

SOLUÇÃO AXIOLÓGICA DE CONFLITOS E VALIDAÇÃO DO DIREITO

Olmiro Ferreira da Silva¹

RESUMO

O artigo apresenta um esboço de proposta de solução axiológica de conflitos, em substituição à solução de conflitos de interesses jurídicos atualmente praticada no Brasil. Vincula tal proposta à ideia de um instrumento de validação axiológico-jurídica, com a pretensão de que tal instrumento dê coerência e consistência confirmadora à proposta.

PALAVRAS-CHAVE

Axiologia; Pirâmide axiológica; Escala de valores; Axiologia jusfilosófica; Tábua principiológica; Conflitos de interesses; Solução de conflitos; Solução axiológico-jurídica.

ABSTRACT

The article presents an outline of the proposed solution axiological of conflicts in place to resolve disputes of legal interests, currently practiced in Brazil. Commits such a proposal to the idea of an instrument for axiological-legal validation, with the intention that this instrument gives coherence and logical consistency, confirming the proposal.

KEY WORDS

Axiology; Pyramid axiological; Scale of values; Philosophical axiology jus; Board principology; Conflict of interest; Conflict resolution; Solution-axiological legal.

¹ Advogado militante e professor de Português e Linguagem Jurídica na FAAT.

INTRODUÇÃO

O presente texto nasce de uma preocupação de militância jurídica em busca de solução mais eficaz, rápida e mais econômica para a sociedade quanto à demora de solução de controvérsias judiciais. Ainda que possa parecer algo inatingível ou impraticável, a curto prazo, na verdade, a proposta pode ao menos provocar um debate com novas ideias e sugerir soluções dantes não testadas. Se para isso servir, o autor já ficará satisfeito. Na ânsia de pensar o direito nos seus temas mais intrigantes e que provoquem seu aperfeiçoamento, ainda que demorado, a ideia deste artigo esbarra em dois termos de um binômio, aparentemente não vinculáveis. Isto é, a solução coadjuvante e/ou substituta de conflitos de interesses jurídicos de um lado e a busca de um instrumento de validação do direito como saber regrado e de resultados previsíveis de outro. É claro que se tem consciência de que o tema é espinhoso, árido e exibe aspectos inusitados, que podem sugerir extravagâncias disfarçadas ou especulações etéreas e descompromissadas. Contudo, com a necessária humildade de colaborador da academia, arrisca-se apresentá-lo para que surta o debate desejado, na certeza de que, ao menos, poderá provocar um estranhamento para se repensar o direito quanto a uma de suas principais preocupações. Isto é, buscar instrumentos de aperfeiçoamento de solução de conflitos de interesses com possibilidade de lhe dar mais agilidade, segurança e baratear o seu custo para a sociedade. Não se pode esquecer que tal tema exigiria mais espaço para se aprofundar os aspectos mais relevantes. Porém, os aspectos essenciais serão apresentados de modo sintético, sem intuito de esgotar o tema, mas apresentar algumas ideias norteadoras, a partir de sempre bem-vindas críticas a propósito.

1. Característica antropológica do comportamento humano para valorar, justificar e julgar

1.1 - O direito pode ser conceituado sob variados ângulos. Ora pode ser considerado como um sistema de princípios, regras

e normas, com o fim de organizar ou apaziguar a sociedade ou simplesmente para se aplicar a lei. Ora, como um meio para se fazer justiça e obter a paz social. Outras vezes, é concebido como instrumento meramente comunicacional, decididor de conflitos tendo em vista apenas a necessidade de se decidir qualquer questão conflituosa na sociedade sem a pretensão de que tal decisão seja a mais adequada e pertinente. Não se pode desconhecer, por outro lado, por um viés crítico e desconcertante, que o direito pode ser visto como um instrumento de imposição ideológico-econômica, do mais forte sobre as camadas de menor poder. Aliás, os próprios sofistas já aduziam certos aspectos dessa concepção que, em tempos mais evoluídos, Marx e Gramsci apontaram com mais desenvoltura e veemência. Como se vê, é possível listar um rol considerável de ângulos a partir dos quais o direito pode ser concebido, explicado, conceituado e praticado. Todavia, na lista referida e mesmo a partir de outras teorias não mencionadas, salta aos olhos que um aspecto é pouco ou nada valorizado para se conceituar o direito, isto é, o aspecto axiológico propriamente dito. Vale dizer, se o direito tem a ver com a capacidade do ser humano em eleger valores, que se traduzem em princípios, regras, normas para nortearem sua vida, por certo que tal elemento deve ser o definidor do que se possa conceber, com maior pertinência discursiva, o que seja “direito” e como aplicá-lo. A propósito, não se desconhece a teoria tridimensional do direito do grande Miguel Reale² e de toda a gama de autores antes e depois dele, que valorizam o elemento axiológico no direito. Contudo, todos eles, ao trabalhar o *jus*, ainda se restringiram a considerar o aspecto axiológico como um componente a mais do direito e não como um definidor essencial do fenômeno jurídico e derivar disso as práticas e repercussões teóricas pertinentes e consequentes. Em outras palavras, não se preocuparam em *re*-definir o direito a partir de suas pos-

