

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

SARAH FRANCIELI MELLO WEIMER

**MAIS DO MESMO:
A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO REFORÇO DO PROTAGONISMO DO PODER
JUDICIÁRIO**

Porto Alegre
2017

SARAH FRANCIELI MELLO WEIMER

**MAIS DO MESMO:
A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO REFORÇO DO PROTAGONISMO DO PODER
JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professora Orientadora: Prof^a. Dr^a. Roberta Camineiro Baggio

Porto Alegre
2017

SARAH FRANCIELI MELLO WEIMER

MAIS DO MESMO:
A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO REFORÇO DO PROTAGONISMO DO PODER
JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Roberta Camineiro Baggio
Orientadora

Professor Doutor Emil Sobottka

Professor Doutor Lucas Konzen

Professora Doutora Rosa Maria Zaia Borges

Porto Alegre
2017

Aos meus, pela generosidade e ternura, sempre.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Eliane e Alexandre, e à minha irmã, Cacau, por apoiarem as minhas escolhas, compreenderem minhas ausências e principalmente por todo amor e confiança depositados.

Ao meu amor, Pedro, mais do que por todo suporte, por compartilhar dos meus sonhos. Sou grata pelos afagos, pela paciência e pela sempre presente amorosidade – isto fez toda a diferença.

Agradeço a torcida entusiasmada dos meus familiares, em especial dos meus avós, que mesmo sem ter muita clareza do que eu estava fazendo, acreditavam se tratar de algo muito especial e sempre me enchiam de elogios e palavras de incentivo.

À minha orientadora prof. Dra. Roberta Baggio, pelos valiosíssimos ensinamentos – que em muito extrapolaram as imprescindíveis contribuições teóricas para a realização desse trabalho – e também pela atenção despendida.

A todas as professoras e professores que tive ao longo de minha vida, pois cada um a seu modo contribuiu para fortalecer minha paixão pela docência. Especialmente, o querido mestre (logo, logo Doutor) e amigo, Leonardo Saldanha, que generosamente compartilhou do seu saber, sossegando por diversas vezes minhas aflições, me inspirando não só como professor, mas também como ser humano.

Ao prof. Dr. Rodrigo Valin pelo reencontro tão precioso na minha caminhada, pela confiança e oportunidade de voltar aos bancos da graduação para acompanhar as suas aulas e desfrutar de tamanha dedicação ao ensino.

Ao prof. Dr. Lucas Konzen, ao prof. Dr. Emil Sobottka e à prof. Dra. Rosa Maria Zaia Borges por aceitarem compor a banca examinadora dessa dissertação, pois como apreciadora tanto de suas produções acadêmicas, como da ética que os precedem, me sinto absolutamente honrada por poder contar com as suas avaliações.

Aos estimados colegas e amigos Ricardo e Daniel, e também à querida e sempre atenciosa Rose, secretária do Programada de Pós-Graduação em Direito, agradeço por tornarem as adversidades do percurso muito mais aprazíveis. E aos demais companheiros de jornada, amigas e amigos adorados e a tanta gente querida que tive a sorte de poder contar no caminho.

Qual a paz que eu não quero conservar para tentar ser feliz?
Minha Alma, O Rappa

RESUMO

O presente estudo busca investigar se a institucionalização de práticas de mediação pelo Poder Judiciário, por meio da Lei 13.140/15, pode ser considerada um benefício para superar as consequências advindas de uma sociedade brasileira supostamente hiperjudicializada. Para tanto, a pesquisa foi organizada em três capítulos. O primeiro cuida de elucidar a existência de um fenômeno denominado protagonismo judicial que se desdobraria em outras facetas, qual seja; o ativismo judicial, a judicialização da política e a juridificação das relações sociais – todas essencialmente relacionadas ao aumento da ingerência do Poder Judiciário nas esferas da vida. A partir disto, busca-se expor a construção de um senso comum sobre a judicialização da sociedade brasileira, especialmente após as condições institucionais criadas pela Constituição de 1988 e, em seguida, valendo-se dos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, esta pesquisa visa questionar o suposto diagnóstico. Já o segundo capítulo tem por escopo apresentar os argumentos de autores que defendem a mediação judicial como uma proposta de solução à ideia de uma cultura do litígio, traçando seu percurso legislativo até alcançar o marco processual e legal com as Leis nº 13.105 e 13.140, respectivamente. Objetiva-se, ainda, expor as concepções de mediação judicial e extrajudicial com destaque às suas diferenças. O último ponto deste trabalho busca apresentar alguns fundamentos históricos e filosóficos sobre as facetas do protagonismo judicial mediante a exposição das ideias de Axel Honneth, Jürgen Habermas, Ingeborg Maus e Antoine Garapon, e, assim, relacioná-las com a institucionalização da mediação judicial. A dissertação concentra-se, ao cabo, em questionar a capacidade da Lei de Mediação para dirimir os problemas para quais ela foi pensada, sobretudo, porque o Poder Judiciário mantém-se como protagonista na resolução dos conflitos.

Palavras-chave: Judicialização da sociedade. Mediação. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This paper aims to investigate whether institutionalizing mediation practices by the Judiciary, through the Law 13.140/15, could be considered beneficial to overcome the consequences from an a supposedly “hyper judicialized” Brazilian society. For this purpose, the research was organized in three chapters. The first one elucidates a phenomenon known as judicial protagonism which would unfold in other facets,, such as: the judicial activism, the judicialization of politics and the juridification of social relationships – all of them essentially related to the increase of Judiciary interference in people’s lives. From this point, the paper aims to expose the construction of a common sense about judicialization of the Brazilian society, especially after the institutional conditions created by the Federal Constitution of 1988 and after that using the data disclosed by the National Justice Council, this paper aims to question the revealed diagnostic. The second chapter aims to present arguments from authors who defend the judicial mediation as a solution to the culture of litigation, tracing its legislative course until the procedural and legal framework with the Laws nº 13.105 and 13.140, respectively. This paper also intends to expose conceptions of judicial and extrajudicial mediation, highlighting their differences. The last topic of this essay aims to show some historical and philosophical grounds about the facets of the judicial protagonism by bringing the ideas of Axel Honneth, Jürgen Habermas, Ingeborg Mausand Antoine Garapon, and, with that, connect them with institutionalization of the judicial mediation. The dissertation focus, at last, on questioning the capacity of Mediation Law to solve the problems it was developed to solve, especially since the Brazilian Judiciary is still the main character of conflict resolutions.

Key-words: Society’s judicialization. Mediation. Brazilian Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CN	Congresso Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CSJ	Corte Suprema de Justiça
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Medida Provisória
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Litigiosidade entre 2009 e 2012	46
Quadro 2: Litigiosidade entre 2013 e 2016	47
Quadro 3: Assuntos mais demandados em 2014, 2015 e 2016	49

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: da recorribilidade externa.....	48
--	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 HIPERJUDICIALIZAÇÃO DA SOCIEDADE? CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIAGNÓSTICO BRASILEIRO	17
2.1 AS FACETAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: O ATIVISMO JUDICIAL, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A JURIDIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS	18
2.1.1 Ativismo judicial	23
2.1.2 Judicialização da política	26
2.1.3 Juridificação das relações sociais	29
2.2 OS SINTOMAS	32
2.3 O DIAGNÓSTICO	43
2.3.1 Sistematização dos dados do Conselho Nacional de Justiça	46
2.3.2 O que os dados revelam?	50
3 A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO SOLUÇÃO	53
3.1 O CAMINHO ATÉ O MARCO LEGAL	63
3.1.1 A primeira proposição legislativa	66
3.1.2 A proposição que resultou na Lei nº 13.140	71
3.1.3 O marco processual	78
3.2 A MEDIAÇÃO JUDICIAL EM FACE DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL	80
4 O ENFRENTAMENTO: LIMITES DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NO COMBATE À JUDICIALIZAÇÃO DA SOCIEDADE	87
4.1 ALGUNS FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DAS FACETAS DO PROTAGONISMO JUDICIAL	93
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

A publicação do relatório “Justiça em Números” de 2015 causou grande comoção ao estampar que o Brasil havia atingido a casa da centena de milhões de processos em tramitação na justiça.¹ Valendo-se desse marco, diversos comentaristas, jornalistas e também advogados, ministros e juristas manifestaram-se no sentido de apontar que o feito traduzia um diagnóstico já anunciado de judicialização da sociedade brasileira. A essa hipótese, seus defensores somaram questões como a demora do Poder Judiciário em emitir respostas às adjudicações, bem como o expressivo número de casos novos que ingressam anualmente no sistema, para caracterizar o que convencionaram chamar de crise do Judiciário, que seria resultado de uma suposta cultura da sentença ou do litígio representando, portanto, uma prática comum aos brasileiros, que usualmente recorreriam aos Tribunais com o intuito de ver seus conflitos dirimidos.

Diante desse cenário, destacaram-se as vozes de ministros e ex-ministros dos tribunais superiores, como a da Ministra Nancy Andrighi e do Ministro Ricardo Lewandowski, assim como dos renomados processualistas como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e, ainda, a articulação de juízes, juristas e advogados como Adolfo Braga Neto, Kazuo Watanabe e Lília Maia de Moraes Sales, que apontavam para a solução do problema do presumido diagnóstico de judicialização da sociedade brasileira ao mencionarem a institucionalização da mediação judicial. Segundo os defensores dessa ideia, o instituto trataria de desafogar o Judiciário tanto por absorver parte das demandas que ficariam em tramitação na justiça, quanto por promover uma mudança cultural, que seria traduzida pela transformação de uma sociedade supostamente imersa numa cultura do litígio em uma realidade de pacificação social, com menor número de contendas sendo levadas ao Judiciário a partir do marco legal da mediação.

É com base nesse panorama que sobrevém a inquietação que originou a investigação dessa dissertação, qual seja o exame sobre se a institucionalização de práticas de mediação pode ser considerada um benefício para superar as consequências advindas da presumida constatação de uma sociedade brasileira hiperjudicializada. A pesquisa não questiona a capacidade das práticas de mediação extrajudicial na promoção de maior diálogo, bem como na manutenção e no estabelecimento de laços de afetos entre os sujeitos que a realizam.

¹ O montante de processos em tramitação no Brasil, em 2015, chegou ao universo de 102 milhões, somados os casos baixados e pendentes. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. 404 fl. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2016, p.17.

Contudo, o diagnóstico de judicialização da sociedade brasileira não é claro quanto à natureza das demandas judicializadas a ponto de se tornar uma pressuposição óbvia à existência de uma dinâmica social forte em litígios intersubjetivos, ou seja, entre os indivíduos. A hipótese desse trabalho consiste, portanto, em questionar se a adoção institucional de práticas de mediação pelo Poder Judiciário seria capaz de combater os efeitos de um imaginado cenário de judicialização da sociedade, visto que manteria o protagonismo do Judiciário na resolução dos conflitos sociais.

Com vista a responder ao problema e de testar a conjectura apresentada, o capítulo inaugural situa a ascensão das Cortes na formatação institucional mundial, principalmente após os anos 1960, de modo que a organização do trabalho se deu com o objetivo de contextualizar mundialmente os eventos e as correntes teóricas que possibilitaram a elevação do Poder Judiciário no mundo pós-moderno, dentro do contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, com a conseqüente emergência do Estado Social e o movimento de constitucionalização de direitos e garantias fundamentais. Tendo em conta a relevância que conquistou o fenômeno judicial a partir da segunda metade do século XX, bem como a importância do seu entendimento para a compreensão da sociedade contemporânea, apresentam-se os três diferentes âmbitos associados à elevação Cortes, ou seja, o ativismo judicial, a judicialização da política e a juridificação das relações sociais. Em seguida, apreende-se das facetas do protagonismo judicial aquela que é mais frequentemente retomada na caracterização da sociedade brasileira por meio de argumentos que revestem o senso comum sobre a existência de uma judicialização do corpo social, seja por meio da fala de repórteres, seja mediante a apresentação de teses de juristas. Ao final do primeiro capítulo, o estudo empreendido nesta dissertação vale-se do método estatístico, na medida em que utiliza os dados divulgados pelos relatórios “Justiça em Números”, produzidos pelo CNJ, por meio da documentação indireta de fontes secundárias como técnica de pesquisa para analisar da situação da litigiosidade. Será empreendida uma análise sobre os dados revelados pelo Conselho Nacional de Justiça quanto à litigiosidade no Poder Judiciário como um todo. Com vista a destrinchar quanto do montante de processos em tramitação, a cada ano são casos novos, além daqueles que já se encontravam pendentes, sendo passível de exame também as variáveis de recorribilidade externa e, nos anos em que a informação estiver disponível, ser feito o levantamento das matérias e das grandes áreas do direito que mais frequentemente são levadas a juízo. Isso tudo para, ao fim, tentar identificar se é possível aferir uma prática social de hiperjudicialização para além dos números brutos. Ou seja, busca-se, na medida em que os dados estiverem disponíveis, compreender quem são os sujeitos dessas demandas que

abarrota os tribunais para saber se a judicialização é mesmo uma prática comum aos brasileiros e que reflete um comportamento cultural de propensão ao litígio ou não, a ponto de ensejar as condições circunstanciais para a aprovação de uma legislação, como a que institucionalizou a mediação judicial.

O capítulo seguinte apresenta o discurso daqueles que sustentam e promovem a institucionalização da mediação judicial como a solução para o problema da explosão de litigiosidade. Por meio do método monográfico, este trabalho tratará de reconstruir a trajetória histórica da mediação até seu marco legal e processual, para viabilizar a reflexão sobre as condições de superação do diagnóstico de uma sociedade brasileira supostamente hiperjudicializada, que teria ensejado a adoção de práticas de mediação por parte do Poder Judiciário, já que segundo seus defensores estas contribuiriam não só para o desafogamento do sistema, mas igualmente de apostar em uma política de pacificação social². Na sequência, a técnica de pesquisa de documentação indireta em fontes primárias, tais como legislações e documentos em geral e também em fontes secundárias bibliográficas embasará a reconstrução do movimento de promoção da mediação até seu estabelecimento legal, trazendo os percalços ocorridos até a sua regulamentação – e também as dificuldades decorrentes dela –, associando essa articulação sempre às vozes³ que lutaram por essa realização. Ao cabo do capítulo em questão, será realizada uma comparação entre mediação extrajudicial e judicial, com vista a ajustar a definição de mediação – a ser – realizada no âmbito dos órgãos jurisdicionais em geral, ou seja, se buscará a identificação do que exatamente exprime a mediação judicial com absoluta atenção aos fundamentos de seu marco regulatório e às especificidades do complexo de reformas processuais ocorridas recentemente no país.

Já o último capítulo, valendo-se do método hipotético-dedutivo, identifica a manutenção da lógica do protagonismo judicial também na institucionalização da mediação com o marco legal e, por meio de uma revisão bibliográfica, busca apontar alguns fundamentos históricos e filosóficos desse fenômeno. Apresenta a concepção de patologia social da liberdade jurídica de Axel Honneth, segundo a qual os indivíduos estariam deixando

² NICÁCIO, Camila S. De “alternativa” a método primeiro de resolução de conflitos: horizontes da mediação para além de sua institucionalização. Pp. 23-28. In: BRAGA NETO, Adolfo. (Org.) **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA Editora, 2017, p. 24.

³ Aqui importa compreender o amplo espectro de pessoas que militavam na promoção de práticas autocompositivas, como a mediação e a conciliação, como alguns ministros e ex-ministros dos tribunais superiores (Ministra Ellen Gracie, Ministro Teori Zavaski, Ministra Nancy Andrighi, Ministro Ricardo Lewandowski outros), também renomados processualistas como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e Cândido Dinarco (para citar apenas alguns), e, ainda, a articulação de juízes, juristas e advogados como Adolfo Braga Neto, Fernanda Tartuce, Kazuo Watanabe, Fabiana Marion Spengler, Lília Maia de Moraes Sales, Tarso Genro e o organizador do primeiro Manual de Mediação Judicial, André Gomma de Azevedo.

de dialogar entre si para resolver os seus conflitos, entregando a resolução de suas contendas ao direcionamento do Judiciário, ao passo que Jürgen Habermas aquece o debate ao apontar para uma tendência de colonização do mundo da vida pelo direito, ou seja, no alcance do direito a esferas sociais que não se submetiam a ele, assim ampliando o rol de possibilidade de adjudicações. Ainda, a contribuição de Ingeborg Maus para essa discussão assinala os perigos da moralização do Direito, bem como da postura de entregar ao Judiciário a resolução de toda e qualquer contenda, refletindo em uma sociedade infantilizada, incapaz de decidir sobre os rumos da própria vida. Por esse mesmo ângulo, Antoine Garapon oferece a perspectiva de que os juízes figuram como ocupantes de uma função de autoridade, oscilando entre o clerical e o paternal em razão do abandono da tarefa pelos seus antigos titulares. Ao final, as concepções filosóficas são contrastadas com as práticas de mediação guiadas pelo Poder Judiciário com finalidade de destacar os (des)caminhos decorrentes de sua institucionalização.

À vista disso, é por meio deste raciocínio que a presente dissertação foi estruturada. Cada capítulo foi pensado como etapa essencial e sequencialmente concatenada para responder ao questionamento: seria a mediação judicial um instrumento capaz de superar os efeitos de uma sociedade hiperjudicializada ou seria a institucionalização das suas práticas mais uma faceta do protagonismo judicial? Vejamos.

2 HIPERJUDICIALIZAÇÃO DA SOCIEDADE? CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIAGNÓSTICO BRASILEIRO

O marco de mais de 100 milhões de processos em tramitação no Brasil ecoou não apenas nos tribunais do país, mas levou o debate também para os outros poderes e reverberou em diversas matérias jornalísticas, que trataram o dado como o coroamento do suposto diagnóstico de uma sociedade hiperjudicializada. O número de ações apareceu associado também ao que se chamou de morosidade do Judiciário, ou seja, a demora implicada na obtenção de uma resposta para o que quer que fosse postulado a ele. Sob essa ótica, a ampliação do acesso ao Judiciário, ao facilitar a proposição de demandas, teria estimulado a emergência de uma cultura do litígio, traduzida na ideia de propensão da sociedade brasileira em confiar ao Judiciário a resolução de suas lides.

No coro desses argumentos, encontraram espaço aqueles que entendiam que a sociedade brasileira “numericamente” hiperjudicializada necessitava da implementação institucional de outros métodos de solução de litígios, indo ao encontro da articulação daqueles interessados em regulamentar a Lei de Mediação no país. Logo, sucedeu-se a promulgação da Lei, que despontou como pretensa solução ao problema acima referido, ao passo que seria uma alternativa ao Judiciário, com a promessa de desafogar o sistema e “consertar” a cultura.

Frente a isso, o segundo capítulo do presente trabalho, por meio de uma revisão bibliográfica, caracteriza o protagonismo judicial buscando compreender as semelhanças e as diferenças entre suas facetas, seja no viés do ativismo, da judicialização ou, ainda, da juridificação. Faz-se isso, pois, ao esclarecer estas distinções, vislumbra-se com maior facilidade a expressão do protagonismo mais noticiada no país, qual seja aquela anunciada tanto pela mídia quanto pelas teses doutrinárias – a judicialização da sociedade brasileira. Mais à frente, mediante o exame pormenorizado dos dados publicados nos relatórios “Justiça em Números”, elaborados e publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, apresenta-se a sistematização dos dados referentes à litigiosidade no Poder Judiciário por meio da exposição de informações tais como a monta de ações em tramitação, o número de novas demandas, a quantia de demandas pendentes, o grau de recorribilidade e o nível de participação governamental nos litígios. Isto tudo com o intuito de melhor compreender o diagnóstico que estaria assombrando a sociedade brasileira e que teria ensejado as condições circunstanciais para a aprovação da Lei de Mediação.

E, em face da elevação das Cortes, cumpre examinar qual é o papel do Poder Judiciário no século XXI, bem como aclarar os sentidos de seu protagonismo que, por vezes, acaba por assumir a resolução de questões tradicionalmente deliberadas por instâncias representativas, como é o caso, especialmente, das relações sociais e da política, prática essa que recebe o nome de judicialização da política. De outra banda, se tem também o fenômeno do ativismo judicial, que deve ser entendido como uma escolha em agir proativamente por parte do Poder Judiciário, que passa a realizar interpretações com expansão de sentido e alcance do Texto Constitucional. Observa-se, por fim, o fenômeno de juridificação, que compreende a expansão da “regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais”.⁴ A elucidação dos termos se faz imprescindível para que seja possível associar a realidade brasileira aos possíveis diagnósticos de protagonismo judiciário e, então, fixar as bases para o desenvolvimento da pesquisa.

2.1 AS FACETAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: O ATIVISMO JUDICIAL, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A JURIDIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A investigação sobre as possíveis facetas do protagonismo social e político do Poder Judiciário⁵, bem como suas características e gênese são basilares para que seja viável e acessível a compreensão do que podemos anunciar como seus desdobramentos, seja o ativismo judicial, a judicialização da política ou, ainda, o fenômeno da juridificação. Nessa lógica, a atividade dos tribunais na sociedade contemporânea merece atenção especialmente pelo fato de sua proposta, entendida assim pelos seus limites e alcance, terem se alterado ao longo das diferentes fases do Estado. Para tanto, conta-se, preponderantemente, com o aporte bibliográfico de Boaventura de Sousa Santos, que há muito investiga, aprofunda e revisa a temática dos tribunais nas sociedades contemporâneas.

Sendo as Cortes importantes pilares do constitucionalismo moderno, inaugurado pela Constituição norte-americana de 1787, também no Estado Moderno o Poder Judiciário passa a ter soberania, tal qual os Poderes Legislativo e Executivo. Por certo que essa proeminência não ocorre do mesmo modo e ao mesmo tempo em todos os países do mundo, estando essa

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria da ação comunicativa**: por uma crítica da razão funcionalista. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. Traduzido por Pierre Guibentif. Disponível em: <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017, pp. 522-547.

⁵ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.1.

análise, especialmente, focada no âmbito da Europa continental, ou ainda em “países centrais, mais desenvolvidos, do sistema mundial”.⁶ Porém, apesar das diversas discrepâncias, conforme será visto mais adiante, é possível traçar algumas aproximações com os países periféricos e semiperiféricos, como o Brasil.⁷

Em um primeiro momento, vale analisar o período do Estado Liberal, que cobriu todo o séc. XIX e chegou ao fim junto com o término da 1ª Guerra Mundial. Àquele tempo, a teoria da separação dos poderes proporcionou a ascensão do poder Legislativo, vez que a atuação do Judiciário teve suas atividades políticas neutralizadas pelo princípio da legalidade, ou seja, pela “subsunção racional-formal nos termos do qual a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e como tal desprovida de referenciais sociais, éticas ou políticas”.⁸ Soma-se a isso o fato de que os tribunais mantinham-se ocupados apenas com contendas individualizadas no duplo sentido, seja porque “têm contornos claramente definidos por critérios estritos de relevância jurídica”, seja porque ocorrem entre indivíduos.⁹

O fim da segunda grande guerra, para o marco constitucional europeu, demarcou a transformação do papel exercido pelas Cortes, trazendo mudanças que não se esgotavam de pronto. O Estado Liberal colapsa e a teoria da separação dos poderes assiste à “predominância assumida pelo poder executivo”, que culmina na emergência do Estado Providência¹⁰, que se destaca “pela sua forte componente promocional do bem estar [...] a consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos”, compreendendo uma liberdade que, “longe de ser exercida contra o Estado, deve ser exercida pelo Estado”.¹¹ Essa nova forma política do Estado decorre, essencialmente, de duas condições sociais, em que a primeira alude às lutas promovidas pelos movimentos sociais, bem como à sua influência no aprofundamento democrático do Estado. Já a segunda condição social se traduz na crise de administração da justiça acarretada pela influência desempenhada pelos movimentos sociais, que contribuiu

⁶ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p. 6.

⁷ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p. 6.

⁸ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.8.

⁹ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.8.

¹⁰ Para os fins desse trabalho, os termos: Estado Providência, Estado Social, Estado do Bem-estar Social e *Welfare State* serão usados como sinônimos, sem maiores distinções.

¹¹ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.11.

com suas reivindicações para o processo de positivação dos direitos sociais e, consequentemente, o estabelecimento do Estado Providência.¹²

Como reflexo dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, houve uma forte mobilização em prol do desenvolvimento de ferramentas que pudessem defender os direitos fundamentais dos cidadãos que há pouco haviam sido violados, resultando na positivação destes direitos como meio de imunização em face do processo político majoritário. Como direito constitucionalizado, estas garantias necessitavam de ferramentas jurídicas que as efetivassem, não permitindo que se tornassem apenas declarações políticas vazias. Daí, a proliferação de direitos, entendida parcialmente como “consequência da emergência na sociedade de atores coletivos em luta pelos direitos é, ela própria, causa do fortalecimento e proliferação de tais atores e dos interesses coletivos de que eles são portadores”.¹³ Ou seja, aqui já se vislumbra o papel que passa a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Providência: o papel de depositário de direitos e garantias fundamentais, “o que nuns países mais do que noutros, veio traduzir-se no aumento exponencial da procura judiciária e, na consequente, explosão da litigiosidade”.¹⁴

Embora este panorama tenha majoritariamente como pano de fundo o continente europeu e, em alguma medida, reflita a ascensão dos tribunais na América do Norte, é tempo de verificar como se desenvolveu o papel das Cortes situadas mais ao sul do continente, especialmente no Brasil. Nesse viés, importa destacar que a trajetória histórica que levou muitos países europeus a passarem do período liberal para o período do Estado Social não se encaixa com o caminho percorrido pelos países menos desenvolvidos ou periféricos.¹⁵

O Brasil, com o fim do regime ditatorial que assolou o país por vinte e um anos, tenta restaurar a ordem democrática com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assumindo, assim, um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito. Nesta ocasião, o legislador constituinte ampliou as atribuições do Poder Judiciário ao prever de forma ampla, no texto constitucional, os mais diversos direitos

¹² SANTOS, Boaventura de S. **Pela Mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 217.

¹³ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.11.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.11.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**. nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017, p.29.

fundamentais, inclusive aqueles garantidores de um regime democrático e da separação de poderes.¹⁶

Dessa forma, a revisão bibliográfica¹⁷ realizada por Débora Alves Maciel e Andrei Koerner sublinha que, a partir da transição política, verificou-se a ascensão de instituições judiciais, de seus procedimentos e de seus agentes na democracia brasileira¹⁸, uma vez que o processo de redemocratização gerou imenso impacto no Poder Judiciário, pois “de um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento”, emergindo a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir sobre conflitos entre Estado e sociedade, entre os próprios cidadãos e, ainda, sobre as disputas entre os Poderes da República.¹⁹

Nota-se, portanto, que a partir do processo de redemocratização, a atuação política do Judiciário restou evidente, uma vez que a sociedade passou a reconhecer neste poder o agente garantidor do rol de direitos fundamentais, ao passo que muitas garantias passaram a receber proteção jurídica a partir do Texto de 1988, e esse acontecimento ficou conhecido como constitucionalização dos direitos, em virtude da desconfiança do Constituinte na concretização destes direitos pelos demais poderes. Para Macaulay, faz-se necessário atentar que a reorganização do terceiro poder, proporcionada pela nova ordem constitucional, não foi o único ponto responsável pelo aumento da sua atuação, de modo isolado, mas também a realidade política vigente na época.²⁰ Com a constitucionalização dos direitos e a progressiva percepção por parte de vários grupos sociais de que o Poder Judiciário poderia servir como instrumento para a garantia de seus direitos, houve o redimensionamento de sua atuação, bem como a ampliação da repercussão de suas deliberações no plano político.²¹ Assim, a sociedade assistiu à proliferação de leis avançar sobre o social avançar na regulação dos setores mais

¹⁶ GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da Judicialização da Política ao Ativismo Judicial**: uma análise constitucional democrática do Protagonismo Judicial: em busca de uma legitimação da decisão jurídica. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2014, p. 11.

¹⁷ MACIEL & KOERNER propõem analisar os sentidos da judicialização da política por meio de resenhas das obras Ministério Público e política no Brasil, de Rogério Bastos Arantes, e, A democracia e os três poderes no Brasil, organizado por Luiz Werneck Vianna.

¹⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002, p. 113.

¹⁹ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999, p. 83.

²⁰ MACAULAY, Fiona. Democratización y Poder Judicial: Agendas de Reforma em Competencia. **Revista América Latina Hoy**, abr., n. 39, p. 141-163. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005, p. 149.

²¹ TEUBNER, Günther. **Juridification**. Concepts, Aspects, Limits, Solutions. In: Günther Teubner (ed.). *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 07.

vulneráveis em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário.²²

Com o advento da Constituição de 1988, houve a abertura procedimental da Jurisdição Constitucional; esta, associada ao movimento de redemocratização na América Latina, pode ter se desdobrado em expressivo e constante aumento na judicialização dos conflitos sociais. O Supremo Tribunal Federal, no papel de Corte Constitucional, tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a inconstitucionalidade de leis e os atos normativos produzidos tanto em âmbito federal como estadual. Cabe, também, ao Supremo a competência para apreciar a constitucionalidade de propostas de emendas à Constituição que ameacem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas estabelecido por força do artigo 60, §4º, da Constituição. Na perspectiva de Oscar Vilhena Vieira, tal atribuição conferiu ao órgão “a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países”. Ainda, pertence “ao Tribunal a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, e, por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais”.²³ Em outras palavras, também no Brasil o Poder Judiciário passa a exercer um papel político a partir da nova ordem constitucional, consolidando um modo de operação de protagonismo frente aos demais poderes.

A atuação do Poder Judiciário tem se fortalecido cada vez mais e vem exercendo crescente controle sobre a vida política de modo que nada mais escapa da apreciação judicial: seja pela expansão de suas atribuições e possibilidades de ingerência, seja pelo movimento em que a sociedade passa a reconhecer neste as características de guardião das virtudes públicas - associando, assim, a moral ao direito e construindo uma sociedade em que o juiz torna-se protagonista direto da questão social.^{24,25}

Devido à relevância que conquistou o fenômeno do protagonismo judicial, cabe identificar os três âmbitos nos quais se desdobra a ascensão das Cortes. Quanto aos segmentos desse rearranjo, tem-se o ativismo judicial, a judicialização da política e a juridificação das relações sociais. Isto posto, tem-se que tanto a judicialização quanto o ativismo judicial

²² VIANNA, Luiz W.; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula M. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov. 2007, p.41.

²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008, p. 447.

²⁴ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p.53.

²⁵ VIANNA, Luiz W.; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula M. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov. 2007, p. 41.

partilham de semelhante contexto histórico e social, mas ocorrem em momentos diversos. Para Luís Roberto Barroso, enquanto a judicialização, no contexto nacional, “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [do Judiciário]”, já que o próprio modelo de controle de constitucionalidade com ampla gama de ações possíveis faz um convite ao protagonismo da Corte, o ativismo, por outro lado, “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.²⁶ Daí a importância de fazer anotações sobre os fenômenos, bem como apontar suas diferenças.

2.1.1 Ativismo judicial

No Brasil, a origem destes fenômenos coincide com o desenrolar da Constituição de 1988, pois nela está a raiz da atuação protagonista do Poder Judiciário. Este, por vezes, apoia-se nos ideais do Estado Providência para pautar uma participação mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais ainda com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, seja invalidando ações tomadas pelo Executivo, ou agindo sob o argumento de retraimento do Legislativo, por exemplo.

Em espectro mais amplo, as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana de atuação proativa da Suprema Corte, que a partir da segunda metade do século XX passou a elaborar jurisprudências de orientação progressiva em matéria de direitos fundamentais.²⁷ Importa observar que no sistema judicial norte-americano, fundamentado na tradição da *common law* e pautado pela produção de precedentes, no qual a jurisprudência desponta como fonte de criação do direito, existe maior identidade entre a tarefa do legislador e a do julgador, o que resulta na força da supremacia constitucional na ordem norte-americana. Daí que, “se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”, tal diferença de situação “permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law*”, como é o caso dos EUA, é muito mais custoso do que nos sistema da família romano-germânica a distinção do que seria uma atuação ativista dos juízes “a ser

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 335.

