

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS II**

JOÃO MARTINS BERTASO

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Martins Bertaso; Sílzia Alves Carvalho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-825-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Os integrantes do Grupo de Trabalho que apresentaram suas pesquisas a respeito das formas consensuais de resolução de conflitos abordaram diferentes aspectos da política judiciária de resolução de conflitos por meio da consensualidade. Também houve diversidade com relação às características dos conflitos e aos diferentes métodos para obter a sua resolução.

As apresentações ocorreram em blocos de 5 artigos, com um intervalo para as discussões entre os integrantes do GT. Assim, no primeiro bloco houve a abordagem quanto a aplicação dos métodos autocompositivos pelos Tribunais de Contas, tendo sido defendida uma posição mais dialógica nesses órgãos como o meio para a prevenção de conflitos. Quanto a administração pública foi apresentada uma análise sobre a importância da inserção da cláusula dispute board nos contratos administrativos como uma possibilidade de se evitar a suspensão de obras e desperdício de recursos públicos. Nesse sentido, a consensualidade poderá prevenir prejuízos de diferentes ordens à administração pública.

Os demais trabalhos apresentados no primeiro bloco trataram sobre a mediação familiar sistêmica, como um método de inclusão de entes familiares diante da necessidade de pertencimento. Houve discussões a respeito da necessidade da escuta ativa para o desenvolvimento de um processo dialógico para se alcançar a paz social, neste trabalho o referencial teórico de Jürgen Habermas a respeito da transformação do conflito pelo diálogo e a afirmação da democracia.

Neste primeiro bloco também foi apresentado o trabalho a respeito da gestão extrajudicial de conflitos na regularização imobiliária, dessa forma foram objeto de discussão a Lei 14.382/22 e o provimento 150 do CNJ.

Considerando as formas de mediação transformativas, o prof. João Martins Bertaso iniciou os debates do 1º bloco fazendo alguns questionamentos a respeito de o Direito, e de suas possíveis vincularidades com outras ciências, no caso, à psicologia. Questionou aos apresentadores: qual o objeto da ciência jurídica? Norma jurídica. Qual o substrato das normas jurídicas? Comportamentos humanos. Seguiu considerando que os riscos que o Estado assume ao se apropriar dos métodos consensuais de resolução de conflitos, pode agravar o problema da morosidade das decisões judiciais. Destacou que uma sociedade

democrática deve propugnar pela autonomia de sua sociedade civil, a fim de que possa solucionar seus conflitos. Já que sem essa formação, o diálogo é que viabiliza a solução dos conflitos, sobretudo, dos conflitos que envolvem as emoções. Destacou os trabalhos de Warat, como exemplo.

O prof. Alexandre Naoki Nishioka iniciou o segundo bloco com o trabalho a respeito das medidas de redução do contencioso tributário, focando na audiência de conciliação e mediação no processo tributário. Assim questionou: o que nos levaria a participar de uma sessão de conciliação em um ambiente regido pela legalidade? Seria possível criar um interesse financeiro para estimular a conciliação tributária? Destacou que em média o processo tributário demora 19 anos, e que de três em três anos tem o perdão dos juros e multas. Estas seriam justificativas para a falta de incentivos considerando o sistema de execução fiscal e o sistema financeiro.

Discutiu-se a gestão extrajudicial de conflitos na regularização imobiliária considerando a bivalência entre a ata notarial de adjudicação compulsória e de usucapião, tais questões foram abordadas à luz da Lei 14.382/22 e do provimento 150 do CNJ.

Seguiu-se a apresentação de trabalhos a respeito de temas da adoção das práticas restaurativas nos casos de atos infracionais envolvendo a aplicação do SINASE, portanto referente a crianças e adolescentes, sendo questionada a adequação do método consensual. A advocacia colaborativa foi defendida sendo identificadas as vantagens das práticas colaborativas em relação a advocacia tradicional de viés adversarial, pois, as condições para a resolução dos conflitos são definidas pelas partes, devidamente orientadas por equipes multidisciplinares que atuam colaborativamente. Neste sentido discutiu-se a aplicação do método da *negoziazione assistita*. Assim discutiu-se o projeto de Lei 3.813/2020 que cria um método análogo no Brasil, denominado negociação assistida.

A aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos nas relações de consumo foi tratada sob a perspectiva da redução da judicialização de ações por meio de um estudo de caso da indústria moveleira da serra gaúcha. Tal estudo confirmou a adequação da consensualidade para o tratamento dos conflitos consumeristas naqueles casos.

Foram suscitadas algumas questões a respeito das formas consensuais de resolução de conflitos durante os debates, os quais se iniciaram com as observações da profa. Sílzia, que destacou os seguintes problemas relacionados às assincronias entre as partes em conflito, a

adoção de linguagem inapropriada para abordagem dos conflitos. Mencionou-se o reconhecimento da existência de um paradoxo da atuação do Estado na execução fiscal, considerando a sua função de promotor do desenvolvimento social e econômico.

Foi possível concluir esta etapa reconhecendo que não será possível pensar em extinguir os conflitos, porque estes são inerentes às relações humanas, mas tratar as controvérsias adequadamente considerando os casos que levam a danos individuais ou sociais é fundamental.

Desse modo, o prof. João Martins Bertaso destacou que a realização da cidadania, como um meio para impor ao Estado os interesses da sociedade autônoma e baseada no pensamento republicano, democrático e constitucional, ou seja, é necessário viabilizar o empoderamento da sociedade civil.

A adoção da consensualidade nos conflitos familiares especialmente nos casos de divórcios foi objeto de tratamento para afirmar a sua adequação para a pacificação das relações entre as partes envolvidas e protegendo-se os filhos. Discutiui-se a respeito de uma fase de preparação para a sessão de mediação a fim de demonstrar a eficiência ao se estabelecer as condições para o procedimento de mediação, tais como a escuta ativa, assim entendeu-se que a pré-mediação é fundamental para o sucesso da mediação.

A teoria do reconhecimento foi apresentada como suporte para o uso dos métodos autocompositivos, tendo em vista a insuficiência do processo judicial quanto ao tratamento dos conflitos sob o ponto de vista das partes envolvidas.

Ao final foi possível elaborar alguns consensos, destacando-se a importância da preparação dos conciliadores e mediares a fim de adotarem a linguagem adequada para a abordagem dos conflitos entre as partes. Nesse contexto o ambiente geral foi reconhecido como aspecto relevante para que as formas consensuais de resolução de conflitos alcancem seus objetivos relacionados à redução da litigiosidade e desenvolvimento de uma sociedade civil mais dialógica e empoderada em face do Estado.

26 de outubro de 2023.

