



## UM PORQUÊ “POLITICAMENTE INCORRETO” NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PARA O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO<sup>1</sup>

Iuri Bolesina<sup>2</sup>

Tamiris Alessandra Gervasoni<sup>3</sup>

### RESUMO

As inovações trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo afetaram diretamente a configuração da Constituição Brasileira de 1988, tornando-a mais analítica. Igualmente, os poderes do Judiciário se ampliaram (em especial pela formatação do controle de constitucionalidade) e o acesso à justiça se tornou facilitado, o que desencadeou (ou reforçou) os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, alvos de estudo na primeira parte desta abordagem. Através destes dois elementos, as críticas à atuação do Poder Judiciário aumentaram e, dentre tantas, amplia-se aquela referente à discricionariedade judicial, notadamente em relação à falta ou à insuficiência ou à inconstitucionalidade de motivação e fundamentação das decisões judiciais, situação que se aborda na segunda parte deste estudo. Por fim, se realiza uma abordagem à mediação como forma de se escapar da discricionariedade judicial e como meio de avocar a responsabilidade da decisão para os envolvidos e diretamente interessados, sempre que possível. Ao fim, conclui-se, através o que se chamou de um “porquê politicamente incorreto” que a mediação deve ser vista como a primeira opção antes, portanto, (e não como alternativa ao) do processo judicial, sempre que possível, pois pode trazer, além dos benefícios sempre mencionados pelos estudos nesta área, uma fuga à discricionariedade judicial e o aumento da responsabilidade pessoal dos envolvidos ao zelarem por seus direitos.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Mediação. Constitucionalismo contemporâneo. Discricionariedade judicial.

### ABSTRACT

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de políticas públicas: o papel e os limites do Supremo Tribunal Federal na fiscalização e na implementação de políticas públicas de inclusão social – análise crítica e busca de novos mecanismos/instrumentos para uma atuação democrática e cooperativa entre os Poderes”, onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente, vinculado ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Professor das disciplinas de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogado. E-mail: juribolesina@gmail.com.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Santa Cruz do Sul. RS. Brasil. Integrante do Grupo de Estudos *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos*, coordenado pela Prof. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Bolsista de Iniciação Científica FAPERGS. E-mail: tamirsgervasoni@gmail.com.

The innovations brought by contemporary constitutionalism directly affected the configuration of the Brazilian Constitution of 1988, making it more analytical. Also, the powers of the Judiciary widened (especially the formatting of judicial review) and the access to justice has become easier, which triggered (or reinforced) the phenomena of judicialization and judicial activism, targets of study in the first part of this approach. Through these two elements, the criticisms of judicial power increased and, among many, expands the one about judicial discretion, especially with respect to missing or insufficient or unconstitutional motivation and justification of judicial decisions, a situation that addresses the second part of this study. Finally, performs an approach to mediation as a way to escape the judicial discretion and as a means to claim responsibility for the decision to the parties directly involved, and, whenever possible. At the end, it is concluded, through what is called a "why politically incorrect" that mediation should be seen as the first option before, so (and not as an alternative to) the judicial process, whenever possible, as it may bring, in addition to the benefits mentioned repeatedly by studies in this area, an escape from the judicial discretion and increased personal responsibility involved when ensuring their rights.

**Key-words:** Access to justice. Mediation. Contemporary Constitutionalism. Judicial discretion.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, no Brasil, ganharam destaque a partir da Constituição Federal de 1988 (e, logo, em razão do constitucionalismo contemporâneo que alberga). Estes dois fatores influencia(ra)m diretamente a percepção e atuação do Poder Judiciário, notadamente porque a Constituição atual conferiu ao Poder Judiciário a prerrogativa de zelar pela supremacia da Constituição de modo destacado e privilegiado, notadamente partir do controle de constitucionalidade.

