



A POSSIBILIDADE DA MEDIAÇÃO EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO

Daniela Martins da Cruz¹

Edilene Lobo²

RESUMO

O presente artigo investiga a possibilidade de aplicar o instituto da mediação no mandado de injunção, utilizando o método dedutivo, partindo de teorias e conceitos amplos para testar a viabilidade da oferta, e o indutivo, a par da legislação e da jurisprudência, para concluir sobre a *praxis* no seu manejo. O objetivo é tecer análise crítica, sob os influxos da teoria do processo como instituto constitucional de garantia e à luz da inclusão do cidadão como sujeito da construção compartilhada dos provimentos judiciais, para indicar, também, alguma atenuação à obstacularização do acesso à justiça pela ineficiência estatal.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Mediação. Processo-garantia. Ineficiência estatal. Acesso à justiça.

THE POSSIBILITY OF MEDIATION DURING THE ORDER OF INJUNCTION PROCEDURE

ABSTRACT

This article investigates the possibility to apply mediation during the order-of-injunction procedure, using the deductive method, coming from wide concepts and theories to test the offer's feasibility, and the inductive, keeping in mind legislation and jurisprudence, to conclude about practical matters. The goal is a critical analysis of the theme, under influxes of

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna-MG. Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Advogada da Fundação Universidade de Itaúna, exercendo a função de advogada orientadora junto ao Núcleo de Prática Jurídica da instituição.

*endereço eletrônico: dani.macruz@hotmail.com

² Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (1995). Professora do Mestrado e da Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna. Tem experiência na área do Direito Processual Civil, Penal e Eleitoral; Direito Administrativo, Eleitoral e Constitucional. Coordenadora de Grupo de pesquisa "Processo Eleitoral Democrático Inclusão e Visibilidade". Advogada.



the theory of process as a constitutional institute of guarantee and under the light of the inclusion of the citizen as a participative subject in the construction of judicial provisions, to offer, also, some lessening to the obstruction of access to Justice due to state inefficiency.

Keywords: Order of Injunction. Mediation. Process-Guarantee. State Inefficiency. Access to Justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca a possibilidade de aplicação da mediação no mandado de injunção, para permitir o bem da vida prometido pelo inciso LXXI do artigo 5º da Constituição brasileira.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e documental, com revisão da jurisprudência, da legislação e da literatura apontada. Partindo de teorias e conceitos amplos para testar a viabilidade da oferta, o objetivo é tecer análise crítica, sob os influxos da teoria do processo como instituto constitucional de garantia, à luz da inclusão do cidadão como sujeito da construção compartilhada dos provimentos finais.

O trabalho de revisão da legislação parte da Constituição para as Leis nº 13.300/2016 e 13.140/20156, acompanhado da crítica jurisprudencial, para oferecer alguma atenuação à obstacularização do acesso à justiça pela ineficiência estatal na entrega da judicção³ que envolva direitos constitucionais dependentes de regulação (FULGÊNCIO, 2019).

Para as conclusões ofertadas, ao final, esperando contribuir para alguma reflexão a respeito do assunto, bem como estimular novos debates acerca de tão relevante tema, inicialmente delineiam-se as características do mandado de injunção, efeitos e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. A abordagem desenvolve-se, ainda nessa parte,

³ O uso da palavra parte dos ensinamentos extraídos de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 95. No original: “Discernir jurisdição (conteúdo da lei) e judicção (atos de decisão egressos dos conteúdos da lei) torna-se indispensável à compreensão do processo coinstitucional, porque a judicacionalidade, seja no âmbito judicial ou da administração, não dispensa a jurisdição da lei nas democracias pelo devido processo legislativo. A judicacionalidade nas democracias é aspecto da estrutura procedimental (judicial ou administrativa) como dever legal de fiscalizar o exercício do devido processo e não como atividade tutelar ou interdita de direitos livremente descobertos pela inteligência do julgador à margem do âmbito estrutural do procedimento processualizado. O juiz ou o decisor, nas democracias, não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como vinculado aos interpretantes legais ante as articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes implementadoras da estrutura procedimental.”

verificando as mudanças ocorridas na interpretação dos efeitos da ação mandamental pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo as discussões e polêmicas envolvendo essa viragem a partir do julgamento de variadas ações no ano de 2007. O estudo se estende na análise da Lei nº 13.300/2016, editada após 28 anos da Constituição para reger o procedimento próprio do mandado de injunção tanto na modalidade individual quanto coletiva, transportando para esse novo diploma grande parte do que a jurisprudência estabeleceu tomando de empréstimo a Lei do Mandado de Segurança.