Prof. Dr. João Martins Bertaso - PPGDireito URI

Profa. Dra. Sílvia Alves Carvalho - UFG

**A "NEGOZIAZIONE ASSISTITA" NA ITÁLIA E A OBRIGATORIEDADE DA
SESSÃO EXTRAJUDICIAL DE AUTOCOMPOSIÇÃO PRÉVIA NO BRASIL
(BREVE ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 3.813/2020)**

**THE "NEGOZIAZIONE ASSISTITA" IN ITALY AND THE MANDATORY EXTRA-
JUDICIAL SESSION OF PRIOR SELF-COMPOSITION IN BRAZIL (BRIEF
ANALYSIS OF PROJECT LAW 3.813/2020)**

Renata Christiana Vieira Maia ¹

Resumo

Na Itália desde 2010 há previsão de condição de prejudicialidade para a admissibilidade da ação judicial devendo as partes, em litígio, procurarem resolver o seu conflito por meio da mediação obrigatória ou a negociação assistida. No Brasil, ao contrário, não há ainda qualquer previsão legislativa criando uma condição prévia para o ajuizamento da ação judicial. No entanto, existe um Projeto de Lei n. 3.813/20 em tramitação perante a Câmara dos Deputados criando uma etapa pré-processual prévia e obrigatória muito similar a negociação assistida na Itália. Pretendeu-se com o presente artigo fazer uma análise comparativa entre os dois países para verificar a viabilidade de, assim como ocorre na Itália, ter no Brasil uma condição de prejudicialidade da ação caso a parte não resolva o seu conflito de forma prévia, sem o qual não estará preenchido o interesse de agir em juízo. Chegou-se à conclusão de que embora o projeto de lei mereça uma debate mais aprofundado que é ele constitucional sobretudo quando atualmente não se pode pensar no "acesso à justiça" apenas como acesso à jurisdição e que hoje é sim possível falar numa etapa prévia, pré-processual, no Brasil visando a auto-composição obrigatória por meio do uso de todos os métodos disponíveis e de livre escolha da parte para a resolução do seu conflito.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Obrigatoriedade, Interesse de agir, Métodos autônomos de resolução de conflitos

Abstract/Resumen/Résumé

In Italy, since 2010, a prejudicial condition has been established for the admissibility of a judicial claim, according to which the parties in the dispute must try to resolve their conflict through compulsory mediation or assisted negotiation. In Brazil, on the contrary, there is still no legislative provision that requires a precondition for the initiation of the application. However, there is a project law 3.813/20 pending before the Chamber of Deputies which establishes a preventive and mandatory pre-procedural phase very similar to assisted negotiation in Italy. The purpose of this article is to carry out a comparative analysis between the two countries to verify the feasibility, as in Italy, of having in Brazil a prejudicial condition of the action if the party does not resolve its conflict in advance, without which the

¹ Professora de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais . Professora Visitante na Università degli Studi di Firenze-. Doutora e Mestre em Direito.

interest in taking action in court will not be satisfied. The conclusion was reached that, although the bill deserves a more in-depth debate, it is constitutional, especially when currently one cannot think of "access to justice" only as access to jurisdiction and that today it is actually possible to speak of a previous phase, pre-trial, in Brazil aiming at the compulsory self-composition through the use of all available methods and the free choice of the party for the resolution of his conflict.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Alternative dispute resolution, Mandatory, Interest of acting

1. INTRODUÇÃO

A Itália, assim como o Brasil, vive uma crise na justiça civil devida sobretudo ao excesso de litigiosidade¹, o que acaba sobrecarregando o sistema de justiça civil que ocasiona uma demora excessiva na prestação jurisdicional. E a Itália, como alternativa para enfrentar esta crise, instituiu a mediação obrigatória e a negociação assistida com o nítido objetivo de diminuir o acervo dos processos e com isto diminuir o trabalho dos juízes garantindo uma razoável duração dos processos.

A alternativa encontrada de buscar a resolução prévia pela via consensual antes do processo judicial embora muito criticada por não ter atingido os escopos de deflacionar o acesso ao Judiciário teve o condão, no entanto, de fazer conhecer os métodos autocompositivos estimulando o seu uso mesmo quando estes não são exigidos de forma obrigatória.

E considerando que o Brasil vive uma crise semelhante de excesso de acesso², com demora irrazoável do processo, é que se pretende analisar com o presente artigo se o caminho proposto na Itália seria uma boa alternativa para ser também tentada no Brasil, assim como encontra-se proposto no Projeto de Lei 3.813/2020 da Câmara de Deputados, não só como meio para permitir o conhecimento de outros métodos, como também o de diminuir o excessivo acesso ao judiciário por causas que podem ser resolvidas pelos próprios interessados.

2. ANÁLISE COMPARATIVA - BRASIL X ITÁLIA

2.1 Dados estatísticos – Sistema de Justiça

Antes, no entanto, de adentrarmos no tema proposto faz necessário analisar comparativamente os dados estatísticos entre os dois países. E, embora os números, a princípio possam demonstrar que estamos falando de sistemas diferentes, na verdade estamos lidando com mesmos problemas estruturais e que abalam o sistema Judiciário como um todo, quando se fala na qualidade e tempo da prestação do serviço judicial.

¹ CHIARLONI, 2014

² Vide <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/>> acesso em 15.08.2023

Embora a Itália tenha uma população de 59³ milhões de habitantes e o Brasil tem cerca de 203⁴ milhões, o Brasil tem 8,5 magistrados⁵ por 100 mil habitantes enquanto a Itália tem 12 magistrados⁶ por 100 mil habitantes. Quando se compara o número de advogados, percebe-se que se o Brasil tem o maior índice de advogados do mundo, cerca de 1,3 milhões de advogados⁷, ou seja, 1 advogado para cada 164 habitantes, enquanto a Itália, que é conhecida como o 1º país no ranking europeu⁸ que mais tem advogados per capita, o número é de 245.478⁹ advogados o que dá 4 advogados por 1.000 habitantes. Número de advogados que é bastante criticado pela comunidade europeia por ser um tanto quanto excessivo, e que pode ser uma das causas do excesso de acesso¹⁰.

E a diferença também se sente nos números dos procedimentos enquanto o excesso de acesso na Itália é visto sob a ótica dos processos pendentes de julgamento na casa dos 4,6¹¹ milhões, aqui no Brasil sob a mesma ótica no Brasil há 80,2¹² milhões de processo pendentes de julgamento. Mas no Brasil, embora existam menos juízes por habitantes e mais processos, o tempo médio de julgamento e, portanto, de duração destes é, em média, 4 anos e sete¹³ meses enquanto na Itália o tempo médio é de 8 anos.

