

Uma visão trifásica do Direito

Luiz Gonzaga Modesto de Paula¹

Introdução

Adotando a visão de que o “direito” é uma técnica de solução de conflitos humanos com a finalidade de obtenção da pacificação social, que não implica na paz entre as partes, mas apenas na solução estatal da divergência, vamos endereçar os nossos estudos a duas posições que se complementam. A primeira visão é a da construção de um “edifício jurídico” como fundamento e ferramenta; e o segundo é a da aplicação desse instrumento na solução dos conflitos. Em outras palavras: vamos verificar como a sociedade constrói o seu ordenamento jurídico e depois como ela faz para aplicar esse instrumental nos seus problemas.²

Quando alguém estuda o direito como um conjunto de normas ele perde a visão das partes do todo. O conjunto de normas, que denominamos de ordenamento jurídico, pode ser estudado de outro modo. Devemos reconhecer que o mundo jurídico se compõe de três fases, completamente distintas, muito embora complementares, porque não existem sozinhas. Cada uma delas necessita da outra para a sua própria existência como um corpo jurídico válido e eficaz.

1. A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO

A “construção” do sistema jurídico se faz em três fases distintas, mas complementares: a) a primeira fase, onde estudaremos a criação da norma jurídica como instrumento eficiente da intervenção do Estado nas relações particulares; b) a segunda fase, que ocorre quando a hipótese normativa é concretizada por alguém e provoca a incidência da previsão, condicionando deôntica e coativamente a conduta das pessoas envolvidas pela relação jurídica que se criou com a realização do comportamento previsto como hipótese (antecedente) da norma e que acarreta, inexoravelmente, desde que constituída por agente competente, a aplicação do consequente; c) a terceira fase compreende a atividade atribuída ao Poder do Estado de fazer o sujeito passivo da relação jurídica cumprir com as obrigações estabelecidas por ela de forma coativa: ou restringe a liberdade ou sequestra o patrimônio.

2. O DIREITO É UMA TÉCNICA OU UMA CIÊNCIA?

Aristóteles já estabelecia a distinção entre *techne* e *episteme*. *Episteme*, segundo a Ética a Nicômaco, (6, 3, 1.139-b, 18 e seg), é um hábito de demonstrar a partir de causas necessárias e últimas, e portanto, uma ciência; *techne*, segundo a obra citada (6, 4, 1.140-a, 6 e seg) é um hábito de produzir por reflexão razoável.³ Na definição de Celso (Κέλσος - filósofo grego do séc. II) - *ius est ars boni et aequi* - o direito é uma arte (técnica) e não ciência principalmente porque a ação humana é sempre imprevisível.

Atualmente há uma tendência de se imaginar o direito como uma técnica de solução de conflitos sociais, que se aperfeiçoa na sentença irrecorrível do juiz. As normas comportamentais ou organizacionais, são meros instrumentos para fundamentação das decisões.

Entendido o direito com essa forma, inexoravelmente devemos distinguir que ele se realiza em três fases distintas, mas complementares. Na primeira fase, encontramos a elaboração das regras de conduta e das regras instrumentais, ambas denominadas de “normas jurídicas”⁴, a primeira de natureza prescritiva, e as segundas, estruturantes do sistema jurídico, pelas quais os legisladores, devidamente capacitados por regras instrumentais anteriores, criam as denominadas normas de conduta ou hipóteses normativas. A segunda fase é o momento em que um evento qualquer social, anteriormente transformado em fato jurídico, atrai a incidência da regra deôntica, resultando no estabelecimento de uma relação entre duas ou mais pessoas, outorgando a algumas o poder de exigir de outras o cumprimento de uma obrigação. É a relação jurídica, cujo conceito foi introduzido nos estudos jurídicos por SAVIGNY⁵. A terceira fase só ocorre quando a obrigação prevista na norma, e estabelecida pela incidência da hipótese normativa no evento social, é descumprida pela pessoa colocada no polo passivo da relação jurídica e surge a necessidade da intervenção do Estado para restabelecer a ordem jurídica violada pelo descumprimento da obrigação.

