certa forma, de segunda categoria, se analisado o ordenamento jurídico interno de seu Estado-membro.

Os princípios processuais que norteiam o Direito Processual contemporâneo, contemplados, com acuidade, nos *Principles of Transnational Civil Procedure*, elaborados pelo *American Law Institute* (ALI) e pelo *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), vêm buscar aproximar os ordenamentos processuais quanto às garantias mínimas que devem ser conferidas aos jurisdicionados em geral, independentemente da *circunstância ocasional* de seu litígio dever ser solucionado em tal ou qual país. Conferir ao jurisdicionado a garantia de que lhe amparam alguns *princípios mínimos essenciais* à adequada solução dos litígios, não obstante as particularidades de cada ordenamento interno, consiste em projeção do próprio princípio da dignidade da pessoa humana e se compatibiliza com o atual estágio de aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos modernos e com a intensa dinâmica de relações entre países verificada na atualidade.

A Diretiva adota como conceito de mediação, em seu artigo 3º, *um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente*

alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro¹.

Dentre suas linhas mestras, a Diretiva destaca: i) ser a mediação precipuamente voluntária, cabendo aos litigantes optar livremente por esse meio de solução de conflitos, ressalvada a faculdade de os Estados-membros previrem a mediação obrigatória, desde que esta não obste o acesso à justiça ii) informalidade, detendo as partes ampla liberdade de organização do procedimento de mediação; iii) ausência de prazo, podendo as partes encerrar a mediação a qualquer tempo, ressalvando-se apenas a possibilidade de os tribunais fixarem prazo máximo; iv) possibilidade de os tribunais recomendarem a mediação às partes, quando oportuno; v) dever de os Estados-membros incentivarem a formação e a capacitação de mediadores, bem como controlar a qualidade dos serviços por eles prestados; vi) executoriedade do acordo de mediação em todos os Estados-membros cujo ordenamento jurídico interno confira tal caráter a acordos internos similares; vii) confidencialidade da mediação, inclusive em relação à divulgação de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo de mediação, situações em que será possível divulgar as informações.

A Diretiva excepciona a possibilidade de mediação quanto a matéria tributária, administrativa e responsabilidade civil do Estado. Depreende-se, ainda, que a referida norma comunitária confere destaque para a promoção de ampla divulgação por parte dos Estados-membros a respeito da figura do mediador e das hipóteses em que é possível recorrer à mediação, como forma de tornar esse mecanismo mais familiar e confiável aos olhos dos cidadãos europeus.

A Diretiva n^o 52/2008 tem como principais méritos, a nosso sentir, primeiramente, ter reconhecido a importância dos meios alternativos de solução de conflitos na atualidade e, a partir dessa constatação, tê-los trazido formalmente para o âmbito do Direito Comunitário Europeu, como instrumentos hábeis a bem solucionar os litígios transnacionais. De fato, a União Europeia, particularmente no âmbito do Direito Processual, ramo do Direito de que aqui tratamos, vem se mostrando especialmente empenhada em estudar e pesquisar os diferentes mecanismos processuais que estão na

¹ Texto oficial em português disponível no endereço eletrônico: <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>. Consulta realizada em 01/08/2010.

ordem do dia em todo o mundo para, fundamentada e escrupulosamente, adotar aqueles que lhe pareçam verdadeiramente úteis e efetivos na busca de genuinamente garantir o acesso à justiça aos cidadãos europeus. Parece-nos que, felizmente, a União Europeia não recaiu no grande risco de permanecer atada às amarras das tradições seculares dos ordenamentos internos de seus membros, postura essa que lhe impediria de trazer à baila muitas das discussões em torno da adoção de instrumentos processuais, alguns dos quais hoje, inclusive, em vigor, como os juizados de pequeno valor europeus, as medidas de urgência europeias, o título executivo europeu e, agora, a mediação europeia. Isso faz com que o Direito Processual Europeu se mostre extremamente atual e moderno, estando, muitas vezes, à frente dos ordenamentos internos de seus Estados-membros e, portanto, sendo responsável pelo arejamento de ideias e pela modernização. Curiosamente, um ordenamento comunitário, que, portanto, se origina da congregação de diferentes países, vem se mostrando mais aberto e sensível na detecção das expectativas do cidadão moderno a respeito do Direito Processual e mais ágil em apresentar respostas à essa legítima expectativa do que alguns de seus Estados-membros isoladamente considerados.

Em atenção ao artigo 12 da Diretiva nº 52/2008 da União Europeia, que prevê o dever de os Estados-membros criarem normas que lhe deem cumprimento, o Parlamento Italiano editou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, dentre outras disposições em matéria de desenvolvimento econômico e alterações ao Código de Processo Civil, versou sobre a mediação em seu artigo 60. Nesse dispositivo, o Parlamento Italiano delegou ao Governo a instituição de decreto legislativo destinado a regulamentar a mediação no âmbito civil e comercial no prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei.

A Lei nº 69 traz regramentos gerais que devem nortear as disposições contidas no Decreto-Legislativo que viria a ser, logo após, editado pelo Governo italiano, dentre os quais: i) contemplar a mediação a solução de litígios envolvendo direitos disponíveis, ii) a instituição de um Registro dos organismos de mediação, mantido pelo Ministério da Justiça, iii) possibilidade de a Ordem dos Advogados e os conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação, iv) possibilidade de desenvolvimento da mediação por meios eletrônicos, v) possibilidade de o mediador nomear peritos, caso seja necessário conhecimento específico, vi) previsão dos honorários dos mediadores em regulamento,

sendo majorado o valor em caso de celebração de acordo, vii) previsão do dever de o advogado informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial, viii) concessão de vantagens fiscais para a celebração de acordo, ix) previsão da condenação do *vencedor* no processo judicial ao reembolso das despesas *em favor do vencido*, caso tenha recusado, por ocasião da mediação, proposta feita pelo mediador cujo conteúdo corresponda inteiramente à solução judicial, x) vedação a que a mediação tenha duração superior a quatro meses, xi) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador, xii) previsão de que o acordo de mediação tenha eficácia executiva e constitua título executivo para fins de hipoteca judicial.

Exercendo a delegação outorgada pela Lei nº 69/2009, o Governo italiano editou o Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010, a fim de regulamentar a mediação na Itália, cujos dispositivos serão a seguir analisados.

Parte II. A disciplina atual da Mediação na Itália: Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010.

1. Conceito do instituto e papel do mediador:

Segundo o artigo 1º, item 1, alínea *a*, do Decreto Legislativo nº 28/2010, a mediação consiste em atividade desenvolvida por um terceiro imparcial (mediador), com a finalidade de auxiliar dois ou mais sujeitos, seja na busca de um acordo amigável para a composição da controvérsia, seja na formulação de uma proposta de solução consensual. O Decreto adota conceito abrangente do instituto, contemplando a mediação dita *facilitadora* pela doutrina italiana², na primeira parte do dispositivo, ao mencionar a função do mediador de *auxiliar* as partes no alcance de uma solução consensual, bem como a mediação chamada de *valorativa ou adjudicatória*, em sua parte final, ao aludir à possibilidade de *formulação de proposta* pelo mediador. Em outras palavras, na primeira hipótese, são as partes que diretamente formulam as propostas, contando com a ajuda do mediador para estabelecer e fortalecer o canal de diálogo, enquanto que, na

² MENICCHINO, Cristina. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010. p. 10. No Brasil, alude-se ainda a *mediação passiva* para a primeira hipótese e a *mediação ativa*, para a segunda.

segunda, é o mediador quem elabora a proposta com base em sua avaliação a respeito das posições apresentadas, cabendo às partes aceitá-la ou não.

De fato, o Decreto refere-se à mediação como sendo o *processo de tratativas* presidido pelo mediador e a conciliação, por seu turno, como sendo o resultado buscado, ou seja, a *celebração de um acordo*³. A conciliação seria, pois, nos termos do Decreto, a etapa final de um processo de mediação bem sucedido.

De acordo com o artigo 2º do Decreto Legislativo, podem ser submetidas à mediação as controvérsias civis e comerciais relativas a direitos disponíveis. A doutrina italiana defende a aplicação de interpretação ampliada, considerando contempladas todas as controvérsias de natureza civil, inclusive falimentares – na parte que não exija procedimento especial – e industriais. Considera-se direito disponível, para fins de cabimento da mediação, aquele que comporte transação – por ser a celebração de um acordo o principal objetivo da mediação –, vale dizer, quando seja conferido ao titular do direito o poder de transferi-lo a terceiros⁴. Para tanto, baseia-se a doutrina italiana em dois critérios, a saber: i) caráter patrimonial do direito, ou seja, a possibilidade de sua avaliação econômica; e ii) ausência de vedação legal à sua disposição.

Regula o Decreto a modalidade de mediação extrajudicial, desenvolvida externamente ao Poder Judiciário, sem a participação direta do magistrado.

À luz da norma ora em análise, o mediador consiste na pessoa física que, individual ou coletivamente, desenvolve a mediação – prosseguindo em seu *mister* em caso de conciliação –, não podendo, em qualquer caso, proferir decisão que vincule os sujeitos envolvidos, conforme disposto no artigo 1º, parágrafo 1º, alínea *b*.

Na mediação, o mediador dedica-se a criar um ambiente favorável ao amplo diálogo entre as partes, procurando compreender os seus interesses e necessidades reais, acima das pretensões exclusivamente econômicas que, em um primeiro momento, são apresentadas e a que, normalmente, se atêm os processos judiciais⁵. Trata-se da meticulosa atividade maiêutica do mediador, que promove um diálogo aberto e contínuo como forma de perscrutar os interesses das partes.

³ MENICHINO, Cristina. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 03.

⁴ CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco. *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 25.

⁵ MENICHINO, Cristina. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 12.

Os mediadores devem integrar um dos organismos inscritos em registro mantido e controlado pelo Ministério da Justiça e, em matéria consumerista, também pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico (art. 16). Portanto, segundo o Decreto Legislativo, não há que se falar na figura de mediadores autônomos, desvinculados de entidades voltadas à prática da mediação.

Os organismos de mediação, por seu turno, podem ser entes públicos ou privados que demonstrem seriedade e eficiência no exercício de suas funções, podendo desempenhar a mediação exclusivamente na área de sua especialidade. A fim de obter inscrição no registro de mediação, os organismos deverão depositar, perante o Ministério da Justiça, o regulamento de procedimento adotado para a mediação, o Código Ético de Mediadores e a tabela de honorários e custas. Quaisquer eventuais alterações em tais atos deverão ser igualmente comunicadas ao órgão fiscalizador. A exigência da apresentação de um código de ética demonstra a preocupação do legislador italiano com o bom exercício da atividade da mediação por seus profissionais e, por consequência, com a própria credibilidade do instituto.

De acordo com os artigos 18 e 19 do Decreto Legislativo, a Ordem dos Advogados, bem como outros conselhos profissionais e as Câmaras de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura, podem instituir organismos de mediação nos limites de sua competência, devendo utilizar instalações e pessoal próprios. Constata-se, assim, não haver exigência de que o mediador pertença a uma categoria profissional específica, como a advocacia, por exemplo⁶.

A leitura do parágrafo 1º do artigo 8º do Decreto Legislativo⁷ faz parecer, à primeira vista, que poderão as partes escolher apenas o organismo de mediação, cabendo ao responsável deste órgão nomear um ou mais dentre os mediadores que compõem seus quadros. Vale dizer, a escolha da pessoa do mediador seria conferida ao próprio organismo e não diretamente aos sujeitos envolvidos.

Embora tal solução seja compreendida e até mesmo referendada pela doutrina italiana como sendo uma disposição complementar à exigência de inscrição do

⁶TORREPADULA, Nicola Gianalfonso Rocco di. ROMANO, Stefania. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 214.

⁷ “Art.8 Procedimento 1. All’atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell’organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all’altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l’organismo puo’ nominare uno o piu’ mediatori ausiliari.”

mediador em organismo de mediação⁸, ousamos discordar da opção adotada no Decreto. Entendemos a opção do legislador de exigir a vinculação dos mediadores a um organismo de mediação, como forma de garantir o controle de sua imparcialidade e de sua qualificação. No entanto, acreditamos que a designação de um mediador dentre aqueles integrantes de seus quadros não deve caber exclusiva e precipuamente ao dirigente do organismo de mediação, mas sim às próprias partes interessadas. De fato, considerando-se que a *confiança* depositada na pessoa do mediador consiste em *fator decisivo* para o sucesso da mediação, sendo esta uma característica imanente ao próprio instituto, entendemos que melhor seria permitir que, caso as partes tenham preferência por algum dos mediadores inscritos no organismo - sendo, quiçá, justamente a presença *deste* profissional nos quadros da instituição que tenha conduzido as partes a escolhê-la -, não haja qualquer óbice à indicação do mediador pelas partes no requerimento de mediação apresentado. A sistemática do artigo 8º deveria ser aplicável no caso de *não haver indicação expressa* por parte dos sujeitos diretamente interessados, ostentando, pois, caráter subsidiário.

Consideramos que a solução prestigiada no Decreto Legislativo compromete, em grande parte, a autonomia da vontade que rege a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos e reduz as chances de a mediação resultar frutífera. Permitir que as partes escolham apenas o organismo e furtar-lhes a prerrogativa de escolher o mediador, compelindo-as a se submeter à mediação conduzida por pessoa que lhes seja desconhecida ou em relação à qual não se sintam tão confiantes, pode deixá-las menos à vontade e, portanto, menos propensas a revelar amplamente as suas posições e reais pretensões, postura esta indispensável para o bom desfecho desse procedimento.

Depreende-se, a partir da leitura sistemática do Decreto Legislativo, que os mediadores se submetem aos princípios da imparcialidade, confiança, pessoalidade (arts. 3º e 14), idoneidade (art. 3º), sigilo (art. 3º), competência ou eficiência (art. 16), informalidade⁹ (art. 3º) e celeridade (arts. 6º e 7º).

⁸ MENICHINO, Cristina. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. cit. p. 15.