Como adiantado, no ponto central vem a defesa da mediação, com os apontamentos da Lei nº 13.140/2015 e do Código Processo Civil, filtrando-a pelos ensinamentos de Luiz Alberto Warat. Nesse passo, registra-se que o processo, quando visto apenas pela ótica do Judiciário, como se válido porque tutelado pelo Estado-juiz, limita a compreensão da jurisdição como conteúdo da lei (LEAL, 2018) e impede a busca de alternativas para resolução de conflitos, que bem pode ser construída pelo cidadão cômico de sua capacidade de edificar consensos, nomeadamente no combate às omissões normativas no campo dos direitos fundamentais.

Ao final, se vai dizer que a jurisdição não está adstrita ao Judiciário, centrada na figura do juiz, como se esse agente fosse o eixo de todo o sistema de justiça, ignorando o processo como garantia do paradigma democrático que empodera o cidadão como soberano.

1. CARACTERÍSTICAS E EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção tem seus antecedentes mais remotos no direito anglo-saxão, e surgiu com o juízo de equidade, segundo Bulos (2011), cuja aplicação no sistema da *common law* se dava naqueles casos em que inexistia norma legal (*statutes*) para regular o direito à liberdade ou à prerrogativa pleiteada no caso *sub judice*.

Introduzido no Brasil pela Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso LXXI, o mandado de injunção foi estabelecido como garantia para sanar lacunas da lei, em que certificada ausência de norma regulamentadora impedisse o exercício pleno de direitos fundamentais inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Paulo Bonavides explica que sua finalidade é “remover inconstitucionalidades por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais exarados na Carta Magna, ocorrendo sempre em casos concretos ou incidentalmente numa lide” (2014, p. 564).



Diferenciando essa omissão que impacta direito subjetivo, a ser coarctada pela via difusa, esse autor logo indica:

Havendo um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o judiciário, por via de mandado de injunção, e edição de uma norma aplicável à espécie concreta. (2014, p. 564)

Mendes reforça a importância do controle da omissão, falando tanto do mandado de injunção quanto da ação direta de inconstitucionalidade:

Ela é fundamental, sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinala-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indispensável do estudo sobre a força normativa da Constituição. (2014, p. 1083)

Segundo Bulos (2011, p. 761), o objetivo desse controle é “tornar as normas constitucionais autoaplicáveis, aptas a garantir o gozo de qualquer direito privado, coletivo, difuso, individual homogêneo, político, econômico, social, etc.”

Para Ommati, a princípio, o instituto deixava claro que sua criação era viabilizar o exercício dos direitos fundamentais do cidadão:

Em outras palavras, a Constituição de 1988, com o mandado de injunção intentava dar eficácia e aplicabilidade ao próprio §1º do artigo 5º, quando afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (OMMATI, 2018, p. 198)

No entanto, o autor também pontua que esta seria uma análise feita pela simples leitura do dispositivo, mas há necessidade de ir além, uma vez que o STF considerava que o mandado de injunção e a ação direta por omissão apresentavam os mesmos efeitos. E pontua:

Em outras palavras, para o STF, durante muitos anos após a Constituição de 1988, mandado de injunção serviria apenas para notificar o Legislativo que ele se encontrava em omissão ao não ter editado a norma regulamentadora do direito fundamental, resultado claramente contrário à dicção do próprio Texto Constitucional. (OMMATI, 2018, p. 199)

Certamente que por essa similitude o mandado de injunção foi, por muitas vezes, confundido com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴ e com isso a incompreensão do instituto o levou ao desuso. O Supremo Tribunal Federal sedimentou esse entendimento com o julgamento do MI nº 107⁵, quando manifestou que a injunção serviria apenas para notificar o legislador de sua omissão, ou seja, a declaração desse efeito não permitia efetividade ao direito envolvido.

Mas, é certo, como adverte Del Negri, citando Georges About, que o mandado de injunção não pode ser confundido com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (...) funciona como espécie de controle político do Judiciário sobre a função legislativa em sentido lato, e tem a finalidade de obter-se do Poder Judiciário a declaração de que há omissão inconstitucional, para que seja cientificado o órgão ou poder omissor, a fim de que tome as providências necessárias para sanar a mora legislativa. A eficácia da decisão judicial se limita à “recomendação”, ao sujeito passivo, para que edite a norma infraconstitucional reclamada. No MI, por sua vez, o STF, além de constatar a omissão legislativa, ele pronuncia a normatividade – regra regulamentadora- para o caso concreto, não em abstrato. (2018, p. 648-649)

Outra questão a ser levantada é quanto aos efeitos do mandado de injunção. O assunto é relevante porque há várias correntes teóricas que buscam tratá-los.

A primeira delas é a teoria não concretista, que admite ser possível reconhecer formalmente a existência da mora legislativa, cabendo ao Judiciário tão somente comunicá-la ao legislador. Foi o que se deu com o julgamento do MI nº 107, no STF, que tratou da estabilidade do servidor público militar, como destacam Marin e Bezerra (2018). Relembrando José Carlos Barbosa Moreira, esses autores lembram sua crítica veemente à decisão nesse caso, que transformou a ação mandamental no que ele chamou de “sino sem badalo” (MARIN e BEZERRA, 2018, p. 59). A teoria não concretista fez com que o mandado de injunção praticamente não surtisse efeitos.

Já a teoria concretista individual entende que ao julgar procedente o mandado de injunção seus efeitos somente alcançarão a parte que reivindica a colmatação da lacuna,

⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁵Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-DF. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>. Acesso em: 06 nov.2018.



enquanto o próprio Tribunal irá supri-la e implementar a eficácia da norma, com efeito *inter partes*.

Em outra vertente, na teoria concretista intermediária, o Poder Judiciário comunica a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora e fixa prazo para sua elaboração, como decidiu o STF no MI nº 283:

O posicionamento inicial foi modificado lentamente por meio de sucessivos julgamentos em direção a uma maior efetividade do mandado de injunção. No Mandado de Injunção n.º 283-DF (BRASIL, 1991c), o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria concretista individual intermediária, ocasião em que assinalou o prazo de 60 dias para a ulatimação do processo legislativo disposto no artigo 8º, § 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB, sob pena de, esgotado o prazo sem a promulgação da lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, em ação ordinária, sentença líquida de reparação por danos. (MARIN e BEZERRA, 2018, p. 59)

Por último, mas não menos importante, a teoria concretista geral, que enfatiza o efeitos *erga omnes*, que alcançará a todos, até que seja sanada a lacuna.

Até 2007 o STF negava a teoria concretista geral. Todavia, a começar com o julgamento do Mandado de Injunção nº 708⁶, seguidos pelos de nº 670, 695, 712, 721 e 758, o quadro mudou. Nota-se que desde a adoção dessa corrente pela Corte Suprema busca-se a aplicação de leis que disciplinam matéria análoga à reivindicada, para suprir a lacuna, como nos mandados referidos, nos quais se discutiu o direito de greve dos servidores públicos.

Como se sabe, a Constituição no artigo 37, inciso VII, reconhece expressamente que os servidores públicos civis podem exercer o direito de greve, no entanto, exige edição de ato normativo que integre sua eficácia. No desate do caso concreto, determinou-se a aplicação da Lei Federal nº 7.783/1989, que versa sobre a greve na iniciativa privada.

Nesse caso paradigmático, o Mandado de Injunção nº 708, o Ministro Celso de Mello salientou:

(...) não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já

⁶ STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em: 06 nov. 2018.

assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República⁷.

Ocorre que não é pacífica a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Para Ommati, apesar de haver um aparente avanço, a Constituição ficou relegada ao segundo plano juntamente com o mandado de injunção:

Segundo a nossa corte Suprema, o mandado de injunção levaria a que o STF se substituísse temporariamente ao legislador, editando um texto normativo geral para o direito de greve dos servidores públicos, até que o legislador ordinário realizasse sua função constitucional. (OMMATI, 2018, p. 200)

E mais, o autor assinala que a situação é muito mais grave, pois é incompatível com o Texto Constitucional:

O que, portanto, pode parecer um grande avanço jurisprudencial a retirar o mandado de injunção do limbo jurídico no qual ele se encontrava, acaba por ser mais um atentado à Constituição, já que, agora em nome de realizar o instituto do mandado de injunção, o STF se arvora o poder de legislar, substituindo-se ao Poder Legislativo democraticamente eleito, ferindo de morte a harmonia e independência dos poderes, mesmo que de modo supletivo e temporário. (OMMATI, 2018, p. 202)

Para Del Negri (2018, p. 653), “ante a falta de norma específica há que se falar em mandado de injunção, o que não poderia imaginar possível é uma decisão com base tão somente em subjetividade.” O que aumentaria o grau de discricionariedade do juiz, que faria as vezes do legislador.

Bulos (2011, p. 772) entende que a Corte acertou ao seguir a teoria concretista, pois não se sabe quando será regulamentada a norma que saneará a lacuna.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, mas não por unanimidade, que o fato de declarar a inércia legislativa não gerava a efetividade do direito almejado, conforme ponderou o Ministro Marco Aurélio no julgamento do MI nº 721, alhures mencionado.

Para Barroso (2018, p. 92), o Judiciário deve atuar de forma contundente, pois a omissão do legislador ordinário não pode inviabilizar o exercício de um direito previsto na Constituição. Ademais, para o autor, suprir a omissão, com base nos princípios e diretrizes constitucionais é menos gravoso do que permitir que a regra constitucional seja letra morta.

⁷ Notícias do Supremo. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>. Acesso em: 24 dez. 2018.



Barroso ainda afirma:

Ao poder judiciário, como interprete qualificado da Constituição e das leis, cabe um papel mais destacado do que aquele até aqui desempenhado na tutela dos direitos constitucionais. A posituação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como remédios como o mandado de injunção, servirão como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes. (BARROSO, 2018, p.96)

Ocorre que tal posicionamento coloca a figura do juiz como central. Nesse sentido Lôbo (2018) registra que, na prática, a situação é perversa, pois o que se destaca é o autoritarismo estatal, sob o codinome de ativismo judicial. Ou seja, “o que se observa do ativismo, sem véus, é a promoção do juiz justiceiro, travestido de herói pela mídia, alçado ao posto de celebridade” (Lôbo, 2018, p. 36), esquecido do cidadão.

No voto do Ministro Lewandowski, no MI 670⁸, é sustentado que não cabe aplicação por analogia da iniciativa do direito de greve entre os servidores públicos e os servidores da iniciativa privada, sob risco da ingerência por ele declarada, mas não ofereceu outra possibilidade, lançando o direito à colmatação no vazio, sem efetividade, portanto. Leia-se:

(...) entendo, com o devido respeito, que não se mostra factível o emprego da Lei 7.783/89 para autorizar-se o exercício do direito de greve por parte dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, inclusive fazendo tabula rasa de disposição legal nela contida que expressamente veda tal hipótese. Ademais, ao emprestar-se eficácia erga omnes à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.

No entanto, o voto desse Ministro foi vencido e prevaleceu o entendimento da maioria, pela aplicação da lei por analogia.

Para Ommati (2018) houve alguns avanços com a promulgação da lei que regula o mandado de injunção, no que tange a sua possibilidade quando ocorrer a falta total ou parcial de norma regulamentadora, conforme artigo 2º.⁹ Outro avanço identificado pelo autor é a

⁸MANDADO DE INJUNÇÃO 670-9, ESPÍRITO SANTO. Relator Maurício Correa. Voto Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/mi670lew.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹ Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

possibilidade de o mandado de injunção coletivo, estampado no artigo 12. Mas, ele também entende que a lei gera uma confusão entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos artigos 3º e 8º, quanto à legitimidade passiva e quanto ao objeto, respectivamente. Acerca do § 1º, do artigo 9º, que trata do efeito *ex nunc*, o autor entende que fere o princípio da coisa julgada. Há ainda a críticas obre a manutenção equivocada da jurisprudência produzida pelo STF, como conclui:

Portanto, a legislação regulamentadora do mandado de injunção quando confunde os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão incorre em inconstitucionalidade, por confundir institutos constitucionais que são inconfundíveis. Também são inconstitucionais os dispositivos da legislação que atribuem efeitos à decisão em mandado de injunção estranhos ao próprio instituto criado pela Constituição de 1988. (OMMATI, 2018, p. 207)

Há que se destacar o artigo 12 da Lei nº 13.300/2016, sobre a possibilidade do mandado de injunção coletivo, em cujo rol de legitimados foi inserido o Ministério Público e a Defensoria Pública¹⁰.

Merece comentários também o artigo 8º da mesma Lei¹¹, que ao mencionar prazo razoável, não o quantifica, trazendo a discussão acerca dessa indeterminação que não realiza o direito em debate.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

¹⁰ Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

¹¹ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.



Para Ribeiro e Arguelhes, o mandado de injunção ainda é em sua maioria ligado a questões trabalhistas e, mesmo com a recente promulgação a Lei nº 13.300/2016, é cedo para averiguar os efeitos. Como dizem:

Contudo, os dados disponíveis até o momento parecem revelar que a Lei também não foi suficiente, pelo menos no curtíssimo prazo, para fazer com o que o MI cumprisse as expectativas a ele atribuídas como instrumento processual inovador na garantia de direitos contra omissões legislativas. Os dados mostram que, entre julho de 2016 – ou seja, logo após a edição da Lei – até março de 2017, de 73 processos, somente dois não são sobre questões definidas como “trabalhistas” nos termos deste estudo. (2018)

A mediação pode suprir essa expectativa, exortando os interessados a buscarem aplicação mais efetiva ao direito à integridade do ordenamento.

2. DA MEDIAÇÃO

Resta evidenciado desde a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil que se daria ênfase à solução de conflitos por meio da mediação. Com a promulgação da Lei nº 13.140/2015, logo a seguir, tratando da mediação e conciliação, tais institutos ganharam notoriedade. Vista como uma aposta do legislador para solucionar graves problemas que o Judiciário enfrenta hoje, a mediação é bem mais que um mero mecanismo da máquina estatal.

Para Lôbo:

O monopólio da jurisdição para amearhar poder, no falso discurso oficial de que só o Judiciário pode decidir controvérsias, lançou essa função no caos, como comprovam as estatísticas mais recentes. Essa situação tem levado à busca frenética de expedientes para solucionar a morosidade e a incompetência do Estado-juiz. (LÔBO, 2018, p. 44)

Sem dúvida, nessa senda, será necessário desmistificar a ideia que somente o Judiciário é protagonista na realização da justiça. A resolução alternativa de conflitos vêm ganhando destaque no sentido de repensar caminhos e novas propostas para a realização do Direito, que devem, inclusive, ser iniciados pelas Faculdades de Direito. A mudança de mentalidade, a superação e a quebra de paradigmas para levar a um pensamento novo, envolve processo de desconstrução.

Warat (2003) trata dessa desconstrução quando mostra uma nova concepção de direitos humanos, da cidadania e da educação:

Os direitos não se reinventam sem uma prévia desconstrução das concepções ideologicamente estabelecidas sobre o funcionamento institucional do cotidiano do direito. Tampouco se reinventam se não se têm em conta as direções para onde o mundo pretende reinventar-se (por exemplo, se não se toma em conta no Direito o espaço reinventivo da mediação). (WARAT, 2003, p. 116)

E mais. Para ele:

(...) temos que adquirir, complementariamente, capacidades para quebrar estereótipos, discriminações. Implica a capacidade de adquirir uma consciência organizadora que vai da singularidade à comunidade. Adquirir recursos internos que nos transformem em catalisadores de uma sinergia social transformadora. Essa capacidade de promover aprendizagem na vida cotidiana é um princípio fundamental da mediação pedagógica. (WARAT, 2003, p. 108)

Segundo Barcellar (2011, p. 31), no Brasil há um ensino jurídico que forma guerreiros, profissionais combativos, com um modelo adversarial e um raciocínio a resolução do conflito passa, sempre, por uma disputa.

A afeição à judicialização de demandas, nesse diapasão, é fruto de uma visão paternalista do Estado, que enfraquece a sociedade e, por conseguinte, a democracia, uma vez que há um afastamento da população na participação da solução destes processos de judicialização. Para Orsini e Silva, há mais:

(...) o próprio Poder Judiciário e seu sistema judicial incute certa dependência em seus usuários, desfavorecendo a participação dos cidadãos na tomada de decisão acerca de seus conflitos, afastando-os do processo de solução que dirá o direito pertinente ao caso. (ORSINI; SILVA, 2014, p. 05)

Warat aborda a justiça como espetáculo, em que juízes assumem a posição de super-heróis, preocupados em seduzir, muito mais do que um discurso e um argumento racional. O próprio CNJ divulga anualmente relatórios sobre a atuação do Judiciário no Brasil, mas a justiça não pode ser medida por números, pois quem a valida é o próprio cidadão.

Para Warat, o Direito está sendo afetado por uma torrente de informações:

Temas que fazem a solidariedade, a democracia, os Direitos Humanos, a cidadania, a censura, o exercício dos direitos, são alterados por uma sobredose de informação



que os fazem perder consistência. Quase como se não existissem. (WARAT, 2004, p. 37)

Deve ser a mediação também analisada sob a ótica da promoção da democracia participativa e do comportamento cidadão, um espaço onde se pratica a criatividade como instrumento de acesso e exercício da cidadania.

Warat coloca a mediação com uma proposta preventiva além de simples técnica processual alternativa:

É um novo modo de configuração da identidade cultural dos juristas, o modo de realização da identidade jurídica transmoderna, uma das formas possíveis de restauração dos fragmentos identitários a que terminou reduzido o sujeito de Direito moderno. (2003, p. 14)

Costa (2012, p. 203), noutra linha teórica, mas convergindo no ponto que interessa, salienta que, em uma sociedade democrática, o juiz não pode ser um livre intérprete da lei e que a atividade construtora do provimento precisa ser compartilhada entre todos aqueles que são partes e interessados na solução da causa:

O discurso democrático, desenvolvido a partir da soberania popular, tem seus critérios regidos pela Teoria dos Direitos Fundamentais, ou seja, embora os sujeitos legitimados ao discurso tenham legitimidade para debater amplamente a pretensão deduzida, é de suma importância que tal legitimidade é regrada e disciplinada pela observância e pela proteção dos Direitos Fundamentais. (COSTA, 2012, p. 212-213)

Uma decisão verdadeiramente democrática deve estar vinculada à inclusão daqueles afetados diretamente por ela, oportunizando a todos os sujeitos manifestar opiniões. A mediação é uma alternativa para a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que visa a autocomposição. São as próprias partes que, pelo diálogo, buscam solução para o conflito. Esse diálogo é conduzido por um mediador, que se encarregará de utilizar técnicas para que sejam enfrentados os conflitos diários, pautando-se na voluntariedade e na autonomia das partes interessadas.

Para Moraes (2018, p.16), “a mediação se insere num cenário das profundas transformações concernentes aos processos de tratamento de conflitos, no particular das formas modernas vinculadas ao Estado e sua função jurisdicional”.

Segundo Warat, o Estado de Direito deve ser pensado além da formalização do sistema jurídico, num espaço amplo da sociedade, “onde a moral e a política não sejam relegadas ao plano da subjetividade ou da irracionalidade” (2004, p. 54). E acrescenta:

(...) a legitimidade das ações oriundas do sistema jurídico pode e deve superar o estreito limite da legalidade dos procedimentos jurídicos para que a racionalidade instrumental típica da Ciência do direito encontre um espaço de permutas e de contribuições numa outra forma de racionalidade na racionalidade prático-moral situada no “mundo da vida”, das experiências cotidianas e vitais a todos os atores sociais. (WARAT, 2004, p 54)

Esses ensinamentos são cruciais para a oferta que se exhibe, a seguir.

3. MEDIAÇÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO

Nesta altura do trabalho, indaga-se acerca da possibilidade de aplicação da mediação para a construção democrática da decisão em mandado de injunção.

A cidadania não é exercida pelo Estado ou pela lei, e este pensamento foi incutido na mente dos cidadãos por longos anos, e com isto a população se afastou do debate de questões pertinentes ao exercício desse direito.

Warat destaca que “não existe democracia sem dignidade. A democracia é o espaço político da dignidade”. Para ele, o ser, ao aceitar os atropelos e as investidas contra sua autonomia, foge dessa dignidade:

A democracia é a luta permanente e renovada pela dignidade: um ato coletivo da sociedade que permite lutar pela dignidade dos outros, reconhecendo que suas vidas não são inúteis e que não podem ser iguais a nossa. Ver, sentir, lembrar que a dignidade do outro se preserva respeitando suas diferenças. (WARAT, 2004, p. 389)

Costa também adora a posição que o cidadão deve ter direito de tomar parte nas decisões políticas que permeiam sua vida:

Assim, o cidadão deterá a legitimidade para atuar, de forma decisiva, em todos os debates ocorridos na sociedade civil, envolvendo particulares, associações, o próprio Estado e qualquer outra pessoa interessada no provimento, de tal forma a decidir e a deliberar sobre questões envolvendo direitos aos quais são titulares. (COSTA, 2012, p. 215)

Habermas aduz, remarcando a autonomia jurídica, assenta que:



Os direitos humanos podem até mesmo ser bem fundamentados de um ponto de vista moral; não pode ocorrer, no entanto, que um soberano seja investido deles de forma paternalista. A ideia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. (2004, p. 301)

Souza (2012), em pesquisas realizadas ao longo do primeiro semestre do ano de 2010, apurou dados e aprendizados dos programas que empregam a mediação ou a conciliação na resolução de conflitos envolvendo políticas públicas nos Estados Unidos. Confira-se:

Atualmente, os centros especializados em resolução de disputas que envolvem políticas públicas comumente não atuam na esfera judicial, mas sim desenvolvem processos de “construção de consenso” ou de “governança colaborativa” na esfera dos poderes Executivo e Legislativo, justamente com o objetivo de evitar futuras discussões no âmbito do judiciário, ou seja, buscando evitar que tais conflitos sejam judicializados ao Judiciário, bem assim por haver uma percepção (que não se pode dizer ainda ser generalizada) de que o planejamento e implementação de políticas públicas se dá de forma mais eficiente quando envolvidos todos os interessados desde o momento de sua concepção. (SOUZA, 2012, p.174)

Para que haja possibilidade da mediação em sede de controle de OMISSÃO é necessário um novo modelo de processo. Neste sentido ressalta-se o posicionamento de Fabricio Veiga Costa:

A compreensão da sistematicidade jurídico-constitucional faz-se necessária na pós modernidade para que as normas jurídicas sejam interpretadas a partir da Constituição. A jurisdição não pode mais ser estudada como o poder dever do Estado Juiz de dizer o direito no caso concreto nem o processo ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição; a jurisdição deve ser compreendida como um direito fundamental e o processo como garantia constitucional. (COSTA, 2018, p. 92)

Nos dizeres de Lôbo:

A rigor, não se constrói justiça sem aquele a quem esta se destina, daí porque, alteridade, enquanto visibilidade e inclusão do outro, põe no radar os sujeitos de direitos, que não estão ocultos e não podem ser ignorados por concepções paternalistas e dominadoras daqueles “tutelados” e “jurisdicionados”. (LÔBO, 2018, p.10)

CONCLUSÕES

A par do que foi apresentado, percebe-se que é necessária, a princípio, uma ruptura de paradigmas e preconceitos de tantos temas, dentre eles a mediação. Conceitos antes sedimentados precisam ser revisitados. A democracia não pode ser reduzida à mera possibilidade de eleger aqueles que irão tomar decisões. A velha e arcaica concepção de que somente o Judiciário, através da figura do Juiz dotado de supremacia é o instrumento apto e capaz de decidir, deve e merece ser superada.

A mediação não é a única solução para a resolução de todos os conflitos, mas sem dúvida poderá ser um degrau na busca pelo processo de amadurecimento das partes, visto que são elas as autoras e roteiristas da própria história. Deve-se estimular a busca do direito de decidir as questões controvertidas, de participar do desenvolvimento processo verdadeiramente como parte cidadã na lide.

E como fazer isto em se tratando de uma ação constitucional que visa corrigir lacunas da lei? Será, sem dúvida, necessária uma nova visão do processo como garantidor da democracia no Estado de Direito. E o cidadão como seu protagonista, o ator principal.

No mandado de injunção, em que discutidos direitos fundamentais, nada mais adequado ao paradigma democrático que o cidadão detentor deles participe de forma ativa. A efetividade, uma palavra tão provalada, não pode ser jogada ao léu. O empoderamento, a percepção do que é ser cidadão, como sujeito de direitos, é questão essencial no Estado Democrático de Direito, no âmbito do qual o processo é garantia de ampla argumentação para construção dos provimentos finais.

Assim, é preciso uma nova formação jurídica em consonância com a dimensão democrática dada pelos princípios que norteiam o instituto da mediação, perfeitamente aplicável na ação mandamental estudada: participação, empoderamento, diálogo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Fábio José Silva de; VIEIRA, José Ribas. A Lei 13.300/16 que regula o Mandado de Injunção: opção ativista ou dialógica? Prisma Jurídico 2017. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93454289004>. Acesso em: 26 dez. 2018.

BARCELLAR, Roberto Portugal. Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional/ coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antônio Cezar Peluso; colaboradores Ada Pellegrini Grinover.[et.al.] – Rio de Janeiro; Forense, 2011.



BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 nov.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 31 out. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

BRASIL. Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 04 nov. 2018.

BRASIL. Lei 13105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Lei 13140 de 26 de junho de 2015. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 24 dez. 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Lisboa: Edições Almedina, 2003.

COSTA, Fabricio Veiga. Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

- COSTA, Fabricio Veiga. Modelo Constitucional de processo coletivo na teoria das ações coletivas como ações temáticas. Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2018.
- DEL NEGRI, André. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018.
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. Por uma nova história do mandado de injunção. Revista eletrônica JOTA. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-uma-nova-etapa-na-historia-do-mandado-de-injuncao-04022019>. Acesso em 12 abr. 2019.
- LÔBO, Edilene. As raízes medievais do processo judicial brasileiro. Perseu: História, Memória e Política, n. 15, 2018. Disponível em: <http://revistaperseu.fpabramo.org.br/index.php/revista-perseu/issue/archive>. Acesso em: 27 dez. 2018.
- HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; BEZERRA, Pedro Henrique Alvarenga. Mandado de injunção e o sentimento constitucional. RIL Brasília a. 55, nº 219, jul./set. 2018, p. 53-73.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAIS, José Luiz Bolzan; VERAS, Mariana Rodrigues. Mediação e Transformação Social. Direitos Culturais. Santo Ângelo, v.13, n.30, 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2647>. Acesso em 10 de nov. 2018.
- MORAIS, José Luiz Bolzan. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- OLIVEIRA, Wagner Vinicius de; FERNANDES, Álvaro Roberto Gondim. *Mandado De Injunção e a Experiência Brasileira*. Direito, processo e jurisdição nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no campo do direito processual brasileiro / organização Lúcio Flávio Siqueira de Paiva, Ricardo Martins Spindola Diniz , Sílzia Alves Carvalho;



coordenação Rafael Lara Martins , Saulo Pinto Coelho. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018. Disponível em: https://ppgdp.direito.ufg.br/up/949/o/volume_4.pdf#page=147. Acesso em 26 dez. 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Mediação para a Democracia: Cidadania, Participação e Empoderamento no Âmbito da Resolução de Conflitos. Direitos fundamentais e democracia IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Mariana Ribeiro Santiago, Julia Maurmann Ximenes. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3006a068501fbf78>.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de Conflitos Coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento: contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 103-132, jul./set. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p103. Acesso em: 24 dez. 2018.

WARAT, Luis Alberto. Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. 2003. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 04 dez. 2018.

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Vol. II. Coordenadores Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Junior, Aires José Rover, Cláudia de Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.