



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano IX, Vol.IX, n.36, out./dez., 2018.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/10/2018.

Data de reformulação: 15/11/2018.

Data de aceite definitivo: 28/11/2018.

Data de publicação: 20/12/2018.

HOMO SAPIENS, LUDENS E JURIDICUS E OS CAMINHOS PARA A RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS

Paulo Gustavo Barbosa Caldas¹

RESUMO: O trabalho em questão tem o propósito de discorrer sobre a relativização dos aspectos normativos, do direito positivo, na resolução de conflitos. Johan Huizinga, em *Homo Ludens* publicado em 1938, desenvolve de forma profunda um estudo que relaciona o comportamento humano ao lúdico. Yuval Noah Harari explica ainda que o *sapiens* tem competência para cooperar com vistas à obtenção de objetivos comuns e não apenas para a diversão ou o lúdico. Alain Supiot, em *Homo juridicus*, explica a influência das “crenças fundadoras” do direito. Assim como o *ludens* de Huizinga, o *homo juridicus* de Supiot cria um ambiente paralelo, além das relações físicas, para justificar e estabelecer suas relações sociais. A implementação de formas alternativas e pacíficas para solução de controvérsias tem destaque em todos os ramos das ciências jurídicas, merecendo grande destaque no direito constitucional. Ninguém melhor do que as partes interessadas para decidir a forma de resolver seus conflitos. O progressivo implemento de métodos de resolução de conflitos baseados na autocomposição, ao final importa em estímulo à democracia, mediante maior participação dos interessados no processo decisório de seus próprios problemas.

PALVRAS-CHAVE: *Homo Ludens*, *Homo Juridicus*, *Homo Sapiens*, Alain Supiot, Yuval Noah Harari,

ABSTRACT: This work has the purpose of discussing the relativization of normative aspects, of positive law, in the resolution of conflicts. Johan Huizinga, in *Homo Ludens* published in 1938, develops in depth a study that relates human behavior to playfulness. Yuval Noah Harari further explains that sapiens have the competence to cooperate in pursuit of common goals and not just for fun or playfulness. Alain Supiot, in *Homo juridicus*, explains the influence of the "founding beliefs" of law. Like Huizinga's ludens, Supiot's homo juridicus creates a parallel environment, in addition to physical relations, to justify and establish their social relations. The implementation of alternative and peaceful forms for the solution of controversies is highlighted in all branches of the legal sciences, deserving prominence in constitutional law. No one better than the stakehol-

¹ Analista judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Professor universitário desde 2003, atualmente ministrando processo civil e resolução alternativa de disputas na Faculdade Processus, em Brasília - DF. Experiência como conciliador e mediador judicial. Mestrando em direito e políticas públicas, no UNICEUB. Pós graduado em direito público, pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e em direito administrativo, pela Faculdade Cândido Mendes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB.

ders to decide how to resolve their conflicts. The progressive implementation of conflict resolution methods based on self-composition ultimately leads to a stimulus to democracy, through greater participation of stakeholders in the decision-making process of their own problems.

KEYWORDS: *Homo Ludens*, *Homo Juridicus*, *Homo Sapiens*, Alain Supiot, Yuval Noah Harari,

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de discorrer sobre a relativização dos aspectos normativos, do direito positivo, na resolução de conflitos. A partir da contextualização de que as relações se desenvolvem sob os aspectos simbólicos, a pretensão é concluir que a resolução autocompositiva de conflitos tem possibilidades que ultrapassam o alcance da via judicial.

O estudo se concentra no estudo do conflito, à luz da filosofia do direito. São abordados os conceitos de *homo sapiens*, *homo ludens* e *homo juridicus*, com o propósito de esclarecer como a autocomposição está na essência das relações humanas.

“Estamos convencidos de que a Filosofia do Direito, além de conceituar o *Jus* e promover o balanço axiológico nas instituições, tem por cerne a cultura dos valores justiça e segurança jurídica, a harmonia de ambos e a tomada de posição na hipótese de um conflito consumado. Ao se posicionar no dilema – prevalência da justiça ou segurança jurídica – o jurista-filósofo projeta a sua formação, o seu perfil de *homo juridicus* idealista ou positivista.”².

O conceito de sistema de resolução de conflito considera os meios judiciais e não judiciais. Há também a possibilidade de classificá-los em competitivos e cooperativos, individuais, coletivos ou hetero e autocompositivos.

No texto a seguir o tema será limitado a possíveis benefícios de um caminho autocompositivos para a resolução de conflitos pela via autocompositiva. São explorados conceitos apresentados, principalmente, por Johan Huizinga, Yuval Noah Harari, Alain Supiot e Norbert Rouland, relacionando-os quanto à natureza simbólica das relações interpessoais.

