

O JUIZ E O TRILEMA AXIOLÓGICO

*Olmiro Ferreira da Silva*¹

RESUMO

O artigo trata do trilema axiológico do juiz no sentido de saber qual pirâmide axiológica deve aplicar, se a sua, a do ordenamento jurídico ou a da sociedade. Pressupõe-se que há uma pirâmide axiológica no ordenamento jurídico, que pode haver outra, às vezes, diferente, na mente da sociedade e uma outra na mente do julgador. A solução é aplicar a pirâmide axiológica da sociedade e, somente na hipótese remota, em que determinados valores conflitantes não estejam escalonados pela sociedade, o juiz poderá aplicar a sua.

PALAVRAS CHAVE

Axiologia; Pirâmide axiológica; Escala de valores; Axiologia jus-filosófica; Dilema axiológico; Critérios axiológicos.

ABSTRACT

This article is about the doubt of judge who has three choices to judge: with his own pattern of values, with legal standards or with values of all society. Therefore, is presumable that exists a pyramid of values in law system, another in society and in the very mind of judge. The answer to this dilemma is that society's standards of values must always prevail, except when there's no pattern of values in society.

KEY WORDS

Axiology; Pyramid of values; Scale of values; Juridical and philosophical evaluation; Axiologic dilemma; Standards of estimation.

INTRODUÇÃO

É intrigante que a Ciência Jurídica e a Filosofia do Direito, ao longo dos séculos, tenham avançado tanto em vários

¹ Professor de Filosofia do Direito da FAAT, Mestre em Direito pela PUC-SP, Advogado militante.

aspectos e que tenham atingido certos padrões de objetividade e certeza indeclináveis, mas ainda se constata, em alguns julgamentos judiciais, sobre casos idênticos ou análogos, decisões tão diferentes e, às vezes, diametralmente opostas. À primeira vista, tal questão pode parecer simplória e que só ocorreria em mente leiga, por desconhecer as características e a complexidade do Direito enquanto ciência, que não coincide, necessariamente, com as decisões judiciais nos casos concretos. De outro lado, poder-se-ia pensar que é caso de falta de tempo ou de preparo dos julgadores ou mesmo de interesses escusos, como se sabe de alguns casos, até mesmo pela imprensa. Entretanto, ainda que se considerem tais razões ou outras mais, neste texto, interessa, apenas, apontar certos parâmetros da Ciência do Direito, complementados pela Filosofia do Direito, no sentido de que se os julgadores levassem em conta tais instrumentos e reflexões para evitar decisões diferentes e contrárias, quando se trata de casos idênticos ou análogos, presume-se que seriam evitados julgados diferentes, inusitados ou contrários entre si e destoantes da justiça. Nesse sentido, para discutir este tema, seleciona-se uma pergunta intrigante para respondê-la, ao final, no afã de apresentar modesta contribuição na solução do trilema já sugerido no título, qual seja, que pirâmide axiológica deve o juiz aplicar, a sua, a da sociedade ou a do ordenamento jurídico?

As Três Pirâmides Axiológicas

1 – Em primeiro lugar, convém circunstanciar e conceituar a expressão “pirâmide axiológica”. Esta expressão tem um sentido específico neste texto, embora a mesma expressão seja usada por estudiosos da Filosofia do Direito e da Ética, com sentidos diferentes ou correlatos² ou como equivalente da “escala ou tábua axiológica”. Na verdade, este binômio já foi examinado com mais profundidade noutro estudo, ain-

² Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, capítulos XII-XIV, XV e XXXV-XXXVII e Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho : fundamentación de la filosofía del derecho*. El Colegio de México, capítulo XII. www.cervantesvirtual.com

da inédito,³ do qual retiramos tal expressão, sentido e a idéia central para este debate. Lá e aqui tal expressão é usada no sentido de que há na mente da sociedade⁴ uma espécie de gradação pressuposta de valores, que estão entranhados nas regras de convivência social, em forma de pirâmide. No topo dela, ficaria o valor maior e, decrescentemente, logo abaixo, estão os valores de menor intensidade, gradativamente, até os mais inferiores que compõem a base. Sublinhe-se que não é uma escada ou escala de valores, mas uma verdadeira pirâmide, de quatro flancos com respectiva feição específica em cada um deles, mais complexa que uma escala, de tal forma que, em cada patamar, observam-se valores de igual hierarquia, mas que estão em função de outros acima ou abaixo relacionados. Convém observar que, excetuado o valor mais alto, no topo da pirâmide, nos patamares inferiores, em direção à base, pressupõe-se que haja convivência de valores de igual hierarquia e que, normalmente, geram conflitos de solução mais difícil. Ora,

³ Trata-se de um estudo mais detalhado em que se aventa a hipótese, a partir da tridimensionalidade do direito de Miguel Reale, no sentido de que, se o direito é tridimensional como afirma o grande Mestre, antes de ser codificado e aplicado judicialmente ele estava disperso em três dimensões, como é óbvio. Por sua vez, o estudioso do fenômeno jurídico, o legislador e o julgador, cada um a seu tempo e por seu método, em termos ideais, ao se depararem com o direito, nada mais fariam que decodificar tal fenômeno tridimensional, tendo em vista a pirâmide axiológica da sociedade atual e todos deveriam chegar aos mesmos elementos, de tal forma que a pirâmide axiológica seria o instrumento de validação do próprio direito, parâmetro para cada operador do direito se orientar na sua função específica, bem como fundamento vigoroso para se demandar com os recursos processuais disponíveis até que se obtenha consenso sobre tal pirâmide que deve aparecer no deslinde de todos os conflitos jurídicos. Tal estudo leva o título de "**Pirâmide axiológica e tábuas principiológicas de validação do direito**", ainda inédito e merece alguns retoques finais e bibliográficos.

⁴ É certo que, ao se falar em sociedade, subentende-se que as mais variadas influências aí estão presentes, das ideologias, dos meios de comunicação e especialmente da comunidade científica que se ocupada da tecnologia jurídica e que por certo exerce influência na pirâmide axiológica do legislador e do julgador. É o que se lê em **Direito e Poder** de Fábio Ulhoa Coelho, da Saraiva, São Paulo, 1992, especialmente no 2º e 5º capítulos.

na maioria dos casos, os conflitos ocorrem entre valores de hierarquias diferentes e, nessas situações, a pirâmide axiológica da sociedade se mostra verdadeiro instrumento de solução de conflitos, posto que deve prevalecer, em regra, o valor de patamar superior. Nessa imagem da pirâmide axiológica, haveria alguns questionamentos que devem provocar o debate, não possível neste âmbito⁵, no sentido de se saber se haveria um único valor absoluto ou alguns valores de igual hierarquia no topo da pirâmide ou se todos os valores são relativos. Ademais, não se pode desconhecer a idéia de que a pirâmide axiológica não resolveria os casos de conflitos entre valores do mesmo patamar, para o que será necessário formular uma espécie de “táboa principiológica”⁶, esta sim se prestaria a resolver tais conflitos de valores de igual hierarquia, sem esquecer o caráter flexível que deve se revestir tal pirâmide, posto que o direito é dinâmico e que os valores da sociedade se interpenetram e mudam. Podem se reduzir ou ampliar à medida que os fatos, atos, ideologias, a Filosofia e a Ciência alteram a própria cultura e a sociedade. Contudo, tais questões pendentes não invalidam o desencadeamento deste texto, pelo que se opta em restringir o debate ao âmbito da hipótese de trabalho acima aduzida, no sentido de se responder apenas qual a pirâmide axiológica que o julgador deve aplicar no caso concreto e, assim, resolver o trilema proposto.

1.1 – Como se observa, além da pirâmide axiológica da sociedade, na mente de cada pessoa, também, se pode perceber uma semelhante pirâmide de valores que, muitas vezes, se diferencia daquela da sociedade e do ordenamento jurídico. Ademais, não se pode deixar de considerar, também, que o ordenamento jurídico, por sua vez, estabelece uma outra pi-

⁵ É relevante ainda sublinhar que uma análise das decisões judiciais poderia revelar que, na prática, se verifica as hipóteses aventadas neste texto, mas isso também foge dos limites deste debate.