² Cf. o livro do autor citado de nome “*A teoria tridimensional do direito*”, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

turas teóricas implicáveis na prática jurídica. Pressupõem como possível determinar um conceito do direito independentemente do objeto jurígeno de sua referência originante e sistematizada, no ordenamento jurídico autóctone, bem como distante ou até mesmo avesso aos resultados considerados e pretendidos pelos operadores do direito e de toda sociedade ávida de seus resultados mais adequados às suas angústias e necessidades. Nesse sentido, é que se pretende debater, como primeiro tópico, sobre a importância do aspecto axiológico, como algo essencial e definidor do direito, de tal modo que se isso for mesmo essencial para o direito, como se pressupõe neste texto, no momento de se conceituá-lo ou enfrentá-lo, com vistas aos seus resultados pretendidos ou possíveis, o conceito a que se chegar ou as suas implicações práticas e teóricas deverão implicar num viés talvez antes não imaginado, como seria desejável, com uma essencial característica axiológica inafastável e com consequências inusitadas.

1.2 – Como nasceu tal preocupação axiológica? Ora, tanto na origem quanto na aplicação do direito, em essência, o que se observa é o ato de eleição de valores e o estabelecimento de uma escala mínima entre eles, para que tais valores, dentro desta escala, sejam efetivamente respeitados quando há conflitos de interesses de toda ordem. Esta é a matéria essencial do fenômeno jurídico. Retire-se tal matéria do fenômeno jurídico e não resta mais nada de relevante ali. Isto é, sem a prática da eleição de valores e do ato de escaloná-los dentro de uma determinada sistematização, sobra apenas o vazio. Isso já foi, de algum modo, trabalhado em dois outros artigos, a saber: “*Indicativos axiológicos e respectivamente hierarquizadores na Constituição Federal*”³ e “*O juiz e o trilema axiológico*”⁴. Portanto, ao se estudar o direito, conceituá-lo ou avaliar os seus resultados práticos, os elementos básicos devem ser sempre referentes a um rol de valores selecionados pela socieda-

³ Cf. Revista da FAAT, MOMENTUM, Ano 7, vol. 1, N. 7 – 2009, pp. 9-34.

⁴ Cf. Revista da FAAT, MOMENTUM, Ano 5, vol. 1, N. 5 – 2007, pp.189-2008.

de e o estabelecimento de uma escala axiológica para se decidir conflitos de interesses no seu interior. Vale dizer, se é o elemento axiológico que gera o direito positivado ou legitimado, por certo que a essência axiológica é que deve formatar o *jus* e suas práticas. Nesse sentido, está desnudado o código redutor do fenômeno jurídico, a partir do qual se deve rever todo o fenômeno jurídico, sua sistematização e sua aplicação, a propósito dos casos concretos de conflitos de interesses, que aportam perante o Estado, para que se decida, com um viés pertinente à essência do fenômeno jurígeno, com coerência axiológica, na sua formação, concepção, teorização e com vistas aos resultados práticos possíveis, pretendidos ou realizáveis.

1.3 – Por outro lado, na origem do fenômeno jurídico, é fácil observar, na história da humanidade, que a atividade de julgar, justificar e valorar é algo conatural, antropológico do ser humano. Tais atividades são expressão comum em todas as sociedades, mesmo nos tempos mais remotos, de modo rudimentar, até as sociedades mais evoluídas, com ordenamentos jurídicos mais sofisticados. Sempre o que se faz, em essência, a propósito do fenômeno jurídico, é valorar antes, escalonar depois tais valores, num segundo momento e, enfim, julgar o conflito a partir dos parâmetros já definidos. Ora, no ato de julgar, em essência, o que está ali pressupostamente, em tal ação, é sopesar valores conflitantes e se decidir por um ou vários deles, em detrimento de uns ou de outros. Num caso concreto, o juiz defere usucapião urbano especial à parte “A” porque o valor terreno, espaço para moradia de quem não tinha onde morar, nos termos do art. 183 da Constituição Federal – CF, é mais importante (isto é tem mais valor) que o simples direito de propriedade legal da parte “B”, que não fez uso de tal espaço e o mantém apenas como possibilidade de exploração monetária pela valorização extraordinária dos imóveis urbanos. Isto é, deixar o terreno aparentemente abandonado, é um investimento muito acima da poupança ou de outros tipos de aplicação remuneratória. Em outras palavras, o valor moradia e abrigo para

