
DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA MEDIÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E DA SUA PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO E ITALIANO

*THE ADVENT OF THE MEDIATION INSTITUTE AS AN
ALTERNATIVE FORM OF CONFLICT RESOLUTION AND ITS
PRESENCE IN BRAZILIAN AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS*

Adriana Brandão Wey

*Procuradora Federal atuante no Subnúcleo de Tribunais do Núcleo de Matéria
Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região – PRF3. Bacharel em
Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do conceito de conflito e de jurisdição; 2 Da crise na prestação jurisdicional; 3 Do conceito de mediação; 4 Da mediação na novo Código de Processo Civil Brasileiro. Lei 13.150/15; 5 Da mediação na Itália; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A crise do Poder Judiciário tem provocado a obstrução das vias de acesso à justiça. Nesse cenário, surgiu a criação de meios de solução de conflitos, substitutivos jurisdicionais, para garantir a igualdade material ao acesso à justiça. Entre os meios de *Alternative Dispute Resolution* – ADL, destacamos a mediação. O Brasil contempla a mediação como meio alternativo de solução de conflitos, em especial, na Resolução nº 125/2010 e Código de Processo Civil (Lei nº 13.140/15). A Itália reconhece a prática mediativa para se obter a conciliação, no âmbito civil e comercial, por força do Decreto Legislativo nº 28/2010 e pelo Código de Processo Civil italiano. A mediação, nos dois países, é reconhecida como meio alternativo e eficaz para solucionar conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Meios Alternativos de Resolução de Conflito. Mediação. Mediação no Brasil e na Itália.

SUMMARY: The crisis of the Judiciary has caused the obstruction of the access roads to justice. In this scenario, the creation of means of conflict resolution, substitutive jurisdictional, appeared to broaden and guarantee material equality to access to justice. Among the Alternative Dispute Resolution - ADL, we highlight mediation. Brazil considers mediation as an alternative means of conflict resolution, in particular, in Resolution 125/2010 and Code of Civil Procedure (Law 13.140 / 15). Italy recognizes the mediation practice in order to obtain conciliation, in the civil and commercial sphere, by virtue of Legislative Decree No 28/2010 and the Italian Code of Civil Procedure. Mediation in both countries is recognized as an effective means of resolving conflicts.

KEYWORDS: Access to Justice. Alternative Means of Conflict Resolution. Mediation. Mediation in Brazil and Italy.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo demonstrar a evolução no surgimento do instituto da mediação, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos - *Alternative Dispute Resolution* – ADL, como instrumento para ampliar e garantir a igualdade material no acesso à justiça.

Esta pesquisa assinala que o referido instituto surge como resposta diante da grave crise que assola o Poder Judiciário, na tentativa de garantir o acesso à Justiça de forma mais eficiente, cumprindo assim o verdadeiro papel da prestação jurisdicional.

Por fim, analisa a figura da mediação no sistema jurídico civil brasileiro e italiano, para, então, atingir as conclusões que ordena o motivo do trabalho.

1 DO CONCEITO DE CONFLITO E DE JURISDIÇÃO

A palavra “conflito” deriva do latim *conflictus* e significa choque, embate, combate. O conflito é uma contingência da condição humana, uma vez que faz parte de sua psicologia buscar permanentemente satisfazer as suas motivações e, como o homem é um ser social, no seu convívio em sociedade, com outros homens que certamente também buscam satisfazer suas motivações, surgem inevitavelmente conflitos de expectativas, valores ou de interesses comuns. Assim, todo relacionamento humano carrega consigo, implicitamente, a possibilidade de existência de um conflito.

Existem numerosos autores de diferentes áreas que oferecem muitos conceitos relativos ao conflito; todos apresentam enfoques distintos originários de determinadas crenças e valores. De forma mais simples pode-se defini-lo como um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas. O choque de posições citado é fruto da conscientização de que a situação vivenciada pela pessoa a deixa desconfortável e a faz solicitar a outra a possibilidade de mudança. Mudança é toda e qualquer modificação da realidade vivenciada naquele momento. Não há conflito sem mudança. A mudança, ou a perspectiva dela, conduz ao conflito, ainda que nem toda mudança ocasione um conflito. (SAMPALIO, 2017, p. 30)

Instaurado o conflito, o Direito surge como a solução imediata de prevenção ou solução do mesmo, com a finalidade de manutenção da estabilidade social, dentro dos parâmetros ditados pelos próprios membros da sociedade.

Excetuando-se raríssimos casos admitidos na legislação nacional de autotutela, como por exemplo, na legítima defesa da propriedade, regulado

pelo § 1º do artigo 1210 do Código Civil Brasileiro ¹, o Estado trouxe para si, com o intuito de busca da paz social, o poder-dever de entregar a tutela jurisdicional à sociedade, materializada através da sentença judicial, em substituição à vontade das partes. É a chamada jurisdição.

Jurisdição é o poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito. Sendo manifestação do *imperium* inerente ao Estado, que se funda diretamente na soberania, outro atributo estatal, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente a resistências descabidas de seu exercício regular. (DELGADO, 2002, p. 665).

A principal função da prestação jurisdicional é a busca da paz social e a estabilidade das relações sociais, através de um processo judicial justo e tempestivo, em atendimento ao princípio constitucional da efetividade e em última instância, em obediência ao direito fundamental do cidadão de acesso à justiça, de acordo com art. 5º, XXXV e LXXVIII², ambos da CF.

A essa altura, nos cabe analisar, ainda que brevemente, a atual crise na prestação jurisdicional.

2 DA CRISE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A prestação jurisdicional brasileira está enfrentando uma intensa crise de efetividade, pois de uma lado, há a pressão da sociedade que clama por uma celeridade processual para que a prestação seja efetiva e de outro lado, uma sobrecarga excessiva de processos, o que acaba provocando uma crise de desempenho e a conseqüente perda de credibilidade do Poder Judiciário.

De acordo com o Prof. Araken de Assis, são três as causas da ineficiência da prestação jurisdicional. Vejamos as suas palavras:

-
- 1 Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
§ 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se *por sua própria força*, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (grifo nosso)
 - 2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em primeiro lugar, os órgãos judiciários se encontram desparelhados para cumprir sua missão. É o que se pode chamar *crise da oferta*. Ademais, à estrutura já precária, dentro da concepção tradicional, aporta número excessivo de conflitos, que se caracterizam pela natureza inteiramente nova. Eles discrepam do gabarito anterior em decorrência do direito ou do interesse posto em causa, das pessoas que tomaram a iniciativa processual, antes desprovidas de efetivo acesso à Justiça e da aplicação, nos últimos anos, de planos financeiros conjunturais. É o que se designará *crise da demanda*. E, por fim, os operadores da cena judiciária, onde o juiz desempenha o papel central, se revelam, com alarmante frequência, alheados da realidade contemporânea, seja nos seus melindrosos aspectos sociais, seja na recepção das próprias modificações legislativas. [...] Trata-se, então, *da crise ideológica*.³

Ou seja, podemos resumir as causas da ineficiência da prestação jurisdicional, na falta de material tecnológico do Judiciário, fruto de uma escolha política governamental de utilização de dinheiro público; na existência de uma legislação processual que prestigia um enorme número de recursos, em que se pese a reforma do Código de Processo Civil de 2015, que reduziu esse contingente, como por exemplo, a extinção dos embargos infringentes, e uma formação cultural consubstanciada em um grande apelo aos conflitos judiciais e à busca da sensação de segurança jurídica embutida na decisão judicial.

O aspecto cultural da busca de uma solução jurídica como forma de resolução dos conflitos traz como consequência o aumento cada vez maior de demandas sob a égide do Poder Judiciário, gerando um congestionamento da máquina judiciária e em última análise, de todas as instâncias, desde as ordinárias, como também os Tribunais Superiores e até o Supremo Tribunal Federal, sem contar ainda, que, alcançada a almejada sentença de conhecimento transitada em julgado, dá-se início à famigerada fase de execução, também conhecida pela sua morosidade processual.

Nesse cenário de ineficácia na prestação jurisdicional, em razão dos motivos explanados acima, surge a ideia da utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, como forma colaborativa à função estatal do Poder Judiciário, o que propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos e, com o tempo, uma mudança na mentalidade dos litigantes, no que diz respeito ao apego exagerado à busca de uma sentença.

Assim, nesse contexto, surge o fenômeno da mediação como umas das formas alternativas de resolução de conflitos.

3 ASSIS, Araken de. Direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, n. 43, p. 9-25, jun. 1994.

3 DO CONCEITO DE MEDIAÇÃO

O termo “mediação” deriva do latim “medius, médium” que, na língua portuguesa, significa meio. Existem muitas definições encontradas na literatura jurídica nacional e internacional. A título exemplificativo, Bernardo Simonetti, estudioso do tema no direito italiano descreve o termo mediação como “*procedura, in apparenza informale, nella quale due più parti com l’aiuto di un terzo neutrale (mediatore) cercano una soluzione del conflitto, che possa essere soddisfacente per tutte le parti.*”⁴ (SIMONETTI, 2016, p.16)

Carlos Eduardo de Vasconcelos, na sua obra Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas, assim define tal instituto:

Mediação é método diagonal de solução ou transformação de conflitos interpessoais que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. (VASCONCELOS, 2017, p. 60)

Pois bem: a mediação é um dos métodos existentes nos chamados Métodos de Resolução Adequada de Disputas (RAD) ou Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos. Esses métodos são considerados alternativos por se constituírem em opções ao sistema tradicional de justiça. A mediação surgiu de uma tendência liberal em todo o mundo, diante das dificuldades apresentadas pela solução judicial, especialmente a morosidade, incapaz de alcançar uma resolução de conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente.

Apenas a título informativo, nos chamados métodos de Resolução Adequada de Disputas (RAD) ou Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos existem outras espécies de busca de composição amigável, além da mediação, quais sejam, conciliação, negociação, arbitragem, *dispute boards*, *mini trials*, *med-Arb*. Esse trabalho, concentrar-se-á na figura da mediação.

Há várias escolas de mediação, como a chamada escola de mediação facilitativa (ou tradicional de Harvard), a escola de mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa e a mediação circular-normativa (ou narrativa). Esses modelos não são estanques, pois dependendo das circunstâncias

⁴ Em tradução livre: “um procedimento, aparentemente informal, em que duas ou mais partes com a ajuda de um terceiro neutro (mediador) procuram uma solução para o conflito, que possa ser satisfatório para todas as partes”

e da natureza dos conflitos e da vontade dos mediados, a escolha da escola a ser adotada por ser alterada durante a condução do processo de mediação.

Em resumo, a mediação é um método de resolução de conflitos, em que um terceiro independente e imparcial, denominado mediador, coordena encontros com as partes conflitantes, para que as próprias partes possam analisar qual seria a melhor opção de solução em face do conflito já existente.

O mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo, indicada para as hipóteses em que se deseja preservar ou restaurar vínculos.

Acrescente-se, por fim, que o mediador tem a autoridade apenas de condução do processo e não da decisão do processo que cabe apenas aos próprios mediados.

4 DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. LEI 13.150/15

O instituto da mediação encontra-se normatizado no ordenamento jurídico pátrio na Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, na Lei nº 13.150/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil e na Lei nº 13.140/15, a chamada lei da mediação. Esse conjunto legislativo contempla os meios alternativos adequados à solução de conflitos, no âmbito judicial e extrajudicial.

Observe-se que esse artigo restringir-se-á à análise do instituto da mediação normatizado no Novo Código de Processo Civil, não obstante existam outros meios alternativos de solução de conflitos também contemplados pela legislação nacional, como o da conciliação e não obstante, existam outras normas jurídicas, tais como a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei nº 13.140/15, a chamada lei da mediação.

Pois bem: no novo Código de Processo Civil é possível identificar claramente a preocupação do legislador brasileiro em contemplar meios de alternativos de solução de conflitos. Logo no início, ao tratar do Princípio da Inafastabilidade, traz o novo CPC a ideia de que é dever do Estado tentar promover a solução consensual, devendo os métodos alternativos de solução de conflitos serem estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do *Parquet*⁵.

5 Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensuais de conflito deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Para esse mesmo entendimento conduz o disposto no artigo 165 do citado Código:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Imprescindível se ressaltar a importância de harmonização entre a utilização da mediação como forma alternativa de solução de litígios com as garantias processuais, sob pena de se correr o risco de alcançar a pacificação social com sacrifício de dispositivos de natureza eminentemente indisponíveis. Essa é exatamente a inteligência do texto do artigo 166 do Código de Processo Civil⁶.

Um dos artigos mais significativos nessa seara é o artigo 334 do Código Processual⁷ que prevê a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação ou de mediação, onde o réu não será citado para se defender e sim para participar de uma audiência de mediação, demonstrando a escolha legislativa de indução à resolução alternativa do conflito.

Nesse artigo percebe-se claramente a intenção pragmática do legislador em diminuir a sobrecarga judicial, utilizando-se de seu poder oficial, na tentativa de redução/solução de demandas, na medida que obriga a tentativa de mediação.

Por fim, cumpre salientar que a preocupação do Novo Código de Processo Civil é com a mediação judicial. O texto não veda a mediação prévia ou a extrajudicial, apenas opta por não a regular, deixando claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais.

5 DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA

A Itália, apresentando problemas semelhantes aos do Brasil, no sentido de enfrentamento de crise de efetividade do Poder Judiciário, motivada pelo intuito de redução de contencioso judicial, e ainda, seguindo uma tendência dos países anglo-saxões, onde se inseriu as formas alternativas

6 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

7 Art. 334 Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

de resolução de conflitos , introduziu em seu ordenamento jurídico uma série de normas que regulamentaram a utilização dessas novas técnicas.

A mediação judicial já estava prevista no Código de Processo Civil de 1886 italiano e foi mantida pelo atual código, de 1940, que estipula a tentativa de mediação no curso do processo.

Colocando em prática as decisões da União Europeia que incentivam o uso e a divulgação desses novos métodos, a Itália, por força da Diretiva 2008/52/CE (emitida pela Comissão do Parlamento Europeu), editou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, dentre outras disposições em matéria de desenvolvimento econômico e disposições no Código de Processo Civil, versou a respeito da mediação em seu artigo 60. Exercendo a delegação outorgada pela lei, o Governo, em 04 de março de 2010, editou o Decreto Legislativo nº 28, a fim de regular a mediação em matéria civil e comercial relativas a direitos disponíveis.⁸

O legislador contemplou o instituto da mediação⁹ como meio de solução de conflitos , no âmbito judicial e extrajudicial, com a participação do mediador, cujo resultado é a conciliação¹⁰, ou seja, o acordo amigável que soluciona um conflito, o que revela forte influência com a proposta da escola de Harvard.

Ocorre , porém, que o instituto sofreu grande impacto quando a Corte *Costituzionale* italiana declarou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 28, de 4 de março de 2010, por excesso de delega legislativa, ou seja, entendeu-se que Decreto excedeu a esfera de sua competência quando estabeleceu a obrigatoriedade da mediação. A Corte entendeu que a finalidade do legislador era incentivar medidas alternativas para resolução de conflitos, com o objetivo de reduzir o contencioso judicial, e nesse contexto, era descabida a obrigatoriedade da mediação, devendo ser aceita apenas se fosse facultativa.

Diante dessa decisão, houve uma diminuição de casos de mediação no primeiro semestre de 2013, em razão de um clima de incerteza e insegurança em torno da credibilidade do instituto. Porém, em agosto de 2013 foram aprovadas novas modificações no Decreto Legislativo n. 28 de 2010 que restabeleceram a obrigatoriedade da tentativa de mediação, que a partir de 20 de setembro de 2013 voltou a ser aplicada.

Com a adoção da mediação no sistema jurídico italiano, o legislador objetiva incentivar a mediação, como forma alternativa de resolução de

8 Artigo 2º, Decreto Legislativo nº 28/2010.

9 Artigo 1º, Decreto Legislativo nº 28/2010.

10 O acordo constitui título executivo para fins de execução forçada e inscrição em hipoteca judicial (artigo 12, Decreto nº 28/2010).

conflito e reduzir a sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário, garantindo assim a efetividade na prestação jurisdicional.

6 CONCLUSÃO

Tanto no Brasil como na Itália existe a cultura de que o único caminho pela busca da solução da lide é através do Poder Judiciário. Ocorre que tal fato leva o sistema judicial pátrio ao exaurimento, incapaz de atender a todos os direitos, interesses e necessidades dos cidadãos.

Nesse ambiente de crise do poder Estatal e da consequente ineficácia da prestação jurisdicional, surge a necessidade de utilização de novos instrumentos para resolução de conflitos, os chamados meios alternativos de resolução de conflitos - *Alternative Dispute Resolution* – ADL, na tentativa de garantir uma ordem jurídica justa e de construir uma cultura de pacificação social.

A mediação, enquanto uma das espécies dos meios alternativos de resolução de conflitos, é reconhecida pela legislação brasileira e italiana, no âmbito judicial e extrajudicial, quando a questão litigiosa versar sobre direitos disponíveis.

Em que se pese a resistência em superar o paradigma cultural da busca da justiça através do pronunciamento judicial, não se pode deixar de reconhecer que a mediação representa uma revolução nos hábitos da cultura jurídica e deve ser reconhecida como mais uma forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

O desafio a partir de agora, não é mais o de inserir a mediação no ordenamento brasileiro e italiano, mas sim de zelar para que todas as garantias constitucionais no procedimento sejam cumpridas, proporcionando aos litigantes a possibilidade de construção de uma solução que atenda aos seus interesses, aumentando a sensação de justiça e, por consequência, as chances de cumprimento espontâneo das obrigações.

REFERÊNCIAS

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos?* Brasiliense (Edição Digital), 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*; São Paulo, v. 66, n. 6, p. 665, jun. 2002.

SIMONETTI, Bernardo. *Mediazione Civile e Commerciale*. Seconda Edizione, Dei Giuridica. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 5. ed. Método, 2017.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p.141-158, abr./jun. 2003.

PISANI, Andrea Proto. Appunti su mediazione e conciliazione. *Revista de Processo*, ano 35, n. 187, set. 2010.