²⁷ BARACHO JUNIOR, José A. de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 315-345.

repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites juridicamente permitidos”.²⁸

Feita a distinção necessária, cumpre apresentar o que a doutrina tem tentado definir como “Ativismo Judicial”. O autor Luís Roberto Barroso aponta que o ativismo corresponde a uma postura adotada pelo magistrado com relação à interpretação das leis e da Constituição, possibilitando a ele que amplie o alcance das normas. Daí que o ativismo judicial pressupõe a ampliação da ingerência do Judiciário nos outros poderes a fim de que aquele intensifique os valores e os objetivos constitucionais. Na prática, o ativismo seria percebido pela declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo e pela estipulação de condutas ao poder público, bem como pelo uso do texto constitucional sem anuência do legislador em conjunturas não previstas expressamente pelo Texto Constitucional.²⁹ Logo, o ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão (ou pessoa) na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade.³⁰ Em outros termos, trata-se da “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.³¹

Quanto à teoria da separação dos poderes, Jürgen Habermas afirma que essa lógica só é coerente “se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo”.³² Na lógica da teoria do discurso, para que seja possível verificar a violação do princípio da separação dos poderes, deve-se levar em consideração o tipo de discurso a ser investigado, e só então será possível examinar se o Judiciário agiu de maneira ativista. Haja vista a diferenciação que o autor faz entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação tem-se que no primeiro caso é possível a utilização dos mais diversos espectros da razão, sejam eles morais, éticos, religiosos, políticos e pragmáticos, ao passo que o discurso de aplicação possibilita o exame do comportamento à luz de uma correção normativa.³³ Sob esta ótica, caberia ao Legislativo, no desenvolvimento de suas atividades, a utilização dos mais abrangentes argumentos para se

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 set. 2017.

³⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, pp. 233-234.

³³ Correção normativa deve ser compreendida como um conceito para a validade dos atos de fala, que têm analogia com a verdade. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

chegar a uma conclusão, não abrindo mão, claro, da observância ao princípio democrático. Já o Judiciário, pelo contrário, deveria afastar de seus argumentos decisórios aquelas razões pautadas pela moral, política e ética de modo a não violar a separação dos poderes. Ou seja, para Habermas, sob um viés procedimentalista do direito, o ativismo judicial é observado quando o juiz, na sua argumentação, passa a utilizar-se do discurso de justificação no lugar do discurso de aplicação, violando, assim, o princípio democrático.³⁴

Conta-se, ainda, com o entendimento de Patricio Alejandro Maraniello, para quem uma sentença é própria do exercício do ativismo do Judiciário quando o tribunal, além de resolver o caso específico levado a julgamento, inova em face dos outros poderes, dos demais magistrados e perante a sociedade com vista a alcançar mudanças na legislação, na jurisprudência ou nos costumes.³⁵ Além disso, o autor distingue o fenômeno do ativismo judicial em três tipos, ou classes, quais sejam: I) Ativismo racional ou justo; II) Ativismo irracional ou injusto; e, III) Ativismo social.

O primeiro tipo consiste em ampliar as garantias processuais para a proteção dos direitos, seja mediante a elaboração de novas garantias ou por meio da interpretação abrangente das garantias existentes. Ainda, pode criar direitos para garantir a proteção de algum direito que se entenda ter raiz constitucional e, assim, ampliar o rol de direitos protegidos, bem como aconselhar o Congresso quanto à necessidade de uma reforma legislativa sobre uma matéria específica e, ao final, proferir sentenças que sirvam de modelo a ser seguido pelo Estado e por todos os cidadãos.³⁶

Já o segundo tipo de ativismo - irracional ou injusto -, embora contemple os requisitos de ativismo, colide com os preceitos axiológicos da justiça, ou seja, com uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humanos não restritos ao sistema jurídico processual. Mesmo assim, essa expressão do ativismo poderia ser observada na pavimentação de caminhos processuais para facilitar e homologar as ações do Governo por meio de um salto de instâncias e, ainda, na validação de normas de emergência que restrinjam os direitos fundamentais e validem os excessos de qualquer poder.³⁷

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 183

³⁵ MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. **Pensar em derecho**. Nro. 1. año 1. 1 ed. diciembre de 2012. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Ciudad de buenos aires. p.121-165. p.129.

³⁶ MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. **Pensar em derecho**. Nro. 1. año 1. 1 ed. diciembre de 2012. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Ciudad de buenos aires. p.121-165. p.121-165.

³⁷ MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. **Pensar em derecho**. Nro. 1. año 1. 1 ed. diciembre de 2012. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Ciudad de buenos aires. p.121-165. p.121-165.

A derradeira expressão do ativismo, segundo a classificação de Maraniello, defende que a Justiça não só poderia como também deveria impulsionar mudanças sociais quando a política e os políticos se mostrarem impotentes ou, simplesmente, não se mostrarem dispostos a fazê-lo, filiando-se ao movimento encabeçado pelo norte-americano William Koski, que defende a igualdade de oportunidades de acesso a educação. Ressalta-se, porém, as diferenças nas garantias constitucionais entre os Estados Unidos e a Argentina – país de origem do autor. Isto porque, segundo Maraniello, a ausência de previsão constitucional principalmente de direitos sociais, como é o caso norte-americano, dá margem para esse tipo de abordagem para que se instale o debate sobre a demanda.³⁸

2.1.2 Judicialização da política

O engrandecimento do poder judicial, também conhecido como judicialização da política, não é uma especialidade brasileira - haja vista a emergência de uma onda de desconfiança sobre as instituições majoritárias no pós-guerra, especialmente na Europa, e que resulta na criação de Textos constitucionais que passam a confiar a tutela dos direitos fundamentais aos cuidados de instituições tidas como contramajoritárias, como as Cortes, por exemplo. Deste modo, as Constituições tratam de sustentar valores como a dignidade da pessoa humana, assentando este princípio como norteador de todo o ordenamento jurídico e, assim, instituindo limites materiais ao poder de modificar o texto constitucional com vista a dirimir a possibilidade de suplantação da ordem democrática.

Este fenômeno pode ser compreendido, contrariamente ao ativismo judicial, como um fator externo ao Poder Judiciário, obra de condições sociais implementadas e, como se viu, de alterações na percepção do direito no pós-guerra porquanto trouxeram “avanço significativo, pois produziram um incremento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, mas também simbolizaram um novo modo de compreender a concretização destas garantias”.³⁹ Neste cenário, a Constituição passa a buscar um equilíbrio entre a busca pela efetivação dos direitos fundamentais aliada à proteção de um regime democrático fundado na soberania popular. Esta lógica não se satisfaz com a mera legalidade: ao contrário, procura

³⁸ MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. **Pensar em derecho**. Nro. 1. año 1. 1 ed. diciembre de 2012. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Ciudad de buenos aires. p.121-165.

³⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 37.

uma aceitabilidade racional e certa coesão com o ordenamento jurídico, observando as particularidades de sociedades cada vez mais complexas e plurais.⁴⁰

Tate e Vallinder⁴¹ são expoentes precursores da expressão judicialização da política, e através da compilação dos trabalhos sobre o tema, tem-se que os autores buscavam analisar os efeitos das ações de instituições judiciárias em variados processos políticos ao redor do mundo. Nesse sentido, o processo de expansão do poder judicial corresponderia à “infusão do processo decisório judicial e de procedimentos jurídicos típicos da Corte em arenas políticas nas quais eles previamente não residiam”, segundo Torbjörn Vallinder.⁴² O fenômeno da judicialização da política corresponderia, portanto, à duas possibilidades conceituais; a primeira designaria “a expansão da competência das cortes ou dos juízes às custas dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos do processo decisório da legislatura, do gabinete, ou do serviço civil para as cortes ou, ao menos”, enquanto a outra corresponderia à difusão do método do processo decisório judicial para além da adequada competência judicial. Ou seja, seria o mesmo que dizer que a judicialização consiste necessariamente transformar algo em uma forma de processo judicial.⁴³ Cabe destacar, ainda, que a judicialização da política antes de ser compreendida como um fenômeno social e político derivado do encontro de diversos fatores, deve ser entendida como algo externo à atividade jurisdicional, isto é, não é por ela condicionada, e que tampouco tem nela sua origem.

Tem-se ainda o movimento de positivação do direito, que embora não repercute necessariamente em judicialização – enquanto movimento de entrega das contendas ao Judiciário –, posto que este fenômeno relaciona-se mais diretamente a outros fatores políticos e sociais, tais como o efetivo acesso da população ao Judiciário e também os custos implicados nisto, a positivação dos direitos de maneira inegável eleva a posição do magistrado ao tornar possível que aquele que teve violado o seu direito possa reivindicá-lo perante as esferas judiciais.⁴⁴ E é neste sentido que Jürgen Habermas assenta sua concepção de origem de protagonismo do Poder Judiciário, uma vez que os direitos positivados

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 246.

⁴¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expression of judicial power**. New York. New York, 1995.

⁴² VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 13.

⁴³ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 13.

⁴⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

pressupõem o estabelecimento de uma organização do sistema de justiça por parte do Estado, que é mesmo quem detém a autoridade na resolução de conflitos.⁴⁵

Emergem, então, condições para que a judicialização possa se realizar, ou seja, tornar-se frequente, ao passo que os direitos e as garantias fundamentais são traduzidos em normas jurídicas que podem prontamente ser adjudicados, isto é, questionados perante os Tribunais. Isto porque a nova ordem constitucional – seja a pós-guerra, de modo mais abrangente, ou a pós-88, no caso brasileiro – tratou de garantir ao Judiciário independência bastante para o exercício de suas funções.

Conforme Clarissa Tassinari, a judicialização da política pode ser entendida como expressão externa, extrínseca à vontade do Poder Judiciário, ao passo que deriva “de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade”.⁴⁶ A autora é categórica ao afirmar que o término da Segunda Guerra Mundial, associado ao advento da concepção de constitucionalismo dirigente, bem como a atuação de Tribunais Constitucionais, anunciam as condições suficientes para eclosão de um processo de intensa judicialização, tal como o experimentado pela sociedade contemporânea. Isto porque o primeiro fator consiste em inequívoco marco histórico para a alteração da compreensão do conceito de direito, enquanto o segundo fator tem relação com um maior comprometimento e ingerência do Poder Judiciário na realização das contingências constitucionais, e a terceira condição, por sua vez, reflete a primeira experiência de inclusão da noção de constitucionalismo democrático.⁴⁷

Cabe destacar que o ciclo fomentador da judicialização resulta em alta produção normativa em virtude do alto nível de interferência decorrente do modelo político e econômico característico do gênero Estado Social. Isso porque não cabe mais ao Estado exclusivamente se abster de agir, ou seja, cumprir uma função negativa, mas compete-lhe, também, norteado pela edição de legislação de cunho social, estabelecer as finalidades e os valores a serem perseguidos para alcançar a transformação social com vista a ocupar maiores dimensões também nos espaços dos poderes Legislativo e Executivo sem prejuízo da proeminência do Judiciário.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 214.

⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

⁴⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40.

Feitas as anotações sobre este instituto, destaca-se que os fenômenos tanto do ativismo judicial quanto da judicialização da política não podem ser confundidos e tratados como se fossem sinônimos. Importa frisar que onde há judicialização não necessariamente ocorrerá uma atuação judicial ativista, pois a primeira pode ser também uma manifestação social e política fruto da associação de diversos fatores ocorridos, por exemplo, com a constitucionalização de extenso rol de direitos, especialmente, depois da segunda metade do século XX. Deve ser aprendida, portanto, como algo exógeno à atividade jurisdicional, não sendo por esta condicionada e sem encontrar nela suas origens.⁴⁸

2.1.3 Juridificação das relações sociais

O termo juridificação está associado à presença do direito nas relações sociais. O modelo estatal de “juridificação do bem estar social abriu o caminho para novos campos de litigação”,⁴⁹ contemplando de forma expansiva quase todos os aspectos da vida privada, de modo a implicar em uma maior produção de normas jurídicas que regulamentem esta atividade do Estado, que se vê diante de maior juridificação⁵⁰ das relações sociais, fenômeno em que conflitos não são necessariamente levados ao Judiciário, mas são discutidos sob o ponto de vista jurídico.⁵¹ Em outras palavras, há uma proliferação da presença de leis. Ou seja, a estrutura formal do direito estaria em conflito em face das diretrizes político-morais terem invadido o âmbito jurídico, ao passo que a esfera social, de bem-estar social, estaria submersa no processo de juridificação, pois este refletiria a ampliação da regulação jurídica sobre a vida social.

Boaventura assinala que o que está na raiz dessa “sobrejuridicização da vida social, ou, da utopia jurídica de engenharia social através do direito, é a avaliação política de uma determinada forma de Estado, o Estado-providência”, que surgiu após a segunda grande

⁴⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Nº 65, nov/1995. Oficina do CES. Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal, p. 12. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf> >. Acesso em: 02/10/2017

⁵⁰ No presente trabalho os termos juridificação e juridicização são usados como sinônimos, vez que o termo ‘juridicização’ é decorrente da tradução do termo em alemão Verrechtlichung para o português de Portugal.

⁵¹ ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02/10/2017.

guerra.⁵² Porém, países não centrais, como o Brasil, padecem de alguns problemas adicionais, conforme as teorias sociológicas que ressaltam modelos explicativos gerados com base na experiência europeia e norte-americana.⁵³

Habermas afirma que, nos moldes do Estado Providência, juridificação refere-se, de modo geral, ao fato “de o direito escrito ter tendência a aumentar”. Para o autor, tal aumento corresponde a dois fenômenos: em primeiro lugar, a expansão do direito, ou, em outras palavras, “a regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais”; em segundo lugar, a densificação do direito, que consiste na divisão, “por especialistas do direito, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses normativas” mais pormenorizadas.⁵⁴

Por conseguinte, Habermas sustenta ser possível distinguir quatro processos sucessivos de juridificação de maneira esquemática. O primeiro processo de juridificação conduziu ao Estado Burguês, período do Absolutismo na Europa, e teve como escopo “garantir as liberdades na medida em que o direito privado burguês e uma autoridade burocrática exercida com os meios da legalidade acarretaram uma emancipação” em face das relações pré-modernas, ou seja, informais, de poder e de dependência.⁵⁵ No segundo surto de juridificação, o Estado de direito burguês desenvolveu-se na “regulamentação pelo direito constitucional de uma autoridade até agora limitada e ligada apenas pela forma legal e pelos meios burocráticos de exercício da dominação”.⁵⁶ Desta maneira, os burgueses (cidadãos) passam a receber direitos subjetivos públicos invocáveis contra o soberano, expressão da limitação do poder deste. No terceiro momento do processo de juridificação, agora em face de um Estado de Direito Democrático, passa-se a democratizar o poder de Estado constitucionalizado, ou seja, “alcança-se a juridicização do processo de legitimação na forma do direito de voto igual e generalizado, e da liberdade organizativa para associações e

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000, p. 151.

⁵³ SANTOS, Boaventura S; MENESES, Maria P. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Tendências da Juridicização**. Traduzido por Pierre Guibentif. Alemanha: Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 186. Disponível em: < <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Tendências da Juridicização**. Traduzido por Pierre Guibentif. Alemanha: Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 196. Disponível em: < <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Tendências da Juridicização**. Traduzido por Pierre Guibentif. Alemanha: Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 189. Disponível em: < <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2017.

partidos”.⁵⁷ No quarto surto de juridificação, que leva ao Estado de Direito Social e Democrático, tem-se “a constitucionalização de uma relação de forças implicada na estrutura de classes”, que conta como principais exemplos “a limitação do tempo de trabalho, a liberdade de coalizão sindical e a autonomia tarifária, a proteção face ao despedimento, os seguros sociais, etc”.⁵⁸

Sob tal perspectiva, tem-se que a estrutura do direito burguês torna essencial a “formulação de garantias do Estado Social nos termos de pretensões individuais correspondendo a hipóteses normativas gerais exatamente específicas”, ou seja, enquanto, “por um lado, as garantias estabelecidas pelo Estado Providência prosseguem o objetivo da integração social”, de outro, acabam por favorecer “a desintegração de relacionamentos de vida”.⁵⁹ Ainda, merece destaque o que Axel Honneth identifica como processo de juridificação, que consiste no oferecimento de proteção estatal à esfera da família, da escola, do lazer e da cultura, ocasionando uma mudança de compreensão entre os participantes dessas esferas, que passaram a se compreender também como portadores de direitos, podendo assumir, de modo recíproco, atitudes estratégicas com vista a impor juridicamente seus interesses ameaçados a seus parceiros de interação, endossando mais uma vez o protagonismo atribuído ao terceiro poder.⁶⁰ Nesse sentido, a juridificação compreende um processo em que o indivíduo tende a fechar-se em sua esfera privada, considerando sua liberdade exclusivamente no sentido negativo, e a partir desse entendimento construir seu modo de viver.

Essa dinâmica é descrita por Honneth como uma patologia social, ou seja, como a prática social institucionalizada do exercício exclusivo de apenas uma liberdade - no caso, a liberdade negativa, ao passo que o indivíduo começa a se reconhecer unicamente como detentor de direitos e pretende que a realização desses esteja acima da realização coletiva de um projeto ou deixa de reconhecer os limites da sua liberdade quando esta interfere no exercício da liberdade do próximo.⁶¹ Nesta perspectiva, Honneth desenvolve seu juízo de

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Tendências da Juridificação**. Traduzido por Pierre Guibentif. Alemanha: Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 190. Disponível em: < <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Tendências da Juridificação**. Traduzido por Pierre Guibentif. Alemanha: Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 191. Disponível em: < <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Tendências da Juridificação**. Traduzido por Pierre Guibentif. Alemanha: Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 196. Disponível em: < <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁶⁰ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 163.

⁶¹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp. 157-173.

patologia jurídica, definindo-a como o uso da gramática da liberdade negativa como alicerce para a obtenção de todos os seus direitos.

2.2 OS SINTOMAS

Considerando a saliência alcançada pelo protagonismo do Poder Judiciário no pós-guerra, assim como a indispensabilidade da sua inteligência para a compreensão da contemporaneidade, coube realizar a diferenciação das facetas desse fenômeno explicando no que consiste o ativismo judicial, a judicialização da política e a juridificação das relações sociais. Isto porque o entendimento sobre as diferenças e possíveis intersecções entre os diferentes âmbitos permite identificar aquele que é mais frequentemente noticiado na caracterização da sociedade brasileira, isto é, na construção de um senso comum sobre uma possível judicialização da sociedade.

Esclarecidas as diferenças e as aproximações dos institutos do ativismo judicial, da judicialização e da juridificação, importa ressaltar que a ascensão do Judiciário, enquanto origem desses desdobramentos, não é benefício ou azar de um único país ou região⁶², embora a construção do Estado nos países centrais, segundo Boaventura, ocorra de modo diverso à construção dos países na América Latina, por exemplo. Enquanto a Europa viveu a sucessão de períodos de gestão governamental estatal de cunho liberal e de bem-estar social, e também a crise deste último modelo, a realidade latino-americana experimentou longos períodos antidemocráticos. Em face destas características, o Judiciário na região contemplava atributos de dependência e fragilidade, sendo visto, por um longo período, como um poder politicamente neutralizado.⁶³ Passada a segunda grande guerra, o continente latino-americano, que já herdara e, ainda, somara problemas suficientes no decorrer do século XX, viu-se envolto, novamente, em uma instabilidade política, econômica e social. Em um contexto histórico de fragmentação social e de crescente descrença nas instituições e nos representantes políticos, um ponto em particular chama a atenção: a confiança que ainda (e cada vez mais) parece estar sendo deslocada e creditada ao Poder Judiciário pela sociedade.

Ou seja, observa-se a ascensão das Cortes a partir dos processos constituintes ao final dos anos de 1980 e início do século XXI, fase marcada pelo fim dos regimes autoritários

⁶² VIANNA, Luiz W. et al, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 39-85, 1999, p. 40.

⁶³ SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Nº 65, nov/1995 Oficina do CES. Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal, p. 31-43. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf> >. Acesso em: 02/10/2017

instaurados em diversos países da América Latina e pela transição para regimes democraticamente estabelecidos. Neste período, emerge na região o constitucionalismo como desdobramento da implementação de regimes democráticos, bem como o Judiciário forte desponta, então, como uma garantia dos novos arranjos democráticos.⁶⁴

A promulgação de Constituições rígidas e dirigentes, que têm “a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental”,⁶⁵ com um catálogo de direitos fundamentais extensos e resguardados contra as maiorias parlamentares, importa em um acréscimo nas atividades do Poder Judiciário que culmina em um novo modo de interpretar e aplicar o direito, desvelando a preponderância deste nas decisões políticas, inclusive colocando-o no centro do debate jurídico e político atual da região.⁶⁶ Com a constitucionalização dos direitos e a progressiva percepção por parte de vários grupos sociais de que o Poder Judiciário poderia servir como instrumento para a garantia destes, houve o redimensionamento da sua atuação, bem como a ampliação da repercussão de suas deliberações no plano político.⁶⁷

A “revolução dos direitos” na América Latina tem seguido, essencialmente, duas direções: o da reinterpretação judicial dos direitos já existentes formalmente na Carta Constitucional e o da criação de novos direitos. No primeiro caso, o escopo principal é a efetivação dos direitos existentes tornando-os direitos reais.⁶⁸ Ainda, nota-se que a luta e reivindicação por direitos políticos fora muito mais forte no passado, durante os períodos de exceção, do que é agora, com o restabelecimento de governos civis. Atualmente, pode-se dizer que assistimos “nos países latino-americanos a um florescimento crescente de movimentos pela luta e pela garantia de direitos econômicos e sociais (não que os direitos políticos sejam absolutamente garantidos, mas o cenário institucional é outro)”.⁶⁹

Por meio de pesquisa documental de informações obtidas em site de pesquisa⁷⁰ quando consultadas as palavras “judicialização”, “sociedade” e “brasileira” e/ou “Brasil”, observou-se

⁶⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expression of judicial power**. New York. New York, 1995, p. 02.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 14.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8, n. 01, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 60.

⁶⁷ TEUBNER, Günther. Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions. In: Günther Teubner (ed.). **Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 07.

⁶⁸ NASCIMENTO, Emerson. A judicialização da política e seu impacto sobre a América Latina. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 58-82, jan./jun. 2010, p. 73.

⁶⁹ NASCIMENTO, Emerson. A judicialização da política e seu impacto sobre a América Latina. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 58-82, jan./jun. 2010, pp. 73-4.

⁷⁰ Tal como a ferramenta de pesquisa Google.

que há considerável montante de publicações em jornais eletrônicos, blogs e sites que reforçam a perspectiva de uma sociedade brasileira hiperjudicializada. Decorre desta lógica, portanto, a avaliação, por alguns autores, de que há em curso um processo de judicialização não só da política, mas também da vida,⁷¹ que se deu tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. Isto é, o país estaria vivenciando o movimento de regulação normativa e legal do viver por meio de uma “Constituição extremamente abrangente, que cuida de muitos temas e cuida deles de maneira analítica e detalhada, sobre os quais os sujeitos se apropriam para buscar a resolução dos seus conflitos perante o Judiciário”.⁷² Nesta perspectiva de que a crescente ‘colonização do mundo da vida pelo direito’ pode ter acarretado um desvirtuamento da compreensão do seu papel, paira sob a sociedade um consenso de haver uma realidade hiperjudicializada tanto política quanto socialmente.

Já no ano de 2009, o então presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Gilmar Mendes, anunciava que a judicialização no país poderia ter alcançado um de seus maiores índices, pois, segundo o ministro “Nós temos no Brasil uma cultura de judicialização que talvez tenha atingido seu limite”. Esta declaração foi feita durante a assinatura do convênio entre o Conselho, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e a Universidade Vale do Itajaí (Univali) para promover, mediante a criação das Casas de Justiça e Cidadania, meios alternativos para solucionar os conflitos que chegam ao Judiciário e, assim, dar um passo “significativo para aumentar o acesso à Justiça com ampliação desses postos”, nas palavras do então presidente.⁷³ Manchetes mais recentes denunciam um tribunal ainda mais abarrotado, e chamam a atenção por anunciar que “com quase 3 milhões de processos, Judiciário gaúcho tem média de um caso para cada quatro habitantes”, fazendo alusão ao fato de que, no ano de 2016, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) terminou o ano com 2,78 milhões de processos em estoque – o que, proporcionalmente, indicaria que, a cada quatro habitantes do Estado, um poderia estar

⁷¹ Termo cunhado pelo ministro Luís Roberto Barroso, em palestra proferida em Washington. Fonte: BRASIL, Cristina I. Brasil atravessa o fenômeno da judicialização da vida, diz Barroso. **EBC Agência Brasil**. Publicado em 25 ago. 2016. Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/quase-tudo-pode-de-certa-forma-chegar-ao-supremo-diz-barroso> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁷² BRASIL, Cristina I. Brasil atravessa o fenômeno da judicialização da vida, diz Barroso. **EBC Agência Brasil**. Publicado em 25 ago. 2016. Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/quase-tudo-pode-de-certa-forma-chegar-ao-supremo-diz-barroso> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁷³ BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização no Brasil pode ter atingido seu limite, diz presidente do CNJ. 08 jun. 2009**. Notícia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/67249-judicializacao-no-brasil-pode-ter-atingido-seu-limite-diz-presidente-do-cnj> Acesso em: 08 jun. 2009.

envolvido em uma disputa judicial.⁷⁴ Neste sentido, falas como a de Luiz Werneck Vianna reforçam a percepção de que “estamos novamente sob o risco de recair no domínio de corporações estranhas à política”, em alusão às corporações militares que presidiram a última ditadura brasileira, embora a ameaça, agora, tenha origem “no Terceiro Poder, cujo gigantismo entre nós já extrapolou em muito os papéis que o notável jurista Mauro Cappelletti admitia como legítimo nas democracias modernas”. Neste viés, “a atual invasão do Poder Judiciário sobre as dimensões da política e das relações sociais não encontra paralelo em outros casos nacionais”, posto que isto, até pouco tempo, indicava “uma patologia mansa”, e agora “se vive à beira de um governo de juízes, a pior das tiranias, visto que dela não há a quem recorrer”. Vianna reforça ainda que já não se trata “de um juiz intervir com leituras criativas da lei em casos singulares, uma vez que seu objeto é a própria História do País que se encontra em tela – o Brasil necessitaria, na linguagem dos procuradores, secundada por vários magistrados, ser passado a limpo”.⁷⁵

A temática também encontra lugar no blog do Noblat, espaço virtual em que o jornalista Gaudêncio Torquato escreve todas as semanas. Recentemente, Torquato publicou que já é sabido que “há algum tempo o Supremo adentra o território legislativo”, sendo costumeiro “ouvir-se nas rodas políticas o comentário de que os magistrados usurpam funções legislativas”, o que culmina no tensionamento entre os três poderes e agrava a “judicialização das relações sociais, fenômeno que se expressa tanto em democracias incipientes quanto em modelos consolidados (...), nos quais os mais variados temas envolvendo políticos batem nas portas do Judiciário”. Soma-se a isso a postura do Ministério Público, que, na certeza de que “a sociedade carece de braços de defesa”, encaminha copiosa pauta de conflitos ao Judiciário. Ainda, conta-se com “minorias políticas (que) recorrem às Cortes para fazer valer direitos”, bem como as associações civis e as esferas governativas, que produzem Ações Diretas de Inconstitucionalidade para serem decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final, o jornalista pontua que a “passagem da política pelos túneis judiciários se tornou mais intensa, a partir de 88, quando a Constituição Cidadã escancarou o portão das demandas sociais”, posto que seus dispositivos legais “férteis em ambiguidade, propiciam condições para a instalação

⁷⁴ ELY, Débora. **Com quase 3 milhões de processos, Judiciário gaúcho tem média de um caso para cada quatro habitantes.** Notícia. GAÚCHAZH, 18 jun. 2017. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2017/06/com-quase-3-milhoes-de-processos-judiciario-gaicho-tem-media-de-um-caso-para-cada-quatro-habitantes-9819237.html> >. Acesso em: 13 out. 2017.

⁷⁵ VIANNA, Luiz W. Um imenso tribunal: Banir a atividade política é nos deixar entregues a um governo de juízes ou militar. **O Estado de S. Paulo**, 01º out. 2017. Disponível em: < <http://opiniaio.estadao.com.br/noticias/geral,um-imenso-tribunal,70002022579> >. Acesso em: 13 out. 2017 (grifo nosso).

de um processo de judicialização da vida social”, proliferando as disputas nas esferas pública e privada.⁷⁶

O advogado e professor universitário Marco Aurélio Marrafon manifestou sua opinião em coluna pública pelo site Consultor Jurídico, na qual discorre sobre o qual seria o melhor meio para a concretização da Constituição de 1988, afirmando que “o Direito se realiza quando os cidadãos o vivem de maneira efetiva, fazendo com que seus princípios e regras se tornem práticas sociais compartilhadas”. Porém, em face do contexto social e político atual, seria “possível constatar outras consequências da nova economia psíquica e da formação do neosujeito hiperindividualista”. Em outras palavras, Marrafon aduz que, na ausência do “laço ético entre o individual e coletivo, a sociedade brasileira caminha para o distanciamento cada vez maior desse ideal de realização do Direito”, o que resulta no fenômeno da “judicialização da vida”, e, para justificar seu diagnóstico, aponta duas hipóteses. A primeira conjectura seria de que há uma “inversão da prioridade entre as diferentes ordens normativas e seu papel de estabilização social, fazendo com que o Direito, que deveria ser a *ultima ratio*, tenha se tornado a *prima ratio* na resolução de conflitos”. Ou seja, ante a improbabilidade das interações sociais terem êxito por si só, “resta a violência institucionalizada do Direito — ou, ao menos, sua ameaça de potencial sanção — como último recurso para resolver controvérsias humanas”. A outra hipótese, “decorrente da primeira, é que o componente normativo da sanção está supervalorizado, sobrepondo-se à legitimidade enquanto elemento de garantia de eficácia das próprias normas jurídicas”. Neste viés, a perspectiva punitiva ganha cada vez mais força no discurso jurídico, robustecendo a exigência de uma sanção célere, indiferente à violação do “direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa”, coroando a perda do diferencial do Direito em relação às normas sociais. Porém, o resultado desta dinâmica é paradoxo, ao passo que “essa situação leva à ausência de eficácia geral do sistema de Justiça e, conseqüentemente, à perda de credibilidade do próprio Direito ante ao não atendimento das demandas em seu devido tempo”. Assim, o autor é categórico: “ou há um resgate ético e os conflitos se revolvem de maneira alternativa”, ou a cultura do litígio “baseada na coação e encobrimento do outro acabará com as possibilidades de uma jurisdição eficaz, tornando o sistema jurídico algo meramente simbólico”. Finaliza sua explanação com um exemplo que pretende ilustrar seus argumentos: “a vaia da torcida brasileira na execução do hino do Chile durante jogo da Copa do Mundo é apenas mais um dos sintomas dessa perversão

⁷⁶TORQUATO, Gaudêncio. Se vis pacem para bellum. Blog do Noblat. **O Globo**, 01º out. 2017. Disponível em: < <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2017/10/se-vis-pacem-para-bellum.html> >. Acesso em: 13 out. 2017.

democrática”, pois, para Marrafon, tal conduta, reflexo de “cidadãos sem limites, com tão baixo compromisso ético, a judicialização da vida se revela um caminho sem volta”.⁷⁷

O mesmo mote vem sendo reforçado por Luis Roberto Barroso, que cunhou o termo judicialização da vida, e tem se manifestado a respeito em palestras e entrevistas. Durante a conferência "O Supremo Tribunal Federal e Algumas Questões Controvertidas: Execução Penal, Drogas, Foro Privilegiado e Indenização a Presos", em agosto de 2016, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Barroso afirmou que “o País vive um momento singular, de ascensão relevante do Poder Judiciário e de judicialização da vida”, que está em consonância com um movimento mundial, “iniciado ao final da Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade sofreu um desencanto com a política majoritária e percebeu a importância do Judiciário na garantia de um Estado Democrático de Direito”, explica. Para ele, o fato de temas tipicamente de Estado comporem a Constituição, tal como o acesso universal à saúde e à educação, resulta em um número ainda maior de judicializações dessas questões. Isto porque, no âmbito político, seja no Legislativo ou no Executivo, “não se costuma elaborar consensos, então, como assuntos relevantes como esses estão na Constituição, acabam indo para o Judiciário”. Como reflexo desta (des)estrutura, o Supremo acaba discutindo “desde a reforma da Previdência até a importação de pneus, desde pesquisas com células-tronco até o debate se o colarinho faz parte da cerveja ou não”, ironiza o autor.⁷⁸

Em entrevista ao blog do repórter Fausto Macedo do jornal O Estado de São Paulo, o então presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, fala sobre a implementação de um Conselho Consultivo Interinstitucional pelo tribunal com vista a aproximar a sociedade do Judiciário e, assim, em seu entendimento, fomentar a democracia participativa. Isto porque o desembargador acredita que a aproximação poderá resolver o que ele chamou de “uma epidemia de judicialização”, já que com quase 100 milhões de processos em tramitação, “mais de 800 mil advogados, 17 mil juízes, 15 mil promotores, 6 mil defensores públicos, quantos milhares de procuradores, de delegados de polícia, tabeliães, registradores públicos”, o país estaria submetido há “uma excessiva jurisdicização da vida”. Para Nalini, “o Direito passou a ser um ingrediente diário do convívio e a única resposta que o pessoal dá para os problemas é a judicialização”, e para enfrentar essa hipótese seria necessário poder solucionar os problemas sem ingressar em juízo. Ele adverte sobre a