⁶ No mesmo estudo aduzido na nota 3 acima, discute-se que a pirâmide axiológica resolveria apenas os conflitos de diferentes hierarquias, mas não os outros do mesmo patamar axiológico. Nesse sentido, lá se propõe uma espécie de “tábua principiológica” que resolveria tais casos.

râmide axiológica, infelizmente nem sempre coincidente com a pirâmide de cada um dos operadores do direito e a da própria sociedade atual. Nesse sentido, os Julgadores em suas decisões, muitas vezes, aplicam a sua pirâmide pessoal nos casos concretos, em detrimento da pirâmide axiológica da sociedade e/ou do ordenamento jurídico. Aqui está o motivo da questão formulada no início deste debate, no sentido de se saber qual é a pirâmide axiológica que o julgador deve aplicar, pelo que se passa à tentativa de respondê-la.

1.2 – Pergunta-se, porém, se não seria desejável que o legislador, ao produzir uma lei, antes auscultasse a sociedade para descobrir qual é a sua pirâmide axiológica e, deste modo, não se afastaria de tais parâmetros ao produzir as leis? Por seu turno, o julgador, ao decidir os conflitos que lhe são apresentados, deveria estar atento, exatamente, para tal pirâmide axiológica. Ora, sabe-se que se o ordenamento jurídico em vigência, muitas vezes, destoa da pirâmide axiológica viva na sociedade. Nesse sentido, o juiz deve estar atento para não julgar de modo descompassado em vista da assertiva de que o direito é dinâmico por natureza e que a pirâmide axiológica legal necessita de atualização, especialmente pelo fato de que, no estado de direito, o Juiz não é o dono do poder de julgar e que ele julga por mandato do povo. Aqui aparece a necessidade de se fundamentar a resposta que se propõe neste texto, como se fará à frente. Entretanto, mesmo que o legislador ao produzir a lei esteja atento à pirâmide axiológica da sociedade, ainda assim, à medida que os valores da sociedade mudam e as leis não sejam atualizadas nesse âmbito axiológico, por certo que o problema continua. Por outro lado, os operadores do direito podem, invariavelmente, se equivocar e, positivamente, ter em conta a sua pirâmide própria, por outros interesses e não a do ordenamento jurídico e a da sociedade, pelo que, também por este ângulo, o mesmo problema remanesceria. Portanto, é necessário encontrar outra saída para resolver o trilema aduzido.

Constatação das Pirâmides

2 – Antes de adentrar na tentativa de resposta, convém verificar se é consistente a hipótese de que haveria mesmo as

três pirâmides axiológicas em termos objetivos e de real consideração pela ciência do direito e de incidência na aplicabilidade do direito ao caso concreto. Ora, a “pirâmide axiológica legal”, isto é aquela que se pode constatar a partir dos textos legais em vigência no ordenamento jurídico, por certo que não se pode negar sua existência, percepção e incidência no âmbito do direito, mormente na sua aplicabilidade nos julgados judiciais pois, no substrato de toda norma ou instituto há sempre subjacente um ou mais valores⁷ protegidos⁸, como já se exami-

⁷ Nesse sentido, diz Miguel Reale: “As análises dos realistas americanos tiveram o grande mérito de revelar quão complexo é o *fato* nos dominós da experiência jurídica, e como o problema da “qualificação do fato” implica referências normativas e opções valorativas, numa interação insuscetível de ser reduzida a enlacs silogísticos.” *In O direito como experiência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 107.

⁸ Examine-se este exemplo: o art. 128 do Código Penal protege a saúde física (inciso I) e psicológica (inciso II) da mãe:

“ Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

O primeiro caso diz respeito ao aborto chamado necessário em que, a despeito do feto ser viável, é possível abortar para salvar a vida da mãe e o direito considera lícito tal aborto. Nesse caso o valor vida em relação à mãe é maior que o valor vida em relação ao feto. Como se observa, o legislador coloca em patamares diferentes a vida da mãe e a vida do seu feto, aparecendo, nesse aspecto, dois degraus da pirâmide axiológica do código penal. No caso do inciso II o valor saúde psicológica da mãe é colocado acima do valor vida biológica do feto, pois o legislador autoriza o aborto do tipo “sentimental” e o considera lícito quando a feto é resultante de estupro. Como se vê, neste caso, também aparecem mais dois degraus da pirâmide axiológica legal do direito penal, no sentido de que no substrato da norma do art 128 do CP há quatro degraus da mesma pirâmide para o valor vida em quatro diferentes situações. Ora, acima do valor vida observa-se, nesse art., o valor “dignidade humana”, aliás previsto no pórtico da própria constituição (art. 1º, III). No mesmo sentido, é fácil perceber que, abaixo do valor vida, há inúmeros valores de menor categoria, especialmente no âmbito dos direitos patrimoniais. Portanto, ainda que neste texto tal tema seja correlato, este exemplo deve ser suficiente para evidenciar que, no ordenamento jurídico, pode-se constatar, facilmente, a existência de uma pirâmide axiológica, substrato fulcral para dar consistência e fundamento à resposta do trilema motivador deste artigo.

nou em outro estudo (cf. nota de rodapé n. "3"). Assim, eventuais questionamentos seriam apenas no sentido de se verificar que a pirâmide poderia ser ou estar incompleta, obsoleta ou ultrapassada, mas nada se pode levantar quanto à sua real constatação e incidência na prática judicial e no debate científico. Portanto, é forçoso perquirir quanto aos dois outros tipos, isto é, a pirâmide axiológica da sociedade e a do operador do direito que julga os conflitos judiciais.

2.1 – A sociedade, em toda sua história, sempre se guiou por padrões axiológicos. Os filósofos e jus-filósofos, desde os primeiros textos da Grécia clássica⁹, até os mais recentes, como Miguel Reale¹⁰ e Recaséns Siches,¹¹ trabalham tal tema com exuberância e profundidade inigualável, só para citar alguns para o intento deste estudo. Aliás, o tema da axiologia jurídica, a partir das constâncias axiológicas presentes na sociedade, é matéria básica da Filosofia do Direito. Chama-se especial atenção para um brilhante ensaio do renomado professor L. L. Fuller de Harvard, a este propósito. Nesse livro o referido autor faz ficção grandiloqüente sobre qual pirâmide axiológica se deveria aplicar num caso concreto, em que os padrões previstos no ordenamento jurídico eram lacunosos, que vale a pena sua leitura, em boa tradução para o português, sob o título "**O caso dos exploradores de cavernas**".¹² É verdade que não é tão

⁹ Para não ser enfadonho, cite-se apenas o magistral "Ética a Nicômaco" de Aristóteles".

¹⁰ Diz Miguel Reale nesse sentido: "Examinando as diferentes expressões da cultura no tempo, verificamos que elas são governadas pela apreciação dominante de um valor em relação a outros. Este fato é devido a serem os valores suscetíveis de ordenação ou de hierarquia" (*In Filosofia do Direito*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 228).

¹¹ Cf. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 3ª ed. México: Porrúa, 1965. 717p. - Filosofia do direito. Para o tema específico, convém examinar um texto mais amplo a propósito de BUENO, Miguel. *La axiología jurídica em Luis Recaséns Siches*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1990. 1ª ed. – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹² FULLER, L.L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Fabris, 1976.

fácil objetivar, em seus efeitos concretos palpáveis, a existência de tais constâncias axiológicas na sociedade para além dos registros acima aduzidos e dos seus reflexos no direito. Entretanto, pode-se observar, pelos costumes da sociedade, na moda, no trato dos seus ídolos, enfim, nas mais variadas manifestações culturais, que os reflexos de tais constâncias axiológicas são inumeráveis e bem sensíveis. Os meios de comunicação de massa, normalmente, sabem lidar com a formação de opinião, em cujo processo se verifica a presença de aspectos da pirâmide axiológica em meio às ideologias ali veiculadas. Apenas para citar dois episódios, convém lembrar o caso do “Índio Galdino” de Brasília e o caso Francenildo, caseiro de Palocci. No primeiro episódio, que foi largamente explorado pela imprensa alguns anos passados, a despeito da sentença de primeira instância ter afastado a tipificação criminosa, com certa coerência jurídica, a sociedade se levantou em peso em sentido contrário e, na segunda instância, houve julgamento e os denunciados foram condenados em penas diferenciadas. No caso Francenildo¹³, na verdade, para além da pirâmide axiológica que se possa entrever, há uma mistura de pressões políticas de várias ordens. Contudo, restou evidente que a queda do então Ministro Palocci demonstrou claramente que a pirâmide axiológica da sociedade tem força vigorosa e pode até mesmo derrubar dispositivos legais em sentido contrário. Nesse sentido, a despeito dos reflexos e influências ideológicas, presentes na construção da opinião pública, por certo que não se pode olvidar a existência de tal pirâmide que aflora, aqui e ali, às vezes de modo sutil e indelével e outras, com exuberância espetacular, como foi o caso do Índio Galdino, queimado por jovens adolescentes em Brasília.

2.2 – Quanto à pirâmide axiológica individual do julgador em cada julgado, na verdade, há de se reconhecer que a constatação é bastante empírica e que deve ser examinada com mais cuidado ainda, no sentido de que não se tem notícia de

¹³ Cf. *Silêncio acima do crime* O sigilo da fonte na era pós caseiro Francenildo por Leonardo Attuch na revista eletrônica **Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2006.

estudos específicos sérios a respeito. Contudo, a despeito dessa fragilidade que se reconhece, não se pode menosprezar sua importância e sua presença por alguns poucos casos que se passa a aduzir. Em regra, desde longa data, se reconhece que o juiz não pode julgar *contra legem*. Todavia, mesmo nesta situação, a hermenêutica jurídica tem amenizado tal princípio no sentido de, eventualmente, aplicar outros parâmetros prudenciais se a letra da lei se apresenta francamente injusta ou inaplicável no seu resultado concreto. Em tais situações, é presumível que o julgador poderia estar utilizando uma pirâmide axiológica diferente daquela do ordenamento jurídico. Todavia, o próprio legislador estabelece padrões para tanto ao aduzir os princípios gerais do direito e a analogia, sem menosprezar o direito comparado em outras hipóteses. Ademais, a corrente do chamado “direito alternativo”¹⁴ é expressão vigorosa na tentativa de solução para esse tipo de situação, quando prega outros padrões que, em tese, podem contrariar o texto legal pertinente, segundo um padrão axiológico diferenciado que fica sob o controle apenas do julgador. Num caminho um pouco diferente, observa-se um vigoroso exemplo nessa linha de raciocínio, na percuciente defesa de Juarez de Freitas no sentido de que o juiz não está obrigado a aplicar a lei injusta, só o faz se quiser.¹⁵

2.2.1 – Seria interessante examinar um volume maior de casos para ilustrar este terceiro tipo de pirâmide axiológica e constatar que ela existe e se reflete em muitas situações nos julgados judiciais. Porém, neste texto, não há espaço senão para aduzir alguns poucos casos. Em primeiro lugar, apresenta-se o mesmo caso acima aludido em relação ao art. 128 do Código Penal, como referido na nota 8. Ora, em primeira instância, o

¹⁴ Para uma visão mais abrangente desse movimento sugere-se a leitura de *Lições de direito alternativo*, de Edmundo Lima de Arruda (org.), da Editora Acadêmica, São Paulo, 1991, em que vários autores examinam com mais profundidade tal tema polêmico.

¹⁵ FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis, RJ: Vozes; Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 1989, especialmente no capítulo V, sob o título “O juiz só aplica a lei injusta se quiser”.

pedido foi indeferido sob o fundamento de ser pedido impossível, mas pelo que se viu, em segunda instância, no STJ, a decisão para conceder o pedido foi favorável, exatamente pela razão jurídica dos dois casos de abortos lícitos do art. 128 do CP. Deste modo, as decisões anteriores, na vara de origem e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por certo que levaram em conta uma pirâmide axiológica pessoal do julgador e não a do ordenamento jurídico e da sociedade. Uma segunda situação aparece no “site” da Revista eletrônica do Consultor Jurídico de 22/06/07, em que o Juiz Bento de Azambuja Moreira, da 3ª Vara do Trabalho de Cascavel/PR¹⁶, remarcou uma audiência, sob o fundamento de que o Reclamante estava de chinelos e que isso era uma afronta à dignidade da Justiça. É verdade, que, nesse caso, o direito material da ação ficou preservado posto que, na futura audiência, poderá ser comprovado e obtido, em tese, sem qualquer prejuízo. Contudo, nesse episódio, é possível verificar exatamente que o juiz Bento Luiz usou de uma pirâmide axiológica própria, contrária à pirâmide axiológica jurídica de feição constitucional (art. 1º, III da CF). O episódio, contudo, serviu para o magistrado rever sua posição. Note-se que ele foi prudente ao se desculpar, nos dias seguintes, dada a pressão da própria magistratura trabalhista e da OAB paranaense no mesmo sentido. Um terceiro caso criou enorme polêmica no Brasil, inclusive provocou um debate acalorado no interior do STF. Trata-se do caso originário de Minas Gerais de um pedido de aborto de feto anencefálico.¹⁷ Ora, ao contrário do caso que se aduziu acima,

¹⁶ “Sandálias da humildade Juiz é criticado por decisão em audiência trabalhista **A decisão do juiz Bento Luiz de Azambuja Moreira, titular da 3ª Vara do Trabalho de Cascavel (PR), de suspender audiência porque o autor estava usando chinelos foi repudiada pelo presidente da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), Cláudio Montesso. A OAB do Paraná também se posicionou contra a atitude do juiz. De acordo com ele, “a decisão está em desacordo com o pensamento da maioria dos juízes do trabalho comprometidos com o exercício da cidadania e a preservação dos direitos mais elementares”.**

¹⁷ Livre arbítrio A mulher deve decidir sobre aborto de feto sem cérebro, escrito por **Márcia Regina Machado Melaré, na revista eletrônica do Consultor Jurídico, 18 de janeiro de 2005.**

de aborto por outra anomalia, em que o STJ o autorizou, a despeito de não haver previsão legal expressa, para se perceber a licitude do caso, por certo que o STF, neste outro caso, aplicou uma outra pirâmide axiológica, diferente daquela da sociedade e do ordenamento jurídico. Ademais, indiferentemente do deslinde específico do caso aduzido, importa que lá também se verifica presente a dificuldade quanto à aplicação da pirâmide axiológica em detrimento do que pensa a sociedade em determinado momento. Portanto, estes três casos são indicativos suficientes, nesse intento, para se demonstrar que também existe a pirâmide axiológica pessoal do julgador e se percebe sua incidência em casos concretos, pelo que se passa a concatenação da resposta à questão principal do texto e à respectiva fundamentação.

Solução do Trilema

3 – Como se poderia pressupor, o ideal seria que em cada julgado se a aplicasse a mesma pirâmide axiológica, de tal forma que pirâmide do julgador coincidissem com a do ordenamento jurídico e a da sociedade. Contudo, em muitos casos isso não ocorre, como já se demonstrou acima. Nesse sentido, a Ciência do Direito¹⁸ e especialmente a Filosofia Jurídica¹⁹, ao longo de séculos, buscaram construir parâmetros para resolver tais situações, porém, tal esforço parece não lograr solução definitiva. Deste modo, neste âmbito mais restrito do debate, pretende-se, apenas, aventar encaminhamentos pontuais que podem contribuir, despretensiosamente, na solução do trilema proposto, buscando nos dois campos ora apontados os subsídios pertinentes.

A - Na Ciência do Direito

3.1 – Embora se verifique a diversidade de opiniões quanto ao conceito e alcance da Ciência do Direito, parece que há

¹⁸ É importante verificar qual é o campo de incidência da Ciência do Direito, bem resumido por André Franco Montