



A TRAJETÓRIA NORMATIVA DA MEDIAÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE BRASIL E ITÁLIA¹

THE NORMATIVE TRAJETORY OF MEDIATION: A DIALOGUE BETWEEN BRAZIL AND ITALY

Tássio Túlio Braz Bezerra²

Fabiana Marion Spengler³

RESUMO: A retomada contemporânea da mediação é um processo diversificado e que sofre significativa influência dos sistemas jurídicos nacionais existentes em cada país. É importante reconhecer que a diversificação das práticas de mediação nos diferentes países se singulariza a partir de dois fatores que se pode destacar como determinantes: o contexto histórico de desenvolvimento da mediação e a regulamentação normativa. Dito isso, o artigo tem como objetivo principal analisar o desenvolvimento da mediação na Itália, com enfoque na regulação normativa, a fim de promover diálogo com a mediação no Brasil. Nessa perspectiva, a presente pesquisa se justifica pela semelhança entre os sistemas de regulação social do Brasil e da Itália, visto que ambos podem ser considerados como Estados que constituem exemplos típicos de países que adotam como matriz jurídica o *civil law*. Assim, faz-se uma importante contraposição ao modelo norte-americano de mediação, alicerçado em sistema jurídico característico do *common law*. Nesse sentido, o trabalho busca responder

¹ Artigo recebido em 24/02/2023 e aprovado em 19/06/2023.

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana -UEFS, Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, na área de concentração em Direitos Humanos, com estágio doutoral (sanduíche) realizado na La Sapienza – Università di Roma. Atualmente é Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Autor de artigos, palestrante e ministrante de cursos nas temáticas da Mediação de Conflitos e da Justiça Restaurativa. Natural de Campina Grande-PB. E-mail: tassio.bezerra@ufms.br.

³ Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Ter, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; participante da Rede CUEMYC (Conferência Universitária Internacional para o Estudo da Mediação e do Conflito), integrante do grupo de pesquisa internacional “Dimensions of Human Rights”, mantido pelo Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Coordenadora do projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – Fapergs, Edital 07/2021 – PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 – Faixa B – Grupos Consolidados, coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos. Natural de Segredo-RS. E-mail: fabiana@unisc.br.

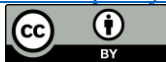


ao seguinte problema: quais as singularidades do percurso normativo da mediação no Brasil e na Itália? Para tanto, foi realizado um estudo descritivo, com abordagem comparativa, sobre o desenvolvimento do instituto da mediação no Brasil e na Itália, com especial destaque para a análise do contexto histórico e dos marcos normativos. Ao final, foi possível identificar: a influência do modelo norte-americano no desenvolvimento da mediação no Brasil e na Itália; a origem externa ao Poder Legislativo nacional da regulamentação normativa do instituto; significativas diferenças conceituais sobre a mediação e conciliação; por fim, a existência de distintas possibilidades de emprego do instituto, segundo a natureza dos direitos objeto do conflito. Assim, apesar da similaridade dos sistemas jurídicos, e da forte influência estadunidense, pode-se concluir que a mediação no Brasil e na Itália se desenvolveu de maneira bastante singular em cada um dos países, apresentando apenas alguns pontos de contato.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; trajetória normativa; regulamentação; Brasil; Itália.

ABSTRACT: The contemporary resurgence of mediation is a diversified process that is significantly influenced by the existing national legal systems in each country. It is important to recognize that the diversification of mediation practices in different countries is singularized from two factors that can be highlighted as determinants: the historical context of mediation development and normative regulation. With that being said, the main objective of this article is to analyze the development of mediation in Italy, with a focus on regulatory norms, in order to foster a dialogue with mediation in Brazil. In this perspective, the present research is justified by the similarity between the social regulation systems of Brazil and Italy, since both can be considered as States that constitute typical examples of countries that adopt civil law as their legal matrix. Thus, an important contraposition is made to the North American model of mediation, based on a legal system characteristic of the common law. In that sense, the study aims to address the following question: what are the unique characteristics of the normative path of mediation in Brazil and Italy? To accomplish this, a descriptive study was conducted, utilizing a comparative approach to examine the development of the institution of mediation in Brazil and Italy, with particular emphasis on the analysis of the historical context and regulatory milestones. Ultimately, the study identified the following: the influence of the North American model on the development of mediation in Brazil and Italy; the external origin of normative regulation of the institution, separate from the national legislative power; significant conceptual differences between mediation and conciliation; and, finally, the existence of distinct possibilities for the application of the institution, depending on the nature of the rights subject to the conflict. Thus, despite the similarity of their legal systems and the strong American influence, it can be concluded that mediation in Brazil and Italy developed in highly distinctive ways in each country, with only a few points of contact.

KEYWORDS: Mediation. normative trajectory. relation; Brazil. Italy.



1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante assinalar que a retomada contemporânea da mediação, iniciada na década de 70 do século passado, é um processo diversificado e que sofre significativa influência dos sistemas jurídicos nacionais existentes em cada país.

Dito isso, é importante ressaltar que a diversificação das práticas de mediação nos diferentes países se singulariza segundo dois fatores que se pode destacar, a priori, como determinantes: o contexto histórico de desenvolvimento da mediação e a regulamentação normativa.

O primeiro é a trajetória histórica do desenvolvimento da prática da mediação em cada país. Deve-se esclarecer que a mediação não está contextualmente desvinculada da cultura jurídica do país no qual se desenvolve. Inclusive, resta fortemente influenciada pelos sistemas de regulação social vigentes. Quanto ao ponto, é possível destacar as claras diferenças entre os sistemas de regulação social dos países que adotam o *civil law* daqueles que são fortemente determinados pelo *common law*. As correspondentes singularidades acabam por impactar diretamente no modelo de mediação a ser adotado.

O segundo aspecto é a evolução normativa da regulamentação da mediação no ordenamento interno de cada país, a qual pode funcionar como mecanismo de promoção do instituto, ao garantir a sua previsibilidade normativa e segurança jurídica, como também pode funcionar como instrumento de desestímulo ou até mesmo de proibição de determinadas práticas.

Feita essa sucinta apresentação, a presente pesquisa pretende responder ao seguinte problema: Quais as singularidades do percurso normativo da mediação no Brasil e na Itália?

Nesse sentido, o objetivo geral da investigação é pesquisar a trajetória da mediação na Itália, a partir de sua regulação normativa, a fim de efetuar um diálogo com o percurso da mediação no Brasil.

Para tanto, foi realizado um estudo descritivo, com abordagem comparativa, sobre o desenvolvimento do instituto da mediação no Brasil e na Itália, de modo a identificar singularidades na trajetória do referido instituto em cada um dos citados países, com especial destaque para a análise dos marcos normativos.



Assim, será feita uma análise do desenvolvimento da mediação na Itália, a fim de buscar promover um diálogo com a mediação até então realizada no Brasil, haja vista que ambos os Estados podem ser considerados exemplos típicos de países que têm como sistema de regulação social o *civil law*. Desse modo, abordar-se-á o contexto histórico da retomada contemporânea da mediação na Itália e a regulamentação normativa do instituto. Para tanto, a análise a ser realizada no presente texto buscará dialogar de forma predominante com a literatura e a doutrina de origem italiana, a fim de melhor compreender o fenômeno estudado.

2. O CONTEXTO DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA.

De início, compete ressaltar que apesar de a Itália ser um país que adota um sistema jurídico típico do *civil law* – não por acaso também conhecido como sistema continental –, a mediação desenvolvida no país guarda significativa inspiração no modelo norte-americano.

Desse modo, não é por acaso que a mediação italiana foi tomada como referencial de diálogo para o caso brasileiro, pois se observa em ambos os países uma matriz jurídica do *civil law* com a importação de um modelo de mediação originário do *common law*. Assim, será possível observar quais problemas e/ou dificuldades foram encontradas no desenvolvimento da mediação da Itália, a fim de tentar verificar a sua ocorrência no Brasil. No entanto, mais adiante será possível delimitar as possíveis distinções do desenvolvimento da mediação nos contextos italiano e estadunidense.

Importa destacar que o caso da Itália revela que a introdução dos métodos não adversariais de resolução de conflitos ocorreu pela iniciativa comunitária, por impulso das instituições da União Europeia, para apenas em um segundo momento ser objeto de produção normativa no âmbito interno, a qual será objeto de análise no tópico subsequente.

Em verdade, também na Itália o processo de retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos tem sua origem na situação de crise crônica e estrutural da máquina judiciária na Europa, o que acabou por determinar em solo italiano um forte impulso no sentido de introduzir o procedimento de conciliação, alternativa ao procedimento ordinário e confiada a organismos extrajudiciais, sobretudo em matéria de direitos do



consumidor⁴.

Todavia, a mediação não serve para consertar as deficiências do sistema judicial. Inclusive, seria redutor considerar a mediação exclusivamente em termos de uma resposta do cidadão insatisfeito com a demora da justiça ou como remédio para retirar do judiciário uma categoria de controvérsias ante a ineficiência do sistema estatal. Pensar desse modo levaria à conclusão de que se o sistema judicial funcionasse a contento, não seria necessário o desenvolvimento da mediação. Encarar o problema desse modo é nutrir falsas expectativas, pois a experiência demonstra que a mediação tende a funcionar em um ordenamento dotado de uma justiça eficiente, sob risco de ser utilizada em um sistema ineficiente como forma de apenas prolongar a duração do processo. A mediação não deve ser vista de forma simplista e exclusivamente como modo de responder à ineficiência da jurisdição estatal, mas sim ser compreendida na perspectiva da necessidade de oferta mais ampla de justiça, menos adversarial, mais plural e democrática⁵. Acrescente-se ainda o fato de que a mediação utilizada por um sistema judicial ineficiente tende a ser desvirtuada e empregada unicamente como forma de obter acordos com o intuito de pôr fim aos processos, desconsiderando qualquer tentativa legítima de busca do consenso e de satisfação dos interesses das partes envolvidas.

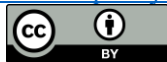
Há que se fazer um alerta de que o salutar desenvolvimento da mediação não dispensa a necessidade de melhorar o próprio sistema judicial. O aprimoramento do sistema judicial pode passar pela utilização e estímulo dos instrumentos de ADR – a exemplo da mediação e da conciliação, mas tal percurso não substitui a função própria dos órgãos jurisdicionais em sentido estrito.

Nessa perspectiva, a mediação pode ser compreendida como um instrumento que eventualmente pode complementar o sistema judicial tradicional e, em algumas vezes, até mesmo suplementar, mas nunca substituir a jurisdição estatal por completo. Em idêntico sentido, é ilustrativa a afirmação de Pera e Riccio⁶ de que: “sembra che il modello di mediazione dovrebbe più correttamente essere ritenuto un percorso complementare o

⁴ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 18.

⁵ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012., p. 8-9.

⁶ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 15.



supplementare, uno strumento antecedente, ma ulteriore che il sistema offre ai cittadini.”

No entanto, em que pesem as particulares considerações da referida autora, resta uma clara distinção entre o movimento ADR na União Europeia e nos Estados Unidos. A política comunitária europeia em matéria de conciliação não emerge de um impulso antijurisdicional, ao contrário do ânimo do movimento ADR nos Estados Unidos, mas tende a conceber os instrumentos de ADR como elemento de diversificação e complementação da tutela disponível aos cidadãos europeus, sendo garantido o efetivo acesso à tutela judicial⁷.

Importa ainda destacar que o desenvolvimento da mediação na Itália – ao contrário dos Estados Unidos –, bem como na Europa de um modo geral, decorre de uma distinta concepção existente nesses países na relação entre o cidadão e o Estado. A título de exemplo, considerando-se o período pós-guerra, pode-se considerar que a Itália tem um Estado democrático e em parte liberal, enquanto que os Estados Unidos têm um Estado liberal e em parte democrático⁸.

Assim, resta possível afirmar que na União Europeia o movimento ADR se institucionalizou como um sistema complementar ou dito minimalista, haja vista que os instrumentos de ADR são empregados em paralelo à jurisdição estatal, enquanto que nos Estados Unidos houve a prevalência de um sistema maximalista, no qual os instrumentos de ADR são utilizados preferencialmente, exercendo-se a jurisdição estatal como última *ratio*. Quanto ao ponto, são ilustrativas as palavras de Pera e Riccio⁹ ao afirmar:

A utilização de sistemas ADR, portanto, ao contrário do modelo norte-americano, é concebida na Europa, não como uma alternativa que em sua versão maximalista tende a excluir o processo em sua raiz, mas como uma ferramenta que visa estabelecer um diálogo entre as partes o que de outra forma seria impossível e avaliar, numa fase posterior e em caso de insucesso do procedimento ADR, a oportunidade de remeter o assunto para o juiz (tradução livre).¹⁰

⁷ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 61.

⁸ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 4.

⁹ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 60.

¹⁰ Il ricorso agli ADR systems, dunque, a differenza che nel modello statunitense, viene concepito in Europa, non come alternativa che tende nella sua versione massimalista ed escludere in radice il processo, ma come strumento che miri ad instaurare tra le parti un dialogo che sarebbe altrimenti impossibili e a valore, in una fase successiva ed in caso di fallimento ella procedura di ADR, l'opportunità de adire il giudice.



Consequentemente, feitas as referidas considerações, a mediação na Itália tem sido compreendida não como resposta à insatisfação dos cidadãos com o sistema judicial, mas como um elemento de diversificação da própria justiça. Em idêntico sentido são os comentários de Santagada¹¹ a respeito da política adotada pela própria União Europeia quanto aos procedimentos de ADR:

[...] consideram os procedimentos de ADR não uma mera resposta à insatisfação dos cidadãos devido às ineficiências do sistema de justiça, mas uma ferramenta de diversificação e complemento da tutela dos cidadãos, para garantir-lhes a efetividade do acesso à justiça, expressamente reconhecido pelo art. 6º da Convenção de Direitos Humanos e pelo art. 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União (tradução livre).¹²

Desse modo, o que se verifica é que se emancipa da ideia da mediação como uma justiça menor, enquanto instrumento escolhido para a resolução de controvérsias de módico valor, e projeta-se em direção à construção de uma justiça pluralista. Em consequência, a mediação é percebida não como elemento de substituição, mas de complementação da justiça estatal, enriquecendo a oferta de tutela, a fim de garantir um melhor acesso à justiça, na mais ampla perspectiva de criação de um espaço jurídico europeu¹³. De fato, observa-se na concepção europeia que o direito fundamental do acesso à justiça não garante apenas o acesso aos meios judiciais, mas também aos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias.

Nessa senda, foi possível constatar que a política europeia de ADR se desenvolveu em duas fases claramente distintas: a primeira que se caracterizou pela abertura de debate em favor da sensibilização do acesso à justiça, redução do tempo e dos custos dos procedimentos de ADR em relação ao processo e o respeito às partes mais frágeis na relação jurídico-econômica; e a segunda que se revestiu de iniciativas de natureza legislativa não vinculante, seguidas por posterior obrigatoriedade de que os Estados membros legislassem

¹¹ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 12.

¹² [...] considerare le procedure di ADR non una mera risposta all'insoddisfazione dei cittadini per le inefficienze del sistema giustizia, ma uno strumento di diversificazione e completamento della tutela dei cittadini, dove garantire loro l'effettività del'accesso alla giustizia, espressamente riconosciuto dell'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

¹³ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 13.



em matéria de conciliação das controvérsias civis e comerciais¹⁴.

No entanto, ao contrário dos Estados Unidos – e também do Brasil –, a preocupação institucional no interior da União Europeia, quanto à necessidade do desenvolvimento da ADR, teve um embrião muito específico, originando-se da ocorrência cada vez mais crescentes de conflitos transfronteiriços em matéria consumerista.

De fato, o desenvolvimento da circulação de bens no espaço comum europeu, e em especial do comércio eletrônico, fez aumentar o número de conflitos entre os consumidores e pessoas físicas e jurídicas de países diversos que chegaram aos juízos nacionais, com relevantes problemas decorrentes de conflitos de leis e dificuldades de natureza linguística e logística¹⁵.

Assim, como será possível analisar detidamente mais adiante, foi o entrelaçamento entre ADR e consumerismo que esteve no germen inaugural das políticas públicas em torno dos métodos alternativos de resolução de conflitos na União Europeia de um modo geral, e no caso da Itália como será possível ver em particular.

3. OS MARCOS NORMATIVOS DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA.

Ao analisar os marcos normativos da mediação na Itália, é possível afirmar que eles se subdividem em diferentes níveis, quais sejam: a normativa comunitária da União Europeia, a legislação infraconstitucional e, por fim, uma regulamentação administrativa que culminou com a disciplina da matéria no ordenamento nacional italiano.

Iniciando pela esfera supranacional, é do conhecimento comum que a Itália, na qualidade de integrante da União Europeia, está submetida aos atos normativos emanados dos órgãos comunitários detentores de competência legislativa, nos termos do Tratado de Roma¹⁶. Nessa senda, importa ressaltar que uma das normas de maior influência na regulamentação normativa da mediação no velho continente foi a Diretiva 2008/52/CE do

¹⁴ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 59.

¹⁵ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 60.

¹⁶ Nome originalmente dado a dois tratados – Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia de Energia Atômica – os quais foram assinados em Roma e constituíram um dos principais eixos fundantes da União Europeia.



Conselho Europeu.

No entanto, convém inicialmente esclarecer que a Diretiva 2008/52/CE, apesar de ter incidência sobre todo o território comunitário, tem caráter não impositivo, haja vista que estabelece tão somente uma orientação a ser seguida facultativamente pelos países membros do espaço comum europeu. De qualquer modo, em que pese o caráter facultativo do citado ato normativo, importa afirmar que a recomendação efetivamente serviu de parâmetro para a regulamentação legal da mediação em diversos países, inclusive na Itália. Nesse sentido, compete analisar em linhas gerais os principais aspectos da Diretiva 2008/52/CE, com especial destaque para os elementos que impactaram diretamente na regulamentação legal da mediação em território italiano.

3.1 A Diretiva nº 2008/52/CE

De início, importa esclarecer que antes de adentrar de modo específico na Diretiva de 2008/52/CE, que serviu de fundamento jurídico para a regulamentação da mediação no âmbito da União Europeia – inclusive com muitos de seus dispositivos sendo reproduzidos em diversas legislações nacionais –, faz-se necessário analisar os precedentes da referida normativa no espaço comunitário, no que se torna indissociável o debate da origem da questão dos conflitos decorrentes das relações de consumo.

Dito isso, é possível constatar que com a publicação do Livro Verde de 1993 – Acesso dos Consumidores à Justiça e a Resolução dos Litígios de Consumo no Mercado Único, publicado em 16 de novembro de 1993, a Comissão europeia já evidenciava a necessidade de promover o recurso a instrumentos de resolução das controvérsias alternativos à justiça ordinária, de modo não só a superar os limites nacionais dos Estados-membros, mas também os custos do processo judicial ordinário¹⁷.

Desse modo, na esteira consumerista do impulso inicial dos ADR houve o desdobramento de dois procedimentos. O primeiro estava previsto na Recomendação 98/257/CE que dispõe sobre a resolução extrajudicial das controvérsias em matéria de

¹⁷ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti*: Teoria e pratica dei metodi ADR. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 131.



consumo por formas adjudicativas ou decisórias como a arbitragem, nas quais competia a um terceiro apresentar uma solução às partes. Posteriormente, desenvolve-se um segundo procedimento, disciplinado nos termos da Recomendação 2001/310/CE, no qual um terceiro deveria ajudar as partes a encontrar um acordo, a exemplo da mediação.

Do quanto exposto, pode-se notar que a Comissão, ao aprovar a Recomendação 98/257/CE, de 30 de março de 1998, buscou promover os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no âmbito consumerista, porém considerando que “[...] não estão abrangidos os procedimentos que se limitam a uma simples tentativa de aproximar as partes para as convencer a encontrar uma solução de comum acordo”¹⁸. Assim, observa-se que na Recomendação 98/257/CE há um claro estímulo para a criação de órgãos extrajudiciais – e correspondentes procedimentos – que poderão propor uma solução ou decidir de forma impositiva sobre controvérsias que versem sobre as relações de consumo transfronteiriças. No entanto, merece ser feita a ressalva de que claramente é possível perceber que de plano a mediação não foi reconhecida como integrante do rol dos procedimentos extrajudiciais aptos a solucionar os litígios de consumo transfronteiriços.

Foi apenas com a Recomendação 2001/310/CE, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, que se deu início de forma efetiva à regulamentação normativa da mediação, haja vista que a referida norma disciplina também os procedimentos que têm por objeto apenas a aproximação das partes no sentido de apoiá-las para a obtenção de um comum acordo.

Consequentemente, observa-se que a Recomendação 2001/310/CE era, ao contrário, endereçada aos organismos extrajudiciais que participavam da resolução consensual das controvérsias, alicerçados nos princípios da imparcialidade, transparência, eficácia e equidade¹⁹. É nesse momento que se inicia o impulso à mediação.

Deve-se registrar que o Conselho Europeu, em reunião extraordinária ocorrida nos dias 15 e 16 de outubro de 1999, na cidade finlandesa de Tampere, tendo como pauta a

¹⁸ COMMISSIONE. *Raccomandazione 98/257/CE*, del 30 marzo 1998. Riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&rid=6>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

¹⁹ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti*: Teoria e pratica dei metodi ADR. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 132.



criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça no âmbito da comunidade europeia, firmou o objetivo de: 1) estabelecer, com base em propostas da Comissão da Comunidade Europeia, normas mínimas que possam garantir um nível adequado de assistência judiciária em causas transnacionais em toda a União Europeia e específicas normas procedimentais comuns para simplificar e acelerar a composição de controvérsias transnacionais de pequeno valor em matéria comercial, resguardando os consumidores; e 2) instituir procedimentos alternativos extrajudiciais.

Em sequência dos primeiros passos supramencionados, sob convite do Conselho Europeu, em 19 de abril de 2002, foi publicado pela Comissão Europeia o Livro Verde, relativo à modalidade alternativa de composição de controvérsias em matéria civil e comercial, o qual teve como objetivo lançar uma ampla consulta aos setores interessados sobre algumas questões jurídicas que se colocam no domínio dos modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial.

Assim, torna-se importante mencionar que o chamado Livro Verde de 2002 exorbita a matéria consumerista, passando a referir-se também às controvérsias em matéria civil e comercial. É digno de destaque que nesse momento torna-se perceptível o processo de alargamento do âmbito operativo dos meios alternativos que se tornaram instrumento privilegiado na tutela de todas as controvérsias em matéria civil e comercial, especialmente transfronteiriças no espaço comum²⁰, com posteriores reflexos nos ordenamentos internos dos Estados-Membros.

No contexto de publicação do Livro Verde em 2002, é importante atentar para o fato de que naquele momento nenhum dos Estados membros possuía uma disciplina geral sobre a matéria. Assim, um dos objetivos do livro era realizar uma ampla consulta sobre questões de ordem jurídica referente ao campo da resolução alternativa das controvérsias em matéria civil e comercial, além de sensibilizar o maior número de sujeitos para os instrumentos extrajudiciais de composição de controvérsias, a fim de estabelecer uma linha de tendência a ser compartilhada entre os Estados-membros²¹.

Por sua vez, o referido Livro Verde 2002 leva a Comissão Europeia a elaborar dois

²⁰SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 11.

²¹ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 133.



instrumentos paralelos e complementares para incentivar as formas alternativas de resolução de controvérsias: um código de conduta para os mediadores e uma proposta de diretiva.

O Código Europeu de conduta para os mediadores, apresentado pela Comissão de Justiça Europeia, em julho de 2004, estabelece uma série de princípios que os organismos e os mediadores podem adotar voluntariamente, dentre os quais podemos citar a independência, a imparcialidade, a competência, a observância da legislação (especialmente no que se refere aos direitos indisponíveis), a informação às partes e a confidencialidade. No entanto, é importante ressaltar que o Código Europeu não se trata de uma norma cogente, sendo tão somente uma recomendação específica a ser observada segundo a liberalidade das partes envolvidas²².

Por fim, foi publicada a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, em 21 de maio de 2008, que disciplina diversos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. A referida norma “[...] se coloca, assim, como um ulterior fragmento do intrincado mosaico da ADR em nível comunitário e transnacional”²³, a qual será objeto de análise, dada a sua repercussão para a regulamentação e desenvolvimento da mediação na Itália.

Deve-se ressaltar que a Diretiva 2008/52/CE proporciona um grande salto dimensional para a mediação que deixa de ser restrita ao setor consumerista para ser encarada de modo global e orgânico²⁴. Outra questão que merece ser destacada é que a referida diretiva é circunscrita apenas à mediação, o que evidencia não um aceno generalizado a todos os métodos de ADR, mas uma opção específica do legislador europeu ao promover particularmente a mediação²⁵.

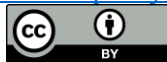
Inicialmente, compete assinalar que a Diretiva 2008/52/CE teve como principal objetivo definir para os Estados-membros alguns princípios vetores para o desenvolvimento da mediação em âmbito transfronteiriço, resguardada a preocupação de não embarçar as singulares experiências nacionais já em curso. Quanto ao ponto, merece destaque a significativa diferença existente quanto ao desenvolvimento da ADR e da mediação em

²² SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 12.

²³ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 72.

²⁴ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 13.

²⁵ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 12-13.



particular nos diversos países que compõem a União Europeia. Nesse sentido é o alerta de Pera e Riccio²⁶, ao afirmar que não se pode esquecer que, em nível comunitário, é necessário se confrontar com situações nacionais de absoluta desigualdade, no que se refere à experiência com a mediação e outros métodos de ADR. Em alguns países, seguindo a tradição estadunidense, já havia uma ampla trajetória (a exemplo da Inglaterra e dos Países Escandinavos). No entanto, de outro lado existiam países nos quais a mediação e a ADR eram praticamente desconhecidas, como em geral nos países do baixo Mediterrâneo. Importa aqui fazer o parêntese de que a Itália – país objeto da presente análise – encontra-se ao lado daqueles Estados nos quais a mediação era quase inexistente ou possuía um desenvolvimento embrionário.

Feitas as considerações acima, deve-se compreender que a Diretiva 2008/52/CE, longe de se imiscuir no desenvolvimento da mediação no âmbito interno de cada país, teve como condão apenas uma tentativa de harmonizar e uniformizar para o plano comunitário uma adaptação das práticas de mediação já existentes nas singulares experiências nacionais.

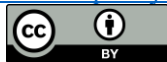
De fato, em que pese a Diretiva 2008/52/CE ter como objetivo garantir um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia de instituir um espaço de liberdade, segurança e justiça, não se pode esquecer que a mediação se coloca também como uma forma de incentivar as transações transfronteiriças no interior do espaço comunitário²⁷. Há que se recordar que uma das limitações ao comércio internacional – inclusive on-line – é o receio de que na ocorrência de violação de algum direito, a parte lesada – em especial o consumidor – tenha que arcar com as despesas logísticas de realizar uma demanda judicial em outro país. Ademais, some-se a isso os custos ordinários do processo judicial, proporcionalmente elevados para demandas de pequeno valor econômico.

Assim, deve-se deixar claro que a Diretiva 2008/52/CE encontra o seu âmbito de aplicação nos procedimentos nos quais uma ou mais partes de uma controvérsia transfronteiriça tentam voluntariamente conseguir uma composição amigável para o conflito com a assistência de um mediador²⁸. Não pode ser outro o entendimento que se extrai da

²⁶ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 73.

²⁷ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 73.

²⁸ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e*



redação da norma, nos termos de seu considerando nº 10.

Quanto ao sentido do que se configuraria um litígio transfronteiriço, a própria norma traz uma interpretação autêntica ao declarar que se configura como o conflito no qual “[...] pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das partes [...]”, consoante disposição expressa no art. 2º, item 1, da Diretiva 2008/52/CE.

Em idêntico sentido, a referida norma delimita o que seria entendido por mediação, ao apontar sua definição, nos termos do art. 3º da Diretiva, que:

«Mediação», 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-Membro.

Assim, é possível constatar que a Diretiva apresenta como principais características da mediação: a voluntariedade do procedimento e a assistência de um terceiro sujeito imparcial. Desse modo, a Diretiva traz uma importante observação ao afirmar a necessidade de voluntariedade de todo o procedimento de mediação, na medida em que as partes são as responsáveis pelo processo e por seu eventual êxito. Assim, o procedimento de mediação previsto na Diretiva, independentemente da nomenclatura adotada pelas legislações nacionais, é um procedimento voluntário, enquadrando-se de forma clara em um método de ADR não adjudicativo. No entanto, deve-se ressaltar que o fato de o procedimento de mediação poder ser imposto por algum Estado-Membro como condição de procedibilidade de alguma demanda não tira o caráter de voluntariedade do procedimento. Deve-se ter em vista que as partes não são obrigadas a seguir com a mediação, mas tão somente iniciar uma tentativa prévia ao ajuizamento de uma ação judicial, o que não afasta ou exclui a posterior tutela jurisdicional em caso de insucesso ou simples desistência do procedimento de mediação.

Uma questão que parece clara já agora – mas que será melhor tratada mais adiante



– é que a definição de mediação adotada na Diretiva não faz qualquer distinção entre mediação e conciliação, a exemplo da que é realizada por alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano. O que se observa aqui é uma tentativa conceitual da Diretiva de regulamentar minimamente a matéria respeitando a nomenclatura adotada em cada país, bem como as peculiaridades do procedimento de mediação na experiência interna de cada Estado-Membro.

Em idêntico sentido foi o que ocorreu com a definição de mediador, a qual restou delimitada como a terceira pessoa que conduz o procedimento de mediação, independentemente da nomenclatura adotada, da profissão que exerce, de sua forma de escolha/designação, bem como do modo com que conduzirá a mediação. Mais uma vez a Diretiva acaba por privilegiar/preservar as experiências nacionais ao respeitar a nomenclatura adotada em cada país para o procedimento de mediação e para o terceiro que auxiliará as partes, bem como flexibilizar as exigências de capacitação profissional do mediador²⁹.

Por fim, no que se refere ao seu objeto, esse é claramente delimitado, nos termos do art. 1, item 2, da Diretiva que estabelece que a norma é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, ressalvados aqueles de cujos direitos e obrigações as partes não possam dispor livremente. A segunda parte do referido dispositivo exclui ainda do âmbito de aplicação da norma os conflitos que versem sobre matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, bem como aqueles decorrentes da responsabilidade estatal por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado.

Realizada essa síntese sobre alguns aspectos do procedimento de mediação previsto na Diretiva, compete reiterar a ressalva feita acima de que, apesar de a citada norma incidir apenas sobre os conflitos transfronteiriços, nada impede aos Estados-Membros de aplicar idênticas disposições aos processos de mediação no âmbito interno, o que de fato acabou acontecendo em diversos países, a exemplo da Itália.

É digno de nota que a Diretiva acaba por constituir diferentes objetivos em sede comunitária e nacional. No primeiro caso, a Diretiva tem como intuito a realização efetiva

²⁹ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 80.



de um mercado único europeu, eliminando as barreiras à livre circulação de bens e serviços, tendo como objeto a mediação transfronteiriça, para as lides em matéria civil e comercial. Na segunda hipótese, no âmbito nacional de cada Estado-Membro, a referida norma tentou introduzir nos ordenamentos internos um instrumento que pudesse facilitar a diminuição do contencioso no interior do Poder Judiciário³⁰.

Deve-se ainda destacar que a função promocional da Diretiva não está limitada aos conflitos fronteiriços, haja vista que não impede que os Estados Membros possam aplicar as disposições relativas também aos procedimentos de mediação no âmbito interno. No que se refere ao movimento de promoção da mediação, é possível observar que os respectivos Estados-Membros têm adotado a referida diretiva como norma de referência a disciplinar o instituto da mediação em nível nacional³¹. É o impacto dessa segunda perspectiva, a função promocional da Diretiva 52/2008/CE, que será agora objeto de análise a partir do estudo do desenvolvimento do instituto da mediação de conflitos na Itália.

3.2 A mediação no ordenamento italiano.

Ao iniciar o estudo da mediação na Itália não resta dúvida de que seu resgate contemporâneo, bem como dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos, ocorreu devido à incapacidade do Poder Judiciário, especialmente por meio do processo civil ordinário, de responder de maneira eficaz à demanda de justiça dos cidadãos³².

O objetivo declarado da intervenção legislativa é ambicioso, pois busca garantir um impulso na redução dos contenciosos judiciais, contribuindo com a difusão de uma cultura de resolução alternativa das controvérsias, valorizando ainda a experiência autorregulatória. No entanto, restou claro que entre difundir uma cultura de conciliação para garantir a todos o acesso paritário à justiça e reduzir o quantitativo de processos e o papel do juiz, não há dúvida quanto à evidente prevalência do último aspecto³³.

³⁰ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 78.

³¹ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 14/15.

³² COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 139.

³³ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 33.



De todo modo, faz-se mister apontar que os métodos alternativos guardam na Itália uma história significativamente extensa. Apenas para citar alguns dos precedentes históricos, é possível ressaltar que a conciliação não é, conforme comumente se leva a crer, um procedimento apenas recentemente introduzido no ordenamento italiano. O primeiro Código de Processo Civil da Itália Unida (1865), recuperando a experiência do Reino das Duas Sicílias, iniciava-se com a seguinte disposição: “Os conciliadores, quando solicitados, devem se esforçar para resolver as controvérsias”³⁴³⁵.

Realizando-se uma digressão histórica um pouco mais profunda, é possível encontrar ainda na Roma Imperial traços da conciliação na figura dos Defensores da Cidade, os quais eram magistrados eleitos pelo povo com uma limitada competência em matéria civil e penal que detinham dentre as suas atribuições a composição dos litígios³⁶.

Ainda no campo dos precedentes legislativos, no atual Codice de Procedura Civile de 1942, a conciliação já é prevista, apesar de serem limitadas as hipóteses legais de seu emprego, restando raramente utilizada ao longo do processo civil³⁷.

No entanto, retomando os aportes normativos mais contemporâneos no que se refere à mediação, importa destacar que a versão italiana do texto da Diretiva Europeia 2008/52/CE tem sua origem de uma tradução do inglês, língua adotada nos trabalhos preparatórios. Desse modo, o termo em inglês *mediation* foi literalmente traduzido para o vocábulo *mediazione*, para indicar um procedimento estruturado, no qual duas ou mais partes tentam, sobre base voluntária, encontrar um acordo por meio da assistência de um terceiro sujeito que conduz o procedimento de modo eficaz, imparcial e competente, independentemente da denominação adotada³⁸.

Quanto ao ponto, importa destacar que a expressão mediação guarda significativas diferenças de ordem conceitual, com grandes reflexos teóricos e práticos distintos, na sua utilização em países de cultura anglo-saxã – em especial nos Estados Unidos – e em países

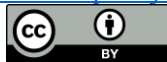
³⁴ “I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie.”

³⁵ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 141.

³⁶ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 141.

³⁷ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 141.

³⁸ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 134-135.



de cultura jurídica latina – da qual a Itália seria um dos principais exemplos. Ademais, é digno de registro que a Diretiva 2008/52/CE define de maneira bastante alargada o que seria a mediação, mas não guarda qualquer preocupação em diferenciá-la da conciliação. De fato, a questão quanto ao conceito de mediação propriamente dito e sua distinção de outras práticas acaba por resvalar para o ordenamento interno dos Estados-Membros.

Desse modo, o referido problema quanto ao emprego da expressão mediação se reflete de maneira significativa no ordenamento italiano. O art. 60 da lei n. 69 de 18 de junho de 2009 delegou ao Poder Executivo a regulamentação normativa da mediação e da conciliação nas controvérsias de matéria civil e comercial. Assim, foi publicado o Decreto Legislativo n. 28 em 4 de março de 2010, ato normativo que incorporou ao ordenamento italiano os princípios previstos na Diretiva 2008/52/CE, nos seguintes termos do art. 1º do D. Legs. 28/2010:

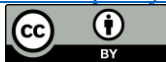
1. Para efeitos do presente decreto-lei entende-se:
 - a) a) mediação: a atividade, de qualquer modo denominada, exercida por um terceiro imparcial e destinada a auxiliar dois ou mais sujeitos seja na busca de um acordo amigável para a solução de uma controvérsia, seja na formulação de uma proposta de resolução da mesma;
 - b) mediador: a pessoa ou pessoas físicas que, individual ou coletivamente, desenvolve a mediação permanecendo sem, em qualquer caso, poderes para proferir juízos ou decisões vinculativas para os destinatários do mesmo serviço;
 - c) conciliação: a solução de uma controvérsia após a desenvolvimento da mediação.³⁹

Da atenta leitura da redação original do art. 1º do D. Legs. 28/2010, é possível constatar que a mediação resta definida como uma atividade desenvolvida por um terceiro imparcial que deve auxiliar dois ou mais sujeitos na busca de um acordo amigável para a composição da controvérsia, podendo ainda formular propostas de acordo.

Primeiramente, deve-se observar que, ao promover a definição conceitual da

³⁹ 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

- a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;
- b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;
- c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.



mediação e da conciliação, salta aos olhos a ausência de uma distinção técnica clara entre os citados institutos na referida normativa. Nesse sentido é o alerta formulado por Cosi e Romualdi⁴⁰, ao afirmar que o procedimento definido como mediação no D. Legs. 28/2010 havia sido anos antes denominado pelo legislador nacional de conciliação⁴¹.

Da análise das mencionadas disposições normativas, constata-se que o referencial teórico adotado na definição de mediação teve clara inspiração no modelo estadunidense. É passível de verificação que a mediação adotada no D. Legs. 28/2010 é composta de uma fase facilitativa e, eventualmente, de uma fase avaliativa. Assim, o mediador inicia a mediação segundo os cânones da escola facilitativa, na qual pode ou deve seguir uma fase inspirada na escola avaliativa⁴². Desse modo, a atividade do mediador consiste na assistência às partes durante as tratativas para encontrar um consenso para a controvérsia (mediação facilitativa), podendo o mediador chegar a propor uma solução para a controvérsia (mediação avaliativa). No entanto, diferentemente do modelo americano, que denomina a atuação do mediador na elaboração de soluções e formulação de propostas de mediação avaliativa, o legislador italiano optou nos termos do D. Legs. 28/2010 denominar a referida fase de conciliação.

Consequentemente, o que se observa é que de forma proposital – ou não – incorporou-se a definição de mediação típica da cultura jurídica americana, associando-a ao conceito de conciliação. Todavia, compete fazer a ressalva de que o termo conciliação não se encontra presente na cultura jurídica norte-americana que envolve a discussão do movimento ADR. Por outro lado, a expressão conciliação é tradicionalmente empregada na atividade judicial continental quando um terceiro busca auxiliar as partes na composição da lide, inclusive formulando proposta de acordo, independentemente de tal prática se desenvolver em âmbito judicial ou extrajudicial.

Assim, é possível afirmar que a normativa italiana expressa que a mediação comportaria uma fase de mediação em sentido estrito, na qual o mediador facilitaria a busca

⁴⁰ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 139.

⁴¹ É possível citar como exemplos do anterior uso da expressão conciliação para situações nas quais o D. Legs. 28/2010 entende por mediação: a Lei n. 480/1995 que estabelece a competência das Câmaras de Comércio para instituir comissões arbitrais e conciliatórias para a resolução de controvérsias entre empresas e entre estas e os consumidores; e o D. Legs.n. 5 de 10 de janeiro de 2003 que regulamenta a utilização da conciliação para os conflitos em matéria societária e financeira.

⁴² DIOZZI, Fabio. *Mediazione e negoziazione assistita: Tecniche di gestione delle controversie*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 235.



do consenso pelas partes, e, em caso de êxito, seria desenvolvida uma segunda fase chamada conciliação, na qual se elaboraria o acordo propriamente dito. Nesse sentido, observa-se que a coexistência da mediação avaliativa e facilitadora não está restrita apenas ao nível conceitual, pois é facultado ao mediador formular uma proposta de solução, caso o acordo não seja obtido, como é obrigado a apresentar uma proposta se assim for requerido expressamente por ambas as partes envolvidas⁴³.

Quanto aos problemas e ressalvas da referida distinção, nos aponta Cosi e Romualdi⁴⁴ que, em respeito ao passado, o procedimento no qual um terceiro, imparcial e independente, ajuda as partes a resolver a controvérsia vem denominado de mediação; enquanto que com o termo conciliação se vai indicar o resultado positivo do processo.

Em sentido contrário da crítica até aqui adotada, há algumas posições favoráveis quanto à distinção conceitual adotada no D. Legs. 28/2010. Pode-se trazer como destacado exemplo as reflexões de Chiarloni⁴⁵, que afirma que a distinção efetuada entre mediação (como atividade de meio) e conciliação (como atividade de resultado), realizada pelo decreto legislativo originário do executivo, teve como intuito eliminar a confusão existente criada pelo legislador.

Em que pese o avanço na tentativa de utilização mais precisa dos conceitos, observa-se que o emprego das expressões mediação e conciliação acabou por ser realizado sem a devida contextualização da prática dos referidos institutos – a exemplo do que diversamente ocorreu no Brasil. Desse modo, não faz muito sentido deixar de lado que a mediação, enquanto procedimento, se nem sempre tem como resultado o consenso, guarda uma grande instrumental tendente efetivamente a persegui-lo. Por outro lado, a conciliação não está limitada ao resultado, mas também constitui uma prática que conduz ao objetivo de buscar um acordo para o conflito.

Em verdade, pode-se inferir que mediação e conciliação, como definidas no D. Legs. 28/2010, são duas faces da mesma moeda, individuando dois momentos diferentes de

⁴³ SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 25.

⁴⁴ COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 153.

⁴⁵ CHIARLONI, Sergio. *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*. 2010. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/articoli/prime-riflessioni-sullo-schema-di-decreto-legislativo-di-attuazione-della-delega-in-materia-di-mediazione-ex-art-60-legge-692009.html>>. Acesso em: 8 fev. 2018.



um idêntico fato que mantém, porém, uma própria unidade⁴⁶. Um exemplo comumente citado é a diferenciação, em âmbito contratual, entre a fase de tratativas (correspondente à mediação) e a conclusão do contrato (referente à conciliação).

Por fim, compete ainda ressaltar que mesmo com a última alteração da redação da definição normativa da mediação promovida pelo D. Legs. n. 69 de 21 de junho de 2013, decorrente da aplicação da Lei n. 98 de 9 de agosto, o quadro acima discutido não sofreu qualquer modificação, pois a referida mudança textual apenas ressaltou que a atividade do mediador no procedimento de mediação comporta, conjuntamente, tanto a assistência às partes na busca por um acordo amigável, como também a formulação de propostas de resolução do conflito, conforme é possível verificar:

1. Para efeitos do presente decreto-lei entende-se:

a) mediação: a atividade, de qualquer modo denominada, exercida por um terceiro imparcial e destinada a auxiliar dois ou mais sujeitos na busca de um acordo amigável para a solução de uma controvérsia, inclusive com a formulação de uma proposta para a solução da mesma.⁴⁷

Assim, do quanto até o presente momento exposto – e mantidas as críticas de caráter técnico e teórico –, é plenamente possível afirmar que a distinção entre a mediação e a conciliação na Itália tem apenas um caráter teórico e classificatório, não se revestindo a referida diferenciação em qualquer efeito de caráter prático ou aplicativo⁴⁸. Não se deve esquecer que as classificações de um modo geral sempre carregam consigo significativo grau de arbitrariedade ao selecionar determinadas características de um grupo de elementos, a fim de organizá-los na realidade. Todavia, uma classificação que não contribui para a melhor compreensão dos fenômenos que visa ordenar carece de finalidade, pois não traz consigo o necessário valor explicativo das diferenciações.

É exatamente aqui que reside o pecado de uma distinção conceitual que não

⁴⁶ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 78.

⁴⁷ 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

⁴⁸ PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 78.



considera a experiência teórico-prática acumulada pelos referidos institutos nos contextos dos quais foram apropriadamente – ou não – importados, o que acaba por gerar incongruências e confusões que pouco contribuem para o desenvolvimento tanto da mediação quanto da conciliação, em especial no que se refere à necessidade de diferenciar a primeira da segunda.

4. AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS DO PERCURSO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL E NA ITÁLIA.

O desiderato de realizar um diálogo sobre o desenvolvimento da mediação no Brasil e na Itália partirá da constatação de algumas semelhanças, para em sequência discorrer sobre as diferenças.

Com efeito, antes de adentrar no diálogo sobre as singularidades da trajetória da mediação no Brasil e na Itália, faz-se necessário apontar uma importante semelhança. Apesar de os dois países serem tradicionalmente identificados como típicos representantes da matriz jurídica do *civil law*, observa-se claramente uma marcante influência da experiência norte-americana, com significativa adoção de elementos caracterizadores da mediação satisfativa, da escola de Harvard.

A referida constatação se revela curiosa, pois a importação do modelo norte-americano de mediação parece ter ocorrido no Brasil e na Itália sem maiores preocupações quanto à grande diferença de seus sistemas de regulação social com aquele em prática nos Estados Unidos. Nesse sentido, um diálogo entre o percurso da mediação no Brasil e na Itália se revela interessante, pois possibilita relacionar as dificuldades encontradas da referida importação.

Feitas essas considerações quanto à origem comum do modelo adotado, passa-se agora a discorrer sobre as diferenças no que se refere às primeiras iniciativas legislativas de regulação da prática da mediação.

No caso italiano, restou claro que o embrião da normatização teve origem na Diretiva 2008/52/CE, que regulamentou a mediação para os conflitos transfronteiriços no âmbito do espaço comum europeu, a qual foi internalizada no ordenamento italiano pela Lei 69/2009, que, por sua vez, delegou ao Poder Executivo a regulamentação da matéria, sendo



essa efetivamente realizada nos termos do D. Legs. 28/2010. Em situação completamente diversa, no Brasil a mediação em âmbito judicial foi regulamentada inicialmente pelo Res. 125/2010 do CNJ, que disciplinou a mediação como política pública nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no Poder Judiciário. Apenas posteriormente a mediação foi objeto de normatização legislativa, com especial destaque para a Lei 13.105/2015, que disciplinou a mediação no interior do processo civil e a Lei 13.140/2015, que legislou sobre a mediação entre particulares e a autocomposição na administração.⁴⁹

Assim, no Brasil, a mediação judicial teve origem em experiências de práticas judiciais que acabaram por se tornar modelo para a elaboração de uma política pública de abrangência nacional para todo o Poder Judiciário. Por sua vez, a Itália acabou por incorporar em seu ordenamento iniciativas de regulamentação da mediação em âmbito comunitário. Em ambos os casos, é possível observar que a regulamentação da mediação teve como centros de impulso instituições diversas dos poderes legislativos nacionais, os quais apenas atuaram posteriormente, todavia sem maiores protagonismos.⁵⁰

Enfrentada a questão da origem, importa destacar as significativas diferenças de ordem conceitual do instituto. Consoante mais acima assinalado, após alguma confusão nas definições legislativas sobre o que seria mediação ou conciliação, a questão tornou-se clara em solo italiano com o D. Legs. 28/2010 – e alterações posteriores –, a definir a mediação como o método consensual pelo qual um terceiro busca aproximar as partes, facilitando o diálogo, para buscar um acordo; enquanto que a conciliação seria a fase na qual se inicia a negociação em torno do acordo propriamente dito. De modo diverso, porém mais claro, a mediação e a conciliação no Brasil são concebidas como práticas distintas, com métodos próprios e papéis diversos a serem desempenhados pelo conciliador e pelo mediador. Nesse sentido, a distinção conceitual entre a mediação no Brasil foi alvo, inclusive, de definição legislativa, nos termos do art. 165, §2º e §3º, do NCPC. Dito isso, pode-se afirmar que a mediação é o método autocompositivo preferencialmente utilizado em situações nas quais

⁴⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; EIDT, Elisa Berton. Em busca de uma regra geral para a realização de autocomposição na administração pública: a insuficiência da Lei nº 13.140/2015. *Revista de Direito Administrativo.*, v.281, p.265 - 289, 2022.

⁵⁰ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Na comunidade e no judiciário: diferenças e similitudes entre a mediação comunitária e a mediação institucional no Brasil. *Revista jurídica (FURB. online).*, v.26, p.1 - 23, 2022.



os envolvidos tenham um vínculo anterior, por meio do qual um terceiro (mediador) busca facilitar o diálogo entre as partes, a fim de que essas possam chegar por si próprias a uma solução consensual; diferentemente da conciliação, que é método recomendado para situações em que as partes não tenham vinculação anterior, por meio do qual busca-se a obtenção de uma solução consensual, sendo permitido ao conciliador formular propostas de acordo não vinculantes para as partes. Desse modo, é possível identificar que enquanto mediação e conciliação na Itália constituem fases de um mesmo procedimento, no Brasil são institutos claramente distintos, com práticas diferenciadas – o que se revela uma melhor técnica legislativa no último caso.

Um ponto determinante para a utilização da mediação é a amplitude da abrangência de seu objeto. A questão que se analisa agora é saber quais conflitos – ou matérias – podem ser solucionados com o emprego da mediação. A origem comunitária da regulamentação da mediação na Itália acabou por delimitar os marcos de abrangência da referida prática, haja vista que o D. Legs. 28/2010 seguiu as recomendações da Diretiva 2008/52/CE. Assim, em solo italiano, sob o regulamento da referida norma, apenas podem ser objeto de mediação conflitos sobre matéria comercial e civil que versem sobre direitos disponíveis. Em sentido diverso, observa-se no Brasil um movimento que tende cada vez mais a ampliar os conflitos que podem ser solucionados por meio da mediação. Dito isso, a norma brasileira que melhor define o atual nível de abrangência da mediação no Brasil é o art. 3º da Lei 13.140/2015 ao afirmar que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. A dimensão da norma apenas deixa de fora os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis que não admitem transação, dos quais se pode citar muito poucos como a vida, a integridade física, dentre outros. O que se observa no caso brasileiro, ao contrário da situação italiana, é que a fronteira do que é passível de mediação está em movimento no sentido de uma franca – e, às vezes, perigosa – expansão. Dentre os perigos que podem ser apontados, cita-se como exemplo a possibilidade de obtenção, por meio de procedimento de mediação, de acordos extrajudiciais em conflitos individuais em matéria trabalhista, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017 (mais conhecida como Reforma Trabalhista), nos quais há clara assimetria de poder entre as partes envolvidas, o que pode levar a soluções significativamente desfavoráveis à parte hipossuficiente. Contudo, importa destacar, que eventuais riscos não afastam a importância



dos avanços promovidos pela legislação brasileira no sentido de garantir maior segurança jurídica à solução de controvérsias por meio da mediação, circunstância que tem contribuído para a adoção de sua prática.

Por fim, um ponto digno de destaque é o avanço no Brasil para a utilização da mediação nos conflitos que envolvem a administração pública, inclusive com possibilidade de criação de câmaras mediação e conciliação por todos os entes federados⁵¹. Tal fato aponta para a tentativa de forte institucionalização da mediação de conflitos no Brasil, não apenas no âmbito judicial, mas em outras esferas de atuação do poder público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando o problema de pesquisa inicialmente apresentado, referente às singularidades do percurso normativo da mediação no Brasil e na Itália. Pode-se chegar preliminarmente a algumas conclusões.

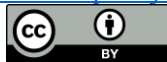
Apesar de Brasil e Itália serem enquadrados tipicamente como pertencentes ao sistema do *civil law*, foi possível verificar que ambos os países foram fortemente influenciados pelo modelo de mediação norte-americana, importando a mediação satisfativa de Harvard oriunda do sistema do *common law*.

Outra característica comum foi o impulso inicial para regulamentação normativa da mediação teve origem externa ao Poder Legislativo nacional. No caso italiano, a Diretiva 2008/52/CE da União Europeia, enquanto que no Brasil foi a Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Foi possível ainda identificar diferenças conceituais marcantes sobre a mediação e a conciliação. No Brasil, os referidos institutos são definidos de forma distinta e com práticas próprias. Por sua vez, na Itália a mediação e a conciliação são fases da mediação em sentido *lato*.

Por fim, pode-se apontar significativas distinções quanto ao objeto da mediação. Na Itália, a mediação é instrumento predominantemente voltado para o tratamento de

⁵¹ SPENGLER, Fabiana Marion; ETGES, Filipe Madsen. Da resolução alternativa de conflitos à solução de disputas online: caminhos para o futuro da administração pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 15. V. 22, p. 216-238, 2021.



conflitos sobre matéria comercial e civil que versem sobre direitos disponíveis. Enquanto no Brasil, observa-se emprego mais amplo, sendo permitida a utilização da mediação até para conflitos sobre direitos indisponíveis que admitem transação.

REFERÊNCIAS

CHIARLONI, Sergio. *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*. 2010. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/articoli/prime-riflessioni-sullo-schema-di-decreto-legislativo-di-attuazione-della-delega-in-materia-di-mediazione-ex-art-60-legge-692009.html>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

COMMISSIONE. *Raccomandazione 2001/310/CE*, del 4 aprile 2001. sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&rid=4>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

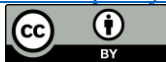
_____. *Raccomandazione 98/257/CE*, del 30 marzo 1998. Riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&rid=6>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Tratado de Roma*. Institui a Comunidade Econômica Europeia. Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. 152 del 13 luglio 1967. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. *La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR*. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012.

DIOZZI, Fabio. *Mediazione e negoziazione assistita: Tecniche di gestione delle controversie*. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

ITALIA. *Decreto Legislativo n. 28 del 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. (10G0050) (GU n. 53 del 5-3-2010). Disponível em: <<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/201436/D.LGS.+n.28-2010>>. Acesso em: 28 abr. 2022.



-
- _____. *Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003*. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8. Disponível em: <
<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03005dl.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- _____. *Decreto Legislativo n. 69 del 21 giugno 2013*. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia». (13A07086) (GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013 - Suppl. Ordinario n. 63). Disponível em: <
<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/08/20/13A07086/sg>>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- _____. *Legge n. 480 del 15 novembre 1995*. Disposizioni urgenti in materia di finanziamento delle camere di commercio. (GU Serie Generale n.269 del 17-11-1995) Disponível em:
<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1995/11/17/095G0525/sg;jsessionid=w7U4dSN5XniSMC5mfEM2GA__ntc-as1-guri2b>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- _____. *Legge n. 69 del 18 giugno 2009*. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&rid=4>>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- _____. *Legge n. 98 del 9 agosto 2013*. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013 - Suppl. Ordinario n. 63). Disponível em: <
<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/08/20/13G00140/sg%20>>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- PARLAMENTO EUROPEO. CONSIGLIO EUROPEU. *Direttiva 2008/52/CE*, del 21 maggio 2008. Relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&rid=1>>. Acesso em: 28 abr. 2022.
- PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. *Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011.
- SANTAGADA, Filomena. *La Mediazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- SPENGLER, Fabiana Marion; EIDT, Elisa Berton. Em busca de uma regra geral para a realização de autocomposição na administração pública: a insuficiência da Lei nº 13.140/2015. *Revista de Direito Administrativo.* , v.281, p.265 - 289, 2022.
- SPENGLER, Fabiana Marion; ETGES, Filipe Madsen. Da resolução alternativa de conflitos à solução de disputas online: caminhos para o futuro da administração



pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 15. V. 22, p. 216-238, 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Na comunidade e no judiciário: diferenças e similitudes entre a mediação comunitária e a mediação institucional no Brasil. *Revista jurídica* (FURB. online). , v.26, p.1 - 23, 2022.