Este alargamento da atuação jurisdicional ao lado dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial trouxe críticas plasmadas nas chamadas crises de efetividade, de legitimidade e de responsabilidade do Poder Judiciário. Dentre estas críticas reside o ataque à discricionariedade judicial, em especial em relação à falta e/ou insuficiência da argumentação e fundamentação das decisões judiciais, ou, em outros termos, a violação ao artigo 93, da Constituição Federal e do pleno acesso à Justiça. Neste estudo, parte-se da premissa de que a discricionariedade judicial é uma realidade.

A mediação, neste cenário, passa por uma releitura, deixando o "senso comum teórico" que a condiciona como uma "alternativa" e a posicionando como a "primeira opção" (anterior, portanto, ao processo judicial). Tal leitura identifica que, ao avocarem para si a responsabilidade da (e pela) decisão, as partes, a despeito de

paternalismo, julgamentos morais e/ou decisões inconstitucionais que o “pai” Judiciário pode lançar no processo judicial, acabam escapando da discricionariedade judicial. A este movimento se denomina doravante como o “porquê politicamente incorreto” de se preferir à mediação ao processo “comum”, sempre que possível, para o acesso à justiça no constitucionalismo contemporâneo.

## 1. UM LEGADO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO À JURISDIÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

O advento do constitucionalismo do segundo pós-guerra mundial trouxe consigo novidades e revigoros de ordem constitucional plasmadas, mormente, em princípios, direitos fundamentais e regras, de conteúdo eminentemente aberto (ou indeterminado)<sup>4</sup>. Estas disposições jurídicas de substância porosa, se por um lado reforçaram o poder (da revisão) judicial, por outro lado ampliaram o espectro interpretativo do julgador, o que engendrou que toda decisão jurisdicional acabasse sendo uma verdadeira análise de constitucionalidade (de adequação à Constituição)<sup>5</sup>, já que a Constituição passou a ser vista como a estrutura fundante da sua comunidade. Neste âmbito, o Poder Judiciário passou a zelar pela supremacia da Constituição de modo destacado e privilegiado<sup>6</sup>.

No Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, o constitucionalismo contemporâneo trouxe consigo duas novas situações, as quais a doutrina passou a denominar judicialização e ativismo. A primeira, a judicialização, pode ser entendida como o aumento de demanda e de assuntos levados ao Judiciário (e, assim também, de decisões por ele tomadas), destacadamente por três motivos: 1) a redemocratização do país, que apresentou como efeitos a expansão do Poder Judiciário, do Ministério Público, das Defensorias Públicas, bem como (e conseqüentemente) do número de demandas judicializadas; 2) a elevação de inúmeras matérias ao nível constitucional, muitas das quais apareciam muito mais no processo político do que no judicial; e 3) o controle de constitucionalidade

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade**: algumas observações sobre o Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acesso em: 03 dez. 2011, p.8

<sup>5</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013, p. 146-147.

<sup>6</sup> DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Org.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54-55.

adotado pelo Brasil (concentrado e difuso), que possibilita que todo julgador exerça jurisdição constitucional e, portanto, interpretação constitucional<sup>7</sup>.

A judicialização, na lógica acima, passa a ser vista como um fenômeno externo ao Poder Judiciário, pois decorrente de fatores diversos que o afetam. Mas é preciso considerar – sob um viés pragmático – que a determinada postura do próprio Judiciário ao decidir uma causa pode aumentar ao diminuir a judicialização de uma matéria. Tal situação se viu com o direito à saúde nos últimos anos que tramit(a)ou entre extremos de tudo ou nada.

De outro lado, o ativismo não é figura pacífica. Por vezes é enquadrado como uma postura em que o Poder Judiciário vai além do que pode e do que deve fazer<sup>8</sup>. Em outras oportunidades é visto como o fato do Poder Judiciário suprir lacunas do ordenamento jurídico. Também pode ser visto como a situação do judiciário interpretar (e aplicar) a Constituição para decidir um caso concreto, às vezes afastando alguma regra ou às vezes resolvendo uma colisão de direitos fundamentais ou princípios<sup>9</sup>. É destacável, destarte, que não há (ainda) um conceito objetivo do que seja ativismo.