3. O CONCEITO DE DIREITO

Direito, tal qual a maioria das palavras por nós utilizadas em nossa comunicação, não tem um sentido preciso e determinado, podendo significar uma porção de coisas diferentes. É um termo ambíguo, como todos os demais. São raros, em nossa comunicação, os termos que denotam um único e exclusivo objeto. A maioria sofre de ambiguidade, sendo necessário estabelecer “a priori” um sentido unívoco do termo utilizado para tornar inteligível a comunicação. Nesse passo, vamos adotar, para as nossas finalidades um conceito de Direito, desprezando-se, propostadamente, todas as outras possíveis significações desse vocabulário. Vamos chamar de DIREITO a técnica de solução de conflitos sociais que se desenvolve em três estágios complementares: (i) a elaboração e criação das normas jurídicas, (ii) o nascimento das relações jurídicas pela ocorrência fática da hipótese normativa, e, (iii) a atuação do Estado, ou de alguém por ele nomeado, obrigando o sujeito passivo da relação jurídica ao cumprimento da obrigação.

Direito, então, é uma técnica de solução de conflitos humanos com a finalidade de restabelecer a ordem jurídica violada pelo descumprimento da obrigação, estabelecida pela regra deôntica anteriormente prevista, como consequência dessa ação ou omissão de alguém.

Este novo conceito amplia a visão mais adotada pela doutrina de ser o Direito somente um conjunto de regras deônticas, denominadas, genericamente, de “normas jurídicas”. Conjunto esse necessário para disciplinar os comportamentos humanos no convívio social, e que

em sua estrutura formal pode ser escrito como: D[F(S'RS")] onde: D (dever-ser), que dado o fato F, se instala uma relação jurídica entre dois sujeitos S' e S", que é a representação do sentido deôntico completo, que do ponto de vista sintático se apresenta como um juízo condicional no qual se associa uma determinada consequência a uma realização fática prevista no antecedente. Nessa ótica, o Direito seria apenas o estabelecimento de hipóteses que realizadas acarretariam uma consequência deôntica para os envolvidos. Em outras palavras, poderíamos dizer que o Direito seria composto de normas gerais e abstratas (as hipóteses normativas – previsão de acontecimentos incertos e futuros) cuja realização, após a ocorrência desse fato hipotético, agora concreto, seria o surgimento de uma norma individual e concreta, de proibição, permissão ou obrigação, modulando deônticamente as condutas humanas. Entretanto, o Direito não é só isso. Também faz parte do Direito a criação das normas hipotéticas, pelos agentes competentes, na exata concretização e dados históricos e culturais. Esse primeiro fenômeno de ser estudado como parte indissolúvel do Direito, pois é nesse passo que vamos verificar as condições de adequação da regra com o sistema onde será inserida. É a questão da validade da “norma jurídica”. Cumpre estudarmos, também, depois do acontecimento da hipótese e da realização do enlace relacional, como o sistema jurídico se comporta para, de fato, solucionar as questões humanas, restaurando a ordem jurídica violada. A realização da relação jurídica numa norma individual e concreta também será objeto de nossas preocupações. É a questão da vigência e eficácia da “norma jurídica” em face das soluções adotadas pelo sistema jurídico no restabelecimento da ordem. (julgamento, mediação, conciliação, arbitragem, etc.).