⁷⁷ MARRAFON, Marco A. **Baixo grau de ética nas relações humanas causa judicialização da vida.**

Consultor Jurídico, 30 jun/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-30/constituicao-poder-baixo-grau-etica-causa-judicializacao-vida>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁷⁸ SANDER, Isabella. **Para ministro do STF, País passa por fase de ‘judicialização da vida’.** Jornal do Comércio, 29 ago. 2016. Disponível em: http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/08/geral/518284-para-ministro-do-stf-pais-passa-por-fase-de-judicializacao-da-vida.html. Acesso em: 13 out. 2017.

existência de uma judicialização da sociedade que estaria na iminência de “considerar a Justiça um bem que é suscetível de ser convertido em uma bolsa, bolsa-Justiça”, que contaria sempre com um defensor, “um advogado pro Bono exercendo a Justiça gratuita para fazer com que as pessoas entrem em juízo”. Sobre isso, Nalini destaca que a “facilidade do acesso ao Judiciário” estaria concatenada à banalização da judicialização e ambas teriam como principal consequência desacostumar “a pessoa a protagonizar os seus interesses mediante um exercício de autonomia”. Para ele, caso não haja uma mudança de educação e cultura, permanecerá a dinâmica social em que “para tudo precisa de um advogado para entrar em juízo”. Por fim, ressalta que “a administração da Justiça não precisa ser a judicialização de todos os problemas, pode ser um acompanhamento para uma tentativa de acordo”, salientando a conveniência de métodos de solução de conflitos alternativos ao Judiciário.⁷⁹

A magistrada federal Giselle de Amaro e França, em matéria publicada em revista eletrônica, fala sobre a necessidade de abandonarmos a ilusão de que tudo deve ser judicializado. Trazendo os dados do relatório “Justiça em Números 2014, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, informa que no final de 2013 havia no Brasil 95,14 milhões de processos em tramitação”, causando espanto que só “naquele ano ingressaram nada menos que 28,3 milhões de novas ações”. Ainda, apresenta a comparação da demanda da justiça, que em 1988 tinha em torno de 350 mil processos em tramitação, ao passo que 25 anos depois a demanda da justiça aumentou 270 vezes. Quanto ao significado destes dados estatísticos, a juíza é taxativa ao apontar o Texto de 1988 como “uma das causas da expansão do Judiciário”, pois não apenas “consagrou um amplo rol de direitos fundamentais, individuais e sociais”, mas também ampliou o “acesso à esfera judicial, ao estabelecer no inciso XXXV do artigo 5º que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito’, o que, em alguma medida contribuiu à judicialização”, juntamente com a favorável conjuntura político-social do país. Somam-se a isto outros indicadores, “pelo menos dois outros fatores devem ser adicionados nessa equação: a cultura jurídica e a postura adotada pelos juízes”. Enquanto a cultura jurídica “indica a maior ou menor propensão que determinada sociedade apresenta em relação aos litígios judiciais, ou seja, o quanto entrega ao Judiciário a solução de seus litígios”, o outro indicador reflete as posições adotadas pelos magistrados em face das demandas que lhe são apresentadas. Assim, destacam-se “duas principais possibilidades de atuação judicial: ativismo”, enquanto designa uma participação

⁷⁹ VENTURINI, Lilian. “É o momento de o Judiciário acertar o passo com a sociedade”, diz presidente do TJSP. Entrevista com José Renato Nalini, por Fausto Macedo e Mateus Coutinho. **O Estado de São Paulo**, 23 jun. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/e-o-momento-de-o-judiciario-acertar-o-passo-com-a-sociedade-alerta-presidente-do-tjsp/>>. Acesso em 02 nov. 2017

mais ampla e intensa do órgão judicial na concretização dos valores constitucionais, “e a autocontenção, caracterizada pela técnica de decisão por meio da qual o juiz, valendo-se de entraves processuais, evita pronunciar-se sobre o mérito da questão, adotando uma posição minimalista, mais contida”. Para a autora, “já não causa estranheza alguma saber que em algum momento as questões de interesse social serão levadas e discutidas na arena judicial”. Resta evidente, portanto, que esta constatação é um demonstrativo da confiança depositada no sistema de Justiça. Mas França assevera que “algum excesso parece estar ocorrendo, pois são 95 milhões de processos! Será que não estão sendo judicializadas questões demais? Será que tudo, mas tudo mesmo, deve ser judicializado?”.⁸⁰

Partindo dos mesmos pressupostos que a magistrada França, João Barroso Filho, ministro-ouvidor do Superior Tribunal Militar, aponta no site Consultor Jurídico que “tramitam no Judiciário brasileiro cerca de 100 milhões de processos”, e que essa erupção de demandas judiciais se caracterizou como “afirmação de uma cidadania ativa”. Outro dado interessante é de que, a partir do Texto de 1988, “o número de processos ajuizados multiplicou-se em mais de 80 vezes” - e, não exclusivamente por isso, mas também em função disso, observa-se uma “demora na prestação jurisdicional o que leva à não solução do caso, em tempo razoável”. Tal situação não decorre de falha do Judiciário, “que já atua no seu limite, e, tampouco por que o cidadão não deva buscar os seus direitos, mas, porque este modelo de judicialização imediata dos conflitos chegou a sua exaustão”. Aqui, o autor faz um destaque para que distinga que acesso à Justiça não é, necessariamente, acesso ao Judiciário, ao passo que o que se pretende é que a solução para os conflitos possa ser construída pelas partes envolvidas ou imposta por uma decisão judicial. Contudo, mesmo que o Judiciário brasileiro, conforme Barroso Filho, “seja um dos mais produtivos do mundo, por ano, são prolatadas cerca de 27 milhões de sentenças conjugadas com outros milhões e milhões de decisões, o cidadão sofre com a demora na solução de seus processos”. Esmiuçando estes dados, o autor desvela que deste montante de processos, “51% dos processos em andamento são demandas do Poder Público e cerca de 30 milhões de ações são decorrentes de relações de consumo”, definindo com clareza quais seriam os grandes demandados. Então, para Barroso Filho, seria necessária “uma mudança cultural, para fugirmos desse caótico costume do litígio, que nos conduza à valorização do diálogo e das soluções autocompositivas, de preferência, sem a necessidade de ações judiciais”. Nesta lógica, pontua-se que tanto “o cidadão (usuário

⁸⁰ FRANÇA, Giselle de A. **É preciso abandonar a ilusão de que tudo deve ser judicializado**. Consultor Jurídico, jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-04/segunda-leitura-preciso-abandonar-ilusao-tudo-judicializado#_ftnref2>. Acesso em: 02 out. 2017.

de serviço público ou consumidor) deseja ver o seu caso resolvido” quanto o Estado precisa que os conflitos sejam pacificados. Daí decorre que o “conflito não pode ser ignorado ou dissimulado: deve ser aceito, até porque é importante para o desenvolvimento e amadurecimento democrático das relações sociais”. Porém, não se deve ficar preso ao conflito, pois, reforça o autor, “a perpetuação da divergência leva a desconfiança, ao descrédito nas relações e no diálogo como meio para construção de alternativas”, dando azo à emergência de radicalismos que não são bem-vindos tanto para a ordem democrática quanto para a cidadania.⁸¹

Sob a mesma óptica de um alto índice de judicialização da sociedade, no ano de 2015 o ministro Ricardo Lewandowski – presidente do Supremo Tribunal à época – afirmou que seria necessário ao Judiciário “criatividade para superar o excesso de litígios que a sociedade brasileira apresenta aos tribunais”, para assim assegurar o direito constitucional à razoável duração do processo. Neste sentido, o ministro enfatizou a necessidade de implementação de soluções inovadoras para aprimorar a prestação jurisdicional, tais como “as práticas consensuais, como a mediação e a conciliação”, que seriam um “exemplo de como superar o desafio da litigiosidade excessiva” que, no ano de 2014, significou 28,88 milhões de novos processos a tramitar na Justiça brasileira - 1,1% a mais do que em 2013. Lewandowski ainda sublinhou que estas práticas alternativas resultariam em uma significativa “mudança cultural”, já que ao se evitar a judicialização, sobretudo quando as demandas envolvessem direitos disponíveis ou de natureza patrimonial, se estaria contribuindo “para a tão necessária pacificação da sociedade, incentivando-a a resolver seus próprios problemas, sem simplesmente transferi-los para o Estado, de maneira consentânea com a democracia participativa instituída pela Constituição cidadã”, afirmou.⁸²

Evidenciando a relevância da temática, ou seja, reforçando a intuição da opinião pública de proeminência do Judiciário em face dos outros poderes, tem-se que a pesquisa sobre o índice de credibilidade das instituições no país - um elaborado pelo Datafolha⁸³, encomendado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e outro pelo

⁸¹ BARROSO FILHO, José. Ouvidoria, compliance e auditoria Interna são órgãos complementares. **Revista Consultor Jurídico**. 09 out. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-out-09/barroso-filho-ouvidoria-compliance-auditoria-sao-complementares> >. Acesso em: 13 out. 2017.

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. **Ministro defende criatividade para assegurar razoável duração do processo**. Publicado em: 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304744&caixaBusca=N>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸³ DATAFOLHA. **Pesquisa de opinião encomendada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/07/Apresenta%C3%A7%C3%A3o1-ref-e-conf.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

Ibope⁸⁴, ambos no ano de 2015 – verificou que a instituição Justiça, enquanto Poder Judiciário, bem como as Forças Armadas, a própria entidade dos advogados, a Igreja Católica e os meios de comunicação - a imprensa - estão entre as cinco instituições mais confiáveis, segundo a opinião pública; por outro lado, as instituições políticas, ou seja, a presidência e os ministérios - ou, ainda, o congresso nacional - são as últimas colocadas. O que os resultados desta pesquisa revelam é que em grande medida o descrédito nos grupos políticos parece ser projetado em credibilidade ao Judiciário – o que acaba por reforçar o protagonismo deste Poder, ao passo que há um esvaziamento do político e, conseqüentemente, um desequilíbrio prejudicial das instituições com reflexos inclusive no desenvolvimento da democracia.

Logo, as impressões manifestadas por professores universitários, ministros, advogados e jornalistas reverberam também no campo teórico de modo que facilmente se encontra autores que apostam no diagnóstico de uma sociedade (brasileira) hiperjudicializada. O protagonismo judiciário vivido na contemporaneidade parecer ser um desdobramento do que Christian Lynch denominou “ruibarbosismo”⁸⁵, ou seja, “uma ideologia judiciarista, que critica acidamente a má qualidade da política praticada no governo e no Parlamento, apostando na tutela do Judiciário como meio para corrigi-la” se combinada com a suposta idoneidade de um governo orientado pelo “cumprimento da Constituição”. Nesse sentido, caberia limitar “a política pelo direito, os dois poderes políticos pelo poder jurídico”, ao passo que os juízes são tidos como representantes dos “valores republicanos, de valores liberais, voltados para a defesa da democracia liberal; eles são os sacerdotes que velam pela verdade da Constituição”.⁸⁶

A atuação do Judiciário no processo de tomada de decisões importantes para a toda sociedade tornou-se cada vez mais frequente, haja vista que o Supremo Tribunal Federal cotidianamente figura nas páginas dos noticiários de modo que parece ser uma tarefa árdua identificar uma decisão política relevante no Estado brasileiro que não tenha sido objeto de judicialização. Para o cientista político Fabiano Engelmann, “esse processo (de ascensão do Judiciário) é induzido pelas garantias funcionais, prerrogativas de exercício de função e

⁸⁴ IBOPE Inteligência. **O Índice de Confiança Social ouviu 2.002 pessoas com mais de 16 anos em 142 municípios**. Disponível: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicees-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx> >. Acesso em: 02 out. 2017.

⁸⁵ Em alusão ao jurista e político, entre outras titulações, Rui Barbosa, que preocupado com a defesa do Estado de Direito, apostava no fortalecimento do Poder Judiciário para conservação da República, em face da substituição do parlamentarismo pelo presidencialismo, no Brasil, modelo que acreditava deixar a o país à mercê dos excessos do detentor do cargo Executivo. In: LYNCH, Christian E. C. *Togados da Breca: de Rui a Joaquim, barbosismo no STF*. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 24-40, 2012.

⁸⁶ LYNCH, Christian E. C. *Togados da Breca: de Rui a Joaquim, barbosismo no STF*. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 24-40, 2012, p. 38.

grande estrutura burocrática dessas instituições”. Tal empoderamento institucional beneficia “a simbologia de um poder de estado neutro e meta-político (encarregado da guarda da moralidade pública)”, à medida que o “protagonismo central nos recentes escândalos políticos brasileiros⁸⁷ fornece um importante exemplo do lugar ocupado no espaço público” pelas mais diversas categorias de “profissionais do direito que ancoram a sua força política na manipulação da técnica jurídica”.⁸⁸

Soma-se a este caso a judicialização da sociedade, fenômeno decorrente do princípio de que o Judiciário, se "provocado adequadamente, pode ser um instrumento de formação de políticas públicas", reforçando a esta instituição centralidade no âmbito da garantia de direitos.⁸⁹ Ocorre que aqui está uma das complicações enfrentadas pelo Judiciário hoje: “a discussão judicial, discussão política, faz-se ainda sob o signo do confronto de vontades, de interesses, de atores individualizados”, ainda que esses atores sejam sindicatos ou corporações. Logo, uma política pública, seja uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, ou ainda um plano de estabilização monetária “não pode ser compreendida senão em referência plurilateral, e às disputas em torno de um bem comum, que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados” na imprensa. Assim, resta o Judiciário como espaço de discussão pública, de questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver.⁹⁰

Sob essa lente, revela-se que não somente os atores privilegiados se utilizam da via judicial para resolver conflitos políticos (por exemplo, partidos políticos, chefes do Executivo, etc), mas judicializar relações sociais compreende um processo muito mais amplo, que eleva o Judiciário a referencial também de resolução de conflitos sociais, o que descambaria em uma sociedade hiperjudicializada. No caso brasileiro, a histórica ausência de cultura cívica em virtude das recorrentes quebras constitucionais da história do Estado de Direito dá relevo especial à “expansão do direito e do Poder Judiciário, em uma sociedade que jamais conheceu, de fato, a liberdade”, revestindo-se, portanto, de uma dupla inspiração. De um lado,

⁸⁷ O autor refere-se à crise política nacional que culminou no processo de impeachment contra a presidenta eleita Dilma Rousseff, que teve seu rito estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, que atuou ativamente, também, na concessão da liminar de impedimento da posse do ex-presidente Lula como ministro da Casa Civil e que avaliou se o pedido de cassação do presidente da Câmara, Eduardo Cunha, poderia ou não ser suspenso.

⁸⁸ ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. **Revista Conjuntura Austral**. Porto Alegre, v. 7, n. 37, pp. 09-16, ago./set. 2016, p. 10

⁸⁹ DALLARI, Sueli et al. A. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. **Revista de Saúde Pública**, v. 30, n. 6, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101996000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 out. 2017.

⁹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais** - teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

“nasce, como em outros contextos nacionais contemporâneos, da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema da representação”, já por outro, traduz uma “prática com raízes profundas na história brasileira, em que o direito, como instrumento de ação de um *intelligentzia* jurídica, se põe a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana”.⁹¹

Nesse viés, o movimento de judicialização ganha destaque revelando que o Judiciário ocupa a centralidade nos processos de resolução de conflitos. Cabe agora passar à análise dos dados fornecidos pelos relatórios “Justiça em Números”, frutos das investigações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a fim de que seja possível verificar o pressuposto prático de que vivemos em uma sociedade hiperjudicializada. Por fim, e talvez o mais importante para o presente estudo, se empreenderá a tentativa de vislumbrar com clareza se é realista o diagnóstico de uma sociedade brasileira hiperjudicializada, tendo como premissa a existência de conflitos intersubjetivos que se encontram no balcão do Judiciário.

2.3 O DIAGNÓSTICO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – aquela chamada de “Reforma do Judiciário” –, foi instituído a exercer a função de controle externo do Judiciário,⁹² o que se pode traduzir em dois tipos de atribuições: uma, de planejamento estratégico e gestão administrativa dos tribunais; e outra, de controle disciplinar e correccional das atividades dos magistrados. A criação do órgão permitiu o estabelecimento de alguns padrões e diretrizes nacionais para o funcionamento dos tribunais, especialmente quanto à administração de recursos humanos e financeiros, à informatização e à gestão de informações. Ainda, pela Emenda Constitucional 45 foi proporcionado ao CNJ o poder de correção e controle disciplinar, ou seja, o poder de investigar, corrigir e punir irregularidades e desvios de conduta praticados por membros do Judiciário, de tal forma que o órgão exerce esse poder sobre todos os tribunais e magistrados do Judiciário por meio da Corregedoria Nacional de Justiça.⁹³ A composição dos quinze membros conselheiros é de seis membros externos (dois representantes da OAB, um membro do Ministério Público estadual e um do

⁹¹ VIANNA, Luiz W. et al, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 39-85, 1999, p. 153.

⁹² Entre outras atribuições previstas no artigo 4º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/regimento-interno-e-regulamentos>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁹³ As atribuições do Corregedor Nacional de Justiça encontram-se no artigo 8º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/regimento-interno-e-regulamentos>. Acesso em 03 out. 2017.

Ministério Público Federal, e dois cidadãos indicados pelo Poder Legislativo) e nove da própria magistratura. A presidência do Conselho Nacional de Justiça é ocupada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que é indicado pelos seus pares para exercer um mandato de dois anos, consolidando o Supremo na posição de vértice maior do Poder Judiciário nacional.

Consoante à atribuição de informatização e gestão de informações, o CNJ instituiu anualmente, tão logo foi criado, em 2004, o relatório “Justiça em Números”, principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, tendo por escopo divulgar a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.

Apoiando-se nos dados fornecidos por esses relatórios, Luciano Da Ros empreendeu uma análise sobre os custos do terceiro poder, destacando que 1,3% do PIB é gasto com o sistema de Justiça nacional.⁹⁴ Sob a ótica de Da Ros que, por meio de pesquisas empíricas com base na análise de dados e evidências, divulgou seu estudo em uma *newsletter*,⁹⁵ demonstrando que, a partir do orçamento e das despesas do Poder Judiciário, a justiça brasileira é, em comparação a países da Europa e da América, a mais cara do mundo ocidental.⁹⁶ Conforme o autor, muitas razões podem explicar o motivo de o Brasil precisar de um sistema de justiça tão custoso, incluindo nesses motivos “o seu legado de instituições autoritárias, o longo período de incerteza jurídica derivado do cenário de sucessivas crises econômicas das décadas de 1980 e 1990, e as abissais desigualdades socioeconômicas existentes”. Porém, faz a ressalva de que outros tribunais da América Latina, como o da Colômbia e o do Chile, atravessaram dificuldades semelhantes e atualmente requerem muito menos recursos para o seu funcionamento. Nesse contexto, Da Ros adverte sobre o imenso esforço “realizado ao longo do período de transição para a democracia para assegurar um elevado grau de independência ao Poder Judiciário e ao Ministério Público no Brasil, inclusive no que se refere às suas autonomias orçamentárias”. E, embora isto tenha permitido aos juízes brasileiros gozarem de sólidas prerrogativas funcionais, com tribunais operando com larga margem de independência, e “as decisões judiciais sendo respeitadas inclusive por influentes grupos políticos e econômicos do país”, não se pode ignorar que os “impulsos de

⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. 404 fl. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2016.

⁹⁵ DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. p. 1-15. 2015.

⁹⁶ O boletim em comento é parte de uma pesquisa, ainda em andamento, da qual DA ROS é coautor. O estudo intitula-se *Opening the Black Box: Three Decades of Reforms to Brazil's Judicial System*, e está sendo realizada em parceria com Matthew Taylor, da American University.

fortalecimento institucional do Poder Judiciário e do Ministério Público do país, (talvez tenham atingido) um patamar além do desejável”.⁹⁷

Outro espectro importante a ser observado sobre essa proeminência do Judiciário é a litigiosidade. Conforme visto no ponto anterior, tanto a grande mídia quanto juristas, sociólogos, jornalistas, magistrados e doutrinadores reforçam o coro de haver no país uma cultura do litígio, ou seja, uma prática de levar ao balcão do Judiciário todo e qualquer conflito, o que revelaria uma sociedade brasileira política e socialmente judicializada.

Para tanto, analisam-se os relatórios “Justiça em Números” divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça entre os anos de 2009 e 2016, o que foi possível graças à disponibilização por parte do Departamento de Pesquisas Judiciárias, na plataforma online do Conselho, de painéis interativos que contemplam o maior número de variáveis e contam com a base de dados exclusivamente do período referido.⁹⁸ Considerando os indicadores disponíveis, optou-se pelo índice de litigiosidade do Poder Judiciário nacional, pois se mostra pertinente para identificar a quantia de casos novos e o montante de casos pendentes a cada ano, possibilitando a visualização de períodos de crescimento e também de retração da litigiosidade, além de permitir identificar em qual segmento desenvolvem-se seus movimentos mais significativos. Ainda, elegeu-se o índice de recorribilidade externa, que extrai da base de dados tanto no 1º, quanto no 2º grau de jurisdição, a informação sobre a proporção entre o número de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão, e o número de decisões passíveis de recursos desta natureza, visando a esclarecer, ao menos percentualmente, quanto de certo montante de processos trata-se de recursos. Além do mais, apenas nos anos de 2014, 2015 e 2016 é possível fazer um levantamento das demandas mais judicializadas por classe e assunto, em razão dessas informações terem sido levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça somente nesse período limitado.

Diante disso, valendo-se da base de dados do Conselho, serão feitos dois quadros, divididos em dois quadriênios, para fins de melhor aproveitamento do espaço da página. O Quadro 1 compreende o período de 2009 a 2012 e o Quadro 2 de 2013 a 2016, exibindo o índice de litigiosidade em cada um desses períodos, esmiuçando a informação dos casos novos na coluna A, dos casos pendentes de solução definitiva na coluna B, bem como o somatório total na última coluna. Cada ano analisado apresenta os dados do 1º e 2º grau de

⁹⁷ DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter.

Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. p. 1-15. 2015, p. 8.

⁹⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis>

jurisdição de todas as esferas judiciais, bem como as informações sobre os Juizados Especiais e dos Tribunais Superiores. Será feito também um gráfico da recorribilidade externa, indicando o percentual médio de recursos endereçados aos órgãos hierarquicamente superiores, tanto no 1º quanto no 2º grau. Por último, será elaborado o Quadro 3, apresentado o ranking dos assuntos mais demandados em todas as esferas judiciais, apresentando a média dos anos de 2014, 2015 e 2016 – único período disponível na base de dados. Vejamos.

2.3.1 Sistematização dos dados do conselho nacional de justiça

Quadro 1: Litigiosidade entre 2009 e 2012

ANO	PODER JUDICIÁRIO NACIONAL	CASOS NOVOS (A)	CASOS PENDENTES (B)	TOTAL (A+B)
2009	1º grau	15.416.994	50.579.805	
2009	2º grau	2.773.389	2.744.829	
2009	Juizados Especiais	5.469.807	6.387.838	
2009	Tribunal superior	157.335	214.360	
2009	Turmas Recursais	797.556	791.569	
2009	Turmas Regionais de Uniformização	1.522	1.220	
		24.616.603	60.719.621	85.336.224
2010	1º grau	14.928.414	52.168.608	
2010	2º grau	2.869.917	2.953.575	
2010	Juizados Especiais	5.194.625	5.606.737	
2010	Tribunal superior	157.068	204.988	
2010	Turmas Recursais	839.568	965.739	
2010	Turmas Regionais de Uniformização	1.417	1.455	
		23.991.009	61.901.102	85.892.111
2011	1º grau	16.325.314	53.836.016	
2011	2º grau	3.059.818	2.968.612	
2011	Juizados Especiais	5.317.370	5.937.349	
2011	Tribunal superior	469.370	531.333	
2011	Turmas Recursais	889.950	1.160.722	
2011	Turmas Regionais de Uniformização	1.535	1.470	
		26.063.357	64.435.502	90.498.859
2012	1º grau	17.758.782	56.051.948	
2012	2º grau	3.354.194	2.965.783	
2012	Juizados Especiais	5.465.939	6.383.357	
2012	Tribunal superior	458.290	534.237	
2012	Turmas Recursais	981.780	1.175.282	
2012	Turmas Regionais de Uniformização	2.588	2.825	
		28.021.573	67.113.432	95.135.005

Fonte: Elaboração própria com dados extraídos dos relatórios Justiça em Números CNJ

O Poder Judiciário nacional apresentado acima inclui os noventa tribunais brasileiros, subdivididos em cinco grandes classificações: 1º grau e 2º grau de jurisdição de todas as esferas (estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral), juizados especiais (cíveis, federais e criminais), tribunais superiores (à exceção do Supremo Tribunal Federal) e, ainda, as turmas recursais e as turmas regionais de uniformização. Conforme se pode depreender do quadro acima, a litigiosidade total, ou seja, o número total de processos em tramitação contempla o número de casos novos, aqueles propostos no ano em análise e somados ao

montante de demandas pendentes de resolução definitiva oriundo dos anos anteriores aumentaram progressivamente entre 2009 e 2012, culminando numa diferença de quase dez milhões de processos em trâmite. Anota-se, também, que o 1º grau, por ser, via de regra, a porta de entrada do Judiciário, é o nível que concentra o maior número de demandas. Por fim, cabe destacar que o número de demandas pendentes foi maior que o dobro de casos novos em cada um dos quatro anos analisados no Quadro 1.

Quadro 2: Litigiosidade entre 2013 e 2016

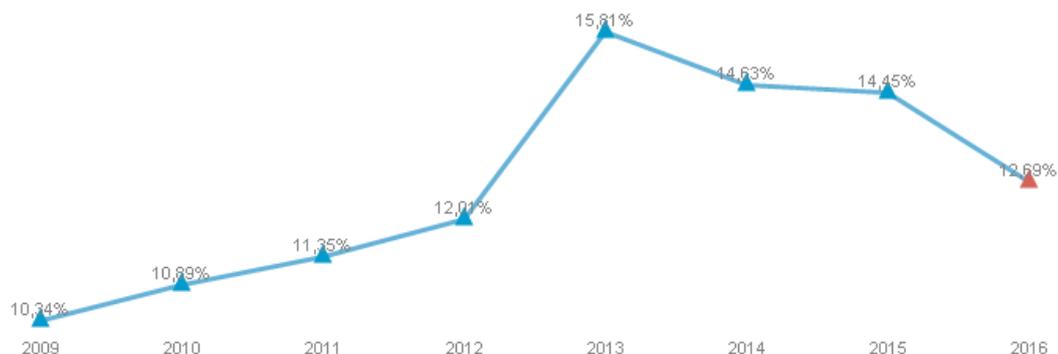
ANO	PODER JUDICIÁRIO NACIONAL	CASOS NOVOS (A)	CASOS PENDENTES (B)	TOTAL (A+B)
2013	1º grau	17.462.388	59.203.872	
2013	2º grau	3.275.960	3.055.317	
2013	Juizados Especiais	6.255.095	7.112.868	
2013	Tribunal superior	545.268	624.008	
2013	Turmas Recursais	1.004.584	1.648.028	
2013	Turmas Regionais de Uniformização	3.199	2.551	
		28.546.494	71.646.644	100.193.138
2014	1º grau	17.020.576	58.880.481	
2014	2º grau	3.529.426	3.589.146	
2014	Juizados Especiais	6.759.951	7.345.990	
2014	Tribunal superior	578.844	637.889	
2014	Turmas Recursais	1.117.712	1.528.232	
2014	Turmas Regionais de Uniformização	3.971	3.673	
		29.010.480	71.985.411	100.995.891
2015	1º grau	16.126.138	62.837.292	
2015	2º grau	3.623.971	3.284.225	
2015	Juizados Especiais	6.444.240	8.390.666	
2015	Tribunal superior	535.644	696.795	
2015	Turmas Recursais	1.070.725	1.707.679	
2015	Turmas Regionais de Uniformização	3.918	5.080	
		27.804.636	76.921.737	104.726.373
2016	1º grau	17.285.443	64.531.116	
2016	2º grau	3.716.769	3.939.562	
2016	Juizados Especiais	6.673.541	8.786.233	
2016	Tribunal superior	522.486	687.037	
2016	Turmas Recursais	1.145.710	1.713.587	
2016	Turmas Regionais de Uniformização	7.196	5.361	
		29.351.145	79.662.896	109.014.041

Fonte: Elaboração própria com dados extraídos dos relatórios Justiça em Números CNJ

Partindo dos mesmos critérios e divisões do Quadro 1, pode-se notar que ao chegar ao patamar de mais de cem milhões de processos no ano de 2013, o ano seguinte se mantém em nível muito próximo. Porém, ao final do quadriênio observa-se um aumento de quase 10% no indicador de litigiosidade total. Esse dado é ainda mais interessante se comparado com os valores do quadro anterior, já que de 2009 até 2016 houve um salto em torno de vinte e cinco milhões de processos que passaram pela jurisdição brasileira entre esses anos. No Quadro 2, se mantém o maior volume de ações concentradas no 1º grau, seguidas pelos Juizados Especiais, provavelmente em razão da sua informalidade e por conjugarem casos de menor

complexidade. Ao final, o número de demandas pendentes foi ainda maior que o dobro de casos novos em cada um dos quatro anos analisados no Quadro 2.

Gráfico 1: da recorribilidade externa



Fonte: Gráfico extraído diretamente dos painéis do Conselho Nacional de Justiça

O indicador de recorribilidade externa contempla a indicação do percentual dos recursos endereçados aos Tribunais Superiores em relação à quantia de acórdãos publicados pelos Tribunais Estaduais passíveis de recurso no ano em análise – no 2º grau – e, ainda, o número de recursos endereçados aos Tribunais Estaduais, em face das decisões de 1º grau passíveis de recurso externo no período em questão. A recorribilidade externa pode se dar por meio de recursos como a apelação, o agravo de instrumento, os recursos especiais e os extraordinários. Ocorre que o indicador de recorribilidade externa, na justificativa da metodologia utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, possibilitou conhecer melhor o que são esses processos apresentados no indicador de litigiosidade, identificando o percentual de desdobramentos de uma mesma demanda dentro de uma sorte de processos. Frente ao gráfico acima, cabe destacar que o índice de recorribilidade no período da amostragem não diminuiu de 12% e tampouco alcançou maior percentual (15,81%) do que aquele atingido no mesmo período, em que a litigiosidade chega ao patamar de cem milhões de processos em tramitação. Depois, porém, o índice decresce até o percentual mais recente de 12,69% de recorribilidade em 2016, que poderia ser traduzido em algo em torno de 13 milhões de recursos externos aos tribunais hierarquicamente superiores, em face dos quase cem e dez milhões de processos que passaram jurisdição neste mesmo ano.

Quadro 3: Assuntos mais demandados em 2014, 2015 e 2016

ASSUNTOS	CASOS NOVOS
DIREITO DO TRABALHO	32.196.943
DIREITO CIVIL	29.017.734
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	17.747.897
DIREITO DO CONSUMIDOR	14.772.202
DIREITO PENAL	14.071.647
DIREITO TRIBUTÁRIO	11.073.487
DIREITO PREVIDENCIÁRIO	7.897.159
DIREITO ADM. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	7.344.706
DIREITO ELEITORAL	6.705.148
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	2.110.542
DIREITO PROCESSUAL PENAL	2.104.971
REGISTROS PÚBLICOS	388.557
DIREITO PENAL MILITAR	247.409
DIREITO INTERNACIONAL	50.421
DIREITO MARÍTIMO	13.115
DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR	8.438

Fonte: Quadro extraído diretamente dos painéis do Conselho Nacional de Justiça

A partir do ano de 2014, o Departamento de Pesquisas Judiciárias passou a divulgar a relação de assuntos mais judicializados no ano. O quadro acima revela a média dos anos de 2014, 2015 e 2016 quanto às matérias que mais foram objeto de litígio. As grandes áreas do direito, quais sejam o direito civil, o direito do trabalho e suas respectivas matérias processuais despontam com os três assuntos mais demandados no período. Merece destaque a expressiva quantidade de litígios referentes à matéria tributária, previdenciária e de direito público, pois esse dado indica que significativa amostra dos assuntos mais disputados conta com a participação governamental – administração pública em seus diferentes níveis – em um dos polos das demandas.

O indicador de assuntos mais demandados é de grande valia para compreensão da conjuntura política e social brasileira, ao passo que permite a visualização da concentração de interesse de disputas em determinadas áreas em detrimento de outras matérias. Logo, talvez o mais importante desse índice seja desvelar, ainda que não plenamente, mas já em alguma medida, o nível e a intensidade de participação do poder público naquilo que está sendo chamado de processo de hiperjudicialização da sociedade. A importância desse dado reside justamente na necessidade de constatação de conflitos intersubjetivos, ou seja, inter-relacionais para a configuração de tal diagnóstico.

2.3.2 O que os dados revelam?

De pronto, importa recuperar o debate inicial, que tratou de apresentar as facetas do protagonismo, bem como fazer o levantamento dos discursos que anunciavam a existência de uma sociedade brasileira hiperjudicializada. Aqui, as manchetes de jornais, blogs e demais mídias somaram-se à fala de magistrados, sociólogos, ministros, advogados, professores universitários e tantos outros comentaristas, que robustecem a aparência de judicialização do social. Ocorre que esse diagnóstico é verificado, especialmente, por meio dos dados divulgados pelos relatórios “Justiça em Números”, elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça, no final de todos os anos, desde 2004, dos quais se pode extrair a informação crua de escandaloso número de demandas pendentes de resolução no Judiciário. É necessário, contudo, ter em conta que essa quantia absoluta de processos em tramitação no Brasil abarca outras nuances que devem ser mais bem exploradas para que seja possível entender o indicador numérico. Logo, se deve esmiuçar o que são essas demandas, se são todos processos novos ou se há muitos recursos processuais; depois, se possível, se deve verificar qual a natureza dos litígios mais recorrentes e, finalmente, identificar quem são as partes, visando a conhecer quem são os maiores litigantes do país.

Na análise empreendida sobre os relatórios entre os anos de 2004 e 2017, é possível verificar que desde a época de implementação da sistematização dos dados até os dias de hoje a procura pela jurisdição do Poder Judiciário aumentou vertiginosamente. No relatório referente ao ano-base de 2015, a monta de processos em tramitação, ou seja, o total de processos novos com a quantia de processos pendentes ultrapassou o marco de 100 milhões de ações, saldo das informações apresentadas pelas 90 cortes de Justiça: quatro tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), 27 tribunais de Justiça estaduais, cinco tribunais regionais federais, 24 tribunais regionais do trabalho, 27 tribunais regionais eleitorais e três tribunais de Justiça militar estaduais. Apesar da relevância dos dados sistematizados nos relatórios “Justiça em Números”, apenas recentemente as informações foram pormenorizadas a ponto de revelar também o tipo de demandas levadas ao Judiciário e conhecer, enfim, as classes processuais e os assuntos mais frequentemente demandados. Na sequência, foi possível identificar que as postulações mais comuns versavam sobre Direito do Trabalho, rescisão do contrato de trabalho e verbas rescisórias, bem como ações de Direito Civil, no âmbito de obrigações e espécies de contratos, ações de Direito do Consumidor, especialmente quanto à responsabilidade do fornecedor e as indenizações por dano moral e Direito

Tributário, no tocante a dívidas ativas. Como destacado no relatório, no ano de 2014, 71% dos casos novos estavam relacionados à matéria de direito trabalhista. Estas informações são preciosas à medida que possibilitam maior conhecimento – ainda que genérico e em certa medida limitado – acerca do que está sendo levado ao balcão do Judiciário. Diante disso, é razoável afirmar que a judicialização está concentrada em relações hierarquizadas e, provavelmente, não intersubjetivas, uma vez que é o Poder Público, compreendido como o governo, a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios, a administração pública direta, suas autarquias e fundações, o litigante em mais da metade dos processos em tramitação.⁹⁹

Embora numericamente o diagnóstico possa corresponder a sua mazela já que, como se viu, é como se a cada 10 mil novos processos, houvesse mais de 20 mil processos, ou seja, o dobro já em tramitação que deverão ser somados aos novos de cada ano. Em outras palavras, divulgados desse modo, esses números são apenas números brutos e, por isso, causaram tanto furor nos meios de comunicação, mas quando se tenta dissecá-los, percebe-se que os relatórios não possuem uma disponibilidade de dados que permita que as informações sejam esmiuçadas de modo a fazermos um diagnóstico acadêmico mais preciso sobre as condições de judicialização.

Percebe-se, assim, de modo mais claro os motivos pelos quais se tem gerado no Brasil um senso comum sobre a judicialização, já que de fato os números brutos parecem estarrecedores. Porém, quando se tenta ir a fundo nesses dados para identificar o percentual de casos envolvendo o Poder Público, por exemplo, constata-se um vazio na base de dados divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, isto porque faltam indicadores que permitam conhecer realmente quem são os grandes litigantes, e, também, outras características como exatamente do que tratam os milhões de processos que abarrotam o Poder Judiciário nacional – cenário este que teria melhores contornos se o indicador de ‘Perfil da Demanda’ fosse implementado.

⁹⁹ Embora a Resolução 76 de 2009 tenha fixado como indicador o ‘Perfil da Demanda’, que realizaria o levantamento da participação governamental nas demandas, tal índice nunca foi aplicado. Isto porque, conforme o § 1º do artigo 11 da Resolução CNJ n. 76, é competência da Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento a criação e extinção de indicadores: ‘[...]criar e extinguir indicadores a que se refere esta resolução, de ofício ou mediante sugestão de qualquer Conselheiro, da Corregedoria Nacional de Justiça, do Departamento de Pesquisas Judiciárias ou do Comitê Gestor do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário’. Dessa forma, a implementação do indicador foi revogada, e o ato que alterou o normativo foi a decisão no processo de Procedimento de competência de comissão n. 0000821-09.2015.2.00.0000, disponível para consulta pública no sistema de consulta processual do PJE-CNJ. A decisão está publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 4 de maio de 2015, na página 21. O inteiro teor dos anexos republicados consta às páginas 25 a 602. Download em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=110> >. Acesso em: 20 nov. 2017.

Logo, em vista do que a presente dissertação busca identificar – se a institucionalização de práticas de mediação pelo Poder Judiciário pode ser considerada um benefício para superar as consequências advindas de uma sociedade brasileira supostamente hiperjudicializada –, a falta de esclarecimentos do relatório torna dificultoso, especialmente, sem a informação sobre quem são as partes no litígio, saber se é possível distinguir seja do grau de litigiosidade ou do montante de demandas, quantas delas repercutem em conflitos entre particulares, mais especificamente na judicialização das relações intersubjetivas. Afinal, apesar de estatisticamente o nível de litigiosidade, ou seja, o grau de entrega da sociedade ao Judiciário para a resolução dos seus conflitos parecer elevado, se deve ter em conta que o acesso ao Judiciário ainda é, em alguma medida, burocratizado e, especialmente, em razão das abissais desigualdades sociais do país, deficitário.

A ideia de uma judicialização da sociedade está pautada no reflexo do número de demandas novas e em curso, mas, apesar da apresentação estatística pelo CNJ, as limitações dos relatórios demonstram que não é tão simples transformar números em diagnósticos e propostas legislativas. É certo, contudo, que há um volume expressivo de ações, que parecem desdobrar-se também na morosidade da prestação jurisdicional, no acúmulo de demandas, na sobrecarga do sistema e na suposta cultura do litígio e/ou da sentença, ou, ainda, naquilo que Ada Pellegrini Grinover e tantos outros autores convencionaram chamar de crise do Judiciário.¹⁰⁰ E é justamente sob esse gancho que se valeu o movimento de apoio aos métodos alternativos ou adequados de solução de conflitos para ver promulgada a lei que regulamentou tanto a mediação judicial, quanto a extrajudicial – também denominada “comum”.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada P. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

3 A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO SOLUÇÃO

A mediação judicial pode ser considerada como uma possível consequência desse senso comum que foi construído no contexto da divulgação dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça, vistos no capítulo anterior. Prova disso é o anúncio trazido no Manual de Mediação Judicial, publicado pelo próprio CNJ, de que todos os anos “para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas”.¹⁰¹ E, ainda, que o ano de 2016 encerrou com 79,7 milhões de processos em tramitação, ou seja, pendentes de alguma solução definitiva.¹⁰² Diante disso, a mediação passou a ser patrocinada como uma alternativa ao enfrentamento – não só, mas também do – abarrotamento dos “armários (e cada vez mais em discos rígidos) do Poder Judiciário”, bem como estratégia de desaceleração da judicialização dos conflitos no país.¹⁰³ Na lógica do Judiciário nacional, compreende-se a mediação como um dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (MARC) ou, ainda, Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESC), que compreende também a negociação, a arbitragem e a conciliação, e que, a partir da aprovação da Lei 13.140/15, passa a ser utilizado pelo Poder Judiciário, perdendo, nesse contexto, sua característica de alternatividade extrajudicial. Em vista disso, o lugar de aplicação desses meios, seja no âmbito Judicial ou fora dele, foi reduzido de importância para a fixação do vocábulo correto, sendo convencionado designá-los genericamente como meios ou métodos de Resolução “Adequada” de Disputas (RAD), visando a se colocar ao lado da opção pelo Judiciário. Cabe, portanto, examinar quais são esses métodos, qual a importância de, no presente estudo, aprofundar a investigação quanto à mediação, bem como traçar a caminhada da mediação até seu marco legal, conhecer as vozes que sustentaram o movimento e, por fim, delimitar o que se compreende por mediação judicial. Isto porque o suposto diagnóstico de judicialização da sociedade brasileira, enfrentado no primeiro capítulo, aparentemente teria alcançado a solução por meio da institucionalização das práticas de mediação pelo Judiciário, já que o método trataria de desafogar as varas e gabinetes do montante de processos que os assolam, bem como seria uma promessa de mudança de cultura a ser semeada na sociedade sob orientação do Poder Judiciário – em uma associação deveras paradoxal.

¹⁰¹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília-DF: CNJ, 2016, p. 09.

¹⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. 188 fl. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2017, p.65.

¹⁰³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília-DF: CNJ, 2016, p. 10.

Essa dinâmica emergiu pois o modelo atual de sociedade parecia exigir um novo arquétipo “jurisdicional diante da ineficiência das tradicionais formas de tratamento de conflitos existentes”, em razão da superação do padrão contemporâneo de monopólio estatal da função jurisdicional, que não estaria mais conseguindo acompanhar a “conflituosidade produzida pela complexa sociedade atual”, que estaria passando “por uma crise de efetividade (quantitativa, mas principalmente qualitativa), (demandando) a busca de alternativas”.¹⁰⁴ A complexidade da questão fundamentou-se ao passo que os indivíduos, ao formarem relações conflituosas com os membros do seu grupo social por conta de desavenças em seus interesses, estariam buscando a justiça para dirimir suas pendências.

Ao acionar o Judiciário, método tradicional mais utilizado no sistema oficial, a solução adjudicada dos conflitos seria dada por meio da sentença prolatada pelo juiz. Kazuo Watanabe refere-se a essa dinâmica social como “cultura da sentença”, que resultaria no aumento de ações e de recursos que sobrecarregam não apenas as instâncias ordinárias, como também os Tribunais Superiores, e, inclusive, o Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁵ Nessa lógica cultural, haveria uma explosão de conflitos que o Judiciário não estaria mais conseguindo atender de forma plenamente eficaz, resultando na morosidade da prestação jurisdicional, no acúmulo de ações e outras tardanças. Para Ada Pellegrini Grinover, a demora, o alto custo e a hiperburocratização dos processos, combinados com a rotina de juízes que, por vezes, estariam deixando de aplicar o que os códigos prescrevem, culminariam em diversos empecilhos para a realização do acesso ao princípio do direito de ação, ao mesmo tempo em que se assistiria a uma explosão de litígios, o que sobrecarregaria o Judiciário e resultaria no coroamento de sua suposta crise – a chamada crise do Judiciário.¹⁰⁶

Para José Luis Bolzan de Moraes, a década de 90 anunciava tempos de desacomodação, em que havia “um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à Justiça”, com a eclosão de demandas judiciais, que reforçariam o intenso processo de judicialização com a transferência dos conflitos sociais para o Judiciário na busca da efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos fundamentais. Contudo, estas reivindicações estariam em contraposição aos instrumentos jurisdicionais tradicionais, posto

¹⁰⁴SEGLER, Fabiana M. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 23.

¹⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de Processo (RePro)**. São Paulo: Ano 36, n. 195, p. 381-394, maio/2011, pp. 383-4. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada P. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

que “notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas”.¹⁰⁷

Segundo Fabiana Sengler, “os métodos e os conteúdos empregados pelo Direito para responder aos litígios não encontram adequação entre a complexidade das demandas, os sujeitos envolvidos e o instrumental jurídico utilizado”, de modo que os procedimentos judiciais, repletos de aspectos burocráticos e marcados pelo caráter técnico-formal, parecem robustecer “a lentidão e o acúmulo de demandas” e reforçariam a chamada crise do Judiciário.¹⁰⁸ Para Watanabe, os serviços de tratamento de conflitos deveriam ser organizados por todos os meios adequados, de maneira que seria imperioso institucionalizar, em caráter permanente, os meios adequados de solução de conflitos de interesses, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, que têm por escopo encontrar a “solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses”, tendo a diminuição do volume de serviços do Judiciário como parte importante – mas não única – do “resultado social”.¹⁰⁹ Fernando da Fonseca Gajardoni alude ao princípio constitucional da razoável duração do processo para reforçar seu argumento sobre a utilização de outras formas de composição dos litígios, afirmando que “o direito à razoável duração do processo indica a necessidade de aceleração do processo, em razão de técnicas extraprocessuais, extrajudiciais e judiciais”.¹¹⁰ Conforme Watanabe, “por meio dessa política pública judiciária” seria possível estabelecer um “filtro da litigiosidade, que ao contrário de barrar o acesso à justiça, assegurar(ia) aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa”, culminando em presumida redução da quantidade conflitos pendentes de ajuizamento e, ainda, “em relação aos conflitos judicializados ou que venham a ser judicializados, a sua solução pelos mecanismos de solução consensual dos conflitos” resultará em substancial arrefecimento no montante “de sentenças, de recursos e de execuções judiciais”.¹¹¹

¹⁰⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 106.

¹⁰⁸ SENGLER, Fabiana M. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 23.

¹⁰⁹ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de Processo (RePro)**. São Paulo: Ano 36, n. 195, p. 381-394, maio/2011, pp. 383-4. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Ed. Lemos & Cruz, 2003, p. 491.

¹¹¹ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de Processo (RePro)**. São Paulo: Ano 36, n. 195, p. 381-394, maio/2011, pp. 384. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

Nesse contexto, conquista importância a adoção e a utilização de meios alternativos de composição de conflitos, que seriam, em suma, definidos por Fernanda Tartuce como “técnicas diferenciadas de tratamento do conflito como alternativas à solução judicial” e parte do terceiro movimento de acesso à Justiça em face da insuficiência do processo contencioso em emitir soluções eficazes aos problemas. Trata-se, aqui, das ‘ondas renovatórias de acesso à justiça’, estudadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, de modo que a primeira onda renovatória compreenderia a assistência judiciária, já a segunda onda se reportaria à representação jurídica para os interesses difusos, com ênfase nas áreas do direito consumerista e de proteção ambiental, enquanto a terceira onda, também referida como enfoque de acesso à justiça, teria por escopo atacar as barreiras ao acesso à Justiça, mitigando seus obstáculos.¹¹²

Cabe apontar, porém, que a construção dos argumentos que enaltecem a prática da mediação parece estar vinculada necessariamente a um diagnóstico de crise do Judiciário, segundo o qual, devemos mediar porque há crise, e se caso não houvesse crise, então não mediaríamos – o que não se justifica, pois a mediação pressupõe encarar o conflito como parte do convívio social e não como remédio a um sintoma pontual.

Contudo, diferentes meios alternativos de solução de conflitos como a conciliação, a mediação e a arbitragem ganharam relevo nesse momento, pois apresentariam mecanismos diferenciados para a composição do litígio, levando em conta a matéria a ser tratada e as próprias partes. Entre as tendências no uso do enfoque do acesso ao Judiciário, os autores pensaram métodos alternativos para decidir causas judiciais mediante a criação de alternativas, utilizando, para tanto, procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais, sendo exemplo o “juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais”.¹¹³ Para Luiz Guilherme Marinoni, mais do que solucionar com maior celeridade e economicidade os casos específicos, em termos gerais, esses “novos” métodos se tornariam ainda importantes instrumentos de pacificação social. O autor, contudo, ressalta que estes fins “não decorre(m) necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social”.¹¹⁴ Daí, ganhou força o argumento de que a mudança, traduzida como a implementação e difusão dos meios alternativos de resolução de conflitos, precisaria ser estimulada pelo poder estatal mediante a elaboração de políticas públicas e a divulgação de informações sobre a segurança,

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 81.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz G.. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 161.

a eficiência e a celeridade dos meios alternativos, bem como por meio do engajamento dos diversos setores da sociedade.

Em tempo, importa destacar que a tão almejada – por alguns autores - ‘pacificação social’ deve ser compreendida com algumas ressalvas. Seja porque o intuito de alcançar uma sociedade ausente de tensões é tão impossível, quanto indesejável, já que o conflito exerce papel de grande valia na dinâmica social, pois traduz-se em “uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades”, conforme Spengler.¹¹⁵ Mais que isso, João Pacheco de Oliveira adverte que há que se atentar para o perigo de uma concepção idílica de pacificação, que corresponderia a um modo melhor, mais civilizado e, ao cabo, mais adequado de interação social – diametralmente oposta a uma sociedade plural e livre.¹¹⁶

Feita a ressalva necessária, tem-se que no rol dos meios alternativos de solução de conflitos, a arbitragem talvez seja a que possui maior destaque. Regulamentada pela Lei 9.307,¹¹⁷ já na década de 90, restou definida como “uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada”, que deliberaria nesta convenção, de modo a afastar a intervenção estatal “sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”. Rozane Cachapuz frisa, ainda, que as pessoas que quiserem eleger “este meio de solução de controvérsia devem ser capazes (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis”.¹¹⁸ Logo, na arbitragem, o conflito, dentro de seus limites, seria resolvido por terceiros devidamente escolhidos por convenção privada, sem intervenção do Estado e apresentando os mesmos efeitos dos julgados proferidos pelo Judiciário, dispensada a homologação judicial; para tanto, seria válida a sentença proferida pelo juízo arbitral, inclusive como título executivo, no caso de uma decisão condenatória.¹¹⁹ Esta técnica contaria ainda com outra inovação, qual seja, a impossibilidade de interposição de recurso em face do julgamento final do árbitro.¹²⁰

¹¹⁵ SENGLER, Fabiana M. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 109.

¹¹⁶ OLIVEIRA, João Pacheco de. Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 125-161, Apr. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132014000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 Nov. 2017.

¹¹⁷ BRASIL. Lei 9.307. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília, DF, 26 set. 1996.

¹¹⁸ CACHAPUZ, Rozane da R. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 22.

¹¹⁹ CINTRA, Carlos de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 30-1.

¹²⁰ BRASIL. Lei 9.307. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília, DF, 26 set. 1996. Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Outro método de resolução de conflitos seria a conciliação, presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo,¹²¹ porém não com tanto rigor científico como apresentado no novo Código de Processo Civil de 2015. Por meio desse instrumento, os envolvidos são auxiliados pelo conciliador na tomada de decisão, ao passo que o conciliador deve ser um terceiro imparcial, que desempenha um papel mais ativo durante o procedimento, tendo o condão de aproximar as partes e conduzir uma possível negociação, que seria capaz, portanto, de sugerir e formular propostas do acordo por meio do aconselhamento das partes. Na conciliação, importa assinalar, a grande meta é a realização de um pacto, de uma composição, que estaria coadunada com a finalidade do processo civil, que pretenderia uma solução célere e eficaz no litígio.

No Brasil, as vias consensuais de resolução conflitos foram intensificadas recentemente, destacando-se alterações legislativas realizadas no ano de 2015, com a aprovação do atual Código de Processo Civil. O fomento aos meios autocompositivos de solução conflitos no âmbito do Poder Judiciário, por meio do “Movimento pela Conciliação” e da Resolução n. 125/2010, por exemplo, surgem para reforçar a suposta necessidade de promoção de uma cultura de pacificação social por intermédio das práticas de mediação judicial. O referido Movimento teve início em 2006 e buscou “estimular a solução de conflitos por meio da conciliação, com a finalidade de tornar a Justiça mais rápida e efetiva”, associado à promoção da cultura do diálogo, que seria oriunda das práticas de mediação, contando com o engajamento de todos os tribunais brasileiros, que passaram a realizar a chamada Semana Nacional pela Conciliação. No ano de 2008, antes mesmo da institucionalização do Movimento pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que conferiu a ele caráter de permanência, somente no mês de dezembro foram realizadas mais de 305 mil audiências e homologados mais de 135 mil acordos, dentre os quais os processos solucionados por meio da transação entre as partes que, no período, totalizaram quase R\$ 1 bilhão, reforçando o argumento de economia desses métodos.¹²²

A partir da institucionalização do movimento, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu como missão “contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça Brasileira”, e, elencou como seus objetivos: a) a cooperação na organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos

¹²¹ Constante no art. 161 da Constituição do Império (1824): “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”, o instrumento foi deixado de lado por certo período e retornou ao ordenamento jurídico pátrio no Código de Processo Civil de 1974.

¹²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela Conciliação é institucionalizado no CNJ.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/66784-movimento-pela-conciliacao-e-institucionalizado-no-cnj> >. Acesso em: 30 out. 2017.

consensuais de solução de conflitos, promovendo a instituição de “Juízos de resolução alternativa de conflitos, órgãos judiciais especializados na matéria”; b) habilitação, por meio da capacitação, magistrados, servidores, conciliadores, mediadores e outros facilitadores da solução consensual de controvérsias para atuação competente em métodos consensuais de solução de conflitos; c) estabelecimento de “relações de cooperação entre os órgãos públicos competentes, instituições públicas e privadas da área de ensino, para promoção da cultura da solução pacífica dos conflitos”; d) estímulo e apoio para “implementação de práticas autocompositivas junto a empresas públicas e privadas e agências reguladoras”; e) Realizar eventos para “divulgação de boas práticas na utilização de técnicas e habilidades autocompositivas”; f) homegeando e difundindo boas práticas autocompositivas; e g) redução na “taxa de congestionamento do Poder Judiciário”. Então, premiou-se a conciliação e a mediação como instrumentos aparentemente efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, visto que “nos programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”, segundo informações do Conselho Nacional de Justiça.¹²³

Nesse cenário, o Conselho exerceu “papel fundamental na organização e na promoção de ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social”, posto que com a institucionalização do Movimento reforçou o interesse em alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos, intensificando a pauta por meio de encontros e debates sobre o tema e, ainda, com a instituição da Semana Nacional da Conciliação, evento anual que passou a abranger todos os tribunais do país.¹²⁴ Em 2010, com o crescimento das demandas internas sobre o tema, foi editada a Resolução nº 125, que dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. Tal Resolução tratou de instituir no país a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com forte estímulo à solução por autocomposição,¹²⁵ ou seja, determinando a conciliação e mediação como remédios aos conflitos de interesses, de modo que a promulgação da Lei 13.140 veio disciplinar a mediação.¹²⁶

¹²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela Conciliação**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao> >. Acesso em: 30 out. 2017.

¹²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela Conciliação é institucionalizado no CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/66784-movimento-pela-conciliacao-e-institucionalizado-no-cnj>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125**. Brasília, 2010.

¹²⁶ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de**

Para Lia Sampaio e Adolfo Braga Neto, os institutos da conciliação e da mediação são inconfundíveis, pois diferem em muitos aspectos. Neste último, o que está “em jogo são meses, anos ou mesmo décadas de relacionamento, razão pela qual demanda que o terceiro tenha conhecimento mais profundo sobre a inter-relação entre as partes”, pois a mediação não almejaria “pura e simplesmente o acordo”, mas sim alcançar a satisfação dos interesses e das necessidades das partes que estão em conflito. A defesa dos autores é no sentido de que a mediação promove o “diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas”.¹²⁷

No presente estudo, interessa especificamente o instituto da mediação, pois a sua recente regulamentação e sua adjectivação judicial tem sido apontada como resposta para muitas dificuldades enfrentadas pelo Judiciário, como sua morosidade, o abarrotamento de demandas e, por vezes, também como uma expectativa de retração do processo de judicialização das mais diversas demandas sociais, seja por meio da sua estratégia de atuação, seja por meio da promessa de mudança na cultura do litígio. Sobre isso, importante recordar a fala de Nancy Andrighi e de Gláucia Foley que, dentre outros autores, apontam que muito embora “esse fenômeno revele uma dimensão positiva ao expressar a consciência dos cidadãos em relação aos seus direitos, o culto ao litígio, porém, parece refletir a ausência de espaços – estatais ou não – voltados à comunicação de pessoas em conflitos”, ou seja, na visão das autoras, há falta de oportunidades e técnicas adequadas para a promoção do diálogo entre as partes em litígio.¹²⁸ Isto porque, segundo discorrem, na dinâmica rotineira as controvérsias emergem do meio social tendo sua resolução oferecida pelo juiz, que a fundamentaria nos autos do processo com atenção à ordem jurídica vigente, culminando na solução da lide no seu aspecto jurídico que, por estar restrita aos limites formais e legais da relação de conflito, possivelmente, não conseguiria evitar que outras controvérsias possam crescer no meio.

Na contramão dessa prática, Luis Alberto Warat aponta para a mediação no direito como um “procedimento indisciplinado de auto-eco-composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflituos com o outro em suas diversas modalidades”. Para exprimir essa ideia, o autor traduz todos os termos de sua definição, com especial atenção à complexidade inerente a eles. O “processo” seria entendido como o procedimento, as técnicas, os princípios

julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 26 jun. 2015.

¹²⁷ SAMPAIO, Lia R. C.; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense 2007, p. 20-22.

¹²⁸ ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 24 jun. 2008.

e as estratégias adotadas para a revisitação do conflito, práticas realizadas em nome da elaboração do acordo. Uma “ação ordenada que inclua planos práticos, antecipações reflexivas de como atuar, sempre na linha de uma nova disposição para entender o mundo e nossos vínculos nele”. Quanto à indisciplina ou, ainda, a falta de ordem inerente a este processo, estas sobrevêm do fato de que toda dinâmica da mediação é construída na prática, não existindo um formato inflexível e ortodoxo a ser seguido. O mediador, por sua vez, tem a liberdade de conduzir e, principalmente, facilitar a realização da mediação entre as partes na transformação do conflito, atuando como um “terceiro imparcial, porém implicado, que ajude as partes em seu processo de assumir os riscos de sua autodecisão”. Ele desempenha as funções de escuta e implicação, incentivando as partes a compreenderem muito além do conflito, a si mesmas e ao outro, ao passo que as partes cumprem o papel essencial na tomada de decisões, devendo adotar uma posição ativa na “atitude de busca do conflito como uma oportunidade para gerenciar melhor suas vidas, ir além do problema comum e apostar em melhorar o próprio transcurso vital”. Caberia, portanto, exclusivamente às partes a tomada de decisões sobre o objeto a ser mediado, sendo ao mediador vedada a proposição de soluções, em absoluto contraponto ao método da conciliação, por exemplo.

Da definição de mediação por Warat, diz-se tratar de meio ecológico, pois promove a autonomia, ao passo que “educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências”, e também estimula uma vida sustentável, no sentido de ampliar o espectro de possibilidade de caminhos e de soluções transformadoras, que passam a ser alcançáveis à medida que, ao sair da inércia e buscar outras formas de lidar com as diferenças, resulta em uma melhora na qualidade de vida, uma vez que lidar com conflitos e com o outro de forma saudável é pressuposto de uma boa convivência em sociedade.¹²⁹

Destoando, portanto, da noção de cultura do litígio, que mitifica a figura do juiz como o terceiro capaz de resolver o problema e de anunciar o vencedor da disputa, passou-se a identificar uma corrente teórica promotora da autorregulação dos conflitos, colocando a visão do Judiciário como uma solução não exclusiva e sim alternativa ou, ainda, como outra opção – visando a afastar a ideia de única possibilidade. Nessa onda, o tratamento do conflito deveria ocorrer de maneira aprofundada, tendo em conta as emoções, os vínculos existentes, aspirando sempre pelo reestabelecimento da comunicação entre as partes, a humanização do conflito e primando pelo sentimento de satisfação das partes envolvidas.

¹²⁹ WARAT, Luis A. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 75-78.

Construiu-se nas últimas décadas, portanto, um forte movimento teórico que passou a apresentar a mediação como processo alternativo à judicialização dos conflitos, além do fato de que o instituto passou a ser anunciado como meio célere e eficaz na resolução das disputas. Segundo Elígio Resta, este “novo” modelo seria a melhor fórmula até hoje descoberta “para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certezas jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos”. As práticas sociais de mediação, portanto, passaram a ser vistas como um reforço ao exercício da cidadania, já que teriam o condão de educar, descomplicar e tentar emancipar a tomada de decisões, “sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito”. Para o autor, falar de mediação significa “falar de autonomia, de democracia, de cidadania”, ocupando-se da “capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação a si próprias e com os outros”, uma vez que a autonomia é um mecanismo de produção de diferenças e importante na tomada de decisões “em relação à conflitividade que se determina e se configura em termos de identidade e cidadania”. A prática da mediação consistiria, assim, no processo de reconstrução simbólica de situações conflitivas – muitas vezes pautadas nas diferenças – que permitiria a formação de identidades culturais e a integração no conflito com o outro, a partir de um sentimento de pertinência comum, sendo “uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores”.¹³⁰

O ordenamento jurídico brasileiro conta hoje com a Lei 13.140/2015,¹³¹ que tratou de disciplinar o procedimento da mediação, consagrando-a como forma de solução dos conflitos dentro do âmbito do Judiciário, no afã de que tal resolução seja mais efetiva do que a solução imposta verticalmente pelo magistrado. A mediação, portanto, outrora tida como meio alternativo de solução de conflito, passou a ser realizada dentro dos Tribunais, importando, então, no exame de sua trajetória enquanto movimento até assentar-se legalmente na ordem jurídica pátria.

¹³⁰ RESTA, Elígio. **O Direito Fraternal**. 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 66.

¹³¹ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 jun. 2015

3.1 O CAMINHO ATÉ O MARCO LEGAL

Os métodos alternativos de solução de conflitos vêm dando lugar à nomenclatura de métodos adequados, a fim de contemplar a maior complexidade de conflitos possível e, que, por isso, requerem ferramentas diversas para que sejam solucionados. Segundo Lia Sampaio e Adolfo Braga Neto, o desenvolvimento desses métodos no país estaria em consonância com uma tendência mundial, desdobramento de uma vertente liberal em todo o mundo, posto que diversos países “indistintamente e de modo muito peculiar perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas”. Apontam os autores que essa tendência liberal, materializada aqui nos métodos adequados de solução de controvérsias, operariam melhor se estiverem associadas “com a retirada cada vez maior do Estado dos assuntos dos interesses dos particulares”, abrindo espaço para essas outras abordagens metodológicas.

A raiz da moção em prol dos meios adequados estaria centrada nos Estados Unidos, que, ainda no século XX, observou certa “insatisfação popular com as instituições legais e a intensificação do uso da conciliação e da arbitragem, anunciados como menos demorados, menos custosos e menos beligerantes que o processo judicial”, conforme anota Paulo Alves da Silva.¹³² Já no Brasil, estas técnicas ganharam fôlego algum tempo depois, a partir da influência das diretrizes do Banco Mundial, que recomendam a adoção das práticas alternativas de composição de conflitos como estratégias para os processos de reformas do Judiciário, tanto aqui, quanto em outros países da América Latina, segundo demonstram Carolina Alves Vestena e Rosa Maria Zaia Borges. Para as autoras, embora as diretrizes possam questionar, em última instância, a eficiência dos sistemas de justiça tradicionais monopolizados pelo Estado, por outro lado acabam por reforçar práticas jurídicas conservadoras, uma vez que incentivam modelos universalizantes de composição de conflitos, afinados à influência da agenda quantitativa neoliberal, que assume como imprescindível uma prática mediacional direcionada aos interesses das grandes corporações financiadoras desta agenda.¹³³ No Brasil, teria havido ainda uma subversão à lógica que, via de regra, conquista

¹³² SILVA, Paulo Eduardo A. da. Solução de controvérsias. Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio G.; SILVA, Paulo Eduardo A. da (Coords.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012, p. 5.

¹³³ VESTENA, Carolina Alves; BORGES, Rosa Maria Zaia. A problemática do local e do global na mediação: a perspectiva emancipatória e a agenda do Banco Mundial para as reformas dos judiciários periféricos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 126-136, jul./dez. 2009, p. 127.

maior visibilidade primeiro a arbitragem para, mais tarde, disseminar-se pela conciliação e mediação.¹³⁴ Isto porque, a Lei que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas¹³⁵ já previa a busca, sempre que possível, de conciliação das partes,¹³⁶ ainda na década de oitenta, o que Ada Pellegrini Grinover entendeu como a busca incessante “no processo brasileiro de pequenas causas”, afirmando a autora, inclusive, “que constitui tônica da lei, obstinadamente preocupada em conciliar”.¹³⁷ Mais adiante, uma alteração no Código de Processo Civil vigente, passou a incluir a conciliação entre os deveres do juiz, colocando-a como um dos objetivos da audiência preliminar.¹³⁸ Então, nesse ritmo, o instituto foi se desenvolvendo no país até a sua efetiva institucionalização pelo Conselho Nacional de Justiça e a criação de um portal próprio.¹³⁹

A promulgação da Lei de Arbitragem,¹⁴⁰ segundo Adolfo Braga Neto, teve por motivação uma “percepção da necessidade de descongestionar os tribunais brasileiros” associada a resultados “de processos judiciais, que raramente satisfaziam aos empresários”, que, organizados em entidades de classe, passaram a buscar experiências no exterior e, assim, conheceram “a arbitragem e depois a mediação”.¹⁴¹ Para Luiz Guilherme Wagner Júnior, a mediação tomou impulso com a edição da Lei de Arbitragem, que teria ocasionado a abertura das empresas também à prática da mediação, que passou a ser desenvolvida no país “cultivada por instituições e entidades especializadas em mediação e por mediadores independentes”.¹⁴² De preciosa compreensão para o aprofundamento deste estudo, o método começou a promover discussões, ainda, na década de noventa, dando “seus primeiros passos como tema de debate no Congresso Nacional, no Ministério da Justiça, em entidades representativas de empresários e trabalhadores, nas universidades e outras instâncias”, quando iniciou, também,

¹³⁴SILVA, Paulo Eduardo A. da. Solução de controvérsias. Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio G.; SILVA, Paulo Eduardo A. da (Coords.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012, p. 7.

¹³⁵BRASIL. Lei nº 7.244. **Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas**. Revogada pela lei nº 9.099, de 1984. Brasília, DF, 7 nov. 1984.

¹³⁶BRASIL. Lei nº 7.244. **Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas**. Revogada pela lei nº 9.099, de 1984. Brasília, DF, 7 nov. 1984.

¹³⁷GRINOVER, Ada P. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 186.

¹³⁸BRASIL. Lei 8.952. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar**. Brasília, DF, 13 dez. 1994. [...] Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

¹³⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portal da Conciliação**. Brasília, 2010.

¹⁴⁰BRASIL. Lei 9.307. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília, DF, 26 set. 1996.

¹⁴¹BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017, p. 12-13.

¹⁴²WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da C. **Processo civil**: curso completo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.682.

a tramitação do primeiro texto de lei de mediação, de autoria da ex-deputada federal Zulaiê Cobra Ribeiro.¹⁴³

¹⁴³ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017, p. 12.

3.1.1 A primeira proposição legislativa

O Projeto de Lei nº 4.837 de 1998, originário da Câmara dos Deputados e proposto pela Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, consistia em um projeto simples, composto apenas de sete artigos,¹⁴⁴ conceituando a mediação, definindo quem pode ser mediador, diferenciando mediação judicial e extrajudicial e instituindo a mediação endoprocessual, ou seja, aquela que pode acontecer a qualquer tempo, estabelecendo o acordo como título executivo judicial, tratando da audiência de tentativa de conciliação e disciplinando a publicação da lei. Em linhas gerais, tratava também sobre a mediação judicial, mas sem a pretensão de regular taxativamente seu procedimento, em absoluto respeito à facultatividade do uso da mediação, estabelecendo que o mediador pudesse ser qualquer pessoa capaz, sendo escolhida ou aceita pelas partes, e, em observância da flexibilidade das formas, seria possível realizar a mediação em qualquer fase do trâmite processual, na modalidade judicial.¹⁴⁵

No mesmo ano da apresentação do projeto pela deputada, este foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), porém, apenas no ano de 2000 tem-se a primeira manifestação da Comissão. Nesta ocasião, o relator, Deputado Federal Iéδιο

¹⁴⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.827, de 1998 (da Câmara dos Deputados). **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**. Brasília, DF, 4 out. 2000. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ECCE60E6EAE39B1C678D3B5685096776.proposicoesWebExterno1?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 03 nov. 2017. O Congresso Nacional Decreta: Art.1º. Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual previnam ou solucionem conflitos. Parágrafo único - É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal. Art. 2º. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada a natureza do conflito. §1º. Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoa físicas que atendam as exigências deste artigo. §2º. No desempenho de sua função, o mediador devere proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo. Art. 3º. A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele. Art. 4º. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3(três) meses, prorrogável por igual período. Parágrafo Único - O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode recusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a numeração dos peritos. Art. 5º. Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria. Art. 6º. Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos dos conflitos e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência. Art 7º. Esta lei entra em vigor a data de sua publicação.

¹⁴⁵ BARBADO, Michelle T. Reflexões sobre a Institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma (org.) **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro> >. Acesso em: 03 nov. 2017.

Rosa, votou pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL nº 4.827.¹⁴⁶ No ano seguinte, em reunião deliberativa, foi concedida a vista conjunta aos Deputados Jarbas Lima, José Antonio Almeida e Vicente Arruda para que posteriormente o parecer fosse aprovado por unanimidade.

Após sua aprovação pelo plenário da Casa Legislativa originária, e não havendo sido interposto o recurso a que alude o inciso I, do § 2º do art. 58 da Constituição Federal, em atenção ao teor do que dispõe o art. 65 da Constituição da República, o PL foi encaminhado ao Senado¹⁴⁷ para fins de revisão, recebendo a identificação de Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 94, de 2002. Nesta ocasião, foi somado ao anteprojeto de lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), representado por Ada Pellegrini Grinover, oportunidade em que a versão “consensuada” passou a ter quarenta e sete artigos.¹⁴⁸ Já em 2004, observou-se a necessidade de adequar o texto do projeto às novas disposições constitucionais decorrente da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45,¹⁴⁹ sendo necessário redigir novo relatório ao PLC nº 94.

Em junho de 2006, o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, destaca que a proposição não recebeu emendas na Casa, mas para acompanhar as reformas constitucionais e contemplar as vozes de algumas associações envolvidas com a temática, o projeto teve de ser modificado em grande parte para adaptar-se anteprojeto de lei do IBDP. Por esta razão, faz-se necessário um exame mais pormenorizado do parecer

¹⁴⁶BRASIL. Projeto de Lei nº 4.827, de 1998 (da Câmara dos Deputados). **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**. Brasília, DF, 4 out. 2000. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ECCE60E6EAE39B1C678D3B5685096776.proposicoesWebExterno1?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁴⁷BRASIL. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; (...) Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

¹⁴⁸“Em 2003, o IBDP apresentou ao governo os anteprojotos que resultaram nas leis que alteraram profundamente o pouco eficiente sistema de execução das sentenças cíveis e dos títulos executivos extrajudiciais, além de ter cooperado com o Governo Federal na elaboração de várias outras normas, momento conhecido como terceira etapa da reforma do CPC. Merece destaque, ainda, a elaboração do anteprojeto de "Lei de Mediação", elaborado por Comissão do IBDP e da Escola Nacional da Magistratura. O texto final redigido pela Comissão foi entregue ao governo, que o apresentou ao Senado Federal como substitutivo de um projeto sobre o mesmo tema e que já estava em andamento. O texto do IBDP foi aprovado com poucas alterações, tendo o projeto retornado à Câmara Federal.” In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Nossa História**. Agosto, 2017. Disponível em: < <http://www.direitoprocessual.org.br/nossa-historia.html> >. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁴⁹BRASIL. Emenda Constitucional nº 45. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências**. Brasília, DF, 30 dez. 2004.

divulgado pela CCJC. Esta entendeu que os requisitos formais e materiais de constitucionalidade são atendidos pelo Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002, frisando ser competência privativa da União legislar sobre direito processual¹⁵⁰ e, assim, no que concerne à juridicidade, a proposta estaria isenta da necessidade de reparos. Quanto ao mérito, julgou-se tímido o avanço trazido pela proposição, especialmente, em face da possibilidade de que essas iniciativas pudessem “desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução alternativa de conflitos” que, associados ao dispositivo constitucional de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, e impulsiona avanços ainda maiores na legislação acerca da mediação.

Nesse contexto, estabeleceu-se intenso diálogo com instituições públicas e representantes da sociedade civil, ocasionando o recebimento de muitas recomendações de aperfeiçoamento da proposta em questão, cabendo destacar as sugestões do “Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça” e também de instituições de fomento à arbitragem, como “do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil e do Centro de Administração de Conflitos”. As sugestões recebidas diferem substancialmente “do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, justamente por avançar na disciplina jurídica da mediação, classificando-a em judicial ou extrajudicial e prévia ou incidental”.

As sugestões alcançam também a formação e seleção dos mediadores, apresentando ideias sobre “o Registro de Mediadores, que dará à sociedade, em última análise, a necessária segurança para eleger mediadores, com a garantia de que a pessoa ou instituição escolhida goza de reputação ilibada e vasta experiência na atividade”. Nessa dinâmica, foi apresentado o termo substitutivo, que apesar de pormenorizar a disciplina do instituto da mediação, tocando em alguns pontos que o Projeto de Lei 4.827 não previa, cuidou para não “atentar contra o seu espírito”, com restrição à mediação penal, que não se anuiu que integrasse o texto, posto que nesta matéria deve-se registrar a vigência do “princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, embora sofra temperamentos, merece um detalhamento incompatível com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados”. Por fim, o substitutivo foi estruturado em seis capítulos: I - modalidades de mediação; II - dos mediadores; III - do registro dos mediadores e da

¹⁵⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

fiscalização e controle da atividade de mediação; IV - da mediação prévia; V - da mediação incidental; e VI - disposições finais.

No Capítulo I, restou definida a atividade de mediação, e o estabelecimento de suas modalidades em prévia ou incidental e judicial ou extrajudicial (art. 3º), assentando que ela será sempre sigilosa, salvo convenção das partes (art. 6º) e que o termo de transação lavrado pelo mediador e assinado por ele e pelos interessados poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial. (art. 7º). No Capítulo seguinte, há a disciplina jurídica dos mediadores, acertando quem pode ser mediador judicial (art. 10) e extrajudicial (art. 11) e comediador (art. 15), atribuindo à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça a incumbência de treinar e selecionar candidatos à função de mediador (art. 14). O Capítulo III, trata do Registro de Mediadores que sofrerá manutenção pelos Tribunais de Justiça (art. 16), a quem caberá normatizar o processo de inscrição dos mediadores que atuarão no âmbito de sua jurisdição (art. 16, § 1º) e, ainda, impondo aos Tribunais de Justiça a sistematização dos dados dos mediadores e a sua publicação para fins estatísticos (art. 16, § 4º).

Já no Capítulo IV, restou integralizada quase absolutamente as propostas da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, na normatização da mediação prévia. No Capítulo V, tornou-se obrigatória a tentativa de mediação incidental, seguindo as recomendações da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, visando a estimular a autocomposição e o desafogamento das varas de primeira instância.

Ao final, no último Capítulo, apresentam-se as disposições finais, de caráter geral, determinando que “a atividade do mediador será sempre remunerada e estabelecendo o prazo de 180 dias para os Tribunais de Justiça expedirem as normas regulamentadoras que viabilizem o início das atividades”. Pronunciado, então, o parecer da CCJC do Senado pelo Senador Antonio Carlos Magalhães que, em relatório substitutivo de autoria do Senador Eduardo Suplicy, espelhava o posicionamento do Ministério da Justiça; este foi enviado ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, comunicando que o Senado Federal aprovou,

em revisão, Substitutivo ao Projeto originário dessa Casa, em julho de 2006, para que lá deliberassem sobre as mudanças tão substanciais.¹⁵¹

De volta à Câmara – por meio do Ofício nº 1312/2006, do Senado Federal – o Projeto de Lei em questão foi enviado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para elaboração de parecer. Sob relatoria do Deputado Federal José Eduardo Cardozo, concluiu-se que o Senado inovou “ao permitir que o poder público exerça controle sobre a qualidade da mediação”, sendo possível verificar “sensível melhoria ofertada pelo Substitutivo”, ao passo que “a mediação como método alternativo extrajudicial privado, de prevenção e solução sigilosa de conflitos, deve sobremaneira aliviar o enorme trabalho do Poder Judiciário”. Assim, entendeu-se pela “constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e no mérito pela aprovação do Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998”.¹⁵²

A proposição, no entanto, ficou sem movimentação até o ano de 2011, havendo alteração sobre a relatoria do parecer, que passou à competência ao Deputado Federal Arthur Oliveira Maia. Nessa oportunidade, foi exarado novo parecer da Comissão de Constituição e de Justiça e Cidadania, manifestando-se “pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998”, com exceção dos dispositivos em que obriga “órgãos como a Ordem dos Advogados do Brasil,¹⁵³ os Tribunais de Justiça e a Defensoria Pública a realizarem atividades que são de sua competência”, ou seja, a imposição aos Tribunais de Justiça quanto à sistematização dos dados dos mediadores, sua seleção, formação e promoção de cursos de aprimoramento dispondo, ainda, sobre o controle do Registro de Mediadores que deverá ser cuidado pelo Tribunal de Justiça do Estado. O parecer, portanto, destaca que especialmente quanto aos Tribunais de Justiça e a Defensoria Pública, há flagrante inconstitucionalidade nas proposições, sendo o caso “dos artigos 15;17 a 20; 25, inciso V; 27; 41, parágrafo único; e 45 do substitutivo”, pois extrapolariam a competência hierárquica administrativa de outros

¹⁵¹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4191171&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁵² BRASIL. Projeto de Lei nº 4.827, de 1998 (da Câmara dos Deputados). **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**. Brasília, DF, 4 out. 2000. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ECCE60E6EAE39B1C678D3B5685096776.proposicoesWebExterno1?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁵³ BRASIL. Lei nº 8.906. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF, 4 jul. 1994. Art. 44 - A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:(...) §1.º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

poderes da República, ou seja, ao poder Legislativo não seria possível impor atribuições aos órgãos submetidos à competência do Judiciário.¹⁵⁴

Ocorre que o referido projeto ficou sem movimentação durante longo período, até que em 4 de julho de 2013 foi publicado parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, aprovando projeto substitutivo do Senado Federal, de autoria do senador Ricardo Ferraço, isso porque, paralelamente à tramitação do projeto originário da Câmara dos Deputados, deu-se a tramitação conjunta do Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, o Projeto de Lei do Senado nº 405, de 2013, de autoria do Senador Renan Calheiros, e o Projeto de Lei do Senado nº 434, de 2013, de autoria do Senador José Pimentel, todos buscando regulamentar a mediação.

3.1.2 A proposição que resultou na Lei nº 13.140

O Projeto de Lei do Senado nº 517 inspira-se no "Movimento pela Conciliação" liderado pelo CNJ e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes e na Resolução nº 125, editada no ano de 2010, que trata da "Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, em que, dentre outras questões, estabelece a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos", por meio de verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria. Também no campo processual, "o Projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto n. 166/2010), em boa hora, reconhece o instituto da mediação como um mecanismo hábil à pacificação social", atribuindo aos mediadores e conciliadores a "qualidade de auxiliares da justiça, estando, inclusive, sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição relativos a outros sujeitos do processo". Soma-se a isso o II Pacto Republicano, que teve a mediação como pauta e, assinado pelos "Poderes da Federação em 2009, em que, dentre os compromissos assumidos, constava o de 'fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização'".¹⁵⁵

¹⁵⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.827, de 1998 (da Câmara dos Deputados). **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**. Brasília, DF, 4 out. 2000. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ECCE60E6EAE39B1C678D3B5685096776.proposicoesWebExterno1?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁵⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

No Senado, com a designação ao Senador Vital do Rêgo, em sessão em outubro de 2013, a Presidência comunicou ao Plenário que, com referência aos outros Projetos de Lei do Senado nº 405 e 406, de 2013, apresentados como conclusão dos trabalhos da Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto modernizando e atualizando a lei de arbitragem e mediação, subscritos pelo Senador Renan Calheiros, a Presidência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, decidiu, nos termos do § 1º do art. 48 do Regimento Interno,¹⁵⁶ a tramitação em conjunto, com as referidas proposições, do Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011, posto que os projetos versavam sobre matérias análogas.¹⁵⁷

À época foram realizadas audiências públicas, a primeira em 29 de outubro de 2013, que contou com a presença de convidados como Flávio Croce Caetano, Secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, e também com o representante do Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Cardozo e, ainda, com Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União, Luiz Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Aldir Passarinho Júnior, Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Na segunda audiência pública, no dia 31 de outubro de 2013, estiveram presentes Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Trícia Navarro Xavier Cabral, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Sérgio Campinho, representante da Confederação Nacional da Indústria, Gabriela Ourivio Assmar, Advogada e Maristela Basso, Professora livre-docente da Universidade de São Paulo, para debater sobre o Projeto de Lei que regulamenta a prática da mediação.

Dos encontros com pesquisadores e estudiosos sobre o tema, tem-se o Relatório Legislativo do Senador Vital Rêgo, relator da matéria, que analisa conjuntamente o PLS nº 517, de 2011, o PLS nº 434, de 2013 e o PLS nº 405, de 2013. De pronto, verifica não haver, “nos projetos sob análise, vícios de constitucionalidade, de juridicidade ou de natureza regimental”, ao passo que observa que as duas primeiras proposições disciplinam a mediação judicial e a extrajudicial, enquanto a o último PLS cuida apenas da mediação extrajudicial. Com vista a harmonizar, tanto quanto possível os três projetos, excluiu-se a “hipótese, presente no PLS nº 434, de 2013, de o Poder Público figurar como terceiro interveniente

¹⁵⁶ BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970**. Texto editado em conformidade com a Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2014. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁵⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

porque não se afigura cabível, num procedimento regido pela informalidade, a previsão de intervenção de terceiros”.

Quanto à mediação judicial, privilegiou-se “a regra prevista no PLS nº 434, de 2013, por dispensar qualquer atuação do magistrado no sentido de sugerir às partes a submissão ao procedimento”. Contudo, o referido projeto, “se ressentido de regras de aceitação da mediação judicial, razão pela qual, no substitutivo, essas regras foram incluídas”, renovando as intenções de proveito máximo dos três projetos, aperfeiçoando ainda mais suas disposições. Em observância à regra de precedência vista no art. 260, II, ‘b’, do Regimento Interno, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprova “o PLS nº 517, de 2011, na forma da emenda substitutiva apresentada, que aproveita, de forma harmônica, dispositivos e contribuições dos PLS nºs 405 e 434, ambos de 2013”.¹⁵⁸

Em dezembro de 2013 foram apresentadas cinco emendas. A primeira, de autoria do Senador Pedro Taques, recomendava que no art. 25 da Emenda Substitutiva, “considerando que o processo de mediação é um processo orientado pelo princípio da autonomia da vontade das partes, conforme art. 2º, V, da própria Emenda Substitutiva, o art. 25 deveria prever a dispensabilidade do processo de mediação quando a parte autora expresse essa pretensão em declaração anexada à petição inicial”, tendo sido integralmente acolhida.¹⁵⁹ A segunda emenda, também de autoria do Senador Pedro Taques, foi acolhida no ponto que questionava possível vício de constitucionalidade quanto à possibilidade de mediação quando for parte órgão ou entidade da Administração Pública.

Nesse sentido, sugere-se que “a autonomia negocial da Administração Pública, apesar de possível, deve ser restrita para impossibilitar a mediação que objetive a prática de ato ou a concessão de direito que dependa de autorização do Poder Legislativo para sua instituição”. No mesmo condão, seria vedada também a mediação que resulte em “excessiva onerosidade ao Poder Público, evitando-se a ocorrência de abusos e fraudes”, ao passo que com relação à impossibilidade de, no presente caso, a lei federal dispor sobre a possibilidade de criação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, o relator pede vênias para dissentir do autor da emenda.¹⁶⁰

¹⁵⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁵⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁶⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

A quinta emenda, de autoria do Senador Gim, sugeria a alteração no art. 36 da redação original do Substitutivo, que acabou suprimido, em decorrência do acolhimento de emenda do Senador Pedro Taques, que incidia sobre dispositivo similar, sendo, assim, considerada prejudicada a emenda.¹⁶¹ As emendas nº 3 e 4, também de autoria do Senador Gim, restaram prejudicadas, pois tratavam sobre a mediação envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, matéria essa já contemplada e totalmente regulada no texto reformulado do Substitutivo, em virtude do acolhimento das sugestões formuladas pela Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.¹⁶²

Ao cabo, havendo sido prejudicadas as Emendas nº 3, 4 e 5 e acolhendo, com ajustes, a Emenda nº 1 e, parcialmente, a Emenda nº 2, a CCJC entendeu pela aprovação do PLS nº 517, de 2011, na forma da emenda substitutiva apresentada, aproveitando harmonicamente, dispositivos e contribuições dos PLS nº 405 e 434, ambos de 2013 e, ainda, incorporou, com ajustes de redação e de técnica legislativa, as sugestões ofertadas pela Advocacia-Geral da União – ao passo que os dispositivos que aludem à atuação da AGU foram sugeridos pelo próprio órgão, de modo que não há como apontar prejuízo no processo de formação da lei.¹⁶³

Na sequência, tem-se a apresentação de cinco emendas, as três primeiras de autoria do Senador Armando Monteiro e as últimas propostas pelo Senador Francisco Dornelles. A Emenda nº 1 insere no texto a boa-fé como princípio da mediação, enquanto a Emenda nº 2 inclui a diligência como um dos atributos da atuação do mediador, e a Emenda nº 3 importa na menção expressa de que a pessoa indicada para atuar como mediador, antes de aceitar a função, deve revelar às partes qualquer fato ou circunstância que possa levantar dúvida injustificada em relação à sua imparcialidade. Nas emendas de autoria do Senador Francisco Dornelles, inclui-se a necessidade de registro de que o termo final de mediação apenas constitui título executivo na hipótese de ter havido acordo. Ainda, a Emenda nº 5 recomenda constar expresso que se for rejeitado o procedimento de mediação, não haverá qualquer ônus

¹⁶¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁶² BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁶³ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

para as partes, que foi incorporado ao texto, conforme detalhado no Parecer, de dezembro de 2013.¹⁶⁴

Na sessão legislativa seguinte, foi aberto prazo para interposição de recurso ao texto final que comunicou a aprovação do Substitutivo, em turno suplementar, com as referidas emendas. Na ausência de recursos, há remessa de Ofício do Senado Federal nº 237 de 19 de fevereiro de 2014, ao Senhor Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do dispositivo constitucional.¹⁶⁵ Ao alcançar a Casa Legislativa de destino passa a ser denominado como Projeto de Lei nº 7169, de 2014 (do Senado Federal)¹⁶⁶ e a Coordenação de Comissões Permanentes (CCP) dirige o texto à apreciação da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), que designa a relatoria ao Deputado Federal Alex Canziani. O parlamentar, por sua vez, apresentou requerimento solicitando a “realização de audiência pública para discutir os projetos de leis nºs 7169/2014 e 7108/2014 que tratam da mediação e da arbitragem”,¹⁶⁷ restando indeferido por não haver correlação apta a justificar a tramitação conjunta dos Projetos de Lei 7.108 e 7.169, ambos de 2014.

Ao final do mês de abril, a apresentação do Parecer do Relator, Dep. Alex Canziani (PTB-PR), pela aprovação deste e pela rejeição da Emenda apresentada nesta Comissão, sendo a referida emenda oferecida pelo Deputado Augusto Coutinho, propondo a inclusão de dois dispositivos no projeto, em que o primeiro procurava evitar que os conflitos que envolvam a discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos celebrados com particulares sejam enquadrados no conceito de “onerosidade excessiva” e, por fim, que o outro dispositivo pretendia evidenciar a adoção da mediação como opção de

¹⁶⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

¹⁶⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

¹⁶⁶BRASIL. Projeto de Lei nº 7169, de 2014 (da Câmara dos Deputados). **Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 fev. 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140227000220000.PDF#page=173>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹⁶⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 7169, de 2014 (da Câmara dos Deputados). **Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 fev. 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140227000220000.PDF#page=173>. Acesso em: 04 nov. 2017.

solução de controvérsia não retiraria do particular o direito de submeter a sua lide ao juízo arbitral ou judicial. Logo, a manifestação do relator foi pela aprovação do Projeto de Lei nº 7.169, de 2014, e pela rejeição da Emenda nº 1, do Deputado Augusto Coutinho.¹⁶⁸ Algum tempo depois, o relator repensou a proposta de Emenda nº 1 e esta acabou por ser incluída ao texto do PL.

Em seguida, o Projeto é encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sob a relatoria do Deputado Federal Sergio Zveiter, para que apresente sugestões ao texto original do Senado. Logo, o Parecer do relator manifesta-se sobre a Emenda nº 1, do Deputado Federal Felipe Maia, que, apoiado em Nota Técnica do Conselho Nacional de Justiça, sugere a alteração dos artigos 24 e 25 do projeto de lei, para que as demandas de mediação não sejam distribuídas aleatoriamente aos mediadores, mas sim que sejam encaminhadas para mediadores judiciais que melhor tenham condições de auxiliar as partes a dirimir suas disputas.

Já a Emenda nº 2, de autoria do mesmo Deputado, em atenção à Nota Técnica do Conselho Nacional de Justiça, que explicita a diferença entre mediação administrativa e judicial, a autorização ao Ministério da Justiça para a certificação de formação de mediadores judiciais, configuraria uma violação direta ao Princípio da Separação de Poderes. Isto porque submeteria a atividade administrativa do Judiciário à ingerência de outro órgão ou Poder da República, conduzindo fatalmente a inconsistências na sistemática judicial de administração dos conflitos, além de, supostamente, infringir o princípio da eficiência administrativa ao atribuir a outros órgãos a formação de mediadores e conciliadores.

A Emenda nº 3, proposta pelo Deputado Federal Cesar Colnago, tem a mesma pretensão da Emenda nº 2, enquanto a Emenda nº 4, do mesmo parlamentar, reflete as mesmas preocupações e interesses da Emenda nº 1. Já a Emenda nº 5, de lavra do Deputado Alessandro Molon, visa atender à solicitação da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que solicita que a redação expressa no artigo 3º, § 3º do projeto, disponha que as questões envolvendo empregados e empregadores, em face da indisponibilidade dos direitos do trabalhador, não se sujeitam à mediação de conflito.

Passado pelo crivo de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, o Relator entendeu por necessário alguns ajustes pontuais ao projeto de lei. De pronto, destacou que, do

¹⁶⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 7169, de 2014 (da Câmara dos Deputados). **Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 fev. 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140227000220000.PDF#page=173>. Acesso em: 04 nov. 2017.

ponto de vista técnico, o termo alternativo no caput do artigo 1º deve ser substituído pelo termo adequado. No artigo 2º, caberia a obrigatoriedade de tentativa de mediação de conflito antes de levá-lo ao Judiciário por meio do comparecimento à primeira reunião, quando a parte será informada sobre o que consiste a mediação e de que maneira ela se desenvolve. Quanto ao caput do artigo 3º, o Relator entendeu que há direitos que mesmo indisponíveis, admitem transação em algum nível, especialmente os que envolvem a mediação familiar. Aqui, portanto, considerando ser meritória, acolheu a Emenda nº 5, de autoria do Deputado Alessandro Molon, quanto à ressalva das questões envolvendo empregados e empregadores. Na sequência, entendeu pela exclusão do termo “por acordo”, do §1º do artigo 4º, pelo fato deste configurar-se como ato típico da conciliação. Em observância ao projeto de novo Código de Processo Civil, em tramitação à época, estabeleceu no artigo 6º uma quarentena que impossibilita que o mediador assessor qualquer das partes, pelo prazo de um ano. No artigo 11, há uma subdivisão entre a Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM) e os Tribunais, para que procedam ao reconhecimento de escolas de capacitação em mediação em nível regional. Ainda, conforme redação do artigo 13, os tribunais de justiça serão responsáveis por disciplinar como os hipossuficientes terão garantido, gratuitamente, o procedimento de mediação. Na sequência, com uma alteração sistemática, definiu-se que na mediação judicial será sempre obrigatória a presença de advogados, enquanto que na mediação extrajudicial, esta regra pode ser flexibilizada, exceto se uma das partes estiver representada, o que resultará na necessidade da outra parte também estar.

Entre outras alterações, substancialmente formais e sistemáticas, o Relator, no mérito, votou pela rejeição das Emendas de número 1, 2, 3 e 4 apresentadas na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, bem como pela aprovação do Projeto de Lei nº 7.169, de 2014, da Emenda nº 1 aprovada na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, e da Emenda nº 5, apresentada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.¹⁶⁹ Em seguida, o projeto, com quarenta e oito artigos divididos em três capítulos, em que o primeiro cuida do instituto ao prever suas disposições gerais e as regras sobre os mediadores, com o procedimento da mediação distribuído em termos sobre as disposições comuns, a mediação extrajudicial, a mediação judicial, a confiabilidade e as suas exceções; o segundo capítulo trata da autocomposição de conflitos “em que for parte pessoa jurídica de

¹⁶⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 7169, de 2014 (da Câmara dos Deputados). **Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 fev. 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140227000220000.PDF#page=173>. Acesso em: 04 nov. 2017.

Direito Público, trazendo disposições comuns e regras sobre conflitos envolvendo a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações”, para no último capítulo tratar das disposições finais,¹⁷⁰. Por fim, remetido ao Senado Federal, foi sancionado pela Presidenta da República e convertido na Lei nº 13.140, de 2015.¹⁷¹

3.1.3 O marco processual

A promulgação da Lei de Mediação logo após a aprovação pelo Congresso Nacional do novo Código de Processo Civil (NCPC),¹⁷² em consonância com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, segundo Ada Pellegrini Grinover, criou um “minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos”,¹⁷³ que formam um diálogo de fontes. Essa tendência de “priorização de chances para entabular acordos” produziu frutos também no novo regramento processual civil, posto que nele “a mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 07, o que totaliza 103 previsões” e, ainda, consta como “mecanismo a ser estimulado junto aos litigantes no curso do processo judicial”, a forte intenção de fomento à sua prática.¹⁷⁴

Anote-se que a preocupação do NCPC é com a mediação judicial, embora o texto não proíba a mediação prévia ou a extrajudicial, optando, apenas por não a regular e, assim, permitindo, a quem se interessar, fazer uso dessa modalidade, recorrendo aos profissionais liberais disponíveis no mercado. Já a Lei de Mediação tratou de regular a mediação extrajudicial, tanto na modalidade física como eletrônica.¹⁷⁵

¹⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação**. 2016. Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf> >. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁷¹ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 jun. 2015.

¹⁷² BRASIL. Lei nº 13.105, 2015. Código de Processo Civil.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Diritto e Tutela: esperienza contemporanea, comparazione, Sistema Giuridico-Romanistico**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁷⁴ TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação**. 2016. Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf> >. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 jun. 2015.

Em torno de dez dispositivos, no novo Código tratam de detalhar as regras aplicáveis aos auxiliares da Justiça, especialmente os mediadores e os conciliadores judiciais, afinado ao teor da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça. Embora o texto expressamente disponha que o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, auxiliando “aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito”, para que eles possam “pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”,¹⁷⁶ ao passo que cabe ao conciliador atuar, preferencialmente, naqueles casos em que for inexistente vínculo anterior entre as partes, podendo “sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”,¹⁷⁷ Fernanda Tartuce adverte para variadas previsões em que os dois mecanismos são tratados indistintamente pelo legislador. É o caso dos parágrafos¹⁷⁸ que versam sobre a audiência de conciliação e que referenciam o conciliador e o mediador sem observar as devidas diferenças, dificultando que os advogados e o próprio órgão judiciário tenham a clareza necessária para efetuar “a devida filtragem com vistas a remeter às partes ao mecanismo consensual adequado”.¹⁷⁹

Ocorre que, apesar de os projetos da Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil serem contemporâneos na sua tramitação, há alguns pontos dissonantes entre eles, especialmente, quanto à mediação judicial. Tartuce aponta a existência de um conflito quanto ao dispositivo processual,¹⁸⁰ que prevê a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, exceto quando a autocomposição não for alcançável, ou, ainda, quando ambas as partes expressarem desinteresse na realização da sessão consensual, ao passo que, segundo a

¹⁷⁶ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015.

¹⁷⁷ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015, Art. 165, §2º.

¹⁷⁸ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015, Art. 334, § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

¹⁷⁹ TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação.** 2016. Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf> >. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁸⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, 2015. Código de Processo Civil. Art. 334.