Na mesma lógica é que a doutrina que não aponta o ativismo judicial como algo ilegal (ir além do que pode ou do que deve a partir da Constituição) irá divergir sobre existir ou não hipóteses “ativismo positivo/bom”, “ativismo negativo/ruim”, “ativismo moderado” e/ou “ativismo excessivo”<sup>10</sup>. Contudo, a crítica a estas divisões é ferrenha já que tais subdivisões surgem, geram e perpetuam uma confusão jurídica que acaba sendo pulverizada de forma desmedida (em textos, aulas, opiniões, acórdãos, etc.).

Quanto à qualidade do ativismo (positivo/bom ou negativo/ruim) a afirmação, em síntese, é que: “o ativismo judiciário somente se justifica pelo compromisso de efetivação dos direitos humanos fundamentais”<sup>11</sup>, ou seja, se for em prol dos direitos fundamentais “vale” ser ativista, se não, não. A insuficiência desta perspectiva se dá

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2011, p. 3-4.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. 2012, p. 51-55.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 3 de maio de 2013, p. 6.

<sup>10</sup> Dentre outras expressões que visam indicar a qualidade ou a quantidade de ativismo.

<sup>11</sup> BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: < <http://www.amatra17.org.br/arquivos/4ac2c477939c9.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

primeiro porque quando o Judiciário decide em prol dos direitos fundamentais está, na verdade, zelando pelo seu dever constitucional de proteção (*schutzpflicht*) e, portanto, desde que não vá além do pode e deve fazer, não está sendo (necessariamente) ativista<sup>12</sup>; segundo porque não se pode, sob a bandeira de defesa dos direitos fundamentais, corrigir uma ilegalidade/inconstitucionalidade com uma (outra) inconstitucionalidade<sup>13</sup>, consubstancia em ir além do que pode ou deve o Judiciário constitucionalmente fazer; terceiro porque não é pacífico, no caso de colisão de direitos fundamentais, que uma decisão adotada seja a correta. Toda decisão nesta seara é controversa e, logo, um “ativismo positivo/bom” é só um lado da moeda que tem do outro lado “ativismo negativo/ruim” (o quê e pra quem é bom ou ruim?).

Já no que diz respeito à qualidade (moderado ou excessivo) tem-se que tal repartição é descabida, já que, percebe-se, todos os (contra)argumentos lançados em face da “qualificação” do ativismo também aqui se aplicam, em especial quando se pensa que não é razoável autorizar que em “ditos” brandos de (e pela) justiça se autorize inconstitucionalidades (ou pior). Havendo violação de direitos o Judiciário deverá agir; em não havendo tal violação, não deve agir, sob pena de envenenar-se com a “síndrome do messias”, afinal, o Poder Judiciário brasileiro não é pai de ninguém, tampouco “o” superego<sup>14</sup> ou “o” redentor do Brasil<sup>15</sup>.

Há algum tempo a doutrina está se debruçando sobre os temas e trazendo inovações pertinentes, dentre estas oportuno para o momento assinalar que o ativismo judicial e a judicialização não são idênticos, mas complementares e decorrentes<sup>16</sup>. Em apertada síntese, pode-se dizer que a judicialização é um

---

<sup>12</sup> BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. **A PEC 33 diante do dever de proteção: o alvo errado em tempos de crise institucional**. 2013. Texto não publicado.

<sup>13</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013, p. 62.

<sup>14</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

<sup>15</sup> Discorda-se, assim, da posição de LACERDA, André Reis. Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da constituição brasileira de 1988 – impediendo de configuração de instâncias hegemônicas. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 2, n. 6, 2013, p. 5045-5108 (5070) “[...] um ativismo moderado seria necessário em certos casos concretos, em momentos pontuais e excepcionais, em que os juízes, conscientes dos limites de suas capacidades institucionais, não pressupondo demasiadamente de uma atividade utópica e/ou ‘salvadora’, mesclariam tal prática atípica com uma recomendável postura de autocontenção judicial, para se evitar a substituição dos fóruns representativos – essenciais à democracia”.

<sup>16</sup> “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade**

fenômeno oriundo eminentemente externo ao Poder Judiciário, decorrente de opções e situações advindas da própria Constituição e da organização do Estado; ao tempo que o ativismo é uma postura deliberadamente eleita pelo julgador ao decidir uma questão sob o manto ou da discricionariedade judicial, ou da interpretação judicial, ou do suprimento de lacunas (dentre vários e dependendo do que se entenda por ativismo judicial)<sup>17</sup>.

## 2. UM PORQUÊ “POLITICAMENTE INCORRETO” PARA SE PREFERIR (SEMPRE QUE POSSÍVEL) A MEDIAÇÃO: A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

No Brasil, o constitucionalismo contemporâneo (e, portanto, o Estado Democrático de Direito e a atual posição da Constituição) renovou a própria ideia de direito que deixou de ser subsidiária (à política, à economia, à moral, dentre outras tantas vertentes que afetam o direito), para se tornar uma célula autônoma e considerada como critério de validade. Como consequência, a própria jurisdição – que desde então é sempre jurisdição constitucional –, ganhou destaque, poderes e possibilidades perante a sociedade e aos demais poderes, até então à penumbra ou desconhecidos, isso por meio do (constante) Controle de Constitucionalidade<sup>18</sup>. Neste ritmo, a legislação infraconstitucional passou a ser controlada pela Constituição que, por seu turno, passou a ser majoritariamente<sup>19</sup> expressada através

---

democrática. Disponível em: <  
<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 3 de maio de 2013, p. 6).

<sup>17</sup> “A judicialização, conforme apresentado, é um fenômeno que decorre da combinação de diversos fatores (escolhas) em termos de ordenamento políticoconstitucional [...] Tais escolhas, evidentemente, não estão à disposição da jurisdição constitucional, mas, de certo modo, dilatam o seu âmbito de incidência e sua possibilidade de repercussão por domínios tradicionalmente associados à política [...] O ativismo pode, por sua vez, em regra, ser classificado como uma forma consciente [...], logo, deliberada, de exercício da jurisdição constitucional, marcada pela adoção de uma série de critérios de ação (formas de atuação). Implica, pois, em uma opção/postura da Corte Constitucional, ao contrário da judicialização, onde o Tribunal é arrastado por uma onda de fatores sobre os quais não lhe cabe escolha”. (GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial**: a (auto)compreensão do supremo tribunal federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – uma análise teórica e jurisprudencial. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul, 2011, p. 98-99).

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra dura da lei” é uma atitude positivista? In: **Novos Estudos Jurídicos**, 2013, p. 158-173. P. 163.

<sup>19</sup> Pois não é possível olvidar o controle de constitucionalidade exercido pelos poderes Legislativo e Executivo.

do Poder judiciário. Neste movimento é que surgem as ideias de judicialização e ativismo.

Tal movimento engendrado pelo constitucionalismo contemporâneo não significou (e não deve significar) um encolhimento da democracia em prol do poder dos juízes, pois a remoção de parte da tensão do polo da legislação para o polo da jurisdição demanda igualmente acessos e conteúdos democráticos para o controle do poder que, diante disso, passa a residir também (e mais incisivamente) no funcionamento jurisdicional e na decisão judicial<sup>20</sup>. Esta preocupação é abordada de diferentes modos e sugestões (sejam elas lidas como formalistas ou substancialistas) como Constitucionalismo Democrático<sup>21</sup>, Jurisdição Constitucional Aberta<sup>22</sup> e algumas teorias da decisão judicial<sup>23</sup>, tendo elas como núcleo o controle do respeito ao conteúdo democrático e constitucional da decisão; ou, invertendo-se a lógica, o controle a discricionariedade por parte dos julgadores.

Perceba-se que a discricionariedade judicial, grosso modo, configura-se em um gênero do qual pertencem espécies tais como: a) escolher ao invés de decidir (escolher para depois fundamentar); b) citações de texto legais, doutrinários e jurisprudenciais descontextualizados e/ou como fundamentação exclusiva (isolada) da decisão; c) ausência ou insuficiência de fundamentação; d) utilização de “enunciados performativos”<sup>24</sup> sem amparo de outra fundamentação; e) banalização dos princípios consubstanciada na “criação” e “acomodação” impossível deles para solução do caso; f) decisões solipsistas (decidir com base vontade e consciência pessoal); g) decisões que desconsiderem os princípios em favor da regra, quando do primeiro em oposição ao segundo; h) decisões que desconsideram a constituição em nome da legislação infraconstitucional; i) interpretação constitucional para além da possibilidade interpretativa ou em frontal contrariedade ao texto; j) julgamento em

---

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra dura da lei” é uma atitude positivista? In: **Novos Estudos Jurídicos**, 2013, p. 158-173. P. 164.

<sup>21</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2002. Bem como LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Bem como STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. 2012.

<sup>24</sup> “[...] a simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”; sua mera evocação já é um “em si mesmo” (STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. 2012, p.55).

“lote” desconsiderando (quando existentes) as singularidades de cada caso; h) as decisões com razões casuísticas<sup>25</sup>.

Os efeitos disso são nefastos e não circundam apenas as ilegalidades, mas igualmente os sentimentos de injustiça, frustração, raiva, medo, para ficar apenas nestes. Dworkin já disse que “Embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa”<sup>26</sup> que reside na Constituição e somente é demonstrada pela fundamentação da decisão judicial que é meio pelo qual as partes e os advogados podem compreender, interpretar e, daí, verificar a adequação da decisão a Constituição. Logo a resposta do juízo, a decisão judicial, não deverá ser de qualquer forma, sobre qualquer coisa<sup>27</sup>.

Perceba-se, daí, a singular posição que a decisão judicial assume, pois já não se aceita mais que ela substitua o positivismo exegético pelo positivismo discricionário, que, ao fim e ao cabo, somente muda a maquiagem de uma mesma face. A decisão judicial no constitucionalismo contemporâneo não pode se dar de forma vazia, não permitindo que haja possibilidade do controle do seu conteúdo (como, por exemplo, quando se torna impossível (ou indiferente) a proposição de recursos a uma decisão diante do seu conteúdo vazio – já que é impossível atacar o “nada” ou o “absurdo” – a não ser que o faça de forma também absurda). A decisão judicial (do constitucionalismo) contemporânea(o) carece ser justificada por fundamentos constitucionais (corretos) e verificáveis (controláveis) e não por argumentos retóricos, que apesar de apontarem para um refúgio jurídico de dentro do próprio ordenamento legal, assim o faz isoladamente ou insuficientemente, sem reforço argumentativo: como se o “sim, porque sim” ou o “não, porque não” bastasse por si só (como ocorrem com os enunciados performativos em geral).

---

<sup>25</sup> Para uma análise completa ver STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. 2012.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.171).

<sup>27</sup> “[...] a resposta do juízo não deve ser estapafúrdia (ou ausente, ou insuficiente, ou *ultra/extra petita*). Neste ponto *inexplicavelmente* reside uma infeliz razão para o número de embargos de declaração e de pré-questionamentos que abarrotam os movimentos processuais cotidianamente: é através destes mecanismos jurídicos que se (tenta) obriga(r) o juízo a fundamentar, como se a fundamentação necessária e adequada não fosse uma obrigação, mas, sim, algo subsidiário, caso a parte afetada reclame. Não é demais lembrar que “compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido” (STRECK, 2009, p.94), não havendo fundamentação, não há o que compreender, logo não há como interpretar e, assim, não existe como verificar a adequação constitucional da decisão, porque sequer ela existe.” (BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Um estudo de caso sobre fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais (nas relações privadas): e quando todos os dentes caírem?** 2013 - Texto não publicado).

O campo da discricionariedade judicial é vasto e possibilita colheitas fartas, tanto de casos absurdos, quanto de casos “velados”. Apenas para ilustrar lembrem-se os casos absurdos da adolescente que foi detida numa cela com vinte homens adultos por opção deliberada da julgadora<sup>28</sup>; do Ministro do STJ que verbalizou decidir como queria desimportando a doutrina<sup>29</sup>; do desembargador que sustentou que o tribunal não deve responder a todos os fundamentos das partes<sup>30</sup>; da turma recursal que defendeu que a cobrança vexatória em local público não existe no caso de ofensas recíprocas geradas pela cobrança (como se a ofensa por si só não fosse uma espécie de cobrança vexatória)<sup>31</sup>.

A discricionariedade judicial é prima da corrupção: em qualquer dos casos há sonegação de direitos e desrespeito à Constituição e, tanto, não se pode aceitar em um Estado Democrático de Direito (por nenhum dos três poderes). A situação atual e a preocupação com a discricionariedade judicial motivaram que o anteprojeto do novo CPC trouxesse debates de “como-deve-ser-o-conteúdo-da-decisão-para-não-ser-discionária”, com se o art. 93, IX, da CF, não fosse por si suficiente<sup>32</sup>, pois sempre dependente da “boa-vontade” do julgador.

Tudo que se disse rapidamente até aqui constrói o “porquê politicamente incorreto” de se preferir a mediação sempre que possível em detrimento do processo judicial (canal de acesso natural à jurisdição). Aqui a mediação se justifica como primeira opção, antes do processo judicial, não porque este é lento ou conflituoso (ou por outro motivo comumente lembrado), mas porque se tornou perigoso lidar com o direito advindo do Poder Judiciário, que se revela num constante jogo de sorte ou azar onde um dos dados é a discricionariedade. O fato de existirem julgadores não arbitrários não significa que não existam os discionários.

### 3. MEDIAÇÃO: AVOCANDO A RESPONSABILIDADE PARA SI

---

<sup>28</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **PAD 20091000007880**. 2010.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em ERESP nº 279.889-AL**. 2002. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros.

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp.792.497**. Ministro Falcão. 2005.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado 71004109740**. 2ª Turma Cível, Des. Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande. 2013.

<sup>32</sup> Art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”;

Judicialização e ativismo judicial trazem consigo consequências diretas à atividade jurisdicional, muitas das quais alimentam e foram mapeadas nas chamadas crises de efetividade, de responsabilidade e de legitimidade do Poder Judiciário. Não se pode, contudo, dizer que são as únicas fontes destas crises, as quais podem advir de fatores variados<sup>33</sup>.

Hodiernamente, diante das mais variadas críticas que surgem quanto à atuação do judiciário, a mediação surge no “senso comum teórico” como uma possível (mera) alternativa a fuga destas circunstâncias, quando na verdade deve(ria) ser vista como a via natural de solução de conflitos (isso sempre que possível), tanto para que a decisão seja construída com todas as vantagens possibilitadas pela mediação, quanto para que não fique condicionada a um terceiro (não (verdadeiramente) interessado – com o perdão da ironia): o Poder Judiciário.

Evidentemente a mediação confere diversas vantagens se escolhida em detrimento do acionamento da “justiça comum”, dentre algumas podemos elencar a possibilidade de reduzido tempo de resolução do conflito, a autonomia e controle das discussões propostas justamente pela ausência de formalidades burocráticas, menor desgaste emocional em razão da flexibilidade e facilidade de estabelecimento do diálogo entre os participantes. Mas a questão em análise é outra, consubstanciada numa vantagem decorrente da assunção da responsabilidade nos casos possíveis e em detrimento das possíveis decisões judiciais impostas na solução inadequada (em termos, principalmente, constitucionais).

A mediação trabalha com a perspectiva de estabelecer um consenso entre as partes conflitantes, onde um terceiro, estranho à relação divergente, opera positivamente (e não indiferentemente) incentivando o diálogo entre as partes na busca de uma resposta que satisfaça ambas, ao contrário do que ocorre em um processo judicial, no qual o juiz estabelece a solução do caso (reservados os casos de acordo) e as partes devem acatá-la, gerando um vencedor e um perdedor<sup>34</sup>. A mediação possibilita que as partes avoquem a responsabilidade da (e pela) decisão

---

<sup>33</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. Ellen Gracie Northflit. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

<sup>34</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **A mediação enquanto Política Pública**: a teoria a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p.94: “[...] um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial-escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar ou facilitar a resolução de uma divergência. [...] A Mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram alternativa ponderada, eficaz e satisfatória”.

para si, a despeito de paternalismo, julgamentos morais e/ou decisões inconstitucionais.