³ Conforme dados fornecidos pela ISTAT – *Istituto Nazionale Statistica* disponível no sítio <<<https://noi-italia.istat.it/pagina.php?L=0&categoria=3&dove=ITALIA>>> acesso em 09.08.2023

⁴ Conforme dados da Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE <<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37237-de-2010-a-2022-populacao-brasileira-cresce-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes>>> acesso em 09.08.2023

⁵ Dado fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Relatório Justiça em Números de 2022, p. 94 que pode ser conferido no site: <<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>> acesso em 09.08.2023

⁶ Conforme dados obtidos no site <<<https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/07/08/in-italia-pochi-magistrati-oggi-lallarme-dellue-ma-la-commissione-cartabia-ha-abbandonato-la-proposta-che-avrebbe-aumentato-i-giudici-in-appello/6255035/>>> acesso em 09.08.2023

⁷ Dados da própria Ordem dos Advogados do Brasil – vide <<<https://www.oab.org.br/noticia/59992/brasil-tem-1-advogado-a-cada-164-habitantes-cfoab-se-preocupa-com-qualidade-dos-cursos-juridicos>>> acesso em 09.08.2023

⁸ Vide <<<https://www.24orenews.it/home/economiafinanza/108118-numero-di-avvocati-italia-al-1-posto-sul-podio-ue>>> acesso em 09.08.2023

⁹ Conforme dado da AFITA – *Associazione Formazione Innovativa e Tutele per l'Avvocatura*, conforme <<<https://www.afita.it/2021/03/31/quant-avvocati-ci-sono-in-italia-infografica-2021/>>> acesso em 09.08.2023

¹⁰ GUIDA, 2022, p. 45

¹¹ Fonte do Ministero della Giustizia Italiana, conforme <<https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/monitoraggi_giustizia_civile_e_penale>> acesso em 09.08.2023

¹² Dado do Conselho Nacional de Justiça - <<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>> acesso em 09.08.2023

¹³ Conforme dado do Ministero della Giustizia Italiana <<https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/monitoraggi_giustizia_civile_e_penale>> acesso em 13.08.2023

O que demonstra que o Brasil, nos últimos anos, com a implantação de técnicas¹⁴ como, por exemplo, a antecipação de tutela da evidência (art.311, II, do CPC/15) e rejeição liminar do pedido (ar. 332 do CPC/15) em que o juiz amparado no precedente vinculante (art. 927,CPC/15) pode já antecipar os efeitos da tutela final ou rejeitar, de imediato, o pedido, permitiram reduzir o tempo de duração do processo, mas o que ainda não é o suficiente.

Mas considerando que o conflito reflete para além das questões de direito e se resvalam para as relações sociais é que o presente estudo, procurará analisar se em determinados casos não seria melhor usar a técnica da mediação ou uma conciliação prévia ao processo, assim como ocorreu na Itália, como forma de estimular, incentivar e disseminar uma cultura que promove a emancipação de seus cidadãos, ao possibilitar que estes procurem a resolução dos seus conflitos por outros meios que não só o Judiciário.

2.2 Dos métodos autônomos de resolução de conflitos na Itália

Os métodos conhecidos como *Alternative Dispute Resolution* – ADR surgem como movimento de força propulsiva dos Estados Unidos a partir da década de 70 e encontrou razoável suporte pelas instituições da União Europeia a partir do início dos anos 2000 que, inicialmente, passa a incentivar que seus Estados membros utilizassem a mediação como método para a resolução nos conflitos nos conflitos transfronteiriços e de consumo o que se dá por meio da Diretiva 2008/52/CE¹⁵. E com base nesta Diretiva, a Itália, através do Decreto-Lei n. 28 de 04 de março de 2010, fez a opção por eleger a mediação obrigatória como um instrumento de deflação, visando diminuir os processos da justiça estatal¹⁶ e, conseqüentemente reduzir o trabalho dos juízes¹⁷ e também ofertar um serviço jurisdicional mais eficiente¹⁸.

Essa opção embora tenha escancarado um problema na gestão da crise de justiça¹⁹ promoveu uma justiça coexistencial²⁰, e retirou algumas demandas da apreciação

¹⁴ Referimo-nos não apenas aos meios de desjudicialização do processo, como o divorcio e o inventario administrativo, mas as técnicas de julgamento antecipado e rejeição liminar do pedido em caso de precedentes vinculantes. Técnicas estas implementadas com o CPC de 2015.

¹⁵ Disponível no site: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052>

¹⁶ CAPONI, 2022e, p. 1.101

¹⁷ CAPONI, 2022e, p. 1.101

¹⁸ BESSO, 2010, p. 248

¹⁹ CAPONI, 2022a, p. 1061 e 1.062

²⁰ A justiça “conciliatória (ou coexistencial), é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’, são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. [...] Na qual a justiça reparadora tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela.” (CAPPELLETTI, 1994, p. 126)

imediate pelo judiciário. E com isto, na Itália, a tentativa da mediação prévia, pré-processual, *ante-causam* passou a ser condição de prejudicialidade da ação judicial.

Essa obrigatoriedade embora bastante questionada^{21,22,23} acabou, no entanto, por ser uma boa opção²⁴ ao permitir que as partes passassem a conhecer os métodos autônomos de resolução de conflitos²⁵, como ainda o de gerir a ausência de recursos humanos e materiais para administrar suficientemente todos os conflitos que chegam ao judiciário italiano.

O lema italiano quanto a mediação obrigatória ou a negociação assistida é: conhecer os métodos para depois mediar. Só participa da mediação, só negocia quem quer, mas primeiro elas devem conhecer o procedimento e suas inúmeras vantagens. E a partir do momento que os advogados e os envolvidos no conflito passaram a conhecer, ainda que por força da obrigatoriedade, foi perceptível como os métodos autocompositivos passaram a ser uma opção viável na resolução dos conflitos.

Os dados estatísticos demonstram e comprovam isto, a taxa de sucesso da autocomposição passou de 45,9% em 2021²⁶ para 49% em 2022²⁷ quando as partes optam por continuarem no procedimento da mediação mesmo depois do primeiro encontro. E neste mesmo relatório é possível verificar que tem crescido o percentual de acordo na mediação voluntária, cujo índice chega a 55%²⁸. Por estes dados, percebe-se que não só a mediação obrigatória como a voluntária, depois de mais de 10 anos de sua introdução no ordenamento italiano, vem atingindo patamares significativos na resolução dos conflitos.

2.2.1 Os procedimentos adotados na Itália

São cinco os tipos de procedimento de resolução consensual adotados na Itália, a saber: a) mediação consensual - facultativa; b) mediação obrigatória; c) mediação por

²¹ CAPONI, 2022e, p. 1.101

²² Assim também o reconhece Girolamo Monteleone, que vai além dizendo que apenas a execução deve ser forçada. Porquanto a exigir essa obrigatoriedade da mediação, seria o mesmo que degenerá-la numa vã formalidade. (MONTELEONE, 2010)

²³ CAPONI, 2022f, p. 1.119

²⁴ LUCARELLI, 2021, p. 27

²⁵ Mas desde que, como propugna Remo Caponi, não acompanhada do pagamento de custas. (CAPONI, 2022f, p. 1.124).