Lei de Mediação,¹⁸¹ a audiência de mediação é obrigatória e desconsidera a manifestação de vontade das partes. Outro ponto de divergência entre os diplomas, diz respeito às diferentes previsões quanto aos requisitos necessários para a formação como mediador judicial, que encontra na Lei de Mediação¹⁸² maior rigor, do que o que se extrai do Código.¹⁸³

Logo, constata-se que, apesar de ambos diplomas convergirem no sentido de normatizar, esmiuçar, os procedimentos a serem seguidos para alcançar a mediação judicial, há pontos dissonantes que podem dificultar e confundir a prática, tanto pelas partes, quanto pelos órgãos incumbidos de sua implementação.

3.2 A MEDIAÇÃO JUDICIAL EM FACE DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A mediação, portanto, até então tida como meio alternativo de solução de conflito, passou a ser realizada dentro do âmbito do judiciário brasileiro sob o cunho de meio adequado. A proceduralização tratou de disciplinar o instituto da mediação com o intuito de promover a sua prática e, também, de outros métodos consensuais de resolução de conflitos, no afã de que estes sejam mais efetivos do que a solução imposta verticalmente pelo magistrado, além de atender ao princípio da celeridade e, assim, desafogar o Judiciário, imerso no diagnóstico de uma sociedade hiperjudicializada. Ocorre que, na perspectiva originária de compreender a mediação “essencialmente como um projeto de comunicação eficaz”,¹⁸⁴ pautado, sobretudo, pela informalidade e pela independência do mediador, esta não

¹⁸¹ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015, Artigo 3º e artigo 27.

¹⁸² BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015, Artigo 11 - Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

¹⁸³ BRASIL. **Lei nº 13.105**, 2015. Código de Processo Civil. Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

¹⁸⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 195.

poderia ser reduzida a um conjunto de regras fixas e de forma específica exigível para a sua execução.

A indisciplina, característica da mediação frisada por Warat, desenvolve-se justamente pela conversação entre as partes, que contam com a participação de um terceiro imparcial, “que se vale de técnicas para clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas pelas próprias pessoas em suas interações” e, conforme algumas vertentes, nem sequer podem “intervir na condução do procedimento, devendo deixar que as partes sigam sua própria dinâmica de comunicação”.¹⁸⁵

Neste ponto, parece crucial a compreensão do que consiste a mediação enquanto método não institucionalizado, para contrapô-lo em face da mediação prevista na ordem jurídica com intuito de examinar ao certo se o procedimento da mediação inserido no âmbito judicial contribui para seu largo desenvolvimento ou se, ao revés, pode gerar um desvirtuamento de suas premissas e princípios essenciais, podendo atingir fatalmente a pretensa efetividade e celeridade do dito procedimento, sem modificar a suspeita de judicialização social.

Quanto à mediação extrajudicial, Rosa Maria Zaia Borges converge com Luis Alberto Warat no sentido de definir o instituto essencialmente como “instrumento eco-pedagógico-comunicacional de autocomposição de conflitos que visa a democratização do acesso à justiça e a emancipação social”, conforme os fundamentos de uma ética da alteridade. Segundo a autora, trata-se de um instrumento ecológico de resolução de conflitos, pois prima, antes mesmo de uma tomada de decisão, por uma melhora na qualidade vida das partes envolvidas no litígio. Essa melhora se desenvolve “na medida em que (as pessoas) se conscientizem do meio em que vivem e percebam (e valorizem) seu papel na sociedade, tornando-se autônomos, ou seja, capazes de administrar suas diferenças”. Já o sentido pedagógico de resolução de conflitos decorre do nosso aprendizado no enfrentamento de nossos problemas, pois “descobrir novas formas de lidar com nossos conflitos e, diante deles, a lidar com as diferenças; é pedagógico porque ensina uma nova forma de convivência social, suplantando princípios individualistas e sobrepondo princípios de solidariedade”. Ainda, a prática da mediação instiga o “conhecer e transitar por caminhos autônomos”, fazendo ver a importância do protagonismo na transformação das querelas. Por fim, adjetiva-se de comunicacional, pois

¹⁸⁵ TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação**. 2016. Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf> >. Acesso em: 05 nov. 2017.

ao recuperar o valor do diálogo na resolução dos conflitos, observa-se que a mediação não é outra coisa, senão um encontro comunicativo.¹⁸⁶

Para Borges, a mediação se traduz numa realidade em que não há vencidos e vencedores, culpados e inocentes, mas “sujeitos que se relacionam, que vivem em sociedade, que podem praticar ideais de autonomia, democracia ou de cidadania sozinhos”.¹⁸⁷ Boaventura de Sousa Santos, um entusiasta da mediação, acredita que apenas este instituto “pode subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na expressão jurídica”.¹⁸⁸

Conforme lecionam Lília Maia de Moraes Sales e Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves, na mediação um terceiro imparcial facilita a comunicação entre as partes, “sem propor ou sugerir quanto ao mérito, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico”, possibilitando e promovendo a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. Para tanto, o método fundamenta-se no princípio da boa-fé e, em princípios mais amplos, tais como: a) princípio da liberdade das partes, o que importa em dizer que as partes envolvidas no litígio devem ser livres para resolvê-lo através da mediação, não podendo ser obrigadas a submeter-se e, tampouco, deverão aceitar qualquer acordo que não julgue eficaz; b) princípio da não-competitividade, isto é, por meio do diálogo e das discussões, objetiva-se alcançar uma solução que seja mutuamente satisfatória, fruto da cooperação; c) princípio do poder de decisão das partes, em respeito a autonomia das partes envolvidas e reforçando o papel do mediador apenas na facilitação da comunicação, vedada a sua manifestação sobre qual a melhor resolução para o litígio; d) princípio da participação de terceiro imparcial, frisando que as partes envolvidas no conflito serão tratadas igualmente pelo mediador, sendo vedada a prática de qualquer diferenciação entre elas; e) princípio da competência, ou seja, para o desempenho da função de mediador, este deve estar apto para desempenhar suas tarefas, sendo diligente, prudente, zeloso, assegurando, assim, a qualidade do processo; f) princípio da informalidade do processo, dispõe sobre a ausência de ritos rígidos ou procedimentos específicos que devem ser seguidos, posto que o processo vai se desenvolvendo por meio da relação das partes, sem cerimônias, não havendo uma direção a ser conduzida; e g) princípio

¹⁸⁶ BORGES, Rosa M. Z. A mediação dos sentidos e os sentidos da mediação. **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.5, n. 1, p. 227-242, maio, 2017, Pp. 238-240.

¹⁸⁷ BORGES, Rosa M. Z. A mediação dos sentidos e os sentidos da mediação. **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.5, n. 1, p. 227-242, maio, 2017, p. 240.

¹⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1988, p. 23.

da confidencialidade no processo, garantindo o procedimento sigiloso, de modo que o mediador fica vedado de revelar às outras pessoas o que está sendo discutido na mediação.¹⁸⁹

Vislumbra-se com facilidade que a possibilidade do diálogo é muito maior na mediação, pois oferece a chance aos envolvidos “de falarem, ouvirem e discutirem, e com isso, articularem-se para chegar a uma solução, a melhor possível, sem regras preestabelecidas, sem ritos processuais limitados por prazo ou apresentação de papéis devidamente preenchidos”, tendo por escopo valorizar a autonomia das partes na elaboração de suas próprias regras, “mutáveis e mutantes durante todo o processo de mediação, se assim o estipularem”.¹⁹⁰

Passando ao exame do enquadramento da mediação judicial, conta-se com o já citado “Manual de Mediação”, organizado por André Gomma de Azevedo¹⁹¹ que, observando a transformação do Judiciário quanto à sua função, “(adota) posição de ativismo também quanto à orientação e educação do jurisdicionado, para tornar soluções amigáveis de disputa uma prioridade de toda sociedade”, conforme anuncia a introdução da obra. No mesmo sentido, afirma o texto de apresentação que “o Poder Judiciário se aproxima de uma de suas mais belas funções: educar a sociedade para tornar-se mais consensual, ao mesmo tempo em que enfrenta de forma direta um de seus maiores desafios: o déficit operacional”. Revela-se, aqui, que a pretensão do Judiciário na regulamentação de práticas de mediação consiste em aperfeiçoar o relacionamento intersubjetivo entre as pessoas já que, ao seu juízo, essas relações estariam imbricadas em uma cultura do litígio, cabendo supostamente aos togados instruir a sociedade a se relacionar melhor por meio da institucionalização da mediação judicial. Isto porque, conforme a própria letra da lei, a mediação judicial consistiria em “meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, ou seja, atividade técnica a ser desempenhada por “terceiro imparcial sem poder decisórios, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções” consensuais para a querela. Ocorre que a formação dos seus agentes

¹⁸⁹ SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus desafios. **Sequência** (Florianópolis), Florianópolis, n. 69, p. 255-279, Dec. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 Nov. 2017.

¹⁹⁰ BORGES, Rosa M. Z. A mediação dos sentidos e os sentidos da mediação. **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.5, n. 1, p. 227-242, maio, 2017, pp. 236-7.

¹⁹¹ Atual Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, em virtude da sua colaboração na organização e autorização de uso desta obra, sem nenhum custo ao Estado.

e a realização dessas práticas de mediação estariam concentradas pela administração do Poder Judiciário.¹⁹²

Rosa Maria Zaia Borges em palestra¹⁹³ sobre a institucionalização da mediação no país, enunciou alguns pontos críticos da Lei, à começar pelo artigo inaugural que trataria a mediação como técnica que auxilia e estimula a ‘identificar’ e ‘desenvolver soluções’ consensuais, ao passo que, conforme anunciava Warat, mediação acordista não é mediação.¹⁹⁴ No artigo seguinte, a autora alerta para a banalização dos princípios que regem o instituto, sendo que o mais importante, o princípio de autoridade das partes – que corresponde essencialmente ao poder de decisão das partes -, acaba suplantado por outros dispositivos como o art. 26, por exemplo, que dispõe que as partes deverão vir acompanhadas de advogados para a realização da mediação judicial, que embora em consonância com o princípio da autonomia das partes, não se confunde com o autoridade que é retirada dos mediandos e entregue aos seus procuradores. Essa mesma problemática encontra desdobramento no novo CPC, já que conforme o artigo 334 tem-se a previsão de que embora o advogado da parte autora instrua o processo optando pela não realização da audiência de mediação, se o réu manifestar interesse pela prática, a parte autora terá de comparecer à audiência de mediação, ainda que involuntariamente – posto que optou por não mediar. Ainda neste dispositivo, verifica-se que na audiência de mediação a parte poderá constituir representante por meio de procuração com poderes para negociar e transigir, ou seja, um esvaziamento de uma suposta prática de promoção do diálogo. Voltando a atenção para a Lei da Mediação, há no artigo 4º a suplantação da autonomia da vontade das partes ao tempo em que a o mediador é designado por terceiros, pelo tribunal, ou, ainda por outros, que não os próprios mediandos. Observa-se, ainda, a existência de uma série de requisitos a serem vencidos por aqueles que quiserem se habilitar como mediadores, que dentre exigências como graduação, tempo mínimo de formação, capacitação por escola de formação específica e cadastro submetido a apreciação de cada tribunal, parecem indicar uma manifestação de controle social pelo Estado, ao determinar quem pode ou não ser mediador – haja vista que as

¹⁹² BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015, Artigo 1º, §1º.

¹⁹³ BORGES, Rosa Maria Zaia. **Institucionalização da Mediação no Brasil: Nova Perspectiva de Acesso à Justiça ou Engessamento de um Instrumento de Empoderamento Popular?** 2016. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra). Ciclo de Debates - A Mediação no Novo CPC e na Lei n. 13.140/2015, DIA 19/04/2016, Faculdade de Direito da UFRGS.

¹⁹⁴ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo.** A mediação no Direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 10.

exigências mínimas para tal, acabam por reduzir significativamente o número de pessoas que poderiam sê-lo, seja pelo viés social, econômico ou cultural.

Com base na Lei de Mediação, observa-se que o artigo 27 parece estar em contradição com o princípio da voluntariedade, que estabelece que as partes devam ter a liberdade de utilizarem ou não a mediação, não devendo a mesma ser imposta, como prescreve o dispositivo. As partes também devem tomar as decisões que melhor lhe convierem no decorrer do processo de mediação. Nesse sentido, Juan Carlos Vezzulla aponta que nos países em que foi estabelecida a obrigatoriedade da mediação no processo judicial, não se obteve resultados positivos. Segundo o autor, em qualquer lugar em que a mediação seja praticada e observa-se o respeito “a norma fundamental de deixar seu uso à exclusiva vontade das partes, são resolvidos mais de setenta e cinco por cento dos casos que de outra forma teriam ido diretamente para o Poder Judiciário”, resultando numa mudança cultural que, conseqüentemente, desafoga o Judiciário. Salienta, ainda, que nos lugares onde a mediação foi imposta, “como na Argentina, a falta de preparo dos profissionais, os baixos honorários recebidos, além da obrigatoriedade, produziram um movimento de rejeição”, que resultou em baixo índice de sucesso.¹⁹⁵

No mesmo sentido, a obrigatoriedade da mediação da forma como está sendo abordada no Código processual,¹⁹⁶ que trata da audiência inicial como sendo uma audiência de conciliação ou de mediação, pode corromper a essência da mediação, tornando-a mera fase processual, e não o fruto da emancipação das partes na condução e na resolução de seus conflitos. É o que entende também Humberto Dalla Bernardina de Pinho, para quem a implementação da mediação obrigatória da forma como foi prevista no diploma tem repercussão negativa, pois “é da essência desses procedimentos a voluntariedade”, e essa característica “não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública”.¹⁹⁷ Em consonância, Fernando Gajardoni enaltece a aposta do novo Código de Processo Civil em promover a mediação, mas destaca que “para ela funcionar a contento, indispensável que as partes sejam deixadas livres para decidir pela participação ou não no ato”, e tampouco deve

¹⁹⁵ VEZZULLA, Juan Carlos, A Mediação. O Mediador. A Justiça e Outros Conceitos, In OLIVEIRA, Ângela (coord.), **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**, nº 1, São Paulo: Ltr, 1999.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105**, Código de Processo Civil. Brasília-DF, 2015.

¹⁹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O novo CPC e a mediação: Reflexões e ponderações**. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

haver envolvimento do magistrado na presidência das audiências inaugurais do rito comum, o que sequer é recomendado.¹⁹⁸

Reflexões como estas são pertinentes, pois se propõem a enfrentar o alcance do projeto de instituição de mediação judicial como solução ao abarrotamento do Judiciário e como elemento de transformação cultural, “pois de nada adianta uma forma alternativa de solução de conflitos que mantenha as relações jurídicas (e principalmente as sociais) no mesmo estado em que elas têm se dado”, importando em discutir, afinal, “que importância teria a mediação se ela fosse apenas considerada como um instituto processual, como mais uma forma de resolver conflitos fora do Judiciário? Para isso, melhor seria, então, a arbitragem”, já que indica normas tão fixas quanto as utilizadas pela justiça formal, seguindo o mesmo raciocínio, de manutenção de alguém outro, melhor e mais capacitado para decidir pelas partes sobre a querela que as envolve, e sem se submeter a morosidade dos tribunais.¹⁹⁹

Ao final, esclarecido sobre o que consistem os métodos alternativos ou adequados de resolução de controvérsias, quais os principais institutos, e a relevância da mediação no contexto brasileiro, tratou-se de conhecer as vozes que a sustentaram, reconstituindo sua trajetória até o marco legal, bem como examinando as dissonâncias da mediação judicial, qual seja, a mediação praticada dentro dos tribunais, daquela na qual foi inspirada – como uma espécie desse gênero de métodos –, para, no próximo capítulo, promover o enfrentamento do suposto diagnóstico de hiperjudicialização da sociedade, em face da promessa de mediação judicial, à luz de uma revisão bibliográfica quanto aos possíveis fundamentos histórico-filosóficos do tema.

¹⁹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?** 28 jan. 2015. Disponível em: <http://www.portalarreirajuridica.com.br/noticias/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁹⁹ BORGES, Rosa M. Z. A mediação dos sentidos e os sentidos da mediação. **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.5, n. 1, p. 227-242, maio, 2017, pp. 236-7.

4 O ENFRENTAMENTO DO DIAGNÓSTICO PELA SOLUÇÃO

A postura de ativismo adotada pela institucionalidade “quanto à orientação e educação do jurisdicionado” por meio da mediação judicial, como visto no capítulo anterior, abre espaço para proposição de um diálogo a ser enfrentado à luz da temática da judicialização da sociedade.²⁰⁰ O presente capítulo, portanto, irá explorar os argumentos que respaldariam a “atuação pedagógica” do Judiciário em face de uma pretensa alteração cultural necessária, que culminaria na emancipação social dos sujeitos que se dispõem a realizá-la para, em seguida, contrapor essa perspectiva por meio de revisão bibliográfica quanto aos possíveis fundamentos histórico-filosóficos dessa dinâmica, traçando, por fim, os limites da transformação da realidade pelo direito, traduzidos aqui como a alteração de uma suposta cultura de litígio em pacificação social a partir do instituto da mediação judicial. Ainda, será empreendido o exame quanto ao seu possível enquadramento enquanto expressão do protagonismo do Judiciário, em face da qualidade de sua promessa de diminuição da judicialização para, ao final, verificar o alcance da expectativa de empoderamento social.

A necessidade de investigação dessa temática se dá em razão da crise das instituições, em especial a do Judiciário, ter sido apresentada como a chaga do Estado contemporâneo. Isto porque a composição justa dos conflitos tornou-se cada vez mais complexa, pois além do contínuo aumento das demandas individuais, cuja solução se concentra na determinação dada pela dicotomia vencedor-vencido, há, ainda, a crise na prestação jurisdicional, que se revela de forma latente na solução dos megaconflitos que hoje se expandem pela sociedade, resultando em soluções não raro deficientes.²⁰¹ A isso se soma a ampliação do acesso à Justiça que não pode estar restrita, única e exclusivamente, em colocar à disposição da sociedade o direito de ter acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça é mais que isso, consiste no acesso à ordem justa, não bastando apenas que o interessado tenha o simples acesso – ou seja, que encontre abertas as portas dos Tribunais –, sem que lhe seja garantido que obter a adequada tutela jurisdicional, qual seja, a análise da demanda em tempo razoável e de maneira efetiva.²⁰² Importa anotar também que o próprio acesso ao Judiciário não contempla a sociedade em absoluto, vez que frente às desigualdades sociais que marcam países como o

²⁰⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília-DF: CNJ, 2016, p. 11.

²⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300.

²⁰² VESTENA, Carolina Alves; BORGES, Rosa Maria Zaia. A problemática do local e do global na mediação: a perspectiva emancipatória e a agenda do Banco Mundial para as reformas dos judiciários periféricos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 126-136, jul./dez. 2009, p. 135.

Brasil, deve-se contabilizar uma expressiva camada da população que não consegue acessar o Judiciário, e, tampouco à Justiça – mas ainda assim verifica-se o abarrotamento Tribunais, por receber cotidianamente montantes significativos de novas demandas. Nessa perspectiva de intensa judicialização dos conflitos, positivamente se pode anotar uma tendência extraída da sociedade brasileira em compreender-se como portadora de direitos, que quando não respeitados, ou não disponíveis, conhecem o caminho até o Judiciário e nele ingressam a fim de verem suas demandas atendidas.

Sucedo que a solução de conflitos de interesse, atualmente, pode ser apreendida a partir de outras possibilidades, evidenciando que o termo jurisdição já não pode mais se restringir ao habitual “dizer o Direito, ou seja, não basta a garantia do acesso à justiça, mas a essa liberdade pública deve-se agregar o direito a um provimento jurisdicional idôneo a produzir os efeitos práticos a que ele se preordena”, conforme assentam Humberto Dalla Pinho e Michele Paumgarten.²⁰³

Nesse ínterim, os autores concordam que “a obsessiva produção de normas, muitas vezes de escassa eficiência”, símbolo de vários ordenamentos, “acaba abrindo uma fenda abissal entre o mundo do dever ser e o mundo efetivo e real do ser”. Decorre dessa lógica a constante inovação da legislação processual e, assim, as controvérsias entre os operadores jurídicos, que resultam na tardança do trâmite dos processos que vão sendo empilhados nos Tribunais. Para eles, compõem esse cenário “a falta de recursos humanos e materiais, a cultura judiciarista”, também a “ineficiência das instâncias administrativas em equacionar os conflitos que surgem em nossa sociedade”, resultando inequivocamente no processo de judicialização, que supostamente alargaria a crise que aflige o terceiro poder. No país, ainda que o acesso à justiça tenha previsão constitucional,²⁰⁴ Pinho e Paumgarten apontam a necessidade de “um reexame da expressão para que o instituto não seja minimizado à mera oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal”, para quanto os métodos adequados de resolução de conflitos, que adotariam uma posição mais horizontal, por vezes, indo muito além do que o caso inicialmente parecia precisar, poderiam ganhar mais espaço.²⁰⁵

²⁰³ PINHO, Humberto Dalla B.; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. III. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/20829/15107>. Acesso em: 15 nov. 2017.

²⁰⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. Artigo 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁰⁵ PINHO, Humberto Dalla B.; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. III. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/20829/15107>. Acesso em: 15 nov. 2017.

As vozes que lançaram o ideal de desconstrução de uma cultura da sentença – valendo-se do termo cunhado por Kazuo Watanabe – pretendiam edificar sua ambição promovendo o alargamento do alcance da justiça social. Sob essa ótica, a absorção dos métodos adequados de solução de disputas, qual seja, a mediação pelo Judiciário, que passou a centralizar a instituição, a prática, a promoção e, ainda, a regulamentação da técnica reverberou na compreensão do que caberia precipuamente a este poder, tendo inclusive fomentado a educação da sociedade para a edificação do que se pretendeu chamar de uma cultura de paz, desmontando a lógica de adjudicação que superlotaria as varas e câmaras para que fosse possível assumir uma interação social baseada e supostamente estruturada pelo diálogo.

Preocupada exclusivamente com os sentimentos das pessoas em conflito, ao buscar (re)estabelecer o equilíbrio emocional dos envolvidos, a mediação exprime-se no que Fátima Nancy Andrichi chamou de ‘justiça doce’. E assim o fez, pois realçou o pretense papel educativo da mediação, que “além de conscientizar a parte da sua própria situação, conduz à compreensão da outra pessoa, dos seus valores, desejos e necessidades”. A mesma autora destacou a busca de soluções que envolvessem a aceitação mútua, capazes de compatibilizar interesses, gerar afinidades e humanizar a justiça.²⁰⁶ Quando à frente da corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, Andrichi promoveu a prática da mediação tanto quanto foi possível, visto que especializou duas varas cíveis já existentes nas 27 capitais para resolver todas as demandas de mediação e arbitragem, e estabeleceu como “dever do Poder Judiciário ser partícipe e incentivador dessa forma adequada de solução de conflito, colocando o Brasil no caminho do mundo globalizado”.²⁰⁷ Recentemente, Andrichi palestrou no seminário Conciliação e o Novo CPC²⁰⁸ e reforçou seu entendimento de que a aplicação da lei deve ser humanizada pois, para ela, “o juiz tem uma função pacificadora de conflitos e deve agir como um verdadeiro serenador de almas”. Ainda, tonificou sua expectativa sobre a mediação e destacou que “não se poder conceber a paz social se não tivermos em cada lar brasileiro a paz jurídica”, a qual deve ser alcançada por meio da pacificação da sociedade, orientada pelo Judiciário, especialmente com a promoção deste instituto.

²⁰⁶ ANDRIGUI, Fátima Nancy. Mediação como um instrumento a serviço da resolução de litígios. **Justiça do direito**. Universidade de Passo Fundo, v. 24, n. 1, pp. 169-178, 2010, p. 175.

²⁰⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ministra Nancy Andrichi anuncia criação de varas especializadas em mediação e arbitragem**. Publicado em 21 nov. 2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/novembro/ministra-nancy-andrichi-anuncia-criacao-de-varas-especializadas-em-mediacao-e-arbitragem>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁰⁸ Em maio de 2016.

A mudança de paradigma que coroou o ideal de litigiosidade mínima a ser perseguido partiu do cenário no qual as partes que estivessem envolvidas no conflito muitas vezes teriam de continuar convivendo socialmente e não estariam pacificadas entre si, e tampouco teriam alcançado a tão almejada reestruturação emocional – flamejada com tanto afínco por seus defensores –, pois em seu interior a questão não restaria solucionada. No âmbito do conflito, Fabiana Spengler afirmou que todas as relações da contemporaneidade acabam por experimentá-los em determinado momento e anotou que essa desestabilização no equilíbrio das relações sociais não deve, necessariamente, ser vista como algo nocivo, posto que, em alguma medida, tenha impedido a estagnação do indivíduo e, assim, permitido a evolução da sociedade. O que se depreendeu, portanto, é que o conflito não deve ser o problema a ser dirimido ou aplacado, mas abordagem para sua solução é que merece revisão.²⁰⁹

Na perspectiva da autora, “concedeu-se ao Estado o poder para suprimir o combate violento, substituindo-o pela competição regulada pelo direito” e, ao tomar para si o monopólio da violência legítima, infligiu ao Judiciário, enquanto sistema, a prerrogativa exclusiva de resolver os conflitos sociais, pautado em códigos preestabelecidos, com vista a preservação da ordem e a segurança da sociedade. A ótica positivista suscitada por Spengler pretendeu a garantia dos interesses coletivos, em atenção ao que dispõe a lei, enquanto realidade jurídica possível.²¹⁰ Contudo, “se verifica que a resposta sólida – que deveria ser oferecida por instituições como o Judiciário – aos poucos esmaeceu corrida pela incompatibilidade entre as complexas relações comunitárias e as estratégias hegemônicas atuais”.²¹¹

No entanto, o protagonismo judicial tratou de facilitar a infiltração da lei nas relações sociais, sob o argumento de fundamentar as decisões judiciais em detrimento do subjetivismo do julgador, conforme Marcelo Saliba.²¹² Daí, em contrapartida a essa lógica, observou-se a promoção do tratamento dos conflitos, por meio não mais do sistema, mas da mediação. Aqui, cumpre assinalar que a expressão tratamento em vez de resolução das colisões de interesses é utilizada por Fabiana Spengler, justamente para exprimir a concepção de que os conflitos sociais não são solucionados pelo Judiciário no sentido de esclarecê-los, elucidá-los e resolvê-los de maneira plena, ao passo que na mediação o termo tratamento revelar-se-ia mais

²⁰⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010, pp. 245-6.

²¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010, pp. 280-1.

²¹¹ SPENGLER, Fabiana M.. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 197.

²¹² SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 39-40.

adequado exatamente porque consiste no ato ou efeito de tratar terapeuticamente o conflito, visando à sua satisfação completa.²¹³

Paradoxalmente, o frenesi alcançado pela promoção dos métodos consensuais de tratamento de conflitos, antes de atingir seu marco legal e processual, foi elevado à categoria de Política Pública Judiciária Nacional, por meio da Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.²¹⁴ Nesse sentido, o termo política pública pode ser utilizado com significados distintos, de abrangência maior ou menor, que “ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”, de maneira que em uma política sempre haverá um conjunto de decisões e ações que visam à implementação de valores e o desenvolvimento de ações no tempo.²¹⁵ Ou seja, a política pública implementada pela Resolução compreendeu “a utilização dos mecanismos consensuais de forma restrita, ou seja, apenas na esfera judicial”, visando à modificação da cultura da sentença para a cultura da pacificação. Para tanto, o documento “determina a centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico”, a ser regido pelo Conselho Nacional de Justiça. Contudo, há que se atentar que a centralização dos procedimentos de mediação ou o acompanhamento e fiscalização dos mesmos na estrutura do Judiciário pode criar um entendimento que seria essencialmente indesejado ao instituto, no sentido de ser obrigatória a sua prática, e, ainda, de que o não comparecimento à sessão poderia ser considerado má vontade e resultar em algum tipo de consequência jurídica. Soma-se a isso o temor de que o relato feito na sessão possa ser levado ao conhecimento do magistrado, entre outros riscos, como do juiz que, na ausência de aparato melhor, atuar como mediador, e que na impossibilidade de se chegar ao termo de mediação, acabe sendo, também, o árbitro da causa em juízo.²¹⁶

Considerando que a Resolução, documento que em muito apoiou e direcionou o marco legal e processual da mediação, havia atribuído ao Conselho Nacional de Justiça, auxiliado pelo Comitê Gestor da Conciliação, o cuidado com o desenvolvimento de diretrizes nacionais

²¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 298.

²¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125**. Brasília, 2010.

²¹⁵ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos sociais & políticas públicas**: desafios contemporâneos Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2311.

²¹⁶ GHISLENI, Ana Carolina; WALTRICH, Dhieiny Quelem; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi. Comentários aos artigos 1º ao 6º da Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). **A Resolução nº 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 14.

para a implementação da política pública de tratamento adequado à solução dos conflitos, observa-se um direcionamento no enfoque em termos quantitativos, ou seja, na quantidade de acordos e termos de mediação obtidos, mantendo o aspecto de indicador de quantidades já existente no sistema tradicional, por meio do levantamento do número de sentenças ou processos baixados a cada ano, por exemplo. Nesse sentido, a fixação de metas, prazos e padrões de acordos aos núcleos que tratam da mediação e da conciliação acaba por colidir com a essência voluntarista e indisciplinada sugerida pelo “método alternativo”, que, ao cabo, tratará de manter a centralidade da dinâmica no Judiciário, robustecendo o imaginado diagnóstico de protagonismo judicial.

Nesse sentido, o segundo capítulo desse trabalho buscou por meio de revisão bibliográfica proporcionar esclarecimento acerca das manifestações do protagonismo do Poder Judiciário, quer seja no ativismo judicial, na judicialização da política, e ainda enquanto processo de jurificação da vida, para em seguida identificar a expressão mais recorrente do fenômeno no discurso de advogados, jornalistas, comentaristas. As opiniões destes somaram-se àquelas provenientes do campo teórico e, assim, suscitaram a existência de um senso comum convencido da existência de uma sociedade brasileira judicializada, ou seja, uma sociedade que teria como *modus operandi* a entrega de seus conflitos aos balcões do Judiciário. Ocorre que ainda neste tópico, por meio de exame nos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, realizou-se um levantamento em face do índice de litigiosidade do Poder Judiciário nacional, do índice de recorribilidade externa, bem como das demandas mais judicializadas por classe e assunto e constatou-se que o suposto diagnóstico de judicialização reflete muito mais o expressivo número de ações em tramitação do que propriamente o resultado de um comportamento rotineiro dos brasileiros que recorrentemente levariam suas contendas para a apreciação do Judiciário – inclusive pela impossibilidade de identificar com clareza quem são as partes que compõem cada polo da ação.

Ainda assim, o capítulo seguinte tratou de examinar o instituto da mediação, que inúmeras vezes foi anunciada como a solução para o elevado número de processos novos e pendentes que se somam a cada ano nas varas e gabinetes de todo o país. Daí, empreendeu-se um exame sobre os argumentos que traziam aqueles que asseguravam que a institucionalização da mediação diminuiria a judicialização e transformaria uma realidade supostamente imersa numa cultura do litígio, da sentença em uma realidade de paz social. Analisou-se o percurso do instituto por intermédio das propostas de lei que visavam a regulamentá-lo no âmbito do poder Legislativo, até alcançar seu marco legal e processual recentemente. Enfim, tratou-se de contrapor a concepção de mediação judicial, trazida pela

lei, em face da essência da mediação extrajudicial, evidenciando prováveis cinco entre elas e observando a manifestação, por mais uma vez, do protagonismo judicial – isso porque o processo de regulamentação da mediação acabou mantendo a centralidade das práticas no Judiciário. Mediante as atribuições de formação dos profissionais, fiscalização e promoção do instituto estarem centradas nele, e, inclusive, constatar-se uma aderência de atividades próprias do direito, tal como o formalismo, estarem imbricadas na conceituação legal da prática da mediação.

A partir dessa pesquisa, cabe enfrentar no próximo tópico os possíveis fundamentos históricos e filosóficos que perpassaram a elevação do terceiro poder, sob todas as suas facetas, podendo revelar uma judicialização do próprio instituto da mediação.

4.1 ALGUNS FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DAS FACETAS DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Em atenção à ideia da existência de hiperjudicialização não só da política, mas também da sociedade que, ao que parece, estaria sendo enfrentada pela instituição das práticas de mediação judicial, torna-se essencial a apresentação de um esclarecimento acerca do significado desse fenômeno – primeiro – que tem desestruturado tanto a configuração dos poderes estatais, quanto à dinâmica democrática e a própria interação social. Isso pois, o protagonismo judicial é o pano de fundo para o desenvolvimento de todas as outras manifestações, seja o ativismo, a judicialização ou ainda o processo de juridificação. Pilar Domingo oferece uma lúcida anotação sobre o tema, afirmando que a judicialização da política denota, primeiramente, uma maior presença da atividade judicial na vida tanto política, quanto social; em um segundo momento, trata dos conflitos políticos, sociais, ou, ainda, entre o Estado e a sociedade que passam a ser resolvidos, com cada vez mais frequência, frente aos tribunais; em terceiro lugar, o fenômeno é fruto do processo, a partir do qual diferentes atores políticos ou, ainda, sociais enxergam uma vantagem em recorrer aos tribunais com vista a proteger ou promover seus interesses. Daí se tem a utilização de estratégias jurídicas, que acabam por ampliar o poder político dos juízes e, apontam, ainda, que a referida judicialização indica, em certa medida, uma tendência talvez em ascendência de que a legitimidade do sistema político esteja associada à capacidade do Estado democrático moderno para cumprir com suas promessas de Estado de Direito, visando à proteção dos

direitos dos cidadãos, garantindo o devido processo legal, bem como os mecanismos de responsabilização dos governantes.²¹⁷

Ao lado da avocação de pautas políticas, se vê que o Judiciário também passou a expressar ingerência sobre a esfera das relações interpessoais, como desdobramento da opção das sociedades ocidentais modernas que elegeram a liberdade como valor supremo e, daí, portanto, fonte das patologias sociais – conforme será visto em seguida. O alto grau de litigiosidade – ainda que não se possa destacar plenamente as demandas exclusivamente intersubjetivas – emergem de um país com extremas desigualdades sociais em que uma significativa parcela da população tem dificuldades reais em acessar o Poder judiciário, de modo a por em cheque a impressão de largo e sólido acesso à justiça em face de todos.

Nessa conta, deve-se incluir também o altíssimo custo do judiciário brasileiro, que pode ser visto como reflexo de uma sociedade forte em juridificar diversas esferas da vida, ou seja, como “uma manifestação sintomática do processo mais amplo de colonização do mundo da vida pelas exigências funcionais do sistema (...) que envolve efeitos puramente reificantes e desumanizantes”.²¹⁸ Para Alberto Paulo Neto, a juridificação consiste na tendência à “multiplicação do direito escrito nas sociedades modernas”, tendo como resultado “a extensão da lógica do sistema jurídico aos novos fatos sociais que eram regulados informalmente e a condensação do direito pela especialização de matérias jurídicas que se solidificaram em matérias particulares”, ou seja, representam a racionalização das formas simbólicas de interação social.²¹⁹ Trata-se, portanto, do crescimento quantitativo e intensificado de prescrições jurídicas para a relação dos problemas sociais.²²⁰ Nesse sentido, a juridificação opera como um modo encadeado em que o indivíduo tende a fechar-se em sua esfera privada, considerando sua liberdade exclusivamente no sentido negativo, de modo que, a partir desse entendimento, constrói seu modo de viver. Mais que isso, essa maneira de experimentar a vida, pode desdobrar-se no fenômeno denominado de hiperjudicialização das relações sociais, que ocorre quando o indivíduo passa a levar ao juízo os tantos ramos juridificados de normas, para obter a garantia ou a realização daquele ou desse direito.

Essa prática é exposta por Axel Honneth como uma patologia social, ou seja, como a técnica social institucionalizada do exercício exclusivo de apenas uma liberdade, no caso, a

²¹⁷ DOMINGO, Pilar. Estado de derecho. Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina: Ciudadanización-judicialización de la política. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*: Fundació, nº 85-86, p. 33-52, maio 2009, p. 37.

²¹⁸ VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2004, p. 69.

²¹⁹ NETO, Alberto Paulo. A relação entre direito e moral em Habermas. *Princípios*, Revista de Filosofia, Natal, v. 23, n. 42, set.-dez. 2016, p. 225.

²²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 183.

liberdade negativa, ao passo que o indivíduo passa a se reconhecer unicamente como detentor de direitos e pretende que a realização desses esteja acima da realização coletiva de um projeto ou sem reconhecer os limites da sua liberdade quando interfere no exercício da liberdade do próximo.²²¹ Nessa perspectiva, Honneth desenvolve seu juízo de patologia jurídica, definindo-a como o uso da gramática da liberdade negativa como alicerce para a obtenção de todos os seus direitos. Inspirado pelos escritos de Hegel, o autor apresenta em *Luta por reconhecimento*²²² seu projeto de teoria, na qual “a luta por reconhecimento intersubjetivo é explicitada como constitutiva para que o indivíduo possa desenvolver-se como sujeito social autônomo”,²²³ uma vez que, conforme o autor parte-se da premissa de que todos os conflitos sociais são conflitos por reconhecimento.

Com base em Hegel, Honneth adota como ponto de partida o fato de que nas sociedades modernas existem “três esferas decisivas para a integração e a reprodução social: a família, a sociedade civil e o estado”.²²⁴ Assim, em cada uma dessas esferas o reconhecimento intersubjetivo assume determinada forma, ou seja: o reconhecimento pelo amor, o reconhecimento jurídico e o reconhecimento pela estima social, ou, ainda, pela contribuição de cada indivíduo à coletividade. Contudo, “esse reconhecimento não é resultante de generosidade generalizada, mas sim de processos de luta que em cada esfera assumem formas distintas” e que pode também ser recusado.²²⁵ Sob esta última hipótese, ocorreria a negação na qual, respectivamente, a primeira esfera teria como base os maus-tratos corporais que “destroem a autoconfiança elementar de uma pessoa”,²²⁶ a segunda seria formada pelas “experiências de rebaixamento que afetam o autorrespeito”,²²⁷ ou seja, pela exclusão do indivíduo do sistema de garantias de direitos e, por fim, a terceira, que refere-se à “depreciação de modos de vida individuais ou coletivos”,²²⁸ atingindo, assim, a autoestima.

Desse modo, na contemporaneidade, os indivíduos legitimamente aguardam que os valores que “orientam normativamente as interações dentro dela (na sociedade moderna)

²²¹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp.157-173.

²²² HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003.

²²³ SOBOTTKA, Emil. A. *Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth*. **Sociologias**, v. 15, n. 33, p. 142-168, ago. 2013, p. 156.

²²⁴ SOBOTTKA, Emil. A. *Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth*. **Sociologias**, v. 15, n. 33, p. 142-168, ago. 2013, p. 156.

²²⁵ SOBOTTKA, Emil. A. *Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth*. **Sociologias**, v. 15, n. 33, p. 142-168, ago. 2013, p. 156.

²²⁶ HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003, p. 216.

²²⁷ HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003, p. 216.

²²⁸ HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003, p. 217.

sejam efetivados no cotidiano”²²⁹, de jeito que, quando ocorre a frustração dessa expectativa, o sujeito se percebe injustiçado, pois “são precisamente essas percepções de injustiça que, no projeto de uma teoria fundamentada da justiça, se constituem em justificação para os critérios da análise crítica da realidade social”²³⁰ e, ainda, conforme o autor, parte da frustração o impulso para as lutas por reconhecimento que se refletem no processo emancipatório, sendo, assim, traduzida na possibilidade de o indivíduo poder criar e realizar seu próprio plano de vida.²³¹

Visando a ampliar o desenvolvimento do sujeito individual autônomo para além das microrrelações intersubjetivas, Honneth propõe um esboço de como a intenção fundamental, bem como a estrutura do texto, “A filosofia do direito” de Hegel, devem ser interpretadas no seu todo.²³² Num primeiro momento, o autor trabalha com o conceito hegeliano de espírito objetivo “de que toda realidade social possui uma estrutura racional, diante da qual se devem evitar conceitos falsos ou insuficientes que levem a consequências negativas no interior da própria vida social, uma vez que estas encontram aí uma aplicação prática”, qual seja, a violação em face de argumentos racionais com os quais nossas práticas sociais sempre estiveram entrelaçadas causa danos e lesões à realidade social.²³³

Posteriormente, Honneth apresenta o conceito de eticidade, ou seja, a tese de que na realidade social da modernidade encontram-se dispostas esferas de ação nas quais as formas de interações institucionalizadas expressam inclinações, normas morais, interesses e valores que revelam a existência de orientação ética para seus membros.²³⁴ Assim, identifica-se como principal propósito da filosofia o desenvolvimento de princípios universais de justiça na forma de uma “justificação daquelas condições sociais sob as quais os sujeitos podem ver reciprocamente na liberdade do outro um pressuposto de sua autorrealização individual”.²³⁵

Deste modo, a atualização compreendida na obra recém-mencionada confere suporte ao projeto de Honneth em sistematizar sua tese fundamentada na ideia de reconhecimento e,

²²⁹ SOBOTTKA, Emil. A. Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. *Sociologias*, v. 15, n. 33, p. 142–168, ago. 2013, p. 157.

²³⁰ SOBOTTKA, Emil. A. Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. *Sociologias*, v. 15, n. 33, p. 142–168, ago. 2013, p. 157.

²³¹ HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion. Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007, p. 50.

²³² HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion. Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007, p. 51.

²³³ HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion. Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007, pp. 51-2.

²³⁴ HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion. Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007, p. 52.

²³⁵ HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion. Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007, p. 68.

ainda, elaborar uma teoria da justiça que não se origine na norma, mas na análise social por meio do método de reconstrução normativa desenvolvido em seu livro “O direito da liberdade”.²³⁶

Quanto à metodologia proposta, “as instituições e práticas são analisadas e apresentadas à medida que se mostram importantes para a materialização e realização de valores socialmente legitimados”,²³⁷ ao passo que a “reconstrução” deve ser a expressão da soma das rotinas e instituições sociais, dentre as quais serão escolhidas e representadas “unicamente as que possam ser consideradas indispensáveis para a reprodução social”. Havendo consonância entre os fins da reprodução, estes devem estar em concordância com os valores aceitos de maneira que a reconstrução normativa “implica necessariamente ordenar as rotinas e instituições sob o ponto de vista da força de sua contribuição quanto à divisão do trabalho, para a estabilização e implantação daqueles valores”.²³⁸

É neste ponto que Honneth distancia-se de Hegel, ao não enxergar na história das instituições o progresso constante, uma vez que não se verificam garantias de que o que está por vir será melhor do que hoje está posto, ou ainda, a passagem do tempo pode apresentar períodos de retrocessos em sentido amplo. Assim, o autor passa a descrever fenômenos históricos como base para sua reconstrução normativa assentando que de todos os valores éticos que tentaram emergir nas sociedades ocidentais modernas, “apenas um deles mostra-se apto a caracterizar o ordenamento institucional da sociedade”,²³⁹ qual seja, a liberdade individual, ou, ainda, a liberdade no sentido da autonomia do indivíduo. Observa-se aqui que nas sociedades modernas a exigência de justiça apenas se legitima, se houver respeito a autonomia da referência individual, já que não é mais “a vontade da comunidade ou a ordem natural que se constituem pedra fundamental normativa de todas as ideias de justiça, mas a liberdade individual”.²⁴⁰

Surge, portanto, a necessidade à referência de que a filosofia hegeliana está dividida “em três partes, dedicadas respectivamente ao direito abstrato, à moralidade e à eticidade”, ao passo que Honneth “identifica três diferentes sentidos de liberdade que”, de modo geral, “correspondem à tripartição hegeliana”.²⁴¹ a liberdade negativa, na qual o exercício das liberdades pelo sujeito está assegurado por uma “margem de ação protegida para ações

²³⁶ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

²³⁷ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp. 24-25.

²³⁸ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 25.

²³⁹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 34.

²⁴⁰ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 37.

²⁴¹ PINZANI, Alessandro. Das Recht der Freiheit, de Honneth, Axel. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 94, p 207–237, nov. 2012, p. 209.

egocêntricas, liberadas de pressão por responsabilidades”;²⁴² também a liberdade reflexiva, que compreende a ideia de que para ser livre, o indivíduo deve chegar às suas próprias decisões e ter a possibilidade de realizar sua vontade, ou seja, é livre o indivíduo que “consegue se relacionar consigo mesmo”²⁴³; e, por fim, a liberdade social, que propõe que “somente a interação intersubjetiva no discurso” possibilita a liberdade do indivíduo na relação com os outros”,²⁴⁴ evidenciando que a construção de uma teoria de justiça não deve prescindir da interação social, e sim ter como escopo a autorrealização dos indivíduos dessa mesma sociedade.²⁴⁵

Aqui, interessa-nos especialmente o primeiro caso, que corresponde à liberdade negativa, condicionada à existência de um sistema de direitos subjetivos que, com o passar do tempo, produziu um ambiente de proteção ao indivíduo de modo a permitir que este possa desenvolver de maneira autônoma seu plano de vida sem a necessidade de submeter-se aos valores socialmente preponderantes. Assim, os direitos subjetivos, ou ainda, negativos, estabelecem uma “esfera privada, à qual o indivíduo pode retirar-se, subtraindo-se às obrigações comunicativas ligadas à exigência de justificar escolhas de vida e valores”.²⁴⁶ Logo, a prática da liberdade negativa, conforme Honneth, anuncia o diagnóstico de patologias da liberdade, aqui entendidas como espécies de patologias sociais que correspondem à excessiva juridificação de todas as esferas da vida, ou ainda, “a patologia segundo a qual todas as relações sociais se reduzem a ter ou obter direitos”.²⁴⁷

Sob essa óptica, importa conhecer também as ideias de Ingeborg Maus, especialmente no trabalho em que trata da questão da judicialização levando em consideração a moralização do Direito como instrumento jurisprudencial na interpretação jurídica. A autora critica veementemente o Poder Judiciário da Alemanha na figura do Tribunal Federal Constitucional Alemão - TFC, registrando que, ao longo da história, o tribunal a todo o momento tratou de ampliar suas funções, tanto antes, durante, e posteriormente ao período nazista, procurando colocar-se na figura de um pai ou de um tutor, ou seja, de protetor de uma sociedade órfã.

²⁴² HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 46.

²⁴³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 58.

²⁴⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 81.

²⁴⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp. 79-80.

²⁴⁶ PINZANI, Alessandro. Das Recht der Freiheit, de Honneth, Axel. **Novos Estudos**: CEBRAP, n. 94, p. 207–237, nov. 2012, p. 209.

²⁴⁷ ASSHEUER, Thomas (2012) apud SIMIM, Thiago Aguiar. A justiça das instituições sociais: Uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 15, n. 4, p. 648-663, mar. 2016.

Nesta atividade, teria o referido tribunal praticado atos autoritários muitas vezes contrários ao interesse coletivo.²⁴⁸

No artigo, a autora atenta para a disposição observada no pós-guerra, que a perda da importância do “pai” – papel que por longo período havia sido representado pelo monarca – acaba refletindo na construção da consciência individual. Verificado o vácuo na representação, a sociedade passa a se entender como órfã e a realizar uma transferência de papéis à medida que “o crescimento no século XX do Terceiro Poder, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai”.²⁴⁹ Atribuiu-se aos juízes a função de condutores da “moralidade alemã” para que pudessem guiar o processo de reunificação do país, tal como, guardada as devidas proporções, a sociedade brasileira tem creditado ao Judiciário o papel de livrar o país da corrupção.²⁵⁰ Assim, com a emergência do Estado de bem-estar social, Maus constata o aumento dos poderes e competências do Poder Judiciário, que deixa de ater-se a aplicar apenas o direito positivo, apelando, por vezes, a fundamentos de ordem moral. Na visão da autora, a “expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais”, mas também persiste, em certa medida, na confiança popular. Até mesmo aqueles que buscam evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos conflitos que ocorrem nos aposentos infantis – seguindo critérios antiautoritários de educação, por exemplo – favorecem mais frequentemente aquela mesma estrutura autoritária quando se trata da condução de conflitos sociais. Desse modo, a Justiça emerge então como “uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa”.²⁵¹

Dessa mesma lógica provém o que a socióloga chama de infantilismo, ou seja, a crença na Justiça ao esperar por parte dos tribunais “uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem cidadania”.²⁵² Nessa perspectiva, a sociedade órfã oferece espaço para o crescimento e engrandecimento do Poder Judiciário, uma vez que já não conseguia exercer seu livre acesso à emancipação moral, tendo no poder do Estado a

²⁴⁸MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

²⁴⁹MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 185.

²⁵⁰SANTOS, Boaventura de Sousa, Brasil: a democracia à beira do caos e os perigos da desordem jurídica. **Jornal Público**, p. 45, 22 mar., Portugal, 2016.

²⁵¹MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 190.

²⁵²MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 190.

imagem do “pai” que lhe caberia à direção no desenvolvimento de valores. O direito aplicado deixa de ser fruto do debate parlamentar, fundamentado no voto, para ser aquele ou aquilo que o Judiciário entendia como aplicável, tornando a própria Constituição “um texto fundamental a partir do qual [...] os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”.²⁵³ Para Maus, o Tribunal imputou a si próprio o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões em fundamentos constitucionais muitas vezes anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência da Corte não deriva da Constituição, mas, por certo, está acima dela.²⁵⁴ E é justamente nesse aspecto, que a autora afirma categoricamente que o Tribunal Constitucional atua “menos como ‘guardião da Constituição’ do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial”.²⁵⁵

Em obra mais recente, intitulada *O Direito e a política*, Maus aspira contribuir para a teoria da democracia, ao mesmo tempo em que põe às claras a discussão a respeito do direito e da política. Para tanto, a autora contraria as interpretações ordinárias sobre o pensamento de Kant, apontando que estas não alcançam a essência de sua teoria filosófica, especialmente quanto à “acusação de que Kant é um representante do absolutismo esclarecido ou pelo menos um representante do caráter representativo da democracia”, ou ainda um crítico ferrenho “a qualquer resistência à injustiça cometida pelo Estado”, segundo anuncia Manfredo Araújo de Oliveira, na introdução da obra de Maus.²⁵⁶ Isto porque ela trata de defender a tese de que é possível evidenciar que há no pensamento kantiano um dilema fundamental da teoria contemporânea da democracia. O livro apresenta, ainda, por meio da leitura pragmática do pensamento transcendental, da autonomia do sujeito de Kant, para chegar à discussão sobre a soberania popular e a relação desta com o direito positivo e o direito suprapositivo, decorrente da dicotomia “entre teoria e mundo como característica básica do quadro teórico típico da filosofia moderna ainda hegemônica em nossos dias”.²⁵⁷

Atenta às questões que permeiam a teoria da democracia, Ingeborg Maus assinala que, quando o Judiciário passa a exercer um papel mais expressivo em representar e fazer valer a soberania popular, emerge uma suposta superioridade em relação ao Legislativo, cujos

²⁵³ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 192.

²⁵⁴ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, pp. 190-2.

²⁵⁵ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, pp. 192-3.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 5.

²⁵⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 5.

normativos passaram a ser submetidos cada vez mais ao crivo judicial, que assim expressariam a última palavra da ordem supostamente emanada pelo povo.²⁵⁸ Para a autora, a conjuntura de imprecisão e indeterminação dos conteúdos legislativos ensejaram uma maior atuação dos tribunais, especialmente da jurisdição constitucional, o que resultou no afetamento da separação de poderes, já que “desde o início do século XX predominam métodos de interpretação, juridicamente criadores”, capazes de retroagir também o processo de codificação de todo o Direito, fruto de uma exigência da sociedade, pautada pelo Iluminismo, em face da arbitrariedade absolutista. Ocorre que os “Tribunais e burocracias há muito se emancipam através de ‘interpretação ilimitada’ das leis sempre que estas incomodem”, ao passo que, cada vez mais foram absorvidos conceitos indeterminados nas próprias leis e, assim, alocada a decisão jurídica para a situação da aplicação jurídica – um procedimento no qual o legislativo, democraticamente eleito, se destituiu a si próprio do poder.²⁵⁹

Daí decorre outro objeto de estudo da autora, que trata de discutir sobre a separação entre direito e moral, enquanto esta se manifesta como delimitadora daquele.²⁶⁰ Apresenta-se, então, uma revisão de concepções sobre o positivismo jurídico enquanto instrumento para que o intérprete das leis endossado exclusivamente pelas regras de produção jurídica, e quanto ao jusnaturalismo como corrente defensora da aplicação das normas em harmonia com os princípios jurídicos morais e os direitos suprapositivos supremos. Maus expõe a visão de que no embate analítico-científico entre direito e moral cresce a expectativa de que, havendo a inserção de princípios morais, seja possível alcançar critérios no Direito que não somente se oponham à casualidade da legislação positiva na sociedade moderna, mais do que isso, que coloquem limites ao aumento qualitativo do Direito na crescente juridificação de todos os processos sociais.²⁶¹ A compreensão da discussão, na concepção da autora, vai em sentido contrário. Para ela, a consideração direta de princípios morais no conceito jurídico extingue os limites do Direito e, com isso, também esmorecem os limites de regulação estatal. Com vista a esclarecer sua assertiva, Maus examina as relações de efeito, em que identifica, em grande

²⁵⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 133.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 22.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 287.

²⁶¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 287.

parte dos casos, um entrave quando se dá o encontro entre as normas jurídicas e as normas morais.²⁶²

Sistematicamente, as três conclusões da autora são no sentido de que: a) no contexto das sociedades contemporâneas, as normas jurídicas, em contraposto às normas morais, expressam-se não só nas relações intersubjetivas, mas também nos aparatos sociais. Os contextos de aplicação, no âmbito moral, auxiliam a autonomia dos indivíduos em relação a modelos faticamente válidos, de maneira que a remoralização do Direito, pode traduzir um aumento do raio de ação dos aparatos estatais. Ou seja, o Estado é que detém comando instrumental aumentado para intervir na sociedade;²⁶³ b) a segunda perspectiva de Maus refere que “as condições específicas de codificação e reforma de Direito positivamente colocado garantem um formalismo jurídico que permite âmbitos livres de Direito”, de modo que o que não puder ser identificado no direito vigente como um tipo legal, não pode se submeter a nenhuma regra jurídica e deve ser excluído da intervenção jurídico-estatal.²⁶⁴ Em outras palavras, a autora explicita que o que não está previsto na norma jurídica não pode ser objeto de obrigatoriedade e, assim, dirime qualquer restrição de liberdade, enquanto que na incidência direta de princípios morais no Direito provoca-se, sobre essa estrutura jurídica formal-racional, o desaparecimento dos âmbitos livres de Direito. Em face da “grande indeterminação de princípios morais em relação a normas jurídicas, permite-se que quase todo caso possível seja identificado como juridicamente relevante e possa se tornar objeto de decisão judicial”.²⁶⁵ Outra consequência observada pela absorção da norma moral em sede do Direito será a “extensão do poder de sanção sobre exigências que, segundo entendimento clássico jurídico-estatal, somente valem como morais e que ficaram a cargo da solução de problemas imanentemente sociais”. Ou seja, tal fato resulta no alargamento do poder estatal de sancionar sobre situações que antes estariam fora do Direito;²⁶⁶ c) por derradeiro, a autora retoma a estrutura de legitimação, que conforme a estrutura clássica do Estado de Direito democrático se baseia na separação entre legitimação democrática do Direito e sua fundamentação e sua validade moral. Maus sustenta que a diferenciação entre legitimação

²⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

²⁶³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 289.

²⁶⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 288-9.

democrática e fundamentação moral do Direito significa a usurpação de uma função social de controle através de instâncias políticas de decisão, fazendo com que o possível conflito entre justificação democrática e moral de decisões jurídicas seja dirimido dentro dos aparatos estatais que aspiram, de toda forma, a proteção em face da formação empírica de consenso. Ainda, alerta que o argumento moral pode ser então facilmente usurpado como substituição de democracia, em que os fóruns de decisões jurídicas são capazes de autolegitimação, produzindo eles mesmos os fundamentos de justificação sobre os quais apoiam suas decisões.

O que se quer dizer com isso é que a hipótese da fundamentação moral do Direito constitui decisões enunciadas com justificação não na lei, mas em juízo próprio do julgador, em consonância com a sua concepção moral. Para Maus, existe clara impossibilidade de um juiz evitar confundir o que é a sua moral pessoal com a moral social estabelecida na Constituição e, também, no universo legislativo atuante na sociedade, apesar de supor que o entendimento judicial possivelmente esteja mais próximo do conteúdo objetivo dessa moral do que o juízo, que a maioria dos membros da comunidade possa ter sobre o conteúdo dessa moral.²⁶⁷ Aqui, a autora toma como exemplo a ampla liberdade da jurisprudência constitucional do Tribunal Constitucional para dizer o Direito, mesmo que para isso se utilize de procedimentos de ponderação entre os princípios, que estejam absolutamente revestidos de moral própria. Mais que isso, por meio da ponderação de valores, os argumentos nem sempre são os motivos aferidos na Constituição, e daí se estabelecem decisões diversas, em uma estrutura de autolegitimação e decorrentes de um método jurídico interpretativo que tem como origem os princípios morais.²⁶⁸

Soma-se a isso a advertência da autora sobre a instrumentalização da remoralização do Direito para além da aplicação de pontos de vista morais, fomentando a adaptação da estrutura jurídica às necessidades da ação administrativa em cada situação, resultando em uma situatividade de todo o Direito. Isso tem como consequência não só a grande autonomia do Tribunal Constitucional Federal frente a vinculações constitucionais, mas também fomenta a ampliação do poder da administração pública à custa do legislativo.²⁶⁹ Afinal, a autora arremata sua análise asseverando que a técnica de interpretação constitucional empreendida pelo Tribunal, culmina na perda pela sociedade de sua capacidade de limitar a ação estatal. Isto porque, “o discurso moral que deve ser conduzido ‘de baixo’ em uma sociedade

²⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 289-291.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 293-9.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 299-301.

democrática é usurpado, atualmente, pelos aparatos estatais. Mas sua expertocracia de justiça mostra uma forte tendência em fazer valer pontos de vista da ‘justiça técnica’”. Ainda, aponta que a “colonização do mundo da vida” pelos valores morais que passam a imbricar o Direito, serve para o casuísmo, que com a delimitação situacional do Direito serve de encobrimento a argumentos morais para os fins que se queira. Ingeborg Maus, portanto, reforça a importância de identificar a separação entre Direito e moral, para conter a usurpação da soberania popular do protagonismo judicial.²⁷⁰

Deve-se ter em conta que o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional na Alemanha pós-guerra, com o esforço empreendido na aspiração de reunificação do país pode ter ultrapassado em muito suas prerrogativas, vez que vencido o momento inicial de reestruturação estatal e de fixação de valores do pós-guerra e, também, como foi o caso de diversos países latino-americanos após o reestabelecimento da ordem democrática, passado esse período de transição, os juízes não se despojaram do papel que lhes fora atribuído.

Ainda nessa perspectiva, Antoine Garapon aponta que a figura do “juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram”. Isto porque, na ausência de referências que possam lhe conferir uma identidade e assim estruturar a sua personalidade, “o indivíduo procura, no contato com a justiça, uma proteção contra o desmoronamento interno”, pois perante “a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede salvação”. Os juízes figuram, portanto, como “os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares”.²⁷¹

No contexto pátrio, para melhor compreensão das raízes da protagonismo judicial, especialmente na sua roupagem de judicialização, importa retornar a década de 1980, ocasião em que o legislador constituinte, preocupado em evitar arbitrariedades como aquela realizada no passado alargou as atribuições do Poder Judiciário ao prever de forma ampla, no texto constitucional, os mais diversos direitos fundamentais, surtindo reflexos na vida social e nas transformações do Estado, conforme Vianna et al. constatam, “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado em uma crescente institucionalização do direito na vida

²⁷⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 303-4.

²⁷¹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 23.

social, invadindo espaços antes inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada”.²⁷²

Tem-se, portanto, que a constatação de uma crescente institucionalização do direito na vida social reflete a preponderância do exercício da liberdade negativa, em que estaria presente o risco de uma patologia social, entendida como “a total identificação, pelos indivíduos, de sua liberdade como liberdade jurídica, isto é, com seus direitos negativos e que, portanto, tais direitos acabem sendo os elementos constitutivos do plano de vida de seus titulares”, desdobrando-se em uma sociedade judicializada, ou seja, com alto número de demandas levadas a juízo.²⁷³ Esta lógica encontra raízes no exercício da diretriz política da função de compensação social das desigualdades de poder entre o setor patronal e o setor operário, que em atenção às demandas sociais de ampliação da proteção da liberdade individual e coletiva utilizou-se do direito como meio para tanto. Nessa corrente, frisa-se também o crescente processo de juridificação de setores da vida, como a família, a escola, o lazer e a cultura, os quais, desde os anos 1960, buscando “proporcionar proteção estatal à parte mais vulnerável em cada um desses casos”, que acabaram por levar os participantes dessas esferas a se enxergarem efetivamente “como portadores de direitos”.²⁷⁴ Ocorre que, como afirma Habermas, a institucionalização do direito se apresenta de forma paradoxal, vez que nas sociedades modernas simultaneamente garante e suprime a liberdade.²⁷⁵ Esse paradoxo se manifesta, segundo análise de Alberto Paulo Neto, “pela delimitação do direito privado entre a negatividade dos domínios do árbitro e a positividade da participação em instituições e prestações”, ou seja, “a institucionalização da proteção e provação da liberdade pela democratização”.²⁷⁶

Já no desenrolar do século XX, anunciavam-se “os desafios que o Estado democrático de bem-estar social” haveria de enfrentar, uma vez que as crises “provocadas pela própria lógica do sistema capitalista”, forçavam o Estado a buscar formas para diminuir os efeitos

²⁷² VIANNA, Luiz W. et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²⁷³ PINZANI, Alessandro. Das Recht der Freiheit, de Honneth, Axel. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 94, p. 207–237, nov. 2012, p. 209.

²⁷⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 163.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, pp. 204-8.

²⁷⁶ NETO, Alberto Paulo. A relação entre direito e moral em Habermas. **Princípios**, Revista de Filosofia, Natal, v. 23, n. 42, set.-dez. 2016, p. 223.

negativos das referidas crises, tal como a “adoção de políticas de segurança social, que foram aprofundando-se e transformando-se em políticas de bem-estar social”.²⁷⁷

Para além do evidente progresso no processo de inclusão de pessoas proporcionado pelo Estado Social, há também que se considerar o efeito perverso, ao qual Jürgen Habermas adverte que o cidadão tende a transformar-se em cliente, renunciando à participação ativa e assumindo a atitude passiva de quem se limita a aguardar serviços do Estado.²⁷⁸ Conforme o autor, da interação entre o sistema e o mundo da vida nas sociedades modernas se tem quatro papéis básicos. Das relações entre o subsistema económico e a esfera privada do mundo da vida – entendida na perspectiva dele como a família – aparecem os papéis de empregado do sistema produtivo e de consumidor desse mesmo sistema, por meio do consumo de produtos.

Em contrapartida, das relações entre o subsistema administrativo e a esfera pública do mundo da vida, aqui compreendidas como as redes comunicativas, surgem os papéis de cliente da administração pública e de cidadão do Estado. Ocorre que as identidades de empregado e cliente acabam sendo assumidas nas suas inter-relações com os subsistemas económico e administrativo por meio de mecanismos essencialmente mercadológicos (não valorativo) e burocráticos (autorregulado), pertencendo, portanto, aos contextos do mundo da vida, não podendo ser tratados administrativamente ou economicamente. Isto porque, no esquema habermasiano, a colonização do mundo da vida ocorre quando as forças do sistema esvaziam as esferas pública e privada da vida, mediante a monetarização e burocratização das práticas cotidianas em ambas as esferas.²⁷⁹

As conjecturas académicas aqui destacadas, encontraram ressonância no plano da realidade. É o caso da manchete veiculada por uma das maiores empresas de mídia do sul do país, em junho de 2017, anunciando a quantidade escandalosa de processos que “abarrotam” a justiça estadual gaúcha, isto porque, no ano anterior, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) terminou o ano com 2,78 milhões de processos em estoque. Em outras palavras, seria como se a cada quatro habitantes do Estado, um estivesse envolvido em uma disputa judicial.²⁸⁰

²⁷⁷ PINZANI, Alessandro. Democracia *versus* tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. **Lua Nova**, São Paulo, n.89, p. 135-168, 2013, p. 136.

²⁷⁸ PINZANI, Alessandro. Democracia *versus* tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. **Lua Nova**, São Paulo, n.89, p. 135-168, 2013, p. 136.

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo 2**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 323-5.

²⁸⁰ ELY, Débora. Com quase 3 milhões de processos, Judiciário gaúcho tem média de um caso para cada quatro habitantes. **Gaúcha ZH**, 18 jun. 2017. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2017/06/com-quase-3-milhoes-de-processos-judiciario-gaicho-tem-media-de-um-caso-para-cada-quatro-habitantes-9819237.html>. Acesso em: 13 out. 2017.

A leitura oferecida por Garapon sobre o viés acima assentado, alerta no sentido de que “(a) explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social”. Para ele, a origem dessa realidade reside numa depressão social, ou seja, um esmorecimento da sociedade que se manifesta e “se reforça através da expansão do direito”, em face do abatimento e inércia individual. Para o autor, a “elevação” contemporânea do juiz não resulta tanto de uma escolha deliberada, mas, anterior a uma deliberação propriamente dita, parece ser uma reação de defesa perante o “quádruplo desmoronamento: político, simbólico, psíquico e normativo”. Em consequência, “após a embriaguez da libertação, descobre-se que toda a nossa identidade corre risco de vacilar: a do indivíduo, a da vida social e a do político”, haja vista o alto custo tomado da liberdade pela opção em tornar o magistrado incumbido do papel de salvar a sociedade e cada um.²⁸¹

Daí que na perspectiva de avanço do subsistema econômico em face da vida, das relações sociais, Garapon aponta que o destaque conquistado pela justiça não deve ser entendido como uma “simples passagem de testemunho da soberania do povo para o juiz, mas antes como uma transformação do sentimento de justiça”. Uma vez que as mutações da democracia contemporânea não são razões tanto ao “desenvolvimento do papel efetivo do juiz, mas antes à importância do ‘espaço simbólico’ que este tem vindo a ocupar”, visto que “o direito define-se não tanto pela imposição legítima da lei, mas antes pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro”.²⁸²

Neste cenário, também o Brasil não passou ileso. Em decorrência dessa nova estrutura de proeminência dos Tribunais, as tensões que originalmente ocupariam o campo político-social, fomentando discussões, promovendo o diálogo entre os sujeitos envolvidos diretamente, ou não, na questão em conflito, acabam por transferir suas pautas e pleitos para o âmbito jurídico, esvaziando, portanto, a esfera política e a esfera social. Para Honneth, uma estratégia adequada para elucidar a deformação reflexiva da liberdade jurídica, ou seja, enquanto patologia social, seria apropriar-se de testemunhos estéticos, como filmes, romances ou obras de arte, que servem bem ao expor de maneira direta os sintomas dessa patologia.²⁸³ Um exemplo trazido por Honneth diz respeito à primeira forma de patologia da liberdade jurídica, fruto da “juridificação de setores da vida que antes se organizavam apenas pela via comunicativa”, bem como da tendência de “dirimir as questões públicas no campo do

²⁸¹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pp. 22-3.

²⁸² GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 43.

²⁸³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 159.

direito”.²⁸⁴ Daí o filme Kramer VS. Kramer, em que os pais, por meio do direito que pretendem garantir – a guarda do filho –, “passam a pensar na consequência de todos os seus passos tendo em vista uma futura decisão judicial e, no decorrer de seu litígio”, adotam estratégias, sem conseguir avistar que, por trás e para além de suas intenções de êxito reciprocamente observáveis, persistem necessidades e dependências comunicativas. Portanto, “em vez de orientar (sua conduta) seguindo razões que potencialmente poderiam ser compartilhadas pelos parceiros de interação, ele é entendido apenas como uma execução de deliberações e fins puramente privados”. Ou seja, a partir da liberdade negativa, aquilo que o direito abriu como uma oportunidade transforma-se em um estilo de vida. Logo, o germe para a propensão em “adotar a perspectiva da liberdade jurídica plenamente, a ponto de se perder de vista as exigências do agir intersubjetivo, explica-se na tendência social a atribuir a tarefa de solucionar litígios e conflitos sociais [...] ao sistema de ação do direito”.²⁸⁵

No mesmo prisma, a pesquisa empreendida pelas psicólogas Camila Felix Barbosa de Oliveira e Leila Maria Torraca de Brita ocupou-se de retratar o fenômeno da judicialização na contemporaneidade – faceta de grande saliência do protagonismo judicial – enquanto movimento de regulação normativa e legal do viver, especificamente quanto ao bullying e à alienação parental. Embora de áreas do conhecimento distintas, a pesquisa de Oliveira e Brita corrobora o diagnóstico de juridificação das mais diversas esferas da vida, enquanto alertam para a apropriação do raciocínio judicializante para a resolução dos conflitos, que versam sobre ambas manifestações, desenrolando as lógicas patológicas e judicializantes que as embasam.²⁸⁶ Dos casos de recorte trazidos pelas autoras, se tem que o primeiro consiste no processo de lavagem cerebral ou treinamento realizado pelo genitor alienante para difamar a imagem do outro responsável, acometendo crianças e adolescentes cujos pais tenham se separado e vivam em contato hostil²⁸⁷, enquanto no segundo as ciências endossam a ideia de que embora o ato possa não deixar marcas físicas e visíveis, pode originar sérios efeitos psicológicos para as vítimas. Para tanto, “uma hipótese é a de que o agressor também já foi uma vítima de bullying e, por causa dos danos em sua personalidade, reproduz as agressões.

²⁸⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 164.

²⁸⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp. 167-8.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013.

²⁸⁷ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013, p. 82.

Diante de tantos traumas, culpas e interioridades, está montado o cenário para a intervenção do psicólogo”.²⁸⁸

Ocorre que o enquadramento e modo de abordagem, seja punitivo ou para prevenção, prevê para a alienação parental uma lógica de forte interferência judiciária, que para alcançar a comoção nacional, ganhou uma data específica para promoção da identificação de suas características e a forma decorrente de prevenção. De modo geral, a juridificação desta pauta acaba excluindo “aspectos sociais, culturais e legais ligados à vivência da separação, como as relações de gênero, a divisão dos papéis parentais, o predomínio da modalidade unilateral de guarda, as mudanças nas famílias e nos relacionamentos contemporâneos”,²⁸⁹ ao passo que o bullying salta da sala da direção da escola diretamente para os bancos da delegacia, reforçando o prisma judicializante.²⁹⁰

Por certo que as autoras não buscam desprezar a existência desses fenômenos, seja a alienação parental ou o bullying, tampouco diminuir seus danos potenciais, contudo, primam por destacar que ambos são fenômenos recentes, “com ampla repercussão midiática, divulgados de modo a favorecer a apropriação naturalizada e acrítica, reforçando a base na ordem jurídica e o respaldo assegurado pelas leis”. Ambas as manifestações tratam de questões “relacionais difíceis, que produzem sofrimento ou prejuízo, emergindo sob a forma de crime a ser combatido”, que ao serem contemplados por legislações específicas, têm agora um destino certo: o sistema judiciário, sob o risco de produzirem a naturalização de processos da existência reduzidos ao nível individual do crime e da culpa, sendo cada vez mais desfocado o horizonte sociopolítico que os funda e legitima.²⁹¹

Evidente, portanto, que o processo, tanto de buscar a solução dos conflitos da vida em sociedade perante o Judiciário, quanto de avançar o direito sobre todas as esferas da vida, coincide com o movimento de protagonismo judicial, que tem várias facetas, e embora elas possam ser em alguma medida diferenciadas umas das outras, estão entrelaçadas em si. A face da juridificação da vida e das relações sociais, traduzida na tentativa de racionalizar as relações humanas, visando à redução da complexidade social por meio da “colonização do mundo da vida” pelo direito, ou seja, a tentativa de tornar todas as interações sociais adjudicáveis, soma-se ao fenômeno de sociedades supostamente hiperjudicializadas, ou seja,

²⁸⁸ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013, p. 81.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013, p. 83.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013, p. 81.

²⁹¹ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013, p. 84.

fenômeno que leva a cabo a colonização recém-referida e que estaria materializada no elevado número de ações que ingressam anualmente no Judiciário. Além destas, tem-se com o ativismo judicial, desvelado na postura proativa de magistrados e ministros, que entendem como função do poder que representam, por exemplo, educar e pacificar a sociedade. Parecer ser o que aspira a Lei de Mediação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho empenhou-se em investigar se a institucionalização de práticas de mediação pelo Poder Judiciário poderia ser considerada um benefício para superar as consequências decorrentes de um suposto diagnóstico de sociedade hiperjudicializada. Em um primeiro momento, tratou-se de esmiuçar as facetas do protagonismo judicial com suas diversas nuances, isto é, o ativismo judicial, a judicialização da política e, ainda, a juridificação das relações sociais. Enquanto a primeira manifestação compreende uma escolha em agir proativamente por parte dos magistrados, que deliberadamente tomam decisões para direcionar o desenvolvimento de uma ou outra pauta ou projeto, a judicialização abarca uma provocação externa, com a proposição de questões políticas passam a ser resolvidas no balcão do Judiciário. Ainda, a judicialização no âmbito das relações sociais pode refletir uma tendência generalizada dos indivíduos de deixarem de solucionar os conflitos intersubjetivos, para ocupar um terceiro, neste caso o magistrado, da decisão sobre suas contendas. Outra expressão da proeminência do terceiro poder está refletida no processo de ocupação das mais diversas esferas da vida, pelo direito, qual seja o fenômeno de juridificação. Por meio dessa faceta, tudo passa a ser resguardado pelo direito e, portanto, passível de ser adjudicado, permitindo uma possível expansão nos conflitos sociais levados a juízo. Em vista dessa definição de termos, tratou-se de identificar a manifestação mais recorrente no Brasil, conforme o senso comum: a judicialização da sociedade. Fez-se, então, um apanhado das falas que asseguravam a existência de uma prática comum aos brasileiros, de levar à apreciação do Judiciário todas as suas disputas, tendo como consequência centenas de milhões de processos em tramitação na justiça. Ocorre que esse diagnóstico de hiperjudicialização da sociedade brasileira foi esmiuçado ao final do segundo capítulo, com desdobramentos que logo serão apresentados.

O tópico seguinte ocupou-se de apresentar aquela que fora frequentemente apontada como a solução ao problema acima referido, qual seja, a institucionalização de prática de mediação pelo Poder Judiciário. Atenta à proposta do presente trabalho, que parte da certeza da grande valia do instituto da mediação enquanto prática voluntária, livre e informal para manutenção, ou, ainda, para o (re)estabelecimento dos laços que vinculam as pessoas em conflito, examinou-se se a adoção institucional de práticas de mediação pelo Judiciário, estabelecida pelo marco legal e processual, estaria apta a combater os efeitos de um suposto processo de judicialização da sociedade brasileira, tal como anunciado pelo senso comum. Compete, portanto, retomar os argumentos que exaltam a realização da mediação judicial, e

em face do arcabouço histórico-filosófico, acima destacado, observar se a sua prática contribui, em alguma medida, para a descentralização do Judiciário na resolução de conflitos, ou se, pelo contrário, o estabelecimento do instituto reforça protagonismo judicial.

Primeiramente, cabe reafirmar que o instituto da mediação, ou seja, a autocomposição de conflitos que tem em vista a democratização do acesso à justiça e a emancipação social, caracterizada pela informalidade e espontaneidade, por meio da Lei 13.140/15, passou a ser regulada pelo Judiciário. Esta alteração na dinâmica do método autocompositivo, institucionaliza sua prática, estabelecendo ditames inclusive processuais para promovê-lo. Ocorre que o fomento ao instituto vem revestido de argumentos que apontam este como a solução para a morosidade e o desafogamento do sistema e, ainda, para a transformação e reeducação da sociedade para uma cultura de pacificação social. Instrução esta que seria conduzida pelo Judiciário e, assim, indo de encontro à essência da mediação.²⁹²

Conforma anunciado anteriormente, a preocupação com o protagonismo jurídico é manifestada por Axel Honneth. Quando o autor enuncia sua tese sobre a patologia social da liberdade jurídica, identifica o crescimento da assimilação da vida social pelo direito, o que acaba por refletir em condutas sociais estrategicamente planejadas para que seja possível alcançar os fins que lhe interessem, caso seja necessário levar alguma pauta à apreciação jurisdicional. Em outras palavras, Honneth assevera que a intensa identificação dos sujeitos com as suas liberdades jurídicas, ou seja, com aqueles direitos oponíveis a outrem para que sejam resguardados, culmina em uma sociedade judicializada em face do elevado número de demandas levadas à apreciação do Judiciário.²⁹³ A perspectiva do autor reverbera no presente estudo, no sentido de indicar que a patologia social da liberdade jurídica pode se expressar também na apropriação do instituto da mediação pelos sistemas judiciais. Isto porque, a elevação da mediação à categoria judicial acaba por suprimir todo o espaço de alternatividade, ao passo que tudo se torna questão de direito – inclusive mecanismos, originariamente, extrajudiciais.

Em consonância com a perspectiva de absorção da mediação pelo Judiciário, cabe analisar a visão de Jürgen Habermas sobre o tema da “colonização da vida pelo direito”, pois alude justamente sobre a presença do direito nas relações sociais em decorrência da instituição do modelo de Estado de bem-estar social, que ampliou o rol de áreas e/ou matérias que poderiam ser objeto de litigação. Para o autor, tal aumento obedece à expansão do direito,

²⁹² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília-DF: CNJ, 2016, p. 11.

²⁹³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp.157-173.

caracterizada pela “regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais”, e, também, à densificação do direito na classificação “por especialistas do direito, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses normativas” mais meticolosas.²⁹⁴ Habermas, de fato, assevera que há uma proliferação de leis que refletem a ampliação da regulação jurídica sobre a vida social. Este parece ser o caso da Lei de Mediação, vez que essa legislação passou a regulamentar o exercício da mediação tanto na modalidade extrajudicial, quanto naquela que é organizada, estruturada, promovida e realizada sob a coordenação do Poder Judiciário. Esse movimento de absorção do instituto pela via judicial parece impulsionar o surgimento de um fenômeno que pode ser denominado como judicialização da mediação e que em muito pouco corresponderia às pretensões essenciais da mediação, tais como, a promoção do diálogo, o reestabelecimento dos laços afetivos, visto que põe de lado a espontaneidade dos encontros intersubjetivos, ao ter suas diretrizes pautadas pelo sistema jurídico.

De mais a mais, o aporte teórico proporcionado por Ingeborg Maus, conforme explicitado anteriormente, refere-se aos perigos que incorrem uma sociedade que atribui aos seus magistrados – quando eles próprios não se revestem da – a função de condutores da moralidade. Primeiro, porque esta atitude ameaça a garantia do exercício de suas liberdades, uma vez que as condutas passam a ser reguladas pelo bom tom ditado pelo Judiciário. Depois, porque essa dinâmica, além de enfraquecer a segurança de saber o que esperar das decisões judiciais pela relativização da aplicação do direito positivo, fortalece a argumentação fundamentada em preceitos morais, pondo em cheque a expectativa de um julgamento a ser proferido por um terceiro neutro, capaz de auxiliar as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, mediante de “uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa”.²⁹⁵ A autora ainda faz um alerta sobre o avanço da moralidade sobre o direito, ao passo que isto permitiria o casuísmo das decisões, fortes em refletir pontos de vista morais. E é justamente aqui que a tese de Maus encontra o gancho com a reflexão sobre a mediação judicial.

A apropriação pelo Judiciário do instituto da mediação, com vista à transformação social a ser conduzida por esse Poder, em detrimento das mudanças pautas pelo ritmo dos indivíduos, em seus agrupamentos societários, pode ter como consequência a infantilização da

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria da ação comunicativa**: por uma crítica da razão funcionalista. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. Traduzido por Pierre Guibentif. Disponível em: <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

²⁹⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 190.

sociedade, conforme já anunciado pela autora. Aqui, o Judiciário atua como um pai a direcionar as ações dos seus filhos, ou seja, a fomentar a mediação judicial para o desenvolvimento dos valores que o patriarca entende como mais corretos.²⁹⁶ Isso porque o próprio “Manual de Mediação” – por diversas vezes já revisitado neste trabalho –, constata a expressão de ativismo do Judiciário ao atribuir para si mesmo a incumbência de orientação e educação dos jurisdicionados, buscando, assim, tornar soluções amigáveis de disputa uma prioridade de toda sociedade. No mesmo sentido, afirma o texto de apresentação que, “o Poder Judiciário se aproxima de uma de suas mais belas funções: educar a sociedade”.²⁹⁷ Em outras palavras, o “Manual” e, na sequência, a edição da Lei de Mediação vão na contramão do entendimento de que a perseguição de uma transformação tão substancial deve ser conduzida pela própria sociedade e não ser maestrada de forma hierarquizada. Isto porque, a técnica e o formalismo, ou ainda a expertocracia do Judiciário, servem para disfarçar razões morais para o que se quiser justificar.²⁹⁸ A relação do avanço da moral em face do objeto em estudo, valendo-se da lógica de Ingeborg Maus, revela que a primeira, ao ser realizada pelos sistemas judiciais, pode adulterar o cerne do que propõe a mediação, enquanto instituto comum, ordinário e informal, o que deveria ser veementemente evitado advertindo-se, ainda, para o perigo de uma postura ativista por parte do Judiciário, que pretende conduzir a sociedade a um caminho moralmente mais apropriado.

Tal elemento não carece de surpresa, isso porque parece ser corriqueira a prática de levar litígios de todas e quaisquer natureza à apreciação do Judiciário, reforçando as considerações de Antoine Garapon, quando afiança que este se manifesta num “número de setores da vida social cada dia mais vasto”, e que por meio da figura do juiz, o terceiro poder é considerado “árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política”, procurado para muito além de suas funções, para ser apaziguador das relações sociais.²⁹⁹ Para o autor, frente a essa dinâmica, nada mais escapa da apreciação judicial e até mesmo aquilo que estava distante dele – como originariamente estava o instituto da mediação – acaba por ser atraído para e/ou por ele, tanto pela ampliação de seus poderes e perspectivas de ingerência, quanto pela mobilização da sociedade que passou a reconhecer neste, cada vez mais, as características de depositário das virtudes públicas, atravessando o direito pela moral, e

²⁹⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 192.

²⁹⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília-DF: CNJ, 2016, p. 11.

²⁹⁸ MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 303-4.

²⁹⁹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 20.

fomentando o estabelecimento de uma sociedade em que compete ao Judiciário o protagonismo da questão social. A partir da compreensão de Garapon, é possível anunciar que a mediação judicial não corresponde a outra coisa, senão que outra faceta dessa centralidade do sistema judicial.

Ocorre que – em detrimento do que talvez se imaginava –, a proeminência desse Poder não agrega à sociedade os valores que se possa imaginar. Pelo contrário, essa dinâmica impede o amadurecimento da sociedade, mantendo-a infantilizada e dependente de um Judiciário que se sustenta como referência quase clerical e frequentemente paternal – e que parecer querer reforçar essa lógica em manifestações tais como a de introdução do “Manual” já deveras mencionado.³⁰⁰ Ademais, essa performance acaba por deformar o instituto da mediação como um todo. A judicialização da mediação acontece à medida que se exige desta um formalismo, uma regularidade e um tecnicismo que são próprios dos procedimentos repetitivos, característicos das demandas judiciais. Quando regulamentada e tornada parte obrigatória ou fortemente aconselhável, deixa de corresponder à sua essência transcendental. A mediação como um ato processual que pode ser inserido no procedimento judicial é impraticável, pois as premissas e a metodologia de um são opostas à ortodoxia do outro, e quando esses limites não são respeitados, tem-se a judicialização do instituto, transformado em mais um instrumento de manifestação do poder jurídico e vazio de propósito.

Esta pesquisa, por meio da revisão bibliográfica e do levantamento de dados empreendidos neste trabalho para que fosse possível tornar claro o contexto de elaboração, bem como as pautas que a circundaram até a sua promulgação,³⁰¹ se pode aferir que a institucionalização da prática de mediação pelo Judiciário, por meio da Lei de Mediação, não é capaz de dirimir os problemas em razão dos quais ela foi elaborada – isto é, o abarrotamento do sistema de justiça, a cultura do litígio, ou, ainda, a judicialização da sociedade –, sobretudo porque mantém o Poder Judiciário como o protagonista na resolução dos conflitos. Isto porque talvez o principal objetivo a ser perseguido pela política de fomento à autocomposição, qual seja a pacificação social, pode apresentar um viés deveras perverso. Ao passo que este ideal tem o intuito de aprimorar as práticas de sociabilidade, tentando “ensiná-los a melhor maneira” para relacionar-se intersubjetivamente e, assim, transformarem a cultura social do litígio em uma cultura de paz, esta pretensão também pode ser lida como a

³⁰⁰ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 23.

³⁰¹ BRASIL. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.** Brasília, DF, 26 jun. 2015.

imposição de uma moralidade sobre condutas, que com a promulgação da Lei, passam a ser submetidas à ordem institucional vigente, ou seja, passam agora pelo crivo do Direito.

Dizer que o Judiciário é quem deve educar o povo pressupõe uma superioridade intelectual ou moral incompatível com uma sociedade livre. Além disso, uma cultura de paz não pode ser “garantida por acordos políticos, econômico ou militares”, pois quem a constrói são as pessoas – nas suas relações cotidianas, pois depende do comprometimento “unânime, sincero e sustentado” por cada pessoa que compõe a sociedade.³⁰²

Ao fim e ao cabo, o direito é só um subsistema social. Nem o principal, nem o mais importante. Apenas mais um.

³⁰² DUPRET, Leila. Cultura de paz e ações sócio-educativas: desafios para a escola contemporânea. **Psicol. Esc. Educ. (Impr.)**, Campinas, v. 6, n. 1, p. 91-96, Jun. 2002.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. **Quase tudo pode, de certa forma, chegar ao Supremo**, diz Barroso. Publicado em 25 ago. 2016. Rio de Janeiro-RJ. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/quase-tudo-pode-de-certa-forma-chegar-ao-supremo-diz-barroso>. Acesso em: 02 out. 2017.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação como um instrumento a serviço da resolução de litígios. **Justiça do direito**. Universidade de Passo Fundo, v. 24, n. 1, pp. 169-178, 2010, p. 175.
- ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 24 jun. 2008.
- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999, p. 83.
- ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02/10/2017.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília-DF: CNJ, 2016.
- BARACHO JUNIOR, José A. de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 315-345.
- BARBADO, Michelle T. Reflexões sobre a Institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8, n. 01, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 60.
- BARROSO FILHO, José. Ouvidoria, compliance e auditoria Interna são órgãos complementares. **Revista Consultor Jurídico**. 09 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-09/barroso-filho-ouvidoria-compliance-auditoria-sao-complementares>>. Acesso em: 13 out. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**. dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 set. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 03.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 335.

BORGES, Rosa Maria Zaia. **Institucionalização da Mediação no Brasil: Nova Perspectiva de Acesso à Justiça ou Engessamento de um Instrumento de Empoderamento Popular?** 2016. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra). Ciclo de Debates - A Mediação no Novo CPC e na Lei n. 13.140/2015, DIA 19/04/2016, Faculdade de Direito da UFRGS.

_____. A mediação dos sentidos e os sentidos da mediação. **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.5, n. 1, p. 227-242, maio, 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA Editora, 2017, p. 12-13.

BRASIL, Cristina I. **Brasil atravessa o fenômeno da judicialização da vida, diz Barroso**. EBC Agência Brasil. Publicado em 25 ago. 2016. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/quase-tudo-pode-de-certa-forma-chegar-ao-supremo-diz-barroso> >. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2000). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e Acrescenta Os Arts. 103-a, 103b, 111-a e 130-a, e Dá Outras Providências**. Brasília, DF, 2004.

_____. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Lei 13.140. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 jun. 2015.

_____. Lei 8.952. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar**. Brasília, DF, 13 dez. 1994.

_____. Lei 9.307. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília, DF, 26 set. 1996.

_____. Lei nº 7.244. **Dispõe sobre a criação e o funcionamento do juizado especial de pequenas causas**. Revogada pela lei nº 9.099, de 1984. Brasília, DF, 7 nov. 1984.

_____. Lei nº 8.906. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF, 4 jul. 1994.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4191171&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.827, de 1998 (da Câmara dos Deputados). **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**. Brasília, DF, 4 out. 2000. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ECCE60E6EAE39B1C678D3B5685096776.proposicoesWebExterno1?codteor=33672&filename=Tramitacao-PL+4827/1998. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 571, de 2011 (do Senado Federal). **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. 25 ago. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&disposition=inline>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 7169, de 2014 (da Câmara dos Deputados). **Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Brasília, DF, 26 fev. 2004. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140227000220000.PDF#page=173>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Projeto de lei nº 4827. **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**. Brasília, DF, 10 nov. 1998.

_____. Senado Federal. **Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970**. Texto editado em conformidade com a Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2014. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf. Acesso em: 03 nov. 2017.

CACHAPUZ, Rozane da R. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 22.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CINTRA, Carlos de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 16ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização no Brasil pode ter atingido seu limite, diz presidente do CNJ. 08 jun. 2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/67249-judicializacao-no-brasil-pode-ter-atingido-seu-limite-diz-presidente-do-cnj> Acesso em: 08 jun. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. 404 fl. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. 188 fl. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2017.

_____. **Ministra Nancy Andrichi anuncia criação de varas especializadas em mediação e arbitragem**. Publicado em 21 nov. 2014. Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/novembro/ministra-nancy-andrichi-anuncia-criacao-de-varas-especializadas-em-mediacao-e-arbitragem>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Movimento pela Conciliação é institucionalizado no CNJ**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/66784-movimento-pela-conciliacao-e-institucionalizado-no-cnj>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Movimento pela Conciliação**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao> >.

Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Paineis CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis>.

Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Portal da Conciliação**. Brasília, 2010.

_____. **Resolução n. 125**. Brasília, 2010.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. p. 1-15. 2015.

DALLARI, Sueli et al. A. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. **Revista de Saúde Pública**, v. 30, n. 6, 1996. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101996000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 out. 2017.

DATAFOLHA. **Pesquisa de opinião encomendada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/07/Apresenta%C3%A7%C3%A3o1-ref-e-conf.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

DOMINGO, Pilar. Estado de derecho. Ciudadanía, derechosy justicia en América Latina: Ciudadanización-judicialización de la política. **Revista CIDOB d'Afers Internacionals**: Fundación, nº 85-86, p. 33-52, maio 2009, p. 37.

DUPRET, Leila. Cultura de paz e ações sócio-educativas: desafios para a escola contemporânea. **Psicol. Esc. Educ.** (Impr.), Campinas, v. 6, n. 1, p. 91-96, Jun. 2002.

ELY, Débora. Com quase 3 milhões de processos, Judiciário gaúcho tem média de um caso para cada quatro habitantes. **Gaúcha ZH**, 18 jun. 2017. Disponível em:

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2017/06/com-quase-3-milhoes-de-processos->

judiciario-gaicho-tem-media-de-um-caso-para-cada-quatro-habitantes-9819237.html. Acesso em: 13 out. 2017.

ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. **Revista Conjuntura Austral**. Porto Alegre, v. 7, n. 37, pp. 09-16, ago./set. 2016, p. 10.

FRANÇA, Giselle de A. É preciso abandonar a ilusão de que tudo deve ser judicializado. **Consultor Jurídico**, jan. 2015. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2015-jan-04/segunda-leitura-preciso-abandonar-ilusao-tudo-judicializado#_ftnref2 >. Acesso em: 02 out. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?** Portal Carreira Jurídica, 28 jan. 2015. Disponível em: <http://www.portalcarreirajuridica.com.br/noticias/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Ed. Lemos & Cruz, 2003, p. 491.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GHISLENI, Ana Carolina; WALTRICH, Dhieiny Quelem; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi. Comentários aos artigos 1º ao 6º da Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. In: SPLENGER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). **A Resolução nº 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013.

GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da Judicialização da Política ao Ativismo Judicial: uma análise constitucional democrática do Protagonismo Judicial: em busca de uma legitimação da decisão jurídica**. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2014.

GRINOVER, Ada P. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRINOVER, Ada P. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Diritto e Tutela: esperienza contemporanea, comparazione, Sistema Giuridico-Romanistico**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Teoria da ação comunicativa**: por uma crítica da razão funcionalista. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. Traduzido por Pierre Guibentif. Disponível em: <https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo 2**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **Sufrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion. Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007.

IBOPE Inteligência. **O Índice de Confiança Social ouviu 2.002 pessoas com mais de 16 anos em 142 municípios**. Disponível: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx> >. Acesso em: 02 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Nossa História**. Ago. 2017. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/nossa-historia.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LYNCH, Christian E. C. Togados da Breca: de Rui a Joaquim, barbosismo no STF. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 24-40, 2012, p. 38.

MACAULAY, Fiona. Democratización y Poder Judicial: Agendas de Reforma em Competencia. **Revista América Latina Hoy**, abr., n. 39, p. 141-163. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. **Pensar em derecho**. nro. 1. año 1. 1 ed. diciembre de 2012. Editorial universitaria de buenos aires. Ciudad de Buenos Aires. p.121-165.

MARINONI, Luiz G **Curso de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 161.

MARRAFON, Marco A. **Baixo grau de ética nas relações humanas causa judicialização da vida**. Consultor Jurídico, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014->

jun-30/constituicao-poder-baixo-grau-etica-causa-judicializacao-vida. Acesso em: 13 out. 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 183-202, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 133.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 106.

NASCIMENTO, Emerson O. A judicialização da política e seu impacto sobre a América Latina. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 58-82, jan./jun. 2010.

NETO, Alberto Paulo. A relação entre direito e moral em Habermas. **Princípios**: Revista de Filosofia, Natal, v. 23, n. 42, set.-dez. 2016, p. 225.

NICÁCIO, Camila S. De “alternativa” a método primeiro de resolução de conflitos: horizontes da mediação para além de sua institucionalização. In: BRAGA NETO, Adolfo. (Org.) **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017.

OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 125-161, Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132014000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 nov. 2017.

PINHO, Humberto Dalla B.; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. III. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/20829/15107>. Acesso em: 15 nov. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O novo CPC e a mediação**: Reflexões e ponderações. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PINZANI, Alessandro. Das Recht der Freiheit, de Honneth, Axel. **Novos Estudos**: CEBRAP, n. 94, p. 207–237, nov. 2012.

PINZANI, Alessandro. Democracia *versus* tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. **Lua Nova**, São Paulo, n.89, p. 135-168, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RESTA, Elígio. **O Direito Fraternal**. 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus desafios. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 255-279, dec. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SAMPAIO, Lia R. C.; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense 2007.

SANDER, Isabella. Para ministro do STF, País passa por fase de “judicialização da vida”. **Jornal do Comércio**, 29 ago. 2016. Disponível em: http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/08/geral/518284-para-ministro-do-stf-pais-passa-por-fase-de-judicializacao-da-vida.html. Acesso em: 13 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de S. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria M. L.; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**, nº 65, nov. 1995 Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 02/10/2017.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Porto: Afrontamento, 2000.

_____. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1988.

SANTOS, Boaventura S.; MENESES, Maria P. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SEGLER, Fabiana M. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

SILVA, Paulo Eduardo A. da. Solução de controvérsias. Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio G.; SILVA, Paulo Eduardo A. da (Coords.). **Negociação, mediação e arbitragem: curso para programas de graduação em Direito**. São Paulo: Método, 2012.

- SIMIM, Thiago Aguiar. A justiça das instituições sociais: Uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 15, n. 4, p. 648-663, mar. 2016.
- SOBOTTKA, Emil. A. Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. **Sociologias**, v. 15, n. 33, p. 142–168, ago. 2013.
- SPENGLER, Fabiana M. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010, pp. 245-6.
- SPENGLER, Fabiana M. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 197.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. **Ministro defende criatividade para assegurar razoável duração do processo**. Publicado em: 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304744&caixaBusca=N>. Acesso em: 02 nov. 2017.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.
- TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação**. 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expression of judicial power**. New York, 1995.
- TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TEUBNER, Günther. **Juridification of Social Spheres**. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987.
- TORQUATO, Gaudêncio. **Se vis pacem para bellum**. Blog do Noblat, 01 out. 2017. Disponível em: <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2017/10/se-vis-pacem-para-bellum.html>. Acesso em: 13 out. 2017.
- VELASCO, Juan Carlos. **Para leer a Habermas**. Madrid: Alianza, 2004.
- VENTURINI, Lilian. ‘É o momento de o Judiciário acertar o passo com a sociedade’, diz presidente do TJSP. Entrevista com José Renato Nalini, por Fausto Macedo e Mateus Coutinho. **Estadão**, 23 jun. 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/e-o-momento-de-o-judiciario-acertar-o-passo-com-a-sociedade-alerta-presidente-do-tjsp/>. Acesso em 02 nov. 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos, A Mediação. O Mediador. A Justiça e Outros Conceitos, In OLIVEIRA, Ângela (coord.), **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias, nº 1, São Paulo: Ltr, 1999.

VIANNA, Luiz W. et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz W. Um imenso tribunal: Banir a atividade política é nos deixar entregues a um governo de juizes ou militar. **O Estado de S. Paulo**, 01º out. 2017. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,um-imenso-tribunal,70002022579>. Acesso em: 13 out. 2017.

VIANNA, Luiz W.; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula M. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da C. **Processo civil**: curso completo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WARAT, Luis A. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de Processo (RePro)**. São Paulo: Ano 36, n. 195, p. 381-394, maio/2011, pp. 383-4. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> >. Acesso em: 30 out. 2017.