Johan Huizinga, em *Homo Ludens* publicado em 1938, desenvolve de forma profunda um estudo que relaciona o comportamento humano ao lúdico. Na obra,

²NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 51.

o jogo é associado a diversos aspectos culturais, como Direito, Guerra, Conhecimento, Poesia, Filosofia e Artes. Yuval Noah Harari desenvolve sobre a competência do *homo sapiens* para criar “realidades imaginadas, e que, nesse contexto, “inventam jogos cada vez mais complexos, que cada geração desenvolve e elabora ainda mais”. Alain Supiot, em *Homo juridicus*, explica a influência das “crenças fundadoras” do direito e a existência de um ambiente paralelo, além das relações físicas, onde se desenrolam as relações sociais. Norbert Rouland, em sua obra *Nos confins do direito*, discorre sobre o impacto do monopólio da força pelo Estado, destacando que o mesmo não pode servir de obstáculo para partes e interessados busquem a solução de seus conflitos, ainda que fora do direito escrito.

A problemática a ser desenvolvida tem o intuito de ressaltar as possibilidades de exploração da dogmática jurídica pelas próprias partes, através de mecanismos que possibilitem a autocomposição. Ao desenvolver os aspectos evolutivos do *homo sapiens*, que em sociedade atua como *homo ludens* e *homo juridicus*, a pretensão é comprovar que o protagonismo no conflito está nas partes, e não na ferramenta utilizada.

1. O *homo ludens* de Huizinga

Johan Huizinga, em *Homo Ludens* publicado em 1938, desenvolve de forma profunda um estudo que relaciona o comportamento humano ao lúdico. Na obra, o jogo é associado a diversos aspectos culturais, como Direito, Guerra, Conhecimento, Poesia, Filosofia e Artes. O jogo definido como forma de relacionamento, está na gênese das relações humanas, seja de parentesco, profissional, de vizinhança, empregatícia ou outras. Huizinga explica que:

“Desde já encontramos aqui um aspecto muito importante: mesmo em suas formas mais simples, ao nível animal, o jogo é mais do que um fenômeno fisiológico ou um reflexo psicológico. Ultrapassa os limites da atividade puramente física ou biológica. É uma função significante, isto é, encerra um determinado sentido.

No jogo existe alguma coisa "em jogo" que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação. Todo jogo significa alguma coisa. Não se explica nada chamando "instinto" ao princípio ativo que constitui a essência do jogo; chamar-lhe "espírito" ou "vontade" seria dizer demasiado. Seja qual for a maneira como

o considerem, o simples fato de o jogo encerrar um sentido implica a presença de um elemento não material em sua própria essência.”³.

Huizinga descreve o jogo, dentro de seus diversos aspectos, desde a brincadeira, desenvolvida tanto por crianças como por animais, como em outros campos das relações humanas, Cultura, Direito, Guerra, Ciências, Poesia e Filosofia. Explica que o ato de jogar se expressa com várias formas de manifestações culturais, abrangendo desde a criança, com jogos de fantasia, de sonhos, desprendidos de regras e limites, que evoluem para brincadeiras coletivas, esportes e, por fim, nas relações sociais, tanto interpessoais como intercoletivas. Defende que o lúdico possibilita a criação de um ambiente de ficção, teste, experimento. Nesse momento, surgem novas regras que disciplinam as faltas e as pontuações, que estabilizam as relações entre os competidores, através de limites para a disputa, assim como os benefícios da vitória e os encargos da derrota.

“A verdadeira civilização não pode existir sem um certo elemento lúdico, porque a civilização implica a limitação e o domínio de si próprio, a capacidade de não tomar suas próprias tendências pelo fim último da humanidade, compreendendo que se está encerrado dentro de certos limites livremente aceites. De certo modo, a civilização sempre será um jogo governado por certas regras, e a verdadeira civilização sempre exigirá espírito esportivo, a capacidade de *fair play*.”⁴[3]

Portanto, para Huizinga, o jogo deve ser visto como uma atividade dentre as mais primitivas, envolvendo extremos entre a poesia e as guerras. Aponta que o jogo está relacionado também com a atividade dos tribunais, ou seja, da Justiça e do Direito. A dinâmica das relações desenvolvidas entre autores e réus ou acusação e defesa. Conclui sua obra defendendo que o relacionamento lúdico, ou o *homo ludens*, seria um elemento da civilização.

2 – Abstração lúdica - a relação que une *homo sapiens* e *homo ludens*

O *homo ludens*, dentro dessas premissas, tem a competência cognitiva para criar, além do campo material, um novo ambiente, onde as regras e parâmetros podem divergir daqueles aplicados em outros campos de sua vida. O jogo pode ser tra-

³ HUIZINGA, Johann: **Homo Ludens**. Perspectiva: São Paulo, 1999, p. 3.

⁴ HUIZINGA, Johann: **Homo Ludens**. Perspectiva: São Paulo, 1999, p. 234.

tado como uma forma de relacionamento paralela à comum, ou não lúdica. O *homo ludens* de Huizinga, é uma característica do *homo sapiens*, espécie do gênero *homo*. Ambos os conceitos não são excludentes, mas complementares. E o jogo está na essência tanto do *homo sapiens* como do *homo ludens*.

Yuval Noah Harari explica ainda que o *sapiens* tem competência para criar “realidades imaginadas, e que, nesse contexto, “inventam jogos cada vez mais complexos, que cada geração desenvolve e elabora ainda mais”⁵. Defende que jogar está relacionado com a capacidade de cooperar, para obtenção de objetivos comuns e não apenas para a diversão ou o lúdico:

“A EVOLUÇÃO NÃO DOTOU OS HUMANOS COM A CAPACIDADE DE JOGAR FUTEBOL. É verdade, produziu pernas para chutar, cotovelos para cometer faltas e bocas para xingar, mas tudo o que isso nos permite fazer é, talvez, praticar chutes de pênalti sozinhos. Para participar de um jogo com estranhos que encontramos no pátio da escola em uma tarde qualquer, precisamos não só trabalhar em conjunto com dez companheiros de equipe que possivelmente nunca encontramos antes como também saber que os onze jogadores do time oposto estão jogando conforme as mesmas regras. Outros animais que se envolvem em agressão ritualizada com estranhos o fazem em grande parte por instinto – cachorrinhos do mundo inteiro têm as regras da brincadeira de luta gravadas em seus genes. Mas os adolescentes humanos não têm genes para o futebol. E, no entanto, podem jogar com completos estranhos porque todos aprenderam um conjunto idêntico de ideias sobre futebol. Essas ideias são totalmente imaginárias, mas, se todos as conhecem, podemos jogar.”⁶.

Assim com Harari, Huizinga esclarece que o jogo cria regras para além das que regem as situações cotidianas, por 2 características: é voluntário, ou livre, e não é vida “real” ou “corrente”.

“Chegamos, assim, à primeira das características fundamentais do jogo: o fato de ser livre, de ser ele próprio liberdade. Uma segunda característica, intimamente ligada à primeira, é que o jogo não é vida “corrente” nem vida “real”. Pelo contrário, trata-se de uma evasão da vida “real” para uma esfera temporária de atividade com orientação própria. Toda criança sabe perfeitamente quando está “só fazendo de conta” ou quando está “só brincando”⁷.

O *homo sapiens* de Harari e o *homo ludens* de Huizinga têm em comum a capacidade de criar universos de fantasia, onde assumem a condição de jogadores em

⁵ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve História da Humanidade*. São Paulo: L&PM Editores, 2015, p. 47.

⁶ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve História da Humanidade*. São Paulo: L&PM Editores, 2015, p. 127.

⁷ HUIZINGA, Johann: *Homo Ludens*. Perspectiva: São Paulo, 1999, p. 11.

ambientes estranhos à realidade física, como um plano simbólico. A percepção dessa realidade ganha importância para o estudo da resolução dos conflitos, tendo em vista a possibilidade de “jogos jurídicos ou legais”, onde o *homo sapiens*, além de atuar como *homo ludens*, também será o *homo juridicus*.

3 - O *homo juridicus* - mais uma característica lúdica do *homo sapiens*

Alain Supiot, em *Homo juridicus*, explica a influência das “crenças fundadoras” do direito. Assim como o *ludens* de Huizinda, o *homo juridicus* de Supiot cria um ambiente paralelo, além das relações físicas, para justificar e estabelecer suas relações sociais.

Supiot argumenta que existe o mundo físico, da pessoa natural, e o metafísico, da pessoa, ou personalidade, jurídica. Nesta última, o homem, simbolicamente, adota a *imago Dei*, ou seja, “à imagem de Deus”. Com o conceito de *homo juridicus* constrói um significado antropológico e jurídico do ser humano e dos direitos humanos, destacando que existe um fundamento para a constituição normativa do ser humano.

“Uma vez que entramos nesse mundo simbólico, apenas a morte cerebral pode fazer-nos sair dele. Nossa existência se desenrola desde então ao mesmo tempo no universo físico de nosso ser biológico e de seu meio ambiente natural e no universo simbólico das palavras e dos objetos que o espírito humano carregou de sentido. (...)

Mas não se entra no universo do sentido como num moinho. Cumpre, para ter acesso a ele, renunciar a modelar o mundo apenas à sua imagem. Para ter lugar nele, cada um de nós deve fazer o aprendizado dos limites que lhe delimitam a subjetividade. Animal metafísico, o homem está sempre ameaçado de ser arrastado pela vertigem de sua imaginação.”⁸.

O jurídico e o lúdico se encontram pela função instituidora que estabelece um sentido comum às ações dos indivíduos dentro de uma coletividade. Supiot explica que a lei, definida como o Direito positivo dos juristas, possibilita o “encadeamento linear de um efeito a uma causa”⁹. Isto é, com as leis se assegura a constituição de um sentimento de lógica compartilhado que pode servir como um sistema de valores comuns e eficientes para a resolução de conflitos.

⁸ SUPIOT, Roland. *Homo juridicus Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo, 2007, p. 6.

⁹ SUPIOT, Roland. *Homo juridicus Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo, 2007, p. 75.

Entretanto, Supiot alerta que o Direito não pode ser resumido ao legislado, na medida em que as possibilidades das relações humanas estão sujeitas a fatores nem sempre tão lógicos como os parametrizados pelos legisladores. Aponta que as ciências e o Direito nem sempre terão as mesmas premissas.

“Como situar as leis positivas, as leis do Direito, nesse quadro? Na mente dos juristas, como na dos cientistas, uma determinada lei agora só adquire sentido se é reportada ao sistema de regras no qual ela se insere. E, como nas ciências sociais, a natureza e a designação desse sistema são objeto de controvérsias eruditas. A ideia kelsiana do Direito como sistema lógico de normas ganhou valor de paradigma e é objeto de inúmeros refinamentos, particularmente com a teoria de autopoiese que dissipa as brumas da Grund-norm fechando o sistema de regras em si mesmo.

Também a concepção instrumental do Direito, tal como é desenvolvida hoje na filiação crítica marxista, reconhece a lei em sua inserção numa ordem normativa”¹⁰.

O conceito de *homo juridicus* também é desenvolvido por Paulo Nader, ao discorrer sobre os valores da segurança jurídica e da justiça. Defende que, hoje, estão em debate o legalismo do Direito e a Justiça, tida como justo.

“Sob a influência do positivismo, o *homo juridicus* legalista identifica o Direito com o valor segurança jurídica. Em seus trabalhos exegéticos não se motiva por outros princípios senão os derivados das normas jurídicas. Ser justo é aplicar a norma ao caso concreto dentro da previsão legal. Os membros da Escola da Exegese, que floresceu na França após a promulgação do Código Napoleão, em 1804, possuíam formação legalista. Para eles o Direito estava apenas no Código. A postura legalista, sobre ser acrítica, não favorece o desenvolvimento da sociedade e nem do Direito. Embora não chegue a ser justificadora do Direito vigente, é doutrina conservadora no sentido em que não provoca inquietações do ponto de vista ético ou sociológico.

Em posição diametralmente contrária situa-se o *homo juridicus* eticista, para quem a lei seria apenas um instrumento de justiça. O valor do justo não é considerado do ponto de vista convencional, como critério da lei, mas substancial, como o que efetivamente confere o seu a cada um. A análise que exercita não é de mera decodificação, pois submete as instituições à censura ética. A justiça seria a causa final do Direito e seu elemento essencial. Em consequência, a lei injusta não seria Direito, não devendo, destarte, ser aplicada nos tribunais. O *homo juridicus* eticista não se conforma com a lei pelo simples fato de ser lei. Por sua atitude idealista, põe-se em busca permanente do dever-ser. A corrente do Direito Livre, que obteve o seu maior desenvolvimento no primeiro quartel do século XX e se projetou nas obras do austríaco Eugen Ehrlich e do alemão

¹⁰ SUPIOT, Roland. *Homo juridicus Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo, 2007, p. 87.

Kantorowicz, seus expoentes máximos, seguiu essa linha de pensamento. Seus adeptos preconizavam a aplicação da justiça pelo critério da lei ou apesar da lei.”¹¹.

Assim como *homo sapiens*, o *juridicus* também evolui com o passar dos tempos. Da percepção puramente legalista, ressaltada pelo positivismo, emerge uma nova visão, em que a solução dos conflitos não está limitada ao ordenamento jurídico, pronto e acabado. A natureza abstrata e mais abrangente dos direitos humanos lhes garante a condição de “recurso comum da humanidade”. Nessa linha, Supiot defende que “abrir as portas da interpretação suporia considerar os direitos humanos como um recurso comum da humanidade, aberto às contribuições de todas as civilizações”¹².

A busca por valores, ou parâmetros, que sejam universais já era uma premissa dos romanos, quando apregoavam que *Juris Praecepta Sunt haec: Honestè Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* (Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence). Outros princípios, ou postulados, podem ser extraídos como paradigmas comuns que podem servir de apoio para a solução de conflitos, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, ao nome.

4 - O direito e a solução pacífica de conflitos – uma visão além do direito positivo

A implementação de formas alternativas e pacíficas para solução de controvérsias tem destaque em todos os ramos das ciências jurídicas, merecendo grande destaque no direito constitucional. Já no preâmbulo, o titular do poder constituinte originário estabeleceu entre os valores supremos do Estado Democrático Brasileiro, a justiça, a harmonia social e a solução pacífica das controvérsias.

No campo do direito administrativo a legislação e os contratos administrativos autorizam a autocomposição com a Administração Pública. No direito civil as possibilidades são tão finitas quanto às formas de contratar ou de constituírem-se relações jurídicas, em sentido lato. Família, consumidor, bancário, empresarial são segmen-

¹¹NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 120.