Colocar a mediação em primeiro plano e assumir a responsabilidade pela decisão tende a trazer vantagens também para o enfrentamento da crise de efetividade do Poder Judiciário (e por decorrência também da crise de legitimidade), especificamente em dois de seus problemas: o entupimento processual do Poder Judiciário (geralmente atribuído nesta quadra à judicialização) e a insatisfação quanto ao conteúdo da decisão judicial.

No primeiro caso, o que se tem atualmente é a morosidade na tramitação e na resolução dos processos judiciais, ocasionada (conhecidamente<sup>35</sup>) pelo expressivo número de demandas ajuizadas, pelo sistema recursal e pelo parco número de funcionários à disposição. Optando-se pela mediação, no que concerne ao tempo necessário para a resolução do conflito, a circunstância da morosidade não integra(rá) a relação constituída, visto que caberá as partes decidirem a forma e o quanto devem dialogar, não havendo assim a obrigação de se atrelarem aos prazos fixados no sistema processual e os formalismos exigidos num processo judicial.

Na segunda situação, os atores do processo judicial, partes e advogados neste caso, não tem a garantia de satisfação quanto ao conteúdo da decisão, as partes por razões, interesses e entendimentos e os advogados por motivos de direito e de princípios. Optando-se pela mediação não haverá a imposição de uma solução obtida através de um processo que oferece pouca comunicação e que, ao final, lança um “porque jurídico” que as partes devem acatar. Na mediação, ao revés, o objetivo é justamente o alcance de uma resposta que satisfaça ambas as partes, construída através do diálogo, do consenso e da responsabilidade pessoal.

A união destes problemas (morosidade e insuficiência contetudística da decisão) fomentam inúmeras decisões judiciais desprovidas de fundamentação e motivação adequada (que, de fato, não contra-argumentam as controvérsias arguidas pelas partes, fazendo com que autor, réu e advogados da relação processual fiquem frustrados e insatisfeitos ao final – bem além daquela irresignação natural que, em geral, cabe ao “perdedor”). Para exemplificar basta observar a

---

<sup>35</sup> Quando se cogita causas “desconhecidas” pensa-se em (des)cumprimento de horários e (falta de) dedicação ao serviço por parte dos funcionários envolvidos, já que não se tem nenhum trabalho científico neste sentido.

emblemática decisão do AgReg em Eresp n. 279.889-AL<sup>36</sup> e outras tantas já objeto de crítica da doutrina<sup>37</sup>. Em pleno Estado Democrático de Direito, não é possível escudar a existência de incontáveis decisões descabidas no abarrotamento do judiciário, ou melhor, na busca pela “pragmaticidade” e pela “celeridade” dos atos, até mesmo porque muitas destas decisões advêm de objetivismos e subjetivismos<sup>38</sup> do julgador, sendo ocas não somente por serem feitas às pressas, mas, além disso, porque inconstitucionais ou descoladas das razões advogadas pelas partes, num repristinatório e descabido movimento de discricionariedade (que não pode existir no Poder Judiciário).

Por outro lado, a mediação ao propiciar um procedimento comunicativo direto entre as partes, traz maior conforto aos envolvidos (no sentido de fugir do “pai/superego” juiz), não apenas pela autonomia que poderão exercer, mas também pela simples circunstância de sentirem que não são ignorados ao levantarem seus argumentos e problemas, bem como porque haverá a possibilidade de intervirem o quanto considerarem necessário na busca de uma solução eficaz e adequada (não só em termos constitucionais). Desta forma, a mediação como opção primária e não alternativa (aliás, como tenta o projeto do novo CPC<sup>39</sup>), sempre que assim for possível, além dos benefícios já desvelados pelos estudiosos desta área, traria mais

---

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em ERESP 279.889-AL**. Julgado em 14/08/2002. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jul. 2013: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”.

<sup>37</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013, p. 47-72.

<sup>38</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013, p. 50-72.

<sup>39</sup> Anteprojeto do Novo CPC. **Art. 145**. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...] **§ 2º** O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

esta vantagem, que consiste na esquivas dos tentáculos discricionários do Poder Judiciário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No Brasil, a partir do constitucionalismo albergado pela Constituição Federal de 1988, o ativismo judicial e a judicialização passaram a integrar os cenários jurídico e político. Conforme exposto no presente estudo, tais temas ainda não são pacíficos quanto à sua compreensão e conceituação, contudo, algumas características e diferenciações foram apresentadas, sendo possível perceber que ambos não são idênticos e acarretam em relevantes consequências na atuação jurisdicional.

Pode-se dizer que a judicialização é um fenômeno oriundo eminentemente externo ao Poder Judiciário, decorrente de opções e situações advindas da própria Constituição e da organização do Estado; ao tempo que o ativismo é uma postura deliberadamente eleita pelo julgador ao decidir uma questão sob o manto ou da discricionariedade judicial, ou da interpretação judicial, ou do suprimento de lacunas (dentre vários e dependendo do que se entenda por ativismo judicial).

Perante estas implicações, a própria jurisdição teve seu papel reformulado, auferindo destaque e possibilidade de atuar em determinadas matérias que antes não lhe eram alcançáveis, isto acarretado principalmente através do Controle de Constitucionalidade, pois agora a Constituição além de ser o elemento supremo do ordenamento jurídico é também materialmente analítica. Ganha destaque, assim, a decisão judicial.

Não obstante, esta proeminência do Judiciário não constitui um encolhimento das instâncias democráticas e da própria democracia em prol do poder dos juízes, ou seja, as decisões judiciais não podem se dar de forma vazia, devem justamente estarem embasadas em fundamentos constitucionais corretos) e verificáveis (controláveis) e não em argumentos retóricos, de forma que seja possível um controle do seu conteúdo. O inverso disso conduz à discricionariedade judicial que reforça e se espelha pelas crises de efetividade, de legitimidade e de responsabilidade que afetam o Judiciário.

Tal problema tornou perigoso lidar com o direito advindo do Poder Judiciário, que se revela num constante jogo de sorte ou azar onde um dos dados é a

discricionariedade. Diante disto, se constrói o “porquê politicamente incorreto” de se preferir a mediação, sempre que possível, em detrimento do processo judicial “comum”. Aqui a mediação se justifica como primeira opção não porque o processo judicial é lento ou conflituoso (ou por outro motivo comumente lembrado), mas porque a mediação tem a capacidade de escapar dos tentáculos discricionários do Poder Judiciário, aumentando, de outro lado, a responsabilidade dos envolvidos ao zelarem por seus direitos de forma (mais) direta.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso: 3 mai. 2011.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. **A PEC 33 diante do dever de proteção: o alvo errado em tempos de crise institucional.** 2013. Texto não publicado.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Um estudo de caso sobre fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais (nas relações privadas): e quando todos os dentes caírem?** 2013 - Texto não publicado.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade:** algumas observações sobre o Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acesso: 03 dez. 2011.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.amatra17.org.br/arquivos/4ac2c477939c9.pdf>>. Acesso: 23 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso: 15 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em ERESP 279.889-AL.** Julgado em 14/08/2002. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp.792.497.** Ministro Falcão. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado 71004109740.** 2ª Turma Cível, Des. Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Federal 8046/2010** (Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil). Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. Ellen Gracie Northflit. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **PAD 200910000007880**. 2010.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Org.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial**: a (auto)compreensão do supremo tribunal federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – uma análise teórica e jurisprudencial. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LACERDA, André Reis. Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da constituição brasileira de 1988 – impediente de configuração de instâncias hegemônicas. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 6, 2013, p. 5045-5108.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. *In: Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A mediação enquanto Política Pública**: a teoria a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra dura da lei” é uma atitude positivista? In: **Novos Estudos Jurídicos**, 2013, p. 158-173.

\_\_\_\_\_, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. 2012.