⁹ Embora a informalidade seja um objetivo do Decreto legislativo, há vozes em sentido contrário, afirmando ter o legislador instituído um modelo de mediação extremamente “processualizado”. SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. Afirma o autor, *in verbis*: “(...) altra cosa è la mediazione che si intende introdurre in Italia, non libera e invece assai processualizzata. (...) Processualizzata, perché si immagina che nel corso della mediazione il mediatore possa nominare altri

No âmbito da União Europeia, merece registro a instituição do *Código Europeu de Conduta para os Mediadores*, impondo-lhes observância aos princípios da independência, imparcialidade, competência, idoneidade e sigilo. A norma de deontologia europeia é mencionada frequentemente pela doutrina italiana como um valioso parâmetro de conduta para os mediadores italianos¹⁰.

No intuito de resguardar a imparcialidade do mediador, o artigo 14 do Decreto Legislativo nº 28 adota as seguintes medidas: i) proibição de os mediadores e seus auxiliares assumirem direitos ou obrigações relacionadas, direta ou indiretamente, com as questões tratadas na mediação, salvo aquelas estritamente inerentes à prestação dos serviços como mediador; ii) proibição de os mediadores receberem seus honorários diretamente das partes, mas apenas do organismo ao qual pertençam; iii) dever de o mediador assinar uma declaração de imparcialidade; iv) dever de o mediador informar imediatamente às partes e ao organismo qualquer motivo que possa macular a sua imparcialidade.

Caberá ao mediador franquear a todas as partes igual oportunidade para se manifestar e eximir-se de exercer juízo de valor a respeito das opiniões ou pretensões das partes, para que elas não se sintam constrangidas ou desencorajadas de manter o canal de diálogo estabelecido através da mediação¹¹.

Não obstante tais providências de caráter preventivo, havendo suspeita de parcialidade *in concreto*, podem as partes requerer ao responsável pelo organismo a substituição do mediador designado. Não havendo qualquer restrição no Decreto Legislativo quanto ao prazo, conclui-se que o mediador poderá ser substituído a qualquer tempo.

Prevê o citado dispositivo legal, em sua alínea “c”, que caberá ao mediador formular proposta de conciliação em observância à ordem pública e às normas imperativas, com o propósito de evitar a pecha de nulidade. Tal exigência é considerada

mediatori ausiliari, se non addirittura degli “esperti” (art. 8), con una tecnica non molto diversa a quella con la quale il giudice nomina un CTU, nonché si lascia intendere che le parti, nel corso della mediazione, possono produrre documenti e redigere atti difensivi e memorie (art. 3, 3° comma, art. 17, 2° comma). (...) Si ha, così, una specie di pre-processo, fatto da una specie di pre-giudice, per evitare il processo ed evitare il giudice; ed anzi il d. lgs. inserisce dei meccanismi volti a penalizzare chi non si accontenta del pre-processo, e vuole il processo a tutela dei suoi diritti. La mediazione (normalmente) non è questo, e, a parere di chi scrive, fatta così è destinata a non funzionare.” pp. 01-02.

¹⁰TORREPADULA, Nicola Gianalfonso Rocco di. ROMANO, Stefania. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 221.

¹¹MENICHINO, Cristina. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. pp. 06/07.

incongruente, com razão, pela doutrina italiana¹², e se mostra de difícil implementação, uma vez que, não tendo o Decreto exigido formação jurídica por parte do mediador - nem tampouco previsto assistência obrigatória das partes por advogado -, afigura-se difícil para o mediador com formação profissional em outras áreas certificar-se quanto à observância dos parâmetros legais previstos no Decreto.

Como a legitimidade do instituto da mediação repousa, em grande medida, no bom desempenho das funções pelo mediador, o Governo italiano previu a necessidade de que os organismos de mediação promovam a qualificação profissional e a atualização constantes de seus mediadores (art. 16, § 5º), a fim de zelar pela manutenção de um elevado nível técnico e de um permanente aperfeiçoamento da categoria.

É autorizada a nomeação de *mediador auxiliar*, também denominado comediador, caso a questão objeto da mediação demande conhecimento técnico alheio à área de formação do mediador nomeado. Poderão ser nomeados tantos mediadores auxiliares quantas forem as áreas de conhecimento relacionadas à matéria controversa.

Embora o Decreto Legislativo não preveja expressamente, podemos concluir que o mediador auxiliar se submete aos mesmos deveres impostos ao mediador, devendo estar igualmente cadastrado no Registro de Mediadores, como forma de garantir a higidez e a qualidade dos serviços por ele prestados. Embora o mediador auxiliar atue sob as coordenadas do mediador principal, que preside o procedimento, cumpre ressaltar que, quanto às questões técnicas relacionadas à sua área de *expertise*, as partes e o mediador principal depositarão integral confiança nas assertivas tecidas pelo mediador auxiliar, o que demonstra a necessidade de se dispensar igual zelo à postura e à qualificação deste profissional.

Entendemos que, por coerência, assim como, a nosso ver, podem escolher o mediador principal, podem as partes, caso haja preferência, indicar o mediador auxiliar de sua confiança, desde que este também integre os quadros do mesmo organismo de mediação perante o qual se desenvolvem as atividades de mediação já iniciadas¹³. Caso contrário, caberá ao responsável pelo organismo proceder a tal nomeação.

¹²TORREPADULA, Nicola Gianalfonso Rocco di. ROMANO, Stefania. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 216.

¹³ Entendemos que o mediador auxiliar deve integrar o mesmo organismo de mediação do mediador principal, pois deve ele estar ciente e observar o Código Ético e o Regulamento desse organismo. A pluralidade de organismos de mediação envolvidos em uma mesma mediação traria grandes dificuldades práticas e jurídicas para a mediação e não nos parece ter sido o objetivo do Decreto.

Não sendo possível a nomeação de mediadores auxiliares, o mediador pode utilizar-se de laudos técnicos escritos elaborados por peritos inscritos no tribunal. Podemos vislumbrar impedimentos de ordem financeira, como o elevado custo para a nomeação de mediadores auxiliares, o que poderia conduzir as partes a preferir a elaboração apenas de laudos escritos com esclarecimentos sobre as questões técnicas, ou, ainda, em razão de as partes assim preferirem por se considerarem mais à vontade para negociar diretamente entre si e o mediador principal, sem o ingresso de outro profissional no processo de diálogo.

2. Mediação obrigatória

O Decreto Legislativo prevê, no artigo 5º, a mediação prévia como condição de procedibilidade para o ajuizamento de ação judicial quando a controvérsia envolver as seguintes matérias: i) condomínio; ii) direitos reais; iii) divisão; iv) sucessões hereditárias; v) acordos de família; vi) locações; vii) comodato; viii) arrendamento de empresas; ix) ressarcimento de dano decorrente da circulação de veículos automotores e barcos; x) responsabilidade médica; xi) difamação por meio de imprensa escrita ou outro meio de divulgação; xii) contratos de seguro, bancários e financeiros.

Nessas hipóteses, caberá ao autor, antes do ajuizamento da demanda judicial, instaurar previamente o procedimento de mediação, na forma do Decreto Legislativo nº 28 ou de legislação especial aplicável. Em caso de inobservância, poderá o réu suscitar a questão nos autos do processo judicial, bem como o juiz conhecê-la de ofício até a data da audiência designada.