²⁶ [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(primo%20trimestre\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(primo%20trimestre).pdf)

²⁷ [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(Primi%20tre%20trimestri\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(Primi%20tre%20trimestri).pdf) (p. 13)

²⁸ [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(Primi%20tre%20trimestri\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(Primi%20tre%20trimestri).pdf) (p. 13)

ordem do juiz (*mediazione demandata*) e d) a mediação contratual e, ao lado delas, ainda existe uma previsão de uma conciliação obrigatória que conhecida como e) negociação assistida. A mediação obrigatória e a negociação assistida devem ser buscadas antes do processo, pois são consideradas como condição de procedibilidade ou admissibilidade da demanda judicial (“*procedibilità della domanda*”), já a mediação determinada pelo juiz é uma condição que surge depois do processo e surge por ordem do juiz.

A mediação facultativa (artigo 2º do Decreto-Lei 28/2010) é aquela escolhida livremente pelas partes, não atraindo a prejudicialidade de admissibilidade da demanda judicial. E ela pode ser livremente escolhida pelas partes, mas desde que envolva um direito disponível civil ou empresarial entre partes maiores e capazes.

A mediação obrigatória (artigo 5º²⁹ do Decreto-Lei 28/2010), ao contrario desta primeira, é aquela em que as partes envolvidas no conflito são obrigadas a, antes de demandarem em juízo, procurarem a sua resolução por meio da mediação, uma vez que esta tentativa inicial é uma condição para demandar em juízo e a sua ausência implica na inadmissibilidade da demanda. Mas esta exigência ocorre apenas quando se trate de conflitos se refiram a direitos condominiais, reais, divisão, sucessão hereditária, de família, locação, comodato, ressarcimento de dano (referente a responsabilidade médica e difamação por qualquer meio); contratos de seguros, bancários e financeiros, contratos de participação em associações, consórcio, franquia, obras de rede e fornecimento e nos contratos de sociedade entre pessoas,

A mediação demandada ou ordenada pelo juiz (artigo 5-*quater* do Decreto-Lei 28/2010) é aquela na qual o juiz, mesmo em grau recursal, por meio de uma decisão (*ordinanza*) fundamentada pode determinar (a depender da natureza da causa, do estado de instrução processual e o comportamento das partes ou qualquer outra circunstância que ele verifique nos autos do processo), que as partes experimentem o procedimento de mediação. E neste caso, o processo judicial será suspenso sendo as partes encaminhadas à mediação, surgindo uma condição de admissibilidade da demanda judicial ou recursal. Implicando dizer que caso as partes recusem passar pelo procedimento o juiz declarará a inadmissibilidade da demanda ou do recurso.

A mediação contratual (artigo 5-*sexies* do Decreto-Lei 28/2010) é aquela prevista no contrato, estatuto ou ato constitutivo do ente público ou privado, que uma vez

²⁹ Com nova redação do Decreto “Del Fare”, como acima mencionado que reintroduziu a mediação obrigatória após a decisão – *sentenza* 272 de 06 e dezembro de 2012– na qual a Corte Constitucional Italiana declarou a ilegitimidade por excesso de delegação.

escolhida voluntariamente pelos contratantes se torna uma norma cogente e imperativa. Na qual as partes, antes de ajuizarem qualquer demanda, deverão tentar a mediação, isto porque a mediação contratual uma vez presente no contrato, se torna uma condição de admissibilidade da demanda judicial ou do procedimento arbitral.

A negociação assistida consiste num procedimento prévio, extrajudicial, que é realizado por um por um ou mais advogados com nítido objetivo de resolução – composição amigável do conflito - fora e antes do processo (art. 2º do Dec.-Lei 132/2014) através da cooperação e colaboração das partes e seus respectivos advogados.

Considerando a similitude entre a negociação assistida e o Projeto de Lei 3.813/2020 em tramitação pela Câmara Legislativa Brasileira, é que procurará analisar com maior profundidade este instituto para, em seguida, analisar o projeto de lei.

2.2.1.1 – Da negociação assistida

A negociação assistida foi introduzida no ordenamento italiano pelo Decreto-Lei de 12 setembro 2014, n. 132³⁰, e depois convertido na Lei n. 261 de 10 de novembro de 2014. O objetivo da negociação foi o de “deflacionar, simplificar e flexibilizar o procedimento judicial”³¹ procurando reduzir o tempo e os custos dos processos contenciosos, com propósito claro de promover a competitividade do país em termos econômicos³².

São dois os tipos de negociação assistida, a obrigatória e a voluntária.

A diferença entre estes tipos é que na negociação assistida obrigatória a conciliação deve ser buscada antes da propositura da demanda. E será obrigatória esta tentativa quando se tratar de causas que tenham por objeto indenização por danos causados pela circulação de veículos e embarcações ou se trate de cobrança a qualquer título cuja soma não exceda a 50.000 € (cinquenta mil euros), excluída as causas que devem ser solucionadas e submetidas pela mediação obrigatória.

A negociação assistida voluntária é aquela da qual as partes poderão, em qualquer matéria de direito disponível, se comprometem a cooperarem, dentro da boa fé e lealdade,

³⁰ <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/200991/d.l.+n.+132-2014>

³¹ CARRATA; D' ASCOLA, 2015

³² Tal como consta do relatório ministerial que acompanha o d.l. 132/2014, que «embora se deva considerar que, como resultado das reformas implementadas nos últimos anos, no relatório *Doing Business* do Banco Mundial, a Itália subiu 37 posições no ranking de eficiência da justiça ("ranking execução de contratos") passando do 140º para o 103º lugar, restam os dados da importantíssima pendência litigiosa, sobretudo em sede de recurso e da sistemática violação do prazo de razoável duração do julgamento nos termos do art. 6, par. 1 da C.E.D. U".

para resolver a controvérsia amigavelmente, na presença de seus procuradores, sem que seja preciso acionar o juiz ou árbitro para sua resolução. Na Itália a negociação voluntária é muito disseminada nas causas de separação, divórcio, e respectivas ações revisionais³³.

O procedimento da negociação assistida é simples e fica a cargo do advogado³⁴ da parte, devendo este, quando procurado em seu escritório e antes de ajuizar a demanda, enviar uma notificação para a parte contrária convidando-a para firmar uma convenção de negociação assistida. Por meio desta convenção e depois desta assinada é que as partes começarão a negociação ou a conciliação.

O convite para participar da negociação assistida (artigo 4º, Dec-Leg. 132/2014) deve indicar o objeto da controvérsia e a advertência que a ausência de resposta em 30 dias do recebimento da comunicação ou a sua recusa tácita, poderá ser objeto de análise pelo juiz em caso de ajuizamento da ação judicial. Ou seja, o comportamento faltoso da parte pode ser valorado pelo juiz, caso haja necessidade do ajuizamento da ação judicial para fins da fixação das verbas sucumbenciais, inclusive na hipótese de responsabilidade agravada por danos decorrentes de lide temerária (artigos 96 e 642, 1º *comma* do c.p.c.).

O convite uma vez enviado (artigo 8º do Decreto-Legislativo 132/2014) tem o condão de interromper a prescrição. Contudo, caso o convite para assinarem a convenção for recusado ou não for aceito, a parte deve propor a ação no prazo de 30 dias a partir da recusa, da não aceitação no prazo ou da declaração de não acordo.

Para fins de prova que ocorreu a tentativa e para demonstrar o interesse de agir, com vistas a suprir assim a condição de admissibilidade da demanda basta que a parte prove que fez o convite e a parte contrária não aceitou a negociação, seja quando comparece ou não, considerando-se, na sua ausência de manifestação expressa, a sua recusa tácita. Sem prejuízo que este comportamento seja valorado pelo juiz.

Se o convite para participar da negociação for aceito, caberá às partes firmarem a convenção de negociação assistida que deve ser escrita, sob pena de nulidade, acompanhada e supervisionada pelos advogados das partes. Nesta convenção que é apenas uma manifestação de vontade na qual as partes se comprometem a, a partir de então, dialogarem para que juntas encontrem o bom termo para a resolução do conflito, e por isto neste termo deve ser observado que o prazo para o encerramento do procedimento

³³ DESIATO, 2020, p. 966.

³⁴ É dever deontológico do advogado italiano informar o seu cliente quando da assinatura do contrato de prestação sobre a possibilidade de recorrer ao acordo de negociação assistida (art. 2, *comma* 7, Dec-Lei 132/2014).

que não pode ser inferior a um mês e não superior a 3 meses, prorrogável por mais 30 dias mediante acordo das partes. Neste termo de convenção de negociação assistida também deve constar o objeto da controvérsia³⁵, que não pode versar sob direitos indisponíveis, ser assinado pelas partes e advogados.

E se ao fim da negociação houver o acordo, também ele deve ser escrito de forma clara e objetiva e assinado pelas partes e seus advogados, tendo eficácia de título executivo³⁶.

3. A CONCILIAÇÃO PRÉVIA NO BRASIL – PROJETO LEGISLATIVO N. 3.813/2020

Em 15 de julho de 2020, o deputado Ricardo Barros do PP/PR apresentou o projeto legislativo recebido sob o número 3.813 perante a Câmara de Deputados do Brasil, criando uma “obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial.” Uma das justificativas do encaminhamento do projeto tem por base o fundamento utilizado pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário – RE 631.240³⁷ em que se reconheceu que “a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição.” Em que para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso demonstrar a necessidade de ir a juízo.

E com isto, o deputado federal Ricardo Barros, autor do PL 3.813/2020, acreditando que após o fim da pandemia COVID-19 haveria “um iminente e descomunal aumento da litigiosidade e respectiva judicialização, com demandas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas a serem necessária e urgentemente

³⁵ Uma das principais novidades trazidas pela Reforma Cartabia, no âmbito do procedimento de negociação assistida, foi a introdução, no ordenamento italiano, de realização de diligência extrajudicial, verdadeira instrução extrajudicial destinada a: a) obter as declarações de terceiros sobre os fatos objeto do litígio; b) permitir a confissão extrajudicial em forma escrita, e c) colheita de provas que poderão ser carreadas ao processo judicial³⁵ e valoradas pelo juiz que poderá ordenar a sua renovação.

³⁶ Com exceção da negociação assistida nas causas de família, porque será necessário o (*nulla osta*), ou seja, o parecer favorável do Ministério Público, e se envolver interesses de incapazes, é necessário a homologação do acordo por parte do juiz. E a convenção terá os mesmos efeitos da decisão judicial.

³⁷ Em que o STF reconhece que o prévio requerimento administrativo junto ao INSS configura interesse de agir, não é inconstitucional, por “se caracterizar a presença de interesse em agir”, na qual é preciso haver necessidade de ir a juízo. (RE 631240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220)

solucionadas” sustentou que se seria necessário repensar a forma de acesso ao Judiciário, devendo ser criada uma fase pré-processual prévia ao processo judicial.

O projeto encaminhado contém 10 artigos disciplinando sobre quais os conflitos de interesse que devem ser submetidos à sessão de autocomposição prévia, o procedimento, a natureza do título formado em caso de frutífera composição e o preenchimento da condição para o interesse de agir. Faltando, no entanto, previsão sobre o valor da repercussão econômica, o prazo e se ocorrerá ou não interrupção da prescrição com o convite para a outra parte participar da autocomposição.

De acordo com o projeto todos os conflitos particulares, independentemente do valor³⁸ que envolvam relações jurídicas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas (incluindo as causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis), as partes envolvidas deverão obrigatoriamente se submeter, antes da propositura de eventual ação judicial, à prévia sessão de autocomposição (art. 1º do PL).

O procedimento será iniciado pela parte que tomar a iniciativa de solucionar a questão litigiosa, devendo ela, por intermédio de seu advogado, notificar (por qualquer meio idôneo) a outra parte convidando-a para participar da sessão extrajudicial de autocomposição, cuja sessão deve ser marcada observando ao menos uma antecedência mínima de 15 (quinze) dias corridos contados do recebimento da notificação. O termo da notificação deve conter não só a data, horário, local da sessão ou reunião para se buscar, tentar, a composição prévia, como ainda o objeto detalhado e específico do direito do Notificante (art. 2º do PL).

A sessão deve ser realizada em ambiente reservado, público ou particular, preferencialmente em escritório de advocacia, sem prejuízo de se efetivar de forma não presencial, por meio de recursos tecnológicos de transmissão de voz e de imagem em tempo real (§ 2º, art. 2º do PL). E o projeto, a exemplo do que perceberam recentemente os italianos com a Reforma Cartábia³⁹, dispõe que as partes devem comparecer às sessões pessoalmente e estarem obrigatoriamente assistidas por advogados, assegurando-se a assistência judiciária gratuita aos que não dispuserem de condições financeiras para a contratação de patrono (art. 3º do PL).

³⁸ Diferentemente do que ocorre no Direito Italiano no qual essa obrigatoriedade é apenas quando se trate de indenização por danos causados pela circulação de veículos e embarcações, ou se trate de cobrança a qualquer título cuja soma não exceda a 50.000 € (cinquenta mil euros).

³⁹ A Reforma Cartábia (Legge 206/2021), dando nova redação ao artigo 183 do Código de Processo Civil Italiano impôs uma grande novidade quando se trata de mediação ou conciliação, porque a presença das partes na elaboração do acordo é fundamental.