alguém (parte “A”), que não tem muito mais do que isso, é mais importante que o valor dinheiro ou acúmulo dele da parte “B”, que já tem moradia e usa do terreno baldio para outros fins que não moradia primordialmente. A semelhança do caso concreto acima aventado, pretende-se que em todos os casos aportados a Juízo ou que ainda irão lá aportar, há apenas um conflito de valores, embora na prática costumeira diga-se que há um conflito apenas de interesses. Portanto, se é verdade que o ato antropológico que subjaz ao ato de julgar implica, necessariamente, em resolver conflito de valores, mediante a devida justificativa ou fundamentação, como se diz em regra, nos termos processuais, é certo que o aspecto axiológico se apresenta como definidor de tal ato e não pode ser olvidado para efeito da construção do ordenamento jurídico, mormente no estabelecimento dos passos processuais, nos mais variados âmbitos e setores da prática jurídica estatal judicial e administrativa e na prática de julgamento nos casos concretos.

2. Aspecto definidor da essência ético-jurídica

Como se pode observar, a essência ético-jurídica é constituída da axiologia quanto aos três momentos coordenados, isto é, da escolha de valores pela sociedade e sua legitimação, do seu respectivo escalonamento e, enfim, da sua aplicabilidade quando da solução de um caso concreto em que se verifica o conflito de valores por trás dos chamados conflitos de interesses. Em outras palavras, a sistematização jurídica para a solução de conflitos deve dar mais atenção à essência ético-jurídica de viés axiológico puro, para organizar qualquer sistema jurídico, com o fim de resolver eventuais conflitos. Vale dizer, se o direito é essencialmente axiológico, para a solução de qualquer conflito axiológico basta que se ausculte no sistema jurídico a escala axiológica, decodifique-se no caso concreto quais valores estão em conflito e, enfim, com o parâmetro da escala axiológica e da tábua principiológica resolve-se o caso. Ora, na prática jurídica, em regra, o que se faz é dar uma solução jurídica ao conflito de interesses sem verificar na base de

tal conflito quais valores estão em confronto, de modo que a solução para os interesses conflitantes poucas vezes coincide com a aplicação da escala axiológica pertinente do sistema jurídico em debate. Às vezes, até pode ocorrer que os reais valores subjacentes ao conflito sejam interpretados até de modo incoerente, ou em desrespeito à escala axiológica da sociedade. A propósito tal prática ocorre com qualquer operador do direito que não se dá conta do viés axiológico definidor do direito, mormente o Julgador e o Legislador⁵. Visto isso em termos concretos, considere-se o caso do Julgador que defere uma tutela para retirar a guarda provisória da parte “A” em relação ao menor “Y”. Nesse caso, tem-se em vista o bem maior a ser protegido que é a segurança do menor. Este, presumivelmente, estaria mais protegido num ambiente familiar normal do que num abrigo no qual o menor está apenas esperando para ser adotado ou apenas está abrigado, provisoriamente, até que sua família original ou extensiva o resgate. Por sua vez, o valor que está em jogo para não se deferir a guarda à parte “A” é a garantia ou a certeza de que na família que pleiteia a guarda há mesmo a segurança de ambiente familiar mais favorável ao menor. Em poucas palavras, resguardados os elementos jurídicos de qualificação das partes, preenchimento de condições técnicas legais, processuais e procedimentais, o que há de mais importante para deferir ou não a guarda deve ser a verificação se o valor “bem maior do menor” vai ser respeitado em relação a qualquer outro valor que se apresente para não deferi-la, tais como segurança jurídica ou outros aspectos burocráticos de sua tramitação que, por mais relevantes que sejam, não podem prevalecer sobre o bem maior do menor, portanto, aí está o viés axiológico definidor da decisão ju-

⁵ Para as incoerências axiológicas já se aventou os casos do aborto de feto anencefálico, em que tanto o julgador no caso concreto, induzido pelo legislador ultrapassado (Código Penal dos anos 1940), não souberam ler os aspectos axiológicos presentes no art. 128 do Código Penal, em que se autoriza o aborto em dois casos, proverbialmente mais incisivos que o eventual aborto de feto anencefalo lá não autorizado. Trata-se do artigo acima mencionado em notas de rodapé sob o título “O Juiz e o trilema axiológico”.