¹²SUPIOT, Roland. *Homo juridicus Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 256.

tos jurídicos com institutos próprios para a solução consensual de controvérsias. O mesmo se diga do processo civil e trabalhista, que preveem a transação, conciliação, a mediação e o acordo, como hipóteses de resolução com mérito, ao lado da sentença definitiva. No direito penal, a justiça restaurativa, com base em conceitos desenvolvidos pela criminologia e pela antropologia, visa reduzir os impactos sociais do crime, considerando tanto o fato, como a vítima e o criminoso. Há ainda o instituto da delação premiada, onde acusação e defesa consentem quanto aos limites da punibilidade.

A amplitude parâmetros para a definição do que é justo, ou Justiça, demonstra que a solução de conflitos nem sempre poderá ser feita através de processos ou procedimentos anteriormente estabelecidos. Apesar de ser importante a regra, existem situações em que somente os envolvidos terão aptidão para trazer a melhor solução. O protagonismo que envolve os sujeitos em uma disputa é destacado por Norbert Rouland, em sua obra *Nos confins do direito*.

“O espírito das leis está mudando. Dá-se o mesmo com a Justiça. Em muitos casos, o juiz não é o todo-poderoso ordenador do processo, que zela escrupulosamente pela observância do direito. Pode até ocorrer que este, ou terceiros, solucionem em toda legalidade conflitos fora das regras do direito estrito. Penetra-se então num universo muito diferente daquele da justiça mediada, ávida de casos Gregory de toda espécie. O próprio jurisdicionado é, de fato, cada vez mais solicitado a colaborar na execução do direito e em sua sanção”¹³.

Para Rouland, o monopólio da força pelo Estado não pode servir de obstáculo para partes e interessados busquem a solução de seus conflitos, ainda que fora do direito escrito. Sustenta que a proibição do exercício arbitrário da vingança privada tem o escopo de tutelar o interesse público, pela solução não violenta de conflitos. Argumenta que a construção do Estado com suas intervenções pacificadoras garantiram o triunfo da civilização sobre a barbárie, tendo a vingança sido substituída pela lei.

Rouland defende que vivemos o tempo dos mediadores. Cita o *ombudsman* e “outros fornecedores de bons serviços que aparecem assim que conflitos sociais, até mesmo internacionais, adquirem certa amplitude”. Acrescenta que “o consenso e a mediação estão na moda”, o que significa uma maior dimensão como temas da evolução do direito, as formas de autocomposição e as *soft justices*. Explica que esse movimento teria iniciado em 1880 nos Estados Unidos, tendo dado origem a diferentes jurisdições

¹³ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes: 2008, p. 11.

como *domestic relations courts, smal claims courts, neighbourhood justice centers*, onde deve prevalecer uma “justiça mais ‘social’ do que legal”.

“Tendem a descartar o formalismo, visam menos a aplicação estrita do direito do que a restauração da paz social e a adesão das partes ao solucionamento do litígio, consideram o conflito mais como uma doença para curar do que um mal para reprimir. Reconhecem-se aí muitas das características do direito de inúmeras sociedades tradicionais. Por que os Estados Unidos desempenham esse papel de vanguarda nas justiça alternativas? Provavelmente porque se trata de uma sociedade competitiva, conflituosa e, por outro lado, hiperjudicializada: as justiça alternativas constituíram válvulas de segurança (...). Atualmente, estima-se que somente 5% a 10% das desavenças acabem diante dos tribunais (...). Podemos concluir daí que a maioria dos litígios é resolvida quer pelas próprias partes, quer intermediados pelos lawyers, que solucionados pelas diferentes instâncias da justiça informal”¹⁴.

A prática da mediação, onde as partes são apoiadas por um terceiro, ultrapassa o ambiente puramente jurídico. Não se trata de uma ferramenta exclusiva de juristas, advogados, promotores, juízes ou defensores. Aprender a contar com o apoio de um terceiro, desinteressado e imparcial, é matéria que deve ser aprendida desde as escolas. A cultura da solução não violenta e consensual traz a esperança de pacificação, trocando a imposição pela resolução.

Para Norberto Bobbio, citado em *O Terceiro Ausente: Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra*, a intervenção de um terceiro pode tanto ser positiva como negativa diante de um conflito instalado.

“A sua discussão do terceiro, tanto no campo interno quanto no da teoria das relações internacionais, tem como objetivo conceber alternativas ao dualismo excludente da relação amigo/inimigo do realismo presente na leitura schmittiana da política (cf. infra, pp. 287-290). Nesta leitura o conflito tende a ser resolvido pela força, por meio da eliminação de um dos dois. A possibilidade da solução pacífica de conflitos requer que “surja um terceiro no qual as partes confiam ou ao qual se submetem”, pois “duas únicas pessoas não estabelecem um acordo duradouro. (...)

Como estudioso da política e conhecedor de sociologia política, Bobbio sabe perfeitamente que não existe, na teoria e na prática, apenas o terceiro imparcial em prol da paz, atuando inter partes ou super partes. O próprio Simmel sublinha a existência do *tertius gaudens*, o terceiro, que, por exemplo, com base no *divide et impera* se beneficia do conflito diádico (Simmel, 1964, pp. 154•169). As-

¹⁴ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 131.

sim, Bobbio faz referência ao terceiro que não é neutro e tem, de certo modo, algo a ver com um conflito, seja porque dele tira alguma vantagem seja porque desse conflito sofre uma desvantagem. Um exemplo do primeiro caso é o terceiro “semeador da discórdia”, que põe em prática o princípio do *divide et impera*. O terceiro que se converte na vítima do conflito, tornando-se o bode expiatório, ou o terceiro que, por vilania ou incapacidade, também se torna vítima, por ser “servo de dois senhores”, são exemplos do segundo caso (infra, pp. 289-290).”¹⁵.

Ou seja, o terceiro tanto pode interferir no conflito, sendo parte declarada ou oculta, como pode ser um facilitador, colocando-se de forma imparcial e, expressamente, desinteressada. Nesse contexto, ao mesmo tempo em que ganham relevo as formas alternativas para a resolução dos conflitos, como a mediação e a arbitragem, abre-se ao Judiciário a obrigação de, como um terceiro desinteressado, participar de forma ativa para a pacificação social, mediante o implemento de políticas públicas.

5 - Novos rumos para o direito processual civil - A política pública de tratamento adequado aos conflitos de interesses e a importância do Judiciário

O processo de redemocratização da política nacional, através da transição de governo militar para civil, teve como ápice a promulgação da Constituição de 1988, onde, em primeiro momento, ganharam destaque os direitos e garantias fundamentais. Mas, juntamente com o extenso rol de garantias individuais e sociais, também foi consagrado um novo modelo de governo, pautado pelo planejamento, com expressas previsões a programas, planos, sistemas e diretrizes. O modelo de Estado Democrático de Direito passou a influenciar nos 3 poderes, que, mesmo independentes e harmônicos, tiveram que atuar de forma conjunta, com vistas ao atendimento de objetivos comuns, tendo os principais sido elencados no art. 3º, da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Reforma do Poder Judiciário, engendrada no âmbito do Poder Executivo, mais especificamente na Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, no Ministério

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Terceiro Ausente: Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra*. Barueri: Manole, 2009, p. 44-46.

da Justiça, culminou com a Emenda Constitucional 45/2004, que, entre suas principais inovações, previu a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão responsável pela elaboração de um modelo administrativo de gerenciamento da atividade judiciária baseado em metas de produtividade, qualidade, transparência e eficiência.

Atento à importância da criação de novos meios de pacificação social, o Ministério da Justiça, através da Secretaria de Reforma do Judiciário, produziu o relatório de “Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos”, que, segundo esclarece o próprio Ministro Márcio Thomaz Bastos, teve o objetivo de ressaltar o valor dos mecanismos privados de resolução de conflitos, sem os quais o “Judiciário continuará sofrendo a situação absurda de uma quantidade não absorvível de pretensões e, ao mesmo tempo de uma demanda reprimida de milhões de pessoas sem acesso à Justiça.”¹⁶.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, o Poder Judiciário, até então isolado administrativamente, passou a contar com a orientação de um modelo gerencial, já aplicado com mais ênfase no Poder Executivo. Apesar de ter sido elencado entre os órgãos do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ não exerce jurisdição. Sua principal função é a fiscalização administrativa, financeira, orçamentária e disciplinar. Composto por membros de natureza variada, o Conselho foi concebido com a intenção de aprimorar o Judiciário, através de ferramentas gerenciais que buscam tanto a melhoria do serviço do judiciário como a ampliação do acesso à Justiça.

A criação de um órgão, inserido no Poder Judiciário, com competência para a prática de políticas públicas tem grande relevo na medida em que as ações implementadas pelo Poder Executivo são, simbolicamente, menos eficientes porque externas aos agentes que atuam perante o Judiciário.

Em 16 de março de 2015, o Poder Judiciário Brasileiro passou a contar, por força da vigência do Novo Código de Processo Civil, com mais uma oportunidade para a resolução consensual dos conflitos. Entre as novidades mais festejadas, encontra-se a positivação das formas autocompositivas, com destaque para a conciliação e a mediação. Segundo elencado na exposição de motivos do Código:

“Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as

¹⁶ **Relatório de Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos**: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Ministério da Justiça, Brasil, 2005, p. 52.

partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.”¹⁷.

Referida postura reflete uma nova visão para o Poder Judiciário, que deixa de ter o monopólio da pacificação social, para compartilhar a função pacificadora com a própria comunidade. Trata-se de um grande passo na busca de uma sociedade mais madura, onde os indivíduos, antes de provocar o serviço judiciário, tentam resolver suas disputas.

O CNJ exerce importante poder simbólico, ou de linguagem, para ratificar a preocupação do Estado em modificar a cultura judicial, exercendo grande impacto sobre as futuras ações e até mesmo conceitos até o momento utilizados. Dentro desse contexto, o CNJ tem relevante papel na elaboração, implementação e controle de políticas públicas que envolvam o Judiciário, proporcionando uma administração com base em princípios estratégicos, orientados por estudos e dados estatísticos reunidos em todo território nacional, através de informações prestadas pelos diversos órgãos judiciários.

É certo que antes mesmo da EC 45, o Brasil já estava inserido no contexto da *soft justice*. Afora a Lei da Arbitragem, vigente desde 1996, outras normas foram criadas com o mesmo intuito de implementar mecanismos mais céleres e, muitas vezes, menos onerosos de acesso à Justiça. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ao possibilitarem a celebração de “ajustes de conduta”. No campo de defesa da concorrência (Lei 8.884/94), no mercado de capitais (Lei 9.457/97) e em matéria ambiental (Lei n. 9.605/98), a legislação admite a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo. Em complemento ao ciclo legislativo em prol da autocomposição, foi promulgada a Lei 13.140/2015, regulamentando a prática da mediação, processual e extraprocessual, entre particulares e no âmbito da Administração Pública.

O marco, contudo, é o atual Código de Processo Civil. Humberto Theodoro Júnior sustenta que a Lei 13.105/15 trouxe novos rumos para o direito processual civil. Salienta que a prática de outras formas de solução de conflitos, paralelamente à

¹⁷ COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Código de Processo Civil: Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

visão técnica do funcionamento da justiça oficial, se afasta da contenciosidade e enfatiza a paz social, além da “*imposição autoritária da vontade fria da lei*”.

“Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter melhores resultados na solução de seus conflitos, recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional. (...)”

A valorização do papel da mediação e da conciliação dentro da atividade jurisdicional se faz presente de maneira mais expressiva no Novo Código de Processo Civil, que, além de prevê-las como instrumentos de pacificação do litígio, cuida de incluir nos quadros dos órgãos auxiliares da justiça servidores especializados para o desempenho dessa função especial e até mesmo de disciplinar a forma de sua atuação em juízo (arts. 165 a 175).

Aos poucos vai-se encaminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior é a solução justa e adequada dos conflitos jurídicos, e que, de fato, possam reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e a harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória e à outra somente resta o amargor da sucumbência”¹⁸

Em 2010, através da Resolução 125, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no Poder Judiciário. Referido ato normativo constitui verdadeiro marco acerca do posicionamento do Judiciário quanto aos métodos alternativos de resolução de conflitos, notadamente à mediação. Enquanto que a conciliação já era reconhecida pelo ordenamento processual, sendo uma etapa dos processos cíveis e trabalhistas, a mediação, até então, era praticada como uma solução inovadora mas não normatizada.

Com a Resolução 125, procurou-se ampliar as formas de acesso ao sistema de Justiça, considerando a possibilidade de resolução de conflitos sem a intervenção, ou com o auxílio, do Judiciário. A resolução ainda teve o condão de uniformizar as práticas então desenvolvidas nos diversos tribunais, abrangendo, inclusive, o setor privado, a partir da emenda 2, de 8/3/2016.

Em 31/1/2016, com a emenda 1, à Resolução 125, foi criado o Portal da Conciliação, disponibilizado no sítio do CNJ, reunindo informações sobre: I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

II – relatório gerencial do programa, por tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no art. 13. III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil; V – divulgação de notícias relacionadas ao tema; VI – relatórios de atividades da "Semana da Conciliação".

A aceitação da conciliação e da mediação com o *status* de forma adequadas ao tratamento de conflitos visa não só desafogar o notório acervo de processos pendentes, mas também conferir efetividade ao acesso à justiça e à responsabilização social (Resolução 70/CNJ e art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

A partir da Resolução 125, o CNJ reconhece competência aos órgãos judiciários para “antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão” (art. 1º, par. único). Além de tornar obrigatória a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, estabelece que devem ser criados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação das partes.

Em sintonia com as diretrizes constantes da Resolução 125/2010, do CNJ, em março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil - CPC. Entre as expectativas sobre o novo Código de Processo está simplificar e agilizar os processos judiciais, através da implementação de formas autocompositivas, estimulando o acordo e a negociação.

Nesse cenário, segundo consta do futuro art. 139, inciso V, entre os deveres e poderes do juiz está o de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, agindo, de preferência, com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Ao tempo em que o Código de 1973 tratava apenas do papel do conciliador, o atual, no art. 149, do CPC, indica tanto o conciliador como o mediador judicial, entre os auxiliares da Justiça, juntamente com o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

Em nítida preferência pela solução consensual das disputas jurisdicionais, o art. 154, do CPC/2015, estabelece que incumbe ao oficial de justiça certificar

eventual proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes. De acordo com o parágrafo único, se for feita proposta de transação, a parte contrária deverá ser intimada para manifestar-se, no prazo de cinco dias. Comprovando a autonomia entre a via negociada e o processo judicial, a proposta de autocomposição não suspende o andamento regular da ação, e o silêncio equivale da parte contrária equivale à recusa. Ou seja, não havendo consenso, o processo prossegue sem necessidade de uma resposta formal, do destinatário da proposta de acordo. Enquanto que o CPC de 1973, no art. 447, limitava a audiência de conciliação para litígios envolvendo direitos patrimoniais de caráter privado, o novo Código possibilita a realização de audiência de conciliação, para casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, e de mediação, para casos em que houver relação anterior entre as partes (art. 165, §§2º e 3º).

A Política de tratamento adequado aos conflitos de interesse também mereceu destaque na Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020, instituída pela Resolução n. 198/2014 de 1º de julho de 2014, que prevê a “Adoção de soluções alternativas de conflito” entre os Macrodesafios do Poder Judiciário. A mesma preferência também fica clara com a criação da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, responsável pela coordenação do Movimento Permanente pela Conciliação.

CONCLUSÃO

Ninguém melhor do que as partes interessadas para decidir a forma de resolver seus conflitos. A dogmática jurídica carrega conceitos e princípios que, de inegável valor histórico, social e antropológicos, nem sempre são suficientes para atingir a mais adequada solução para os conflitos.

A leitura de Johan Huizinga, Yuval Noah Harari, Alain Supiot e Norbert Rouland esclarece os benefícios de um caminho autocompositivos para a resolução de conflitos interpessoais. A premissa é que a autocomposição deve ser sempre facultada, se confirma quando conhecemos a amplitude de possibilidades que podem ser criadas pelas próprias partes.

O conceito de Justiça abrange efetividade de consenso, além dos aspectos jurídico, filosófico, antropológico ou social. Conforme consta da Resolução 125/2010 do CNJ, a Justiça, que significa “*acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*”, pode ser atingida por “*outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação*”.

A dogmática jurídica não será lesionada se as partes, em uma mediação ou arbitragem, sem procurar o Judiciário, atinjam a pacificação social. A limitação para todo negócio jurídico continua existindo, à luz das regras que regem o direito público e privado. A via judicial estará sempre pronta para qualquer ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal.

O atual cenário comprova que o sistema que privilegia a litigância através do processo judicial é insuficiente para atender ao grande número de casos que chegam por ano ao Poder Judiciário. Segundo o relatório Justiça em Números do CNJ, relativo ao ano de 2016, o Judiciário precisaria de dois anos e oito meses para resolver todas as ações recebidas até 31 de dezembro de 2016. Isso, se não recebesse mais nenhum processo durante todo o ano de 2017, o que, certamente, não ocorreu.

A evolução do Direito tanto resgatou antigas formas de resolução de conflito, como propiciou novas ferramentas. O *homo sapiens* aprendeu a conviver em grandes grupos, para sua supremacia no planeta. O *homo ludens* e *homo juridicus*, através de sua competência abstrata, conseguem conviver em planos metafísicos, onde novas regras são construídas, em coexistência com as normas do direito legislado ou positivado.

De preferência, a resolução de conflitos deve ser concretizada pelas próprias partes, independente da área, cível, penal, trabalhista, com ou sem a presença de entes públicos. O Poder Judiciário, em um Estado de Direito, é inafastável, diante de lesão ou ameaça de lesão a direitos. A função jurisdicional, além de seu caráter estabilizador, também abrange a condução de políticas públicas para o tratamento adequado de conflitos.

As iniciativas que proporcionam uma solução baseada no consenso se multiplicam em todos os campos do direito. Justiça Restaurativa, Constelação Familiar, Mediação Trabalhista, Delação Premiada são facetas de uma mesma tentativa de privilegiar o consensual sobre o imposto. Novos rumos surgem diante do *homo sapiens*, do *homo ludens* e do *homo juridicus*.

Yuval Harari, em *Homo Deus – Uma breve história do amanhã*, em tom profético nos alerta que, apesar da incapacidade de prever o futuro, existem possibilidades que vão além de ideologias e sistemas sociais atuais, mas que todas convergem para o incremento da democracia, “em um futuro democrático”. Também ressalta que crises são oportunidades para o crescimento, ao destacar que “as armas nucleares tornaram uma guerra entre superpotências um ato louco de suicídio coletivo e com isso força-

ram as nações mais poderosas da Terra a encontrar meios alternativos e pacíficos de resolver conflitos”¹⁹.

Portanto, há motivos para esperar um futuro melhor. Apesar do incontestável quadro de crise por que passa o sistema jurídico atual, o progressivo implemento de métodos de resolução de conflitos baseados na autocomposição tende a estimular a democracia, mediante maior participação dos interessados no processo decisório de suas vidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ASSIS, Olney Queiroz, KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
2. BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos sobre a Paz e a Guerra**. Barueri: Manole, 2009.
3. NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
4. HUIZINGA, Johann: **Homo Ludens**. São Paulo: Perspectiva, 1999.
5. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus Uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
6. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens. Uma breve História da Humanidade**. São Paulo: L&PM Editores, 2015.
7. RODRIGUEZ, José Rodrigo, PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. **Col. direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate - Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2012.
8. ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
9. SUPIOT, Roland. **Homo juridicus Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
10. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁹ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus Uma breve história do amanhã**. São Paulo, Companhia das Letras, 2015, p. 25.