O projeto avança muito neste ponto quando reconhece a importância da participação das partes que devem ser acompanhadas, obrigatoriamente, de seus advogados e não serem por eles representadas. Afinal, para que uma boa autocomposição chegue a um bom termo é necessário restaurar o diálogo e fazer com que as próprias partes, estimuladas e acompanhadas de seus advogados, possam por si mesmas deliberarem sobre a melhor forma de cumprirem com suas obrigações. Mas para tanto, exige-se que o advogado tenha uma postura menos beligerante, mas sim ser um advogado colaborativo e cooperativo, ciente que seu dever não é apenas o de litigar em juízo. E caso não haja consenso, os advogados não ficarão impedidos de atuar judicialmente na causa.

No entanto, quanto a este não impedimento do advogado faz necessário verificar e aprofundar melhor a questão, uma vez que, tal como previsto no artigo 30 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação ou uma tentativa prévia de conciliação deve ser confidencial não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Por isto, há que se encontrar o bom termo, estando ciente o advogado da confidencialidade e da vedação de utilizarem provas obtidas nas sessões no processo judicial ou arbitral, até porque a prova ou qualquer informação obtida “não será admitida” (§2º, art. 30, lei. 13.140/2015), sem prejuízo da sanção a ser imposta pelo Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil em caso de descumprimento.

E para evitar qualquer prova indevida, caso infrutífera a sessão, há previsão que o registro e documentação desta seja feito por escrito de forma simples e objetiva, contendo minimamente as informações referentes a: data, horário, local e modo, presencial ou não, de realização, e ao objeto da reunião. E, caso queiram, as partes podem fazer constar uma síntese do quanto debatido e do resultado do encontro, subscrita pela parte e seus patronos (art. 4º, § 1º, do PL). A ata servirá de prova que embora tentada a autocomposição restou ela frustrada.

Mas caso haja acordo na sessão previa de autocomposição, para além destes requisitos, caberá aos advogados e as partes elaborarem um termo minucioso com cláusulas claras e objetivas prevendo condições e sanções em caso de descumprimento do acordado. Até porque o acordo firmado e assinado pelas partes constituir-se-á em título executivo extrajudicial, podendo até mesmo ser objeto do devido protesto (art. 6º do PL).

Mas caso a parte contrária não compareça à sessão designada, a prova da tentativa de autocomposição e, portanto, da pretensão resistida, não ficará prejudicada, uma vez que, assim como ocorre na Itália, a ausência injustificada da parte notificada será registrada em ata, considerando-se configurada a condição para agir em juízo por meio da propositura de ação judicial cabível (art. 5 do PL). Mas, diversamente do que ocorre na Itália, este comportamento da parte que deixa de comparecer à sessão não será valorado pelo juiz.

A Ata da sessão, com ou sem a presença da parte contrária (neste último caso, acompanhada da notificação) servirá de prova para que qualquer das partes possa requerer as medidas judiciais aplicáveis ao caso concreto, instruindo a petição inicial (art. 7º do PL).

A ausência da tentativa prévia da autocomposição pode ser alegada pela parte contrária em sua contestação como também ser conhecida de ofício pelo Juiz (art. 337, § 5º, CPC), caso em que, de acordo com o previsto no projeto de lei (§ 1º, artigo 7º) pode ocorrer a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, inc. VI). O que a nosso entender parece ser bastante excessiva a consequência, porque quando muito cabe tão somente ao juiz suspender o curso do processo, tal como previsto na Lei 13.140 (art. 23) e remeter as partes para a via autocompositiva, e não extinguir o processo. Pois a vingar esta previsão ficar-se-ia configurada um obstáculo muito maior do que aquele pretendido pelo legislador que é o de buscar a composição extrajudicial, não como obstáculo à via judicial.

As partes poderão pactuar por meio de uma cláusula de negócio processual que não participarão de sessão extrajudicial de autocomposição prévia, bastando que indiquem seu desejo de participarem do procedimento de mediação prévia ou a propositura direta da ação judicial ou do procedimento arbitral (artigo 8º do PL). Prevalecendo sempre a autonomia da vontade daqueles que previamente tenham, por meio do contrato, estabelecido qual o melhor meio para buscar o ressarcimento de seus direitos, caso violados.

Importante observar que o projeto deixa claro que todas as tutelas de urgência, podem ser propostas, analisadas e concedidas antes, durante e até mesmo depois da sessão de autocomposição, não havendo qualquer óbice a propositura de medida judicial competente (artigo 9º, PL).

O projeto legislativo tal como se encontra merece ser debatido, discutido e amadurecido. Pois ainda existem alguns pontos que devem e merecem ser enfrentados tais como, por exemplo:

- O tempo deve ser buscado autocomposição prévia. Assim como tempo para duração do procedimento.
- Limitação de certas matérias, tais como direito do consumidor, família, condomínio, direitos reais, limitar ou não o valor da repercussão econômica para fins de conciliação.
- A notificação para comparecimento à primeira sessão é causa de interrupção ou não da prescrição da ação judicial.
- Será mesmo necessário elaborar a ata da sessão mesmo quando a parte contrária não comparece à reunião designada, ou a simples notificação e a ausência da parte supre a necessidade desta ata.
- O comportamento da parte contrária pode ser considerado e valorado pelo juiz em caso de não comparecimento à sessão de autocomposição.
- A possibilidade de o juiz decidir, de ofício, o não preenchimento da condição – interesse de agir, caso não alegada pelo Réu na primeira oportunidade que tem para falar nos autos não pode ser causa de extinção do processo, mas sim de suspensão.
- Debater melhor sobre a notificação para a parte contrária que deve ser mais clara – conter elementos que o notificante tem para solicitar a negociação prévia, pré-processual.

Estes são apenas alguns pontos⁴⁰ que, a nosso ver, merecem uma atenção melhor, mas sem sombra de dúvidas, o ponto crucial e que merece uma análise e da qual se dedicará a partir de agora é se essa autocomposição prévia à ação judicial para que seja preenchida a condição na modalidade de interesse de agir seria constitucional e, portanto, compatível com o ordenamento pátrio.

3. 1. Da Constitucionalidade do Projeto de Lei 3.831/2020

⁴⁰ Estes pontos, não menos importante, serão objeto de análise em estudo próprio.

Por iniciativa parlamentar, a exemplo do que ocorreu na Itália⁴¹, pretende-se com o Projeto de Lei 3.813/2020 criar uma condição de procedibilidade para a propositura da ação judicial, em que esta condição de interesse de agir estaria suprida após a tentativa de conciliação, negociação ou mesmo mediação prévia e do qual restasse configurada a pretensão resistida se frustrada a conciliação.

Essa, no entanto, não é primeira vez que por meio de iniciativa legislativa se cria uma etapa prévia, obrigatória, ao acesso a Jurisdição estatal. A Lei 9.958, de 12/01/2000 que regulamentou a Comissão de Conciliação Prévia - CCP no âmbito da Justiça do Trabalho, incluiu o artigo 625-D e parágrafos na CLT, com a previsão que “qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.” E apenas em que não prosperada a conciliação é que seria “fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.” (art. 625-D da CLT com redação dada pela Lei 9.958/2000).

A tentativa de se criar a Comissão de Conciliação Previa como o próprio nome diz foi a de estimular a conciliação prévia, obrigatória, ao ajuizamento da ação trabalhista, e do qual esta ação só poderia ser proposta após demonstrar que a conciliação fora frustrada. Fazendo surgir uma condição para agir em juízo, representado pela prova da tentativa de conciliação e que esta restou frustrada. Este artigo 625-D introduzido na CLT por força da Lei 9.958/2000 foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelos Partidos Comunista do Brasil – PC do B e o Socialista do Brasil - PSB perante o Supremo Tribunal Federal – ADI 2.139, distribuída em 04 de fevereiro de 2000, ainda no período de *vacatio legis* da lei questionada.

E embora o Pleno do STF tenha iniciado o julgamento do pedido cautelar de suspensão da norma questionada em 06 de abril de 2000, o seu julgamento final só

⁴¹ Mas uma diferença entre estes dois países é que na Itália a negociação assistida tem limite econômico de 50.000 euros em se tratando de negociação assistida, mas no caso da mediação obrigatória não há limite econômico, mas desde que trate sobre as matérias referentes a condomínio; direitos reais; ação de divisão; sucessão hereditária; ações de família; locação; comodato; ressarcimento de dano (referente a responsabilidade médica e difamação por qualquer meio); contratos de seguros, bancários e financeiros e mais recentemente também aos contratos de participação em associações, consórcio, franquia, obras de rede e fornecimento e nos contratos de sociedade entre pessoas e subcontratação. Contudo, diversamente do que ocorre em Itália, caso o projeto de lei seja aprovado tal como encaminhado, essa etapa pré-processual deve ocorrer em todos os conflitos que envolva relações jurídicas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas, independentemente do valor e de sua repercussão econômica.

ocorreu 9 anos depois, em 13 de maio de 2009, tendo a maioria dos ministros acompanhando o voto divergente do Ministro Marco Aurélio que votou pela suspensão dos efeitos do artigo 625-D da CLT, para dar interpretação conforme por entender que a conciliação deve ser facultativa, assegurando-se assim o livre acesso ao Judiciário.

O voto vencido do Ministro Cezar Peluso merece destaque quando sustenta que a postura da Corte em restringir a “possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação está na contramão da história, porque em vários países, hoje se consagra a obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos.” Sobretudo quando o próprio Judiciário reconhece a sua ineficiência ao “não dar conta suficiente da carga de processos e com isso tem permitido a subsistência de litígios que são absolutamente contrários à paz social.”

Devido ao longo prazo de início (04.02.2000) até a conclusão (13.05.2009) do julgamento da medida cautelar na ADI 2.139, o Ministro Cezar Peluso acabou sendo o último a julgar, quando a maioria já havia sido formada. E com isto o seu curto e brilhante voto não promoveu a rediscussão da matéria, mas nem por isto deve ser desconsiderado diante da atualidade e das preocupações demonstradas. E quando, finalmente, veio a ocorrer julgamento mérito desta ação, o que ocorreu 18 anos depois de ajuizada (1º de agosto de 2018), o Ministro Cezar Peluso⁴² não mais integrava a Corte tendo dela se afastado por aposentadoria em 31 de agosto de 2012.

Com isto, por ocasião do julgamento da ADI 2.139 não houve o voto com olhar atento para o rumo que vem seguindo o curso da história e à realidade brasileira com a mudança ocorrida com a Lei 13.105/2015 (CPC). Isto porque, apesar dos ministros não terem julgado a inconstitucionalidade do art. 625-D da CLT, por unanimidade (e não mais por maioria) venceu a tese sustentada desde o início pelo Ministro Marco Aurélio para reconhecer que em “em obediência ao inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário.”

E dando-se interpretação conforme o artigo 625-D da CLT, embora se tenha reconhecido que deve ser dado a devida importância e devido estímulo aos meios “alternativos de resolução de conflitos” eles devem sempre se basear na consensualidade

⁴² Conforme se vê no site do Supremo Tribunal Federal o Ministro Cezar Peluso tomou posse no STF em 26/06/2003 e se aposentou em 31/08/2012
<<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=CezarPelusoPrincipal>> acesso em 15.08.2023

e, portanto, não pode ser ele um requisito essencial para o ajuizamento da ação trabalhista. E com base neste entendimento o pedido da ação direta de inconstitucionalidade foi “julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição aos §§ 1º a 4º do art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente.”⁴³

Parece, no entanto, existir uma contrariedade dentro da própria Corte, isto porque por ocasião do julgamento do RE 631.240 o próprio STF assentou ser válido o requisito de submissão de requerimento administrativo junto ao INSS, devendo o jurisdicionado buscar a instância administrativa, ainda que não seja preciso o seu esgotamento, para só depois e aí sim restar caracterizada a pretensão resistida, apta a embasar ulterior acesso ao Poder Judiciário. Reconhecendo nesta oportunidade o STF que: “a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição”.

De acordo com o STF, no julgamento do RE 631.240, para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. Ficando assentado que “a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.”⁴⁴ (RE 631240, Relator Min Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, DJE 07.11.2014).

O que denota, portanto, neste último julgado que cabe ao jurisdicionado, antes de bater as portas do Judiciário que ele demonstre que buscou, pela via administrativa, a concessão do seu benefício, porque a ameaça ou lesão do seu direito e, portanto, o preenchimento da condição processual só estaria presente após o prévio requerimento.

Em outro julgamento advindo depois deste, a Corte reconheceu que “inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois não havendo que se falar em pretensão

⁴³ A íntegra do julgamento pode ser acessado no site do STF no link:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%202139%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

⁴⁴ A íntegra pode ser acessada no seguinte link do STF: <<

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20631240%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>

resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo” (STF, RE 839.353/MA, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 09/02/2015).

A título de exemplo, não se pode deixar de mencionar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ há muito vem reconhecendo ser necessária uma prévia tentativa extrajudicial junto à Secretaria da Receita Federal, para processamento das ações judiciais concernentes às contribuições previdenciárias pagas (REsp 1.734.733/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 28/11/2018); e o mesmo entendimento tem sido aplicado aos pedidos de exibição de documentos em geral, inclusive em sede de relações de consumo regidas pelo CDC. Em que a exigência de requerimento prévio junto aos bancos é indispensável para verificar o interesse processual/necessidade no pedido de exibição de documentos, não implicando violação do princípio do acesso à Justiça (REsp n. 1.349.453/MS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe de 2/2/2015).

Logo, remeter o jurisdicionado a uma etapa prévia como forma de ser configurada a pretensão resistida e, portanto, preencher a condição necessária de interesse de agir não encontra qualquer vedação ao livre acesso à justiça, como tem reconhecido o STF e o STJ. Com isto, não se vê qualquer obstáculo para se criar no Brasil, a exemplo do que ocorreu na Itália, uma condição prévia e obrigatória, como forma até mesmo de se reconhecer a pretensão resistida que é o objetivo buscado com o PL 3.831/2020.

Nesse sentido, vale mencionar o entendimento perfilhado pela Corte de Justiça Europeia (de 18 de março de 2010), em julgamento dos casos 317/08, 318/08 e 320/08 apresentados pelo Juiz de Paz de Ischia -Itália, que se manifestou favorável à tentativa de conciliação prévia e obrigatória como condição de admissibilidade da ação judicial. Para a Corte de Justiça Europeia a exigência da obrigatoriedade da negociação prévia “não é susceptível de tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos.” Até porque, se restar infrutífera a conciliação, a ação judicial não é afetada e nem mesmo implicaria em atraso substancial para a propositura da ação judicial, porquanto o prazo estabelecido para o procedimento extrajudicial é exíguo, e uma vez findo este prazo a ação pode ser proposta.

O preenchimento prévio para fins de demonstrar o interesse de agir criado pelo projeto legislativo não deve ser visto como obstáculo ao acesso à justiça, mas sim um meio para propiciar uma mudança de mentalidade dos jurisdicionados, assim como ocorreu na Itália que, por meio da lei, fez com que os operadores do direito e as partes se

tornassem responsáveis, adquirindo conhecimento e confiança nos meios a eles disponíveis para resolução do conflitos, permitindo que “os profissionais e cidadãos se dessem conta que eram parte integrante de um processo de mudança combinada da justiça jurisdicional e a consensual.”⁴⁵

Além do que, assim como pontuou o Ministro Cezar Peluso por ocasião do julgamento da liminar na ADI 2.139 os métodos autônomos de resolução de conflitos devem cada vez mais serem estimulados, sobretudo agora, após entrada em vigor do CPC/15 (artigo 3º, §3º), no qual há de se reconhecer que a expressão “acesso à justiça” deve ser mais bem interpretada. Até porque “acesso à justiça vai muito mais além que o próprio acesso ao espaço físico do Judiciário, pois implica fazer valer os direitos fundamentais, tais como direito à vida, à propriedade, à saúde, à igualdade substancial, à liberdade e ao livre acesso a todos os meios de resolução de conflitos” (MAIA, 2022, p. 29).

Este também é o entendimento de Érico Andrade e Humberto Theodoro Júnior (2021) e com o qual também concordamos, que a noção de “acesso à justiça não se limita ao mero acesso à jurisdição estatal, sendo mais abrangente, visto como acesso à ordem jurídica justa e adequada, na qual se inserem os diversos meios de resolução de conflitos que atuam ao lado da jurisdição estatal, a exemplo da mediação.”

E com isto aderimos ainda ao entendimento de Fernando Gajardoni (2020) no qual “só faz sentido condicionar o acesso ao Judiciário mediante demonstração que houve prévia tentativa de se solucionar extrajudicialmente a questão se — e somente se — o sistema extrajudicial de recepção e solução dos conflitos tenha capacidade de processar a reclamação e atendê-la em tempo razoável.” Do contrário seria exigir uma condição desarrazoada do jurisdicionado.

E quanto a esta preocupação entende-se que ela se encontra suprida pela proposta legislativa, uma vez que o procedimento ocorrerá por meio e através dos próprios procuradores das partes, a exemplo do que ocorre na negociação assistida no direito italiano, a quem compete dentro de um prazo razoável fazer a notificação-convite para a parte contrária se sentar à mesa para juntos, partes e advogados, buscarem um consenso. Por acreditar que, assim como ocorreu na Itália, será possível mudar a mentalidade dos cidadãos, advogados e academia ao possibilitar que todos, sem distinção, passem a

⁴⁵ LUCARELLI, 2021, p. 29

conhecer os métodos a eles disponibilizados e assim exercerem a sua autonomia escolhendo o melhor e mais adequado métodos para resolver o seu conflito.

CONCLUSÕES

Reconhece-se que uma cultura não se muda da noite para o dia e nem mesmo por força de lei, mas é preciso reconhecer que o agente propiciador destas mudanças na Itália foi a instituição da mediação obrigatória e a negociação assistida. E que embora muito criticada por não ter sido um remédio próprio para deflacionar ou mesmo atenuar a crise da justiça civil, a obrigatoriedade da autocomposição, no entanto, teve o condão de promover o conhecimento das múltiplas estradas que o jurisdicionado tem para solucionar o seu conflito e que esta não é só a via da jurisdição estatal.

É preciso incentivar o uso dos meios coexistenciais, como a mediação, a conciliação e a negociação pelo potencial que estes métodos têm, a começar por manter a autonomia dos envolvidos na resolução do conflito, na qual eles próprios, quebrada a barreira da ausência de comunicação por meio da restauração do diálogo, decidem, por si, os rumos do seu conflito, passando de meros espectadores a protagonistas e gestores do seu conflito.

E, por isto, acredita-se que o Projeto de Lei 3.813/2020 é constitucional, não obstante mereça ser mais bem debatido, discutido e amadurecido. A tentativa obrigatória da conciliação não fere o livre acesso ao judiciário porquanto acesso à justiça não deve ser visto como simples acesso à jurisdição estatal, mas a todos os métodos disponíveis de resolução de conflito, tais como a negociação, conciliação, mediação e a arbitragem.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CARRATA, Antonio; D' ASCOLA, Pasquale. *Nuove riforme per il processo civile: il D.L. 132/210*

https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/Nuove_riforme_per_il_processo_civile.html

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

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

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

GAJARDONI, Fernando. **Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia**. Cadernos Jurídicos: São Paulo. Ano 21, n. 55, p. 51-62, julho-setembro/2020

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

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

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

MAIA, Renata C. Vieira. **Acesso à Justiça – verbete**. Dicionário Jurídico do Gênero e da Sexualidade. RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Marcia Ribeiro da C.; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Salvador: Devires. 2022

MONTELEONE, Girolamo. “*La Mediazione Forzata*”. **Judicium.it**. Disponível na pagina << <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/38/Monteleone,%20mediazione%20forzata.pdf>>>

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e “desjudicialização” da execução**. Revista de Processo, v. 315, maio/2021.

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