Uma vez reconhecida a ausência de preenchimento dessa condição de procedibilidade, caberá ao magistrado fixar o prazo de quinze dias para que seja instaurada a mediação pelas partes. Vale dizer, o processo judicial não prosseguirá enquanto não tiver sido tentada a mediação pelas partes, sempre que esta seja obrigatória.

Caso as partes tenham *iniciado* o processo de mediação, mas *não* o tenham *encerrado*, o magistrado designará audiência para data posterior ao prazo de quatro meses, previsto no artigo 6º do Decreto Legislativo como tempo máximo de duração da mediação. Nesse interregno, caberá às partes dar continuidade às tratativas já iniciadas e

encerrá-las dentro do prazo legal, após o que será dado prosseguimento ao processo judicial em caso de insucesso na celebração de acordo. Trata-se de solução que busca compatibilizar a tentativa de mediação, que já está em curso, com o andamento do processo judicial ajuizado, evitando comprometer qualquer das duas vias de solução de conflitos.

Solução semelhante é, ainda, adotada no Decreto Legislativo quando houver, no contrato firmado entre as partes, cláusula de mediação ou conciliação não cumprida. Deverá o juiz, mediante requerimento da parte interessada, fixar o prazo de quinze dias para que seja instaurada a mediação, designando a audiência no processo judicial para data posterior ao prazo de quatro meses de duração da mediação, previsto no artigo 6º do Decreto Legislativo¹⁴. Caso a mediação já tenha se iniciado, mas esteja ainda em andamento, caberá ao magistrado igualmente fixar a audiência para data posterior ao prazo legal de término da mediação (art. 5º, §5º).

No firme propósito de estimular a mediação, o Decreto Legislativo atribuiu ao advogado o dever de informar *por escrito* ao seu cliente sobre a possibilidade de adotar esse meio de solução de conflitos e, caso seja obrigatória, fazer expressa menção a essa condição de procedibilidade, sob pena de anulabilidade do contrato de prestação de serviços entre ambos firmado, consoante dispõe o artigo 4º, §3º.

Tal solução, nas hipóteses de mediação obrigatória, consiste em uma forma de evitar que a parte instaure a ação judicial prematuramente, inobservando a condição de procedibilidade por desconhecimento, embora não sem críticas por parte da doutrina. De fato, argumentam os juristas que a exigência de informação por escrito denota

¹⁴ O jurista italiano Lotario Ditttrich critica o prazo de quatro meses previsto no artigo 6º, considerando-o longo, no caso de mediação obrigatória, em que as partes não pretendem mediar, e curto, na mediação facultativa, pois pode se mostrar insuficiente para que as partes alcancem um acordo, *in verbis*: “Il termine di quattro mesi previsto dall’art. 6 è insieme troppo breve e troppo lungo. Troppo breve, poiché numerose saranno le ipotesi in cui la definizione del procedimento di mediazione richiederà una maggiore lasso di tempo; troppo lungo, poiché altrettanto numerose saranno le ipotesi in cui le parti non avranno alcuna seria intenzione di transigere, e almeno una di loro sarà costretta ad attendere l’inutile decorso del termine di quattro mesi. È pur vero che il procedimento di mediazione potrebbe chiudersi prima, anche nell’ipotesi di esito infausto, laddove una delle parti dia immediatamente e spontaneamente atto della sua totale assenza di volontà conciliativa: ma è lecito ritenere che tale ipotesi sarà statisticamente irrilevante, sia per la connaturata tendenza delle parti convenute a guadagnare tempo, sia per il probabile affollamento delle procedure di mediazione, che fatalmente conseguirà all’obbligatorietà del tentativo stesso per l’ampio novero di materie di cui all’articolo 5. Nulla impedirà poi alle parti, anche nell’ipotesi di mediazione obbligatoria, di coltivare il procedimento di mediazione anche oltre i quattro mesi previsti dalla norma come termine massimo, se del caso anche parallelamente alla prosecuzione del processo avanti al giudice ordinario.” DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 18.

censurável desconfiança em relação à classe dos advogados, além de o vício da anulabilidade ser extremamente gravoso e irrazoável, podendo, inclusive, ser utilizado por clientes de má fé como motivo para se eximir do pagamento dos honorários advocatícios pelos serviços efetivamente prestados por seu representante, especialmente na hipótese de este ter prestado todas as informações pertinentes, embora não tenha adotado a forma escrita¹⁵.

A instituição da mediação como condição de procedibilidade teve como escopo disseminar a prática da mediação na sociedade italiana, bem como reduzir a sobrecarga de trabalho nos tribunais daquele país, prestigiando a economia processual¹⁶, mesmo propósito que, antes, motivara a adoção de solução semelhante para as controvérsias trabalhistas (art. 410, do Código de Processo Civil Italiano) e agrárias (art. 46, da lei 203, de 03/05/1982)¹⁷. No entanto, tal solução vem sendo duramente criticada pela doutrina italiana, sendo um dos pontos mais controversos contemplados no Decreto Legislativo¹⁸.

A doutrina italiana chega ao ponto de lhe atribuir a pecha de inconstitucionalidade¹⁹, em razão de a Corte Constitucional Italiana entender que

¹⁵ DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it, p. 10.

¹⁶ ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 83.

¹⁷ ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 80.

¹⁸ Bastante ilustrativas acerca da visão dos italianos em relação aos meios alternativos de solução dos litígios, em geral, e da obrigatoriedade da mediação, em particular, são as palavras do jurista italiano Monteleone, *in verbis*: “Il cittadino che ritiene di avere subito un torto e si reca da un avvocato per ricevere aiuto ed assistenza, specie in uno Stato libero di diritto, vuole un giudice, non un mediatore e neppure un conciliatore per l’evidentissima ragione che, se lo avesse voluto e fosse statopossibile, la lite poteva prevenirla da se stesso senza l’aiuto di terzi. Nessuno arde dal desiderio di impiegare tempo e danaro per impelgarsi in cause civili. Con la mediazione obbligatoria, invece, lo Stato gli nega il giudice e ciò non può avere altro effetto che esacerbare gli animi, creare *chicane* dilatorie, e alimentare nei cittadini una senso di frustrazione e di sfiducia verso le istituzioni.” pp. 02-03. MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. Grifos nossos.

¹⁹ O jurista italiano Lotario Ditrtrich entende que a previsão contida no artigo 3º do Decreto Legislativo deve ser interpretada no sentido de exigir a mediação prévia apenas em relação ao ajuizamento da demanda principal, ficando as demandas incidentalmente propostas - como reconvenção e intervenção de terceiros - à salvo de tal exigência, sob pena de inconstitucionalidade flagrante do citado dispositivo. Assim discorre o autor, *in verbis*: “L’art. 3 condiziona la ‘procedibilità della domanda giudiziale’, e non la semplice instaurazione del processo, al tentativo di mediazione: di talché, ove si versi in materie soggette alla mediazione preventiva obbligatoria, in tutti i casi in cui vi sia l’introduzione di nuove domande dovrebbe essere, a rigore, necessario l’esperienza del tentativo di mediazione. Il pensiero corre alla domanda riconvenzionale, alla reconventio reconventionis dell’attore, all’intervento autonomo dei terzi (art. 105 primo comma c.p.c.), alla chiamata del terzo ad opera di una delle parti e, ove si accompagni alla proposizione di una nuova domanda, anche alla chiamata iussu judicis (16). Le

somente seria inconstitucional a imposição de um procedimento prévio como condição de procedibilidade, caso viesse a retardar injustificadamente a submissão da questão ao Judiciário, ocasionando prejuízo para as partes²⁰, o que, a princípio, não ocorreria com a mediação obrigatória, pelas seguintes razões: i) a mediação possui duração máxima de quatro meses (art. 6º); ii) não obsta a concessão de medidas urgentes (art. 5º, §3º); iii) obsta que se operem a preclusão e a decadência (art. 5º, §6º).

No entanto, ressalvada a questão da constitucionalidade, verifica-se que diversos juristas fazem coro ao afirmar que, nessa parte, o Governo, ao menos, transbordou a delegação legislativa da Lei nº 69/2009, em razão de a lei não ter previsto expressamente a possibilidade de condicionamento do ajuizamento da ação à previa tentativa de mediação²¹⁻²².

Por fim, pontua-se, ainda, que tal previsão, quando menos, serviria apenas para retardar a solução da controvérsia, colocando-se a mediação como uma fase prévia à ação judicial. Isso porque a mediação depende inexoravelmente da vontade e da disposição das partes para dela participar. Logo, se as partes não se mostram interessadas em buscar uma solução consensual, muito provavelmente a instauração da mediação, apenas por ser obrigatória, não restará frutífera. Com isso, a questão será, do mesmo modo, submetida ao Poder Judiciário, embora com maior gasto de tempo e recursos.

O §2º do artigo 5º prevê ainda a possibilidade de o juiz, mesmo em grau recursal, recomendar que as partes busquem solucionar a controvérsia através da

conseguenze di una tale interpretazione della normativa in esame sono nefaste e certamente incostituzionali, se si pensa che una semplice chiamata in garanzia ad opera del convenuto, per effetto del cumulo dei tempi della mediazione ante causam, dei termini minimi a comparire dell'originario convenuto e del terzo, nonché del procedimento di mediazione nei confronti del terzo stesso, porterebbero a celebrare la prima udienza quattordici mesi (17) dopo l'introduzione della prima domanda di mediazione (!). Mi sembra che l'unica soluzione, che possa salvare la norma da una sicura censura di incostituzionalità (18), sia quella di ritenere che il tentativo obbligatorio si ponga come condizione di procedibilità della domanda giudiziale che introduce il processo, mentre tutte le domande successive, che possono sorgere all'interno del processo stesso, non siano soggette a tale onere (19). L'alternativa è solo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 5, nella parte in cui assoggetta al tentativo obbligatorio di mediazione anche domande proposte nel corso del processo dalle parti o da terzi". DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. pp. 13-14.

²⁰ ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. cit. pp. 81-82.

²¹ SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 02.

²² ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. cit. p. 83.

mediação, caso a natureza da causa, o estado da fase instrutória e o comportamento das partes o recomendarem. Cuida-se, aqui, da mediação *facultativa*, também denominada “solicitada” ou “delegada”²³.

Poderão ser concedidas medidas urgentes pelo magistrado (art. 5º, §3º), ainda que a mediação não tenha sequer sido iniciada, pois garantem a própria efetividade da tutela jurisdicional, tendo relevância constitucional²⁴.

Não será adotada a mediação nas hipóteses elencadas no §4º do artigo 5º. Afasta o Decreto Legislativo a realização de mediação nos procedimentos de injunção, concessão de licença e despejo (até a conversão de rito do artigo 667 do CPC italiano) e ações possessórias (até a apreciação judicial da medida urgente). Nesse momento inicial, entendeu o Decreto que a realização de mediação poderia acarretar um atraso na entrega da prestação jurisdicional incompatível com a sumariedade da tutela garantida ao início do procedimento, além de poder desviar a tônica da discussão nesta primeira fase, que se atém ao cabimento ou não da concessão da medida²⁵. Todavia, tendo sido ultrapassadas a fase sumária e a exigência inicial de celeridade, pode ser realizada a mediação em um segundo momento, com tranquilidade.

De igual sorte, restou afastada a mediação nos procedimentos de impugnação da execução forçada ou quaisquer outros procedimentos cognitivos incidentes à execução, na forma dos artigos 615, 617 e 619 do Código de Processo Civil Italiano. O legislador pretendeu, com isso, evitar que a tentativa de mediação ocasione o retardamento da satisfação do direito do credor.

Excepcionou o Decreto, ainda, a mediação nos procedimentos denominados “in camera di consiglio”, cujo rito encontra-se previsto no artigo 737 e seguintes do Código de Processo Civil e se aplica, primordialmente, a alguns processos de jurisdição voluntária²⁶, e, por fim, na ação civil *ex delicto*, com o propósito de evitar que a mediação acabe por influenciar, em alguma medida, o juízo penal²⁷.

²³ ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. cit. p. 88.

²⁴ *Idem*. pp.91-92.

²⁵ *Ibidem*. pp. 104-105.

²⁶ Nesse sentido, MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Numero III*. Torino: Giappichelli Editore. 2010. pp. 285-287.

²⁷ ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010. p. 107.

3. O Sigilo na Mediação.

O artigo 3º, em seu §2º, bem como os artigos 9º e 10º, garantem o sigilo das declarações e informações prestadas durante o procedimento de mediação, com o objetivo de encorajar as partes a dialogar abertamente, cooperando integralmente com o mediador na busca de uma solução consensual para o conflito. Conforme destacamos antes, a colaboração das partes, informando os seus reais interesses e revelando ao mediador todas as circunstâncias e elementos adjacentes ao conflito, contribui decisivamente para que este profissional componha o cenário do conflito em sua real dimensão e, por conseguinte, consiga bem exercer o seu mister de auxiliá-las a encontrar um ponto comum.

O conforto e a segurança trazidos pelo dever de sigilo, ao garantir que declarações e informações apresentadas em um ambiente de cooperação não sejam divulgadas a terceiros tampouco usadas contra as partes em um segundo momento, criam um ambiente propício para o estreitamento do canal de diálogo colaborativo.

Todos os envolvidos estão submetidos ao dever de sigilo, cabendo, pois, tanto às partes, quanto ao mediador e ao comediador, quando houver, observar tal princípio com igual diligência.

Tendo o mediador realizado sessão separada com cada qual das partes mediandas, deverá ele observar o sigilo das declarações nela prestadas em relação às partes ausentes.

Coerentemente, não é admissível arrolar prova testemunhal, a fim de obter, em juízo, as mesmas declarações protegidas pelo sigilo da mediação. A se admitir tal expediente, estaria a parte interessada valendo-se do conhecimento obtido durante a mediação para forçar a sua revelação, agora em caráter público, nos autos de processo judicial. Estaria ela obtendo, por via transversa, um objetivo vedado pela lei, em verdadeira fraude. Do mesmo modo, o mediador, e igualmente o comediador, não pode ser convocado, nem mesmo por magistrado, a prestar depoimento em relação às informações ou declarações prestadas durante a mediação por ele conduzida. Tratar-se-ia de prova ilícita²⁸.

²⁸ FERRARIS, Federico. SODDU, Filippo. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 156.

Para tanto, estendem-se ao mediador as prerrogativas de sigilo profissional previstas nos artigos 103 e 200 do Código de Processo Penal Italiano, as quais, segundo o jurista italiano Domenico Borghesi, seriam, em verdade, não propriamente prerrogativas, mas sim deveres do mediador, uma vez que, em caso de descumprimento, ensejariam a reparação pelos danos ocasionados às partes prejudicadas.

Excepciona-se o sigilo, caso o declarante ou a parte que prestou as informações autorize a sua divulgação (art. 10, §1º). Do mesmo modo, admite a doutrina que, em casos excepcionais, quando a parte não disponha de outros meios de prova a fim de comprovar o seu direito em juízo, possa o magistrado ponderar, com prudência, a garantia do sigilo, de um lado, e o direito à prova e a busca por justiça, de outro, a fim de autorizar o afastamento daquela garantia. Como terceira exceção, ressalva-se que o dever de sigilo não desonera as partes de prestar informações a seu próprio respeito aos órgãos públicos²⁹. Por fim, colocam-se a salvo do sigilo as informações que seriam cognoscíveis independentemente do procedimento de mediação, seja por terem sido revelados anteriormente, seja por estarem disponíveis em outras fontes³⁰.

O jurista italiano Domenico Borghesi critica, com propriedade, a redação dispensada ao artigo 10, na medida em que o legislador aludiu ao dever de sigilo em caso de “insucesso da mediação”, fazendo parecer que, caso tenham as partes chegado a um acordo, estariam os envolvidos desonerados de observá-lo³¹. No intuito de resguardar os interesses das partes em ambas as hipóteses, sugere o autor que as mesmas celebrem um “acordo de sigilo” (“accordo di riservatezza”) que abarque, inclusive, a celebração de acordo.

Entendemos, no entanto, que, neste caso, em verdade, o legislador disse menos do que pretendia. Com efeito, ao se tratar do tema, tende-se a visualizar apenas ou principalmente o risco de que, não fosse o dever de sigilo, os interessados viessem a utilizar as declarações e informações oriundas da mediação nos autos de futuro processo judicial, o que, via de regra, ocorre justamente em caso de insucesso da tentativa de solução consensual.

²⁹ BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it pp. 11-12.

³⁰ FERRARIS, Federico. SODDU, Filippo. S. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Op. Cit. p. 153.

³¹ BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

No entanto, não se pode perder de vista que a garantia de sigilo é muito mais abrangente. Independentemente da celebração de acordo, muitas vezes consiste em fator decisivo para que as partes optem por tentar a mediação exatamente a garantia do sigilo de tudo o que for tratado e debatido. Pensemos em questões de Direito Empresarial, em que os envolvidos preferem resguardar a dinâmica do que se passa internamente na sociedade, especialmente os meandros de eventuais problemas que estejam atravessando, no temor de que possam acarretar graves prejuízos para a imagem da pessoa jurídica e suas relações comerciais. Ou seja, o sigilo consiste em um valor por si só perquirido pelas partes.

Por tudo isso, entendemos que, de fato, não pretendia o legislador italiano deixar vulneráveis as partes, caso tenham logrado alcançar uma solução consensual. Seria como que punir as partes que, em decorrência justamente de seu espírito cooperativo, apresentaram, sem qualquer ressalva, toda sorte de informações para que se alcançasse um acordo. A mediação que, em um primeiro momento, pareceria vantajosa, tanto que lhes proporcionara um acordo, a seguir, poderia se tornar um pesadelo, traindo a confiança das partes ao permitir a ampla revelação, para as mais diversas finalidades, de todas as informações e declarações prestadas. Não se pode olvidar que, muitas das vezes, tendo o mediador ganhado a confiança das partes, elas revelam, inclusive, elementos que, a rigor, lhes seriam desfavoráveis se retiradas deste contexto. Tal interpretação minaria, em última análise, a própria credibilidade do instituto, sempre associada ao amplo sigilo. Deve-se, pois, entender que o dispositivo legal agasalha o dever de sigilo em sua mais ampla abrangência e independentemente do desfecho da tentativa de acordo.

Diversamente, não há que se cancelar eventual expediente malicioso de uma das partes, ao pretender apresentar determinada informação ou prestar certo depoimento no curso da mediação, ainda que dispensável para as negociações, exclusivamente com o propósito de, com isso, colocá-la propositalmente sob a proteção do dever de sigilo, inutilizando-a para futura apresentação em eventual processo judicial. A doutrina

italiana tem especial cuidado em considerar tal conduta abusiva, com a consequente possibilidade de revelação dos dados em juízo³²⁻³³.

4. Procedimento.

Embora prime pela informalidade, o Decreto Legislativo nº 28/2010 dispôs sucintamente sobre regras gerais atinentes ao procedimento de mediação. Em caráter suplementar, pode ser aplicado o regulamento adotado pelo organismo de mediação, conforme prevê o artigo 3º, §1º.

No artigo 4º, o legislador prevê que a mediação é iniciada mediante a apresentação de um requerimento perante um organismo de mediação, indicando-se o organismo escolhido, as partes, o objeto e as razões da pretensão.

Tendo recebido o requerimento, o responsável pelo organismo de mediação designa um dentre os mediadores pertencentes aos seus quadros, salvo se as partes já tiverem escolhido o profissional de sua confiança – situação em que deve ser prestigiada a escolha das partes, conforme anteriormente aduzido em momento próprio deste trabalho -, a fim de conduzir as negociações, além de fixar, desde já, uma primeira reunião entre as partes e o mediador designado, para data não posterior a quinze dias a contar da apresentação do requerimento, conforme previsto no artigo 8º, §1º.

A mediação se desenvolverá na sede do organismo de mediação ou em outro local previsto no regulamento deste órgão (artigo 8º, § 2º). Em prestígio à informalidade e à autonomia da vontade, que norteiam os meios alternativos de solução de conflitos em geral, entendemos que, estando as partes e o mediador de acordo, podem escolher livremente o local onde se reunirão.

O parágrafo 5º do artigo 8º traz outra solução intensamente criticada pela doutrina italiana. De fato, prevê o citado dispositivo que a ausência injustificada da parte ao procedimento de mediação pode ser interpretada em seu desfavor em um futuro

³² BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it, p. 10.

³³ DALFINO, D. *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it, pp. 13-14.

processo judicial, na forma do artigo 116, do Código de Processo Civil Italiano³⁴. Trata-se da prerrogativa de o juiz avaliar o comportamento das partes como meio de prova.

A questão toca um tema bastante delicado no Direito Processual Italiano: os efeitos da contumácia do réu. Em verdade, verifica-se que o ordenamento italiano dispensa uma série de garantias ao réu que não constitui advogado, mantendo-se inerte, não sendo autorizado operar-se o que, no Brasil, chamamos de efeito material da revelia, notadamente a presunção de veracidade dos fatos narrados pela parte autora. Embora já se ouçam vozes no sentido de sugerir uma reavaliação do tema, constata-se que, entre processualistas italianos e igualmente no seio da jurisprudência, é extremamente cara a proteção da esfera jurídica do réu revel que não constituiu advogado³⁵.

Desse modo, não é de se estranhar que a previsão contida no Decreto Legislativo esteja gerando perplexidade e resistência por parte da doutrina italiana. Critica-se o fato de o legislador ter admitido a imposição de consequências mais graves ao réu em decorrência de seu comportamento durante um procedimento de solução *consensual* de conflitos do que em virtude de um procedimento judicial (solução impositiva). Essa crítica se agiganta ao vislumbrarmos que o legislador não distingue a mediação *obrigatória*, ou seja, aquela prevista como condição de procedibilidade, da mediação *facultativa ou voluntária*, vale dizer, aquela instaurada por única e exclusiva iniciativa das partes, impondo, em ambas as hipóteses, as mesmas consequências ao réu contumaz.

Com efeito, se as partes, em um primeiro momento, pretendiam solucionar o conflito através da mediação, mas, ao depois, optaram por não comparecer à reunião

³⁴ Código de Processo Civil Italiano: “Art. 116. (Valutazione delle prove) Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice puo' desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.”

³⁵ Trata-se de tema extremamente interessante e ilustrativo dos valores prevalecentes no Direito Processual Italiano até os nossos dias e que merece maior aprofundamento, em trabalho próprio. De fato, a Corte Constitucional Italiana declarou, na *Sentenza n. 340*, de 2007, a inconstitucionalidade do artigo 13, parágrafo 2º, do Decreto Legislativo nº 5, de 17/05/2003, que regula os procedimentos em matéria de direito societário e intermediação financeira, justamente em razão de este dispositivo legal reconhecer a possibilidade de se interpretar a contumácia do réu em seu desfavor, fazendo prevalecer as afirmações do autor, tornando-se, assim, um julgado emblemático a respeito da posição da doutrina e da jurisprudência italianas em relação ao tema.

com o mediador, a única consequência razoável que daí se pode extrair consiste em concluir que não mais persiste o seu interesse em se valer da mediação. Sem a cooperação das partes e o seu propósito de encontrar uma solução consensual, a mediação não tem condições de frutificar, tornando-se apenas um injustificado motivo de retardamento do desfecho do litígio, que fatalmente se dará em juízo.

Pressupor, como faz o artigo 8º, que o magistrado extrairá, a partir da ausência da parte à mediação, conclusões para além de seu desinteresse em conciliar, mostra-se não apenas desproporcional, mas principalmente divorciado do tratamento dispensado pelo ordenamento processual italiano ao réu contumaz.

Atenta a isso, sugere a doutrina italiana que melhor seria o legislador ter previsto uma sanção pecuniária à parte que não comparece na presença do mediador³⁶, como forma de estimular o seu engajamento inicial ao procedimento de mediação.

Outra questão que desperta preocupação na doutrina italiana consiste na ausência de previsão de assistência obrigatória por advogado durante a mediação e, especialmente, em caso de celebração de acordo. Decerto, com isso, pretendeu o legislador prestigiar a informalidade e reduzir os custos da mediação. No entanto, em contrapartida, entendem os juristas italianos que a ausência de patrocínio dos interesses das partes por advogado aumenta a chances de que a parte com maior nível de instrução ou maior argúcia possa obter uma posição mais vantajosa, favorecendo a celebração de acordos iníquos³⁷. Acrescente-se, ainda, a ressalva de que a celebração de acordo sem a supervisão de um advogado terá maior probabilidade de conter imprecisões e gerar maiores dificuldades em seu cumprimento pelas partes ou eventual discussão em juízo. De se registrar que, de acordo com o Decreto Legislativo, nem mesmo o mediador precisa ter formação em Direito, o que reforça a ausência de uma supervisão jurídica.

Atendendo aos modernos reclamos por um maior aproveitamento dos recursos tecnológicos, já invocado na Diretiva 52/2008 da União Europeia, o Decreto Legislativo admite, no parágrafo 4º do artigo 3º, a utilização de meios telemáticos durante a mediação, na forma do regulamento adotado pelo organismo de mediação. Assim é que, por exemplo, deve-se interpretar o parágrafo 1º do artigo 8º à luz do artigo 3º, a fim de

³⁶ BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. P. 05.

³⁷ DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 04.

contemplar os meios eletrônicos de cientificação, ao admitir a comunicação da instauração da mediação à parte contrária por *qualquer meio idôneo para assegurar o seu recebimento*.

5. Mediação frustrada e proposta de conciliação.

Contempla o parágrafo 1º do artigo 11 combinado com o artigo 13 outra solução fortemente criticada pela doutrina. Dispõe aquele dispositivo legal que, não resultando a mediação em acordo, o mediador poderá formular por escrito uma proposta de conciliação, cabendo às partes com ela concordar ou discordar, também por escrito, no prazo de sete dias e sendo interpretada a omissão das partes como discordância aos termos da proposta.

O ponto nevrálgico reside na consequência da discordância aos termos da proposta trazida pelo artigo 13. Prevê este último dispositivo que se, mais tarde, ao final do processo judicial, o magistrado, em sua decisão, previr solução que corresponda integralmente ao conteúdo da proposta anteriormente formulada pelo mediador, a parte que a recusou, mesmo tendo se sagrado *vencedora* no processo judicial, *não* será reembolsada pelas despesas por ela arcadas *posteriormente à formulação da proposta pelo mediador* e ainda será *condenada* a reembolsar à parte *sucumbente* as despesas por esta suportadas a partir desse mesmo marco temporal. Impõe o legislador uma sanção em decorrência da discordância da proposta pela parte, rompendo, assim, com o princípio da causalidade, tradicionalmente agasalhado no ordenamento italiano, mais uma vez com o propósito de prestigiar – ou talvez forçar – uma solução “consensual”.

Creemos que, quanto a este ponto, não se colhe qualquer divergência na doutrina italiana, sendo uníssono o coro em desfavor da solução legislativa³⁸, que é tachada de “potencialmente grave”³⁹ e, de forma ainda mais categórica, como uma verdadeiro meio de “coação indireta”⁴⁰ para a celebração de um “acordo”. Pode-se vislumbrar a situação, não pouco comum, em que, dependendo do valor do conteúdo econômico da causa, a

³⁸ DALFINO, D. *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico; www.judicium.it. p. 12.

³⁹ DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 23-24.

⁴⁰ MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. pp. 01-02.

condenação nos ônus da sucumbência, nos moldes previstos no artigo 13, pode acabar por absorver integralmente ou até mesmo suplantar o benefício econômico auferido pelo vencedor. E isso tudo somente em razão de a parte interessada ter preferido aguardar uma solução judicial, direito esse garantido pelo próprio ordenamento constitucional italiano.

Tendo em vista, a uma, o extremo rigor da norma e, a duas, ter ela previsto, ao utilizar o verbo “poderá”, apenas uma *faculdade* ao mediador de formular proposta de conciliação, melhor será se os mediadores optarem por *se eximir de formular propostas* sempre que constatarem, ao final do procedimento de mediação, que qualquer das partes sinceramente prefere aguardar uma futura decisão judicial - seja tal decisão melhor ou pior aos seus interesses do que sinalizavam as tratativas até ali empreendidas, o que, convenhamos, àquela altura, ainda não seria dado às partes antever com segurança.

Deve-se, outrossim, ressaltar que, sendo uma norma sancionatória, deve ser interpretada restritivamente. Assim sendo, tendo o artigo 13 mencionado que o provimento jurisdicional deva coincidir “inteiramente” com a proposta formulada pelo mediador, fica, por conseguinte, excluída do espectro de incidência da citada norma qualquer hipótese em que a decisão judicial imponha solução diversa daquela sugerida pelo mediador, seja qualitativa, seja quantitativamente. Por exemplo, em caso de pedidos alternativos, tendo o mediador optado por um e o magistrado por outro, fica afastado o artigo 13. De igual sorte e ainda que cause estranheza, tendo o magistrado concedido ao vencedor valor *inferior* ao proposto pelo mediador, mesmo assim ficará ele a salvo da incidência do artigo 13. Justificamos tal entendimento em dois argumentos. Primeiro que, neste caso, o vencedor perceberá quantia ainda menor, o que aumentará as chances de se concretizar o risco antes destacado de os ônus sucumbenciais se sobreporem ao benefício econômico auferido. E, em segundo lugar, e mais importante, a própria parte que havia discordado da proposta já terá, em certa medida, sido “penalizada” por ter aguardado a solução judicial, uma vez que esta lhe será *menos favorável* do que aquela proposta pelo mediador. A essa altura, após ter aguardado todo o curso de um processo judicial, tudo levaria a crer que a parte já teria, inclusive, rebido toda a vantagem contemplada no acordo porventura celebrado. O processo judicial já terá sido para ela, de toda sorte, “um mau negócio” e isso, a nosso ver, já bastaria para nos convencer de que, ao final, restará apenas a legítima vontade do

interessado de ver o seu litígio solucionado por uma autoridade judiciária, ainda que de forma menos favorável, o que, por si só, não pode ser censurado, até mesmo por ser seu direito.

Por fim, de se consignar que a proposta do mediador, de quem não é exigida formação jurídica, não possui compromisso direto com o arcabouço normativo aplicável – ressalvadas a ordem pública e as normas imperativas, na forma do artigo 14, alínea “c”-, podendo se lastrear precipuamente em critérios de equidade e em seus critérios pessoais de justiça ou de razoabilidade. De outra parte, a decisão judicial consistirá estritamente em uma *solução técnico-jurídica* para o conflito, tendo, pois, um eixo estrutural completamente diverso, por essência. Sendo assim, uma eventual correspondência entre ambas as soluções, do mediador e do magistrado, será muito mais por uma questão primordialmente *acidental*, dada a adoção de critérios *absolutamente diversos*, do que por haver um propriamente um implícito “*referendo judicial*” à solução anteriormente proposta pelo mediador, como parece pressupor o legislador ao elaborar a previsão contida no artigo 13.

Com efeito, mais do que a adoção de sanções que venham a compelir as partes a celebrarem um “acordo”, o sucesso ou não da mediação na sociedade italiana e a conseqüente mudança de hábitos em relação aos meios escolhidos para a solução dos conflitos dependerão do *bom exercício* das funções pelo mediador. Portanto, melhor atende a esse escopo a preocupação do legislador italiano com a ética, a boa formação e a atualização dos mediadores, bem como a adoção de medidas que auxiliem na divulgação da mediação através de campanha publicitária, inclusive através da internet, como previsto no artigo 21. Essas providências efetivamente contribuirão para que a mediação e seus profissionais ganhem a confiança das partes e, com isso, alcem, paulatinamente, a mediação ao mesmo grau de credibilidade até hoje ostentado - ainda que não imune a críticas - pelos tribunais italianos⁴¹.

A previsão da tentativa de mediação em caráter obrigatório consiste em solução adotada em diversos países de “civil law” como mecanismo de incentivo e divulgação do instituto. No entanto, verifica-se que o Decreto Legislativo italiano foi bem mais

⁴¹ Confirmando a importância da formação dos mediadores para o sucesso do instituto: MARCHEIS, Chiara Besso. “La mediazione italiana: definizioni e tipologie”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume VI. Jul-Dez 2010. Disponível no endereço eletrônico: www.redp.com.br.

longe, impondo consequências assaz rigorosas e que, considerando-se a natural resistência e a desconfiança da comunidade jurídica italiana aos meios alternativos de solução de conflitos, podem, muito ao revés, acabar por gerar uma verdadeira ostilidade ao instituto.

6. O acordo e sua eficácia executiva.

Tendo as partes chegado a um acordo ao fim da mediação ou tendo elas concordado com a proposta de conciliação formulada pelo mediador, serão reduzidas a termo as suas condições, colhendo-se as assinaturas de todos os interessados. O acordo constitui título executivo para fins de execução forçada e inscrição em hipoteca judicial, na forma do artigo 12, podendo, inclusive, ser executado entre os Estados-membros da União Europeia, observada a legislação comunitária aplicável.

7. Conclusão

A edição do Decreto Legislativo nº 28/2010 significa, desde já, uma importante iniciativa em prol da difusão dos meios alternativos de solução de conflitos na Itália, certamente em resposta à política traçada pela União Europeia na Diretiva nº 52.

A própria discussão que a referida lei fez surgir entre os juristas italianos já lhe credita o mérito de recolocar o tema na ordem do dia e, talvez com isso, trazer uma nova oportunidade para que a comunidade italiana conheça melhor e, até mesmo, se afeiçoe, finalmente, aos ADRs.

No entanto, somente após algum tempo de aplicação da citada norma poderemos constatar se efetivamente ela representará um marco histórico na mudança de hábitos da cultura jurídica italiana, com a definitiva inserção da mediação como uma real ferramenta de solução de litígios e consequente desafogamento dos tribunais, ou, ao contrário, se consolidarão o ceticismo e a resistência inicialmente demonstrados por parte da doutrina daquele país.

Creio que, se aprimorada a partir da experiência prática de sua aplicação e das críticas (construtivas) da doutrina e dos profissionais do Direito, certamente a mediação poderá representar um valioso mecanismo de solução de conflitos, que virá se somar à

solução judicial, tão valorizada pela comunidade italiana. Fato é que - feitas as pertinentes ressalvas antes apontadas, especialmente quanto à obrigatoriedade do instituto e às suas severas consequências impostas pela lei - o jurisdicionado italiano somente terá a ganhar se dispuser de mais uma via de solução de conflitos à sua disposição, como a mediação, instituto este já consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, especialmente de *common law*. O acesso à ordem jurídica justa será tão mais vigoroso e democrático quanto mais caminhos (idôneos) possamos disponibilizar ao cidadão para alcançá-la.

Bibliografia

BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it

CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010.

DALFINO, D. *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico; www.judicium.it

DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. *Revista Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it, p. 18

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Numero III*. Torino: Giappichelli Editore. 2010.

MARCHEIS, Chiara Besso. “La mediazione italiana: definizioni e tipologi”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume VI. Jul-Dez 2010. Disponível no endereço eletrônico: www.redp.com.br

MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 52. Disponível no endereço eletrônico: <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>.

UNIDROIT - International Institute for de Unification of Private Law. ALI - American Law Institute. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Disponível no endereço eletrônico: www.unidroit.org.

YEAZELL, Stephen. LANDERS, Jonathan. MARTIN, James. *Civil Procedure*. 3rd Edition. Boston: Little Brown & Company.