dicial. Por conseguinte, somente a certeza de que na família que pleiteia a guarda do menor não haveria o ambiente mais favorável ao menor, em relação a sua permanência no abrigo, sob a tutela de entidades particulares e fiscalizados pelo Estado, é que poderia ser justo/razoável/aceitável o motivo para o indeferimento da guarda em apreço. Como se vê, na base do conflito de interesses da guarda de menor, o que de fato importa verificar é se há um conflito de valores que, na hora do seu deferimento ou não, não pode ser escamoteado por qualquer regra, condição jurídica ou outro motivo ou fator, a não ser por um valor maior do bem maior do menor. Isto é, tudo que se evidenciar como menos favorável ao menor para deferir a guarda deve ser afastado para que sempre seja garantido o bem maior do menor em causa. Como se deduz, no bojo de qualquer conflito de interesses, é essencial que se detectem os valores que estão em conflito por detrás do conflito meramente de interesses. Com esta evidência é que se poderá dar o segundo passo no sentido de se aplicar a escala axiológica e a tábua principiológica para resolver o conflito então decodificado.

3. Como se originam e se cristalizam os valores

Na verdade, na seleção de valores que se tornam definidores dos comportamentos da sociedade e de sua respectiva pirâmide axiológica, o que se observa na história da humanidade não é uma obediência a padrões jurídicos já escritos *a priori*, por uma elaboração intelectual, votado pela sociedade ou legitimado por uma representatividade e depois obedecido e praticado. Ao contrário, na história dos direitos em geral e especialmente em relação aos direitos humanos, sempre se observa uma luta ferrenha, para não dizer sangrenta, por um determinado valor e somente depois disso é que o valor é eleito como importante, a ser observado pela sociedade que o produziu⁶. Ora, se isso é verdade, a posituação do

⁶ Cf. PINSKY, Jayme(org.) e outra. *História da cidadania*, - São Paulo: Contexto, 2003, em cujo texto por eles organizados se verifica que os direitos que expres-

direito/valor e seu escalonamento na ordem de importância, de uns sobre os outros, demonstram que a tarefa de sua positivação não pode cristalizar os valores de modo absoluto e eterno, sacramentando o modo como em determinado tempo foi sistematizado. Isto é, na fixação de valores pelo meio processual da edição ou fixação de novas normas, há que se ter sempre um meio para se acolher novos valores no âmbito jurídico, como também de se retirar ou alterar os já estabelecidos ou a sua ordem de priorização em vista de novas situações, necessidades/prioridades e urgências. Com isso, pode-se dizer que é tão importante dar atenção aos valores que estão em formação, ou em fase de serem alçados ao patamar da positivação/legitimação quanto aos próprios valores já recepcionados pelo ordenamento jurídico ou consolidados e aceitos pela sociedade. Nesse sentido, o operador do direito não pode jamais trabalhar apenas com uma tábua cristalizada de valores e de seu escalonamento positivado, mas deve estar atento aos novos direitos/valores, bem como às alterações sociais de toda ordem que, de algum modo, devem incidir no julgamento de um caso concreto, como já se aduziu acima.

3.1 – Se isso for verdade, como este texto considera, no momento em que um determinado conflito de interesses aporta ao Judiciário ou vem à mesa do Jurista, o que se pode esperar é que tais operadores do direito verifiquem quais valores estão em conflito no caso concreto e depois disso evidenciado, pela decodificação a partir da pirâmide axiológica da sociedade, cujo ordenamento jurídico deve sempre espelhar de modo dinâmico, então, sim, poderão tais operadores do direito apresentar uma solução axiológica coerente para o caso. Em outras palavras, verificado o conflito de valores, por detrás do conflito de interesses, basta compagnar os valores em conflito com a pirâmide axiológica ou

sam a cidadania, em regra foram precedidos de conquistas árduas com suor e lágrimas, sem excluir as vezes que se verteu sangue na sua conquista.

com a tábua principiológica⁷ para se obter a solução concreta para o caso em apreço. É verdade que poderá haver casos em que no conflito jurídico de interesses inexistirá real conflito de valores, ao menos não é desvendado à primeira vista. Se mesmo assim, depois de um esforço para se identificar os valores em conflito não se conseguir detectar sinais axiológicos conflitantes, por certo que para tais casos, o que se admite apenas por hipótese que possam existir, haverá parâmetro normativo técnico para se dar solução adequada.

3.2 – A pergunta que vem de imediato sobre a solução dos conflitos com o enfoque do aspecto axiológico é se tal prática não seria muito subjetiva ou se o operador do direito não iria dar uma solução de modo casuísta, como já ocorreu na história do direito ocidental entre os romanos⁸. A preocupação é pertinente e deve ser respondida.

Em primeiro lugar, não se trata do operador (Jurista ou Julgador) do direito buscar valores e escaloná-los nas situações concretas. O operador do direito deverá apenas, num primeiro momento, em lugar de detectar quais os interesses estão em conflito, apenas verificar quais os valores estão subjacentes ao conflito em exame. Isto é, o enfoque é outro, auscultam-se os valores conflitantes e não os interesses. Aqui está a novidade definidora do problema axiológico a ser resolvido no âmbito do direito. Deste modo, dado o primeiro passo, pela identificação dos valores em conflito, busca-se, em segundo lugar, na pirâmide axiológica da sociedade, o parâmetro de solução para se aplicar ao caso concreto. Isto é, se os valores forem de patamares diferentes, segundo a

⁷ Trata-se de um proposta auxiliar para completar a solução de conflitos axiológicos pela chamada pirâmide axiológica, em que em muitas situações, quando os conflitos ocorrem entre valores do mesmo patamar, somente a “tábua principiológica” poderá resolver a situação., como sugerido no artigo sob o título “O juiz e o trilema axiológico”, in Revista MOMENTUM, Ano 5, vol. 1, N. 5, 2007, PP. 189-2008...

⁸ F. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, in *A ciência do direito*, 2. ed. São Paulo: 1986.

pirâmide axiológica, por certo que o conflito axiológico está resolvido. Todavia, se os valores forem de igual patamar, o terceiro passo para a solução é a consulta à tábua principiológica jurídica, previamente estabelecida, como acima já foi aduzido. Nesta terceira etapa, os conflitos axiológicos mais refinados são resolvidos. É claro que alguns conflitos axiológicos podem não encontrar boa solução nesta prática, como é o caso dos conflitos com o fisco e o contribuinte, por exemplo. Para tais situações, seria possível construir-se um instrumento mesclado com a pirâmide axiológica, a tábua de princípios jurídicos gerais e outra de princípios jurídicos específicos. Contudo, tal elucubração, quanto a uma nova tábua principiológica específica, deve ainda ser aprofundada posto que, neste texto, a atenção se volta apenas para os pontos principais do instrumento já apontado como relevante para o debate travado. Portanto, quanto à aparência de subjetividade da prática axiológica em apreço, verifica-se que os padrões traduzidos na pirâmide axiológica ou na tábua principiológica são rigorosamente objetivados e até mesmo passíveis de serem positivados se fosse o caso. Ademais, tanto a pirâmide axiológica quanto a tábua principiológica devem ser construídas a partir das bases constitucionais e infraconstitucionais, já legitimadas pelo legislador, com a interpretação do Judiciário, como se verá no tópico a seguir.

4. Parâmetros axiológicos legitimados

É claro que a pirâmide axiológica deve ser construída a partir de parâmetros axiológicos presentes na própria CF. Por certo que a despeito das cláusulas pétreas, como se viu acima, a CF não pode ser cristalizada para sempre, pelo que se pode supor o seu necessário aperfeiçoamento pelos meios processuais previstos. Nesse sentido, a preocupação com a falta de objetividade quanto à prática da solução de conflito de interesses pelo uso da pirâmide axiológica ou da tábua principiológica jurídica pela solução que passa pela decodificação dos valores subjacentes aos conflitos de interesses, se desfaz, nesse passo, dado que tanto a pirâmide axio-

lógica quanto a tábua principiológica geral ou específica podem e devem ser construídas com base na CF, no ordenamento jurídico em geral e nos julgados das cortes superiores.

4.1. Pirâmide axiológica mínima

A tarefa de se construir uma pirâmide axiológica mínima pode parecer inócua e ao mesmo tempo impossível à primeira vista. Todavia, nenhuma coisa nem outra se pode admitir. Tal tarefa é possível e muito útil, especialmente se de fato a sugestão de solução ora em debate for aceita como modo de solução mais rápida e segura para a maioria absoluta dos conflitos de interesses que aportam no Judiciário. Por outro lado, ela é viável, tendo em vista que os seus termos estão presentes no sistema jurídico em uso. Isto é, não se pretende que o ordenamento jurídico atual seja apagado para se construir um outro novo, com novos institutos e novo processo. O que se busca com a solução simplificada dos conflitos, pelo viés axiológico, é apenas mudar o enfoque e o objeto definidor para encontrar a solução, diferenciada do modo atual, em aspectos essenciais sim, mas não por substituição integral do modo como o direito estatal é concebido e operado hoje, mas aproveitando o sistema atual com a eleição de um objeto definidor já presente mas ainda não evidenciado, como se propõe. Suspeita-se que isso dará um viés essencial e inovador para todos os efeitos e fins. Em outras palavras, trata-se de usar do mesmo material com uma espécie de re-engenharia no modo de operá-lo, concebê-lo e aplicá-lo.

4.1.1 - Nesse sentido, para esta proposta, há que se elaborar uma pirâmide axiológica mínima, a partir da própria CF, coadjuvada pela tábua principiológica. Já se demonstrou em outro artigo acima citado (Cf. Revista da FAAT, MOMENTUM, Ano 7, vol. 1, N. 7 – 2009, pp. 9-34), que a CF elege como valor mais alto a dignidade humana. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já confirmou tal aspecto, embora com algumas nuances claudicantes em determinados julgados. Se há um valor mais elevado, por certo

que se tem um princípio de escalonamento axiológico dentro da própria Constituição. Porém, o rol de aspectos que compõem a dignidade humana parece quase infinito de modo que se pode falar de um mínimo, médio e máximo grau de dignidade humana. Isso corresponderia aos três níveis necessários para se estabelecer um equilíbrio para todas as situações concretas que ocorrem na vida da sociedade quando se trata de decidir conflitos de interesses pelo viés axiológico. Isto é, poder-se-ia dizer que o nível mínimo da dignidade humana deveria ser garantido aos que cumprem legalmente restrição em seus direitos e liberdades, o nível médio corresponderia aos direitos e liberdades do cidadão comum e, enfim, o nível máximo seria o ideal a ser perseguido por toda sociedade, no sentido de otimizar em todos os setores da vida o grau máximo para que todos os cidadãos aspirem, façam jus e exijam como meta tal estágio possível de dignidade humana. Portanto, todos estes aspectos devem ser considerados no caso da aplicação da solução axiológica em determinado caso concreto.

4.1.2 – Logo abaixo da dignidade humana, nos seus três níveis, por razão lógica, há que se colocar a vida humana, materialmente considerada. Por sua vez, o valor vida humana, nesse patamar, deve abarcar os aspectos mínimos em termos de sobrevivência. Em outras palavras, na hipótese de haver conflito entre o valor vida e um valor de conteúdo meramente patrimonial, por certo que deve prevalecer o valor vida humana sobre o patrimonial. Note-se que, nesse patamar, ainda não se está discutindo o aspecto da qualidade de vida que se apresenta como um *plus* que, em regra, deve estar acoplado ao valor vida, embora, na pirâmide em debate, esteja logo abaixo, isto é, em terceiro plano do topo para a base. Portanto, abaixo da dignidade humana situa-se o valor vida humana e abaixo desse o valor qualidade de vida.

4.1.3 – Por seu turno, logo abaixo da qualidade de vida, em quarto grau de importância há que se postar as demais liberdades e direitos que não estejam subsumidos nos valores já acima escalonados, tais como a liberdade religiosa, de pensamento, de

expressão, nos aspectos que não estejam subsumidos nos valores já estabelecidos acima.

4.1.4 – Enfim, na base da pirâmide axiológica mínima, em quinto grau, deverão constar todos os direitos e liberdades ligados aos atos de cunho patrimonial ou expressivos deste, posto que nos patamares superiores foram preteridos em regra. A justificativa filosófico-jurídica para tal escalonamento, por evidente que necessária, deve ser tratada com cuidado em outro momento e noutro texto, para não se perder a coerência e fluência das idéias essenciais que o presente texto tenta esboçar.

5. Viabilidade de um instrumento de abrangência universal

Sugerido um esboço de pirâmide axiológica mínima, como se apontou acima, importa verificar o outro termo do binômio em exame, para conjugar a proposta de construção de um instrumento de solução simplificada e rápida dos conflitos de interesses pela solução axiológica previamente escalonada. Isto é, verificar se haveria um teste universalizador a ser aplicado nesse tipo de prática, que pudesse servir de garantia de que o método de solução de conflitos de interesses jurídicos, pelo viés axiológico, não seria apenas uma panaceia subjetiva ou uma ideia mirabolante e passageira, que não resistiria ao tempo e à crítica jurídico-científica ou mesmo filosófico-jurídica. Em poucas palavras, trata-se de demonstrar que, pelo viés axiológico, da solução de conflitos de interesses, em qualquer ordenamento jurídico nacional, ou mesmo num possível e fictício ordenamento planetário, pensado nos mesmos moldes da solução axiológica dos conflitos, será possível aplicar o típico “teste validador” que, em geral, as ciências aplicam para demonstrar que os resultados a que chegam são seguros, reprodutíveis e por isso científico. No caso do direito, sob o viés axiológico, pela pirâmide axiológica de determinado ordenamento jurídico, previamente estabelecida, o teste consistiria em verificar se em cortes julgadoras diferentes, com o mesmo método e apreciando o mesmo conflito de interesses jurídicos, tais cortes

chegariam ao mesmo resultado ou ao menos aproximadamente coincidente em seus termos essenciais. Ora, se isso for possível, o sonho de muitos juristas que defendem o direito como ciência e não como uma mera técnica jurídica, estaria realizado, posto que a universalidade do método axiológico para se decidir conflitos de interesses jurídicos estaria constituído e funcionaria de modo coerente e uniforme para todos os efeitos e fins.

5.1 – Ora, intriga ao cidadão comum e ao próprio jurista que o direito permita e conviva, sem muito espanto, com decisões diferenciadas ou mesmo antagônicas, quando na base do debate está o mesmo ordenamento jurídico e seu respectivo instituto, o mesmo objeto conflituoso e os mesmos parâmetros processuais. Isto é, tome-se como exemplo o debate sobre a COFINS e a Súmula 276 do STJ. Inicialmente, havia muita divergência nas instâncias inferiores sobre a isenção da COFINS para as sociedades de prestação de serviços. Em pouco tempo o STJ pacificou a matéria pela Súmula 276⁹. Todavia, a Fazenda Nacional, insistiu que o tema era da estrita constitucionalidade, de modo que o STJ teria usurpado competência do STF. Deste modo, ainda que com certa relutância, o STJ acabou revogando (seria um tanto às escondidas!) a indigitada súmula. Em poucas palavras, considerando o mesmo debate e o mesmo objeto jurídico, para o STF o tema era da estrita constitucionalidade e para o STJ era da estrita legalidade com resultados práticos contrários. Ora, isso é comum acontecer. Se o debate fosse feito sob o viés axiológico sobre o conflito de interesses subjacentes (aliás, como de fato pelos bastidores do caso ocorrido sabe-se que foi isso: o Fisco Nacional não poderia

⁹ Cf. RE 491.517 - SC (2002/0168632-7) “TRIBUTÁRIO. COFINS. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ISENÇÃO. ART. 56 DA LEI N.º 9.430/96 E ART. 6.º, INC. II, DA LC N.º 70/90. É entendimento assente nesta Colenda Corte não poder a isenção da COFINS, estabelecida pelo art. 6.º da LC n.º 70/91 em favor das sociedades civis, ser desautorizada pela Lei n.º 9.430/96, já que lei ordinária não tem força para revogar dispositivo de lei complementar. Recurso especial conhecido e provido.”

sobreviver sem os valores da isenção da COFINS?) tudo estaria resolvido num primeiro momento. Isto é, o STJ ponderaria sobre os valores subjacentes ao conflito, qual seja, seria melhor que o Fisco Nacional perdesse os valores representados pela isenção ou que as sociedades profissionais pagassem tais valores como as demais sociedades pagantes? Ora, se os valores em conflito são do mesmo patamar hierárquico (receita = dinheiro), por certo que a tábua principiológica é que deve ser acionada pelos vários princípios que agasalha. No caso, parece que caberia o princípio do mal menor, isto é, seria preferível que se menosprezasse uma evidência jurídica da certeza de que a isenção da COFINS não teria sido revogada, para prevalecer a garantia ao Fisco quanto à receita disso derivada, posto que o seu caixa estaria comprometido naquele momento sem tais receitas. Em outras palavras, o bem maior é do Fisco, que irá verter tais valores para o bem comum (ainda que em tese!) do que os valores monetários ficarem nos cofres particulares, como lucro das sociedades profissionais então isentas, como de fato ocorreu.

5.2 – Como no caso acima, o instrumento de “teste” de validação do direito consistiria na distribuição (entre várias cortes de julgadores e julgadores singulares) do mesmo conflito jurídico de interesses, de modo controlado, aos moldes de como a ciência em geral faz o controle de seus ensaios, para verificar todas as variáveis previsíveis. Num primeiro passo os julgadores individualmente ou em cortes devem identificar os valores em conflito. Se os valores em conflito não forem os mesmos, desde que aplicados os mesmos critérios de interpretação, por certo que o conflito axiológico seria resolvido de modo diferenciado. Todavia, se os valores subjacentes ao conflito de interesses forem detectados igualmente pelos julgadores, por certo que eles, ao usarem da mesma pirâmide axiológica e da mesma tábua principiológica geral ou específica, chegarão ao mesmo veredicto de solução axiológica. O teste real disso é muito simples. Até mesmo a pessoa com certa desenvoltura de conhecimento geral poderia se tornar um possível julgador.

5.3 – Como se vê, a partir de alguns testes feitos, com o devido controle de variáveis, será possível verificar a consistência de tal método, no sentido de se saber se ele poderá espelhar algo consistente de validade universal, à semelhança do que se faz com as demais ciências, que desafiam a demonstração de seus resultados com consistência científica de validade universalizante, dentro da sociedade científica pertinente. É claro que, no momento, tal proposta fica ao desafio de debates para que se perquiram variações possíveis, eventuais críticas ou retoques do teste sugerido ou do método a ser testado, na esperança de que isso se verifique na prática.

5.3.1 – Seria desejável, por sua vez, que se fizesse uma pesquisa a partir de um número razoável de julgados, tanto de Juízos de primeira instância quanto das cortes de pacificação jurisprudencial, para se saber se a hipótese ora aventada se verifica na prática e se justificaria um exame mais aprofundado em “laboratório”, no sentido de se aplicar o método a casos reais julgados ou não, para posterior análise e avaliação. Como o âmbito desse texto era apenas esboçar a idéia, dá-se por realizada a tarefa, mesmo com tais incertezas e testes *in albis*, o que, certamente e com eventuais retornos ou aprofundamentos críticos do próprio autor, provocará um próximo texto, sequência complementar lógica deste artigo.

6. Conclusão

Admite-se o teor utópico e ficcional do presente texto. Todavia, não se pode olvidar a importância da ficção ou reconstrução no direito. Aliás, em muitas vezes, tais aspectos se mostram reveladores de nuances ou pressupostos importantes, que servem de orientação e de avanço, como especificamente no âmbito penal, mormente na produção crítica de provas. Por sua vez, é proverbial o fascínio exercido pelos pensadores utópicos no debate ideológico e jurídico-político, como Morus, Maquiavel em certos aspectos e muitos outros, sem esquecer de casos mais recentes, como Lon Fuller, com o caso de “Os exploradores de cavernas” e, em certo

sentido, Robert Nozick, com seu “Anarquia, estado e utopia” e o próprio Rawls, com sua teoria da justiça. Sem querer induzir a qualquer comparação do autor com tais nomes de envergadura literária, mas como aprendiz deles e sob sua invocação, este ensaio apenas quer recobrar a importância de tal modo de pensar o direito e o Estado, de modo que, minimamente, se pretende, no encalço deles, dizer que o direito ainda merece um cuidado ficcional de re-engenharia e de crítica, posto que os sintomas de sua atual estrutura mostram-se algo incompatível com o que se propõe e que não responde mais à avalanche de novos direitos e de novas formas de arranjos sociais, como no passado respondia. Portanto, a tentativa de elaborar um método de solução axiológica de conflitos, para substituir o modelo atual de solução de conflitos de interesses, por regras jurídicas postas ou pressupostas, jejunas da essencialidade axiológica viva da sociedade, conjugada com o instrumento de validação jurídico-axiológica, por certo que deve ser, ao menos, lida com certa esperança na academia, no sentido de que todos se coloquem na militância do aperfeiçoamento, com o rigor jurídico de que são capazes, sem abortar, em princípio e *a priori*, ideias novas, por mais curiosas, inusitadas ou despropositadas que possam parecer à primeira vista.

Bibliografia

- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.221 , p.159-188, jul./set.2000.

- BUENO, Miguel. *La axiología jurídica em Luis Recaséns Siches*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1990. 1. ed. – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? – Introducción a la axiología*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 4. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1974.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- PINSKY, Jayme (org.) e outra. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, capítulos XII-XIV, XV e XXXV-XXXVII.
- _____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo Saraiva, 1994.
- _____. *O direito como experiência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 107.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho : fundamentación de la filosofía del derecho*. El Colegio de México, capítulo XII. www.cervantesvirtual.com.
- _____. *Tratado general de filosofía del derecho*. 3. ed. Mexico: Porrúa, 1965. 717p. Filosofia do direito.
- SOKEL, Sujñani. *Los nuevos valores humanos - Guadalajara - México*, julho de 2002.
- REVISTA N.º 32 Ano 17, julho de 1996 - p. 104-114 *Direito e as vaguezas por contínuos*, Poe José Carlos Buzanello, in

<www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/.../24671>. Acesso em 28.03.10.

SILVA, Olmiro Ferreira da. In Revista da FAAT, **MOMENTUM**, Ano 7, vol. 1, N. 7 – 2009, pp. 9-34, artigo sob o título “*Indicativos axiológicos e respectivamente hierarquizadores na Constituição Federal.*”

_____. In Revista da FAAT, **MOMENTUM**, Ano 5, vol. 1, N. 5 – 2007, pp.189-2008, artigo sob o título “*O juiz e o trilema axiológico.*”

SUNCIÓN INFANTE, Vidal et all. *Sobre os Valores Humanos: Uma Hierarquização Empírica.* vidalei@natal.digi.com.br & Roberto@qualitasbrasil.com.br. (certeza que estes são endereços??? Parecem ser e-mails e não sites....)

WILLHELM, C. N. *Axiologia Constitucional: Os Valores Superiores das Constituições de Portugal, da Espanha e do Brasil.* In: XVI Salão de Iniciação Científica da UFRGS, 2004, Porto Alegre. XVI Salão de Iniciação Científica da UFRGS: Livro de resumos, 2004. p. 702-702.