4. A PRIMEIRA FASE

A primeira fase engloba a elaboração e a criação das normas jurídicas. A elaboração das normas ocorre desde o momento em que alguém capacitado pelo sistema jurídico entende que determinada conduta deve ser regulada ou que determinada estrutura deve ser criada. Presente nesse processo estão, preponderadamente, os valores. Embora seja impossível se definir o que seja “valor”⁶, a norma jurídica é sempre a concretização de um valor. É o valor que condiciona a elaboração das normas jurídicas. O legislador (no sentido mais amplo) vai propor a criação de uma regra deôntica de obrigação se, pelos seus valores ou pelos valores da sociedade onde vive, entender que essa conduta é necessária para organização social, tal como acontece com a obrigação de pagar tributos, votar, prestar serviço militar, etc. Se, contudo, ele entender que a conduta é indiferente, criará uma regra deôntica permissiva. Mas, ao contrário, se entender que a conduta é prejudicial à comunidade, certamente, elaborará uma regra proibitiva de tal comportamento. Por outro lado, há de se considerar, também, que além de condicionarem a elaboração e a criação de normas jurídicas, essas normas concretizam os valores que a condicionaram. Já dizia KELSEN: “Uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida,

constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real.”⁷ Para ele o valor era alguma coisa interna às normas, porque representavam a aprovação ou a desaprovação de alguma conduta, mas, em que pese sua opinião, não podemos deixar de reconhecer que os valores decorrentes da cultura de um povo estão presentes na elaboração das normas, e que a escolha de criação de uma norma permissiva ou de uma norma proibitiva decorre, sem dúvida, da valoração do legislador, que reflete o valor cultural da coletividade onde ele está inserido.⁸

4.1. A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM

Não podemos mais desconhecer que o mundo só pode ser conhecido e entendido através de signos linguísticos: os textos.⁹ O direito positivo, como toda a realidade, se manifesta em linguagem. Linguagem, por sua vez, deve ser entendida como uma articulação entre a língua (conjunto de signos consensualmente adotado em determinada sociedade) e a fala (manifestação da língua pelos seus utentes). Cumpre, nesse sentido, distinguir a linguagem em dois planos: o plano físico, no qual os signos estão ancorados; e o plano psicológico, no qual os signos ganham significação na mente daquele que contata o signo no plano físico. Nesse passo, é preciso deixar claro que todo texto se encontra inserido num plano cultural; ou seja, dentro de um conjunto de outros textos com os quais se relaciona para adquirir significado. Esse conjunto é o seu contexto. Como todo texto mantém obrigatoriamente relações com outros textos, chamamos essa relação entre dois textos de dialogismo. E uma relação dialógica é considerada como uma intertextualidade.

Essa explicação é necessária para entendermos, na criação da “norma jurídica”, a criação do texto dentro do seu contexto e por esse condicionado. É, também, o campo de atuação da chamada Teoria dos Valores, como veremos adiante, e que condiciona inapelavelmente a atuação do ser humano, quer na criação da norma jurídica, quer no estabelecimento das relações jurídicas, quer na resolução dos conflitos. Duas visões são possíveis: uma interna, que se preocupa com as formas pelas quais os textos são criados; e uma externa, envolvendo o contexto cultural (histórico e filosófico) adotado na criação. Pelos princípios da Lógica, podemos dizer que a visão interna é a análise sintática do texto e a visão externa a análise semântica e pragmática do texto. Entendo não ser possível, mesmo em sentido de direito positivo, excluir da análise do fenômeno jurídico, a visão externa, na qual levamos em consideração os fatores culturais na criação da norma, porque afetam diretamente, a condição de eficácia da “norma jurídica”. Se uma norma for criada, mesmo por um órgão competente, sem levar em consideração o fator cultural do povo, mesmo que essa norma seja corretamente inserida no sistema

(validade), é alta a possibilidade de nunca ser obedecida ou aplicada pelos destinatários. “É preciso que o sistema do direito positivo seja coerente com o modelo de direito preconizado pela sociedade. Caso contrário, o ordenamento jurídico perde efetividade e passa a ser rejeitado globalmente por aqueles cuja conduta pretendeu regular.”¹⁰ PAULO DE BARROS CARVALHO também preconiza: “E o corolário de admitirmos esses pressupostos é de suma gravidade, porquanto, se ocorrerem alterações na circunstância social, descritas no antecedente da regra jurídica como ensejadoras de efeito de direito, mas que por qualquer razão não vierem a encontrar a forma própria da linguagem, não serão considerados fatos jurídicos e, por conseguinte, não propagarão direitos e deveres correlatos.”¹¹

4.2. O SIGNIFICADO DE “NORMA JURÍDICA”

A expressão “norma jurídica”, como vimos no início, designa realidades diferentes. RICCARDO GUASTINI já dizia: “Uma vez aclarada, a grandes rasgos, la noción del discurso prescritivo, se puede decir de forma muy general que el término “norma” es habitualmente usado para hacer referencia a enunciados del discurso prescritivo. Sin embargo, no puede decirse que a noción de norma sea pacífica. Em primer lugar, es dudoso si el término “norma” debe ser usado únicamente para hacer referencia a prescripciones generales y/o abstractas o, em cambio, también em referencia a preceptos singulares y concretos. Em segundo lugar, es dudoso si el término “norma” debe ser usado sólo para hacer referencia a prescripciones em sentido estricto (es decir, mandatos) o puede ser entendido a todo enunciado del discurso “legislativo”. Em tercer lugar, es dudoso si el término “norma” debe ser usado para haver referencia a enunciados o, em cambio, a significados de enunciados”.¹² O aplicador da “norma jurídica”, quando verifica a ocorrência fática da hipótese, cria uma relação deônica entre dois sujeitos, e nós chamamos, também, de “norma jurídica”. A primeira de “norma jurídica geral e abstrata” e a segunda de “norma jurídica individual e concreta”. A expressão “norma jurídica”, também designa tanto a regra deônica como as regras de organização e as regras de competência. Essa ambiguidade da expressão “norma jurídica” também ocorre em outro plano: a mesma expressão é utilizada para significar o texto criado pelo legislador (suporte físico) e também pode significar enunciado prescritivo (conteúdo), como denunciou GUASTINI, acima citado. O legislador produz o enunciado textual da hipótese normativa, e nós chamamos isso de “norma jurídica”. O interprete extrai o significado da norma e também o chamamos de “norma jurídica.”¹³

4.2.1. AS ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS

Muito embora, parte ponderável da doutrina, só admita a existência de “normas jurídicas” como proposições prescritivas, e que, do ponto de vista linguístico, é composta de duas proposições interligadas: o antecedente (hipótese) e o consequente (prescrição deônica), como,

sob outra ótica, era na visão jusnaturalista de norma jurídica como prescrição de conduta, onde estavam contidos os functores deônticos: proibição, permissão e obrigação, devemos considerar a existência de outros tipos de normas jurídicas, denominadas de normas de estrutura ou programáticas, também chamadas de normas de organização, por MIGUEL REALE.¹⁴ São essas normas que conferem estabilidade ao sistema jurídico. São elas que delimitam o campo de atuação das normas de conduta. São essas as normas que estabelecem os requisitos necessários e indispensáveis para que o jogo se desenvolva. Por exemplo, no jogo de xadrez, são as regras que dizem quantas casas pretas e brancas devem conter o tabuleiro, qual é a disposição exata dessas casas, como são as peças empregadas para jogar e a função de cada uma no jogo, essenciais para que o jogo possa ser jogado. No jogo de futebol, ou basquete, ou vôlei, são as regras que dizem da dimensão do campo, da disposição das linhas demarcatórias, do tamanho e peso das bolas, do número de jogadores, do uso de uniforme, etc. Sob outro ângulo, lembramos das lições de GREGÓRIO ROBLES MOCHÓN onde ele identifica as regras ônticas (normas de organização), as regras deônticas (normas prescritivas) e as regras técnicas (normas de funcionamento).

5. A SEGUNDA FASE

Na segunda fase do estudo do Direito, como técnica de solução de conflitos sociais, passamos do antecedente ao consequente da proposição imputativa. Vimos que a regra deôntica se compõe de dois elementos intrinsecamente relacionados: a hipótese normativa, fruto da transformação do evento social em fato jurídico pelo legislador; e, o consequente, a conduta desejada pelo sistema, numa relação de “dever-ser”. “Dado o fato “F”, deve ser a consequência “C” é a fórmula lógica de todas as regras deônticas.

Esta fase não depende da primeira fase do estudo do Direito, que é a questão da criação das regras jurídicas, mas é decorrência dela. Não poderíamos falar de hipóteses normativas e atribuição de “dever-ser” como consequente, se não admitíssemos como jurídica a fase de sua criação. Seria um “não senso” falar da criatura sem admitir seu criador. A “norma jurídica” não nasceu do nada, razão pela qual, a atividade do legislador deve ser considerada no estudo do Direito, quanto menos para a verificação de sua validade e adequação ao sistema referencial onde foi inserida. Ao contrário, ninguém discute a importância do estudo da “norma jurídica” “no domínio da Lógica dos Predicados Poliádicos ou, o que é a mesma coisa, no âmbito da Teoria das Relações” Ou seja, a “norma jurídica” deve ser entendida, obrigatoriamente, como uma relação de imputabilidade ou de causalidade jurídica.

5.1. A NORMA JURÍDICA COMO PROPOSIÇÃO DEÔNTICA

A “norma jurídica”, entendida como proposição deôntica, em verdade, contém dois elementos, dois fatos: o fato-causa (hipótese normativa, fato jurídico) e o fato-efeito, a relação

jurídica. O fato jurídico (hipótese normativa) é um enunciado descriptivo, que contém o produto da transformação de um evento ocorrido no passado, ao qual quis o legislador atribuir uma consequência. A relação jurídica, por sua vez, é o fato jurídico relacional que se projeta para o futuro, afirmando que a partir do termo nele fixado, uma determinada conduta será imposta a alguém a favor de outro alguém. O primeiro tem uma função declarativa e o segundo, tem uma função constitutiva. Do ponto de vista lógico, de rigor, devemos distinguir “fato jurídico” de “hipótese normativa”, porque esta é a descrição de um evento social, transvestido de juricidade, ao qual o legislador quis atribuir uma consequência quando ocorrido; e “fato jurídico” é o resultado da subsunção lógica da previsão contida na hipótese ao fato ocorrido.

É importante observar que, ao contrário do que pensavam PONTES DE MIRANDA e MIGUEL REALE que trabalhavam com a tese da incidência automática, de que a norma se projeta sobre os acontecimentos sociais tornando-os fatos jurídicos, inapelavelmente, há entre o plano do dever-ser e o plano do ser a necessária interferência de alguém. Nessa crítica ressalta AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, que ilustra a divergência com o exemplo do motociclista que ultrapassa um sinal de trânsito em vermelho e que não foi multado apesar da existência de regra nesse sentido, porque faltou a autoridade de trânsito para verificar a ocorrência do evento e fazer a necessária subsunção à hipótese normativa. Além da subsunção, que é um processo hermenêutico de verificação da correspondência exata entre a hipótese normativa e o evento, há que se considerar, também, o comando desejado pelo legislador nessa hipótese: a concretização do “dever-ser”, num processo de implicação jurídica. Esse processo de implicação faz nascer a relação jurídica, enlaçando duas ou mais pessoas, atribuindo a algumas delas uma obrigação e a outras o poder de exigir seu cumprimento. Chamamos estes de “sujeito ativo” e os primeiros, de “sujeito passivo”. A importância do conceito de relação jurídica é vital para o estudo do Direito, como único instrumento capaz de fazer nascer direitos e deveres para a organização da vida social. A relação jurídica faz a acomodação social implantando valores na sociedade.

Relação, no sentido amplo, é um vínculo que se estabelece entre as pessoas. Tudo no mundo são relações, razão pela qual nada escapa da relação jurídica. Ninguém é pai, é filho, é sobrinho, é vizinho, é brasileiro, sem que uma norma jurídica crie a relação entre o indivíduo e o predicado. O homem, mesmo antes do seu nascimento, está vinculado às relações. Nesse sentido costuma-se distinguir, erroneamente, as denominadas relações sociais das relações jurídicas. A relação só pode ser social, ou pessoal, ou familiar, se antes o Direito assim a considerar. O estudo das relações pertence ao estudo da Lógica, na parte denominada de Teoria dos Predicados Poliádicos ou Teoria das Relações, cujo desenvolvimento não cabe nos estreitos limites deste estudo. Na relação jurídica, como vimos, como consequente da regra deôntica,

vamos encontrar duas ou mais pessoas vinculadas entre si por uma implicação de direitos e deveres correlatos. Quando ocorre no mundo fático o fato “F”, hipotético previsto no antecedente da norma de conduta, e alguém realiza a subsunção ali prevista, nasce para alguém o direito de exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação, que chamamos genericamente de dever jurídico. O primeiro é denominado de SUJEITO ATIVO e o segundo de SUJEITO PASSIVO. Ao sujeito ativo é conferido o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta. Essa conduta é o OBJETO da relação jurídica. É a prestação exigida pela ordem jurídica; ou seja, a conduta a ser praticada, para o restabelecimento da ordem jurídica violada. É importante observar que o sujeito ativo e o sujeito passivo podem ser um ou vários indivíduos, mas é indispensável que sejam pessoas diferentes, uma vez que a relação jurídica é irreflexiva.

Como diz AURORA TOMAZINI CARVALHO “Ninguém tem direitos e deveres jurídicos em relação a ele próprio, mas sim em relação a terceiro.”

O poder jurídico conferido ao sujeito ativo é, por vezes, denominado de “direito subjetivo”, porque, em princípio, compete a ele, e somente a ele, exigir do sujeito passivo o cumprimento da prestação. Se ele não tomar a iniciativa de cobrar a conduta prevista na norma do sujeito passivo, a relação jurídica se extingue por decurso de tempo, pela inércia do credor. É o que o direito chama de prescrição (perda do direito de ação) e decadência (extinção definitiva da pretensão).

6. A TERCEIRA FASE

A terceira fase se inaugura quando o sujeito passivo resiste ao cumprimento da obrigação, e o sujeito ativo, para o recebimento da prestação que lhe é devida, se socorre do Poder do Estado para coagir o sujeito passivo a cumprir com a sua prestação. O Estado cumpre sua missão primordial de garantir a paz social, não só exercendo os poderes de fiscalização das atividades humanas, praticando os necessários meios de organização social, e suprindo as necessidades de educação, saúde e segurança das pessoas, mas, como único detentor do poder de impor a ordem através da força. No campo jurídico reconhecemos que esse poder de impor os comportamentos pela força se traduz em dois comportamentos: restrição de liberdade e privação do patrimônio. Somente o Estado pode, observadas as condições estabelecidas em lei, privar o homem de sua liberdade, ou retirar parte do seu patrimônio para a satisfação da obrigação para com o sujeito ativo da relação jurídica.

6.1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO

A intervenção do Estado, como agente garantidor do cumprimento das obrigações criadas pela incidência das normas jurídicas, se faz sob dois regimes jurídicos diferentes: (i) quando se trata de solução de conflitos entre particulares, e, (ii) quando o Poder Público é o sujeito ativo da relação jurídica. Num processo judicial para a composição entre particulares, o sujeito

ativo pode dispor de seu direito subjetivo, até abdicando do mesmo, por razões íntimas ou sem razão nenhuma. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de conciliação entre as partes, que o Estado está obrigado a priorizar, de conformidade com o que prevê a lei a composição dos interesses através dos mecanismos de mediação e conciliação. Por outro lado, o Poder Público não pode, senão em casos especialíssimos, deixar de exercer o seu direito, ou dele abdicar a favor do sujeito passivo. Nesse sentido, não há que se falar em direito subjetivo do Estado, pois ele - o agente público - não tem discricionariedade para “perdoar” o sujeito passivo. As possibilidades de renúncia ao poder de exigir o cumprimento da obrigação devem estar previamente autorizadas em lei, sob pena de nulidade e responsabilidade do agente público. É o caso de anistia penal e tributária, concessão de prazos, redução de pena, etc. cuja previsão foi feita pelo poder competente. Não se trata aqui da disposição de direitos pelo Poder Público, como ocorre na esfera privada, mas da incidência de outra norma, reduzindo os efeitos da primeira. O Estado só pode transigir do exercício dos seus direitos se, e quando for autorizado pelo Poder Legislativo, e na forma que este fixar na Lei.

6.2. AS TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

As técnicas de solução dos conflitos sociais são constante preocupação das autoridades, porque, como vimos, a finalidade própria do Direito é a acomodação social através da aplicação, através das normas jurídicas, dos valores de uma sociedade. Entendemos que o Estado existe para a possibilidade da paz social e do progresso da sociedade. Nesse sentido, os órgãos competentes estão sempre à procura dos melhores meios para solucionar, com isenção e rapidez, as questões conflitivas na sociedade. A mediação e a conciliação e a arbitragem são esses meios. A mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.” A arbitragem é uma modalidade extrajudicial de resolução de conflitos, em que um árbitro, terceiro escolhido pelas partes, decide uma controvérsia, com duas características principais: (i) só resolve direitos patrimoniais disponíveis, (ii) a adoção desse procedimento é facultativa, ou seja, depende de livre escolha

das partes, e (iii) a decisão proferida possui o mesmo “status” da decisão judicial. Enquanto a mediação e a conciliação são procedimentos realizados por particulares, estes recebem poderes para realizar os procedimentos do juiz competente para a solução do específico processo judicial, e o acordo celebrado, para ter força jurídica precisa ser homologado por sentença. A arbitragem, por sua vez, é exercida por particulares, devidamente autorizados por um órgão competente, e suas decisões tem força de lei entre as partes.¹⁵

6.2.1. A JURISDIÇÃO

A forma tradicional de solução dos conflitos é a jurisdicional. Para a finalidade deste estudo, vamos tomar por base, a construção do Poder Judiciário brasileiro, feito pela Constituição de 1988, e o detalhamento criado pelo Código de Processo Civil de 2015, para visualizarmos a aplicação do direito, nesta nossa terceira fase. Apesar de todo o esforço na obtenção de um judiciário eficiente, através da criação de mecanismos de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem já referidos, prevalece no direito brasileiro a regra contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”., denominada de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Se, por um lado, essa disposição realiza o princípio da tutela jurisdicional, por outro, impede a plena eficácia dos instrumentos de mediação e conciliação, e atenua a da arbitragem. A jurisdição, assim, se constitui num monopólio estatal da função de resolver conflitos somente pelos juízes com competência estatal para tanto, qualquer que seja o assunto a ser resolvido, quer o montante envolvido na decisão. Somente um juiz competente poderá “dizer a Justiça” com os efeitos de coisa julgada.

CONCLUSÕES

Sabemos que a norma jurídica é expressa em palavras, e as palavras, por sua vez, são ambíguas. No começo deste estudo, dissemos que a palavra DIREITO tem inúmeras significações. Para se entender o que alguém quer dizer quando fala “direito”, temos que delimitar o conceito dessa palavra. E, quando eu consigo entender o que a pessoa quis dizer com a palavra “direito” construí, na minha cabeça, uma realidade. or isso, impõe-se o estudo do Direito nesta versão pragmática, destacando cada uma de suas fases: legislativa, operacional e aplicativa, cada uma com suas próprias exigências e todas elas implicadas na suprema tarefa de administração do convívio humano. Nesse sentido, repetimos, o Direito é uma técnica de solução de conflitos, que só pode ser entendida e estudada em toda a sua complexidade unitária.

Não desmerecemos os estudos parciais sobre as normas jurídicas, sobre as relações jurídicas, sobre institutos jurídicos que merecem esclarecimento, tais como a decadência, a prescrição, etc., a visão global do ordenamento jurídico como um ser pulsante, e a análise que se faz de seu corte epistemológico, o sistema jurídico, pois todas essas tarefas são meritórias e

indispensáveis para a melhor compreensão do Direito. Mas, repetimos, só uma visão globalizada, como a que intentamos poderá nos dar uma visão pragmática dos processos de utilização do Poder Estatal em sua função primordial de pacificar o convívio humano através da solução de conflitos.

¹ Mestre e doutorando em Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Comercial. Advogado em São Paulo.

² A palavra “problema” aqui empregada tem a dimensão proposta por Viehweg: “...toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta.” (VIEHWEG, Theodor, “Tópica e jurisprudência”, 5^a. ed. Ed. Imprensa Nacional, Brasília, 1979, p. 34)

³ Viehweg, ob. cit. p. 54.

⁴ Utilizamos a expressão “norma jurídica” entre parênteses para enfatizar que o mesmo termo serve de descrição de vários tipos de regras: as regras de conduta, denominadas de regras de “dever-ser”, as regras programáticas ou de organização, as regras de competência, e outras, como veremos adiante, todas denominadas de “normas jurídicas”

⁵ Friedrich Carl von Savigny (Frankfurt am Main, 1779 – Berlim, 1861) in *Obligationenrecht* (Direito das Obrigações) em 1853.

⁶ HESSEN, Johannes, Filosofia dos Valores, p. 37

⁷ Teoria Pura do Direito, 1998, p. 12

⁸ Veja Miguel Reale e sua Teoria Tridimensional do Direito,

⁹ VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógica e Sistema de Direito Positivo. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

¹⁰ Cf. Vladimir da Rocha FRANÇA, Invalideza judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo, p. 40; e Eros Roberto GRAU, O direito posto e o direito pressuposto.

¹¹ “Fundamentos jurídicos da incidência, São Paulo, Ed. Saraiva, 2013, p. 35

¹² Uma vez esclarecida, amplamente, a noção do discurso prescritivo, pode-se dizer de forma muito geral que o termo “norma” costuma ser usado para se referir a enunciados do discurso prescritivo. No entanto, não se pode dizer que a noção de norma é pacífica. Em primeiro lugar, é duvidoso que o termo “norma” deva ser utilizado apenas para fazer referência a prescrições gerais e/ou abstratas ou, em cambio, também em referência a preceitos singulares e concretos. Em segundo lugar, é duvidoso que o termo “padrão” deva ser utilizado apenas para referir-se aos requisitos de sentido estrito (ou seja, mandatos) ou pode ser estendido a qualquer afirmação do discurso “legislativo”. Terceiro lugar, é duvidoso se o termo “norma” deve ser usado para fazer referência a declarações ou, em mudança, a significados de declarações. *Distinguiendo. Estudos de teoria y metateoria del derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1999, pg. 94.

¹³ Esta significação do termo “norma jurídica” é, ainda, tida como sinônimo de “lei”, que é outro termo com alta ambiguidade.

¹⁴ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. (cap. IX e cap. XI).

¹⁵ Cumpre lembrar, a respeito da arbitragem, que, muito embora a sentença proferida tenha força legal, a controvérsia sempre pode ser levada ao Judiciário, em face da disposição contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. É o chamado “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, em razão do qual, no Brasil, somente o Poder Judiciário tem jurisdição, sendo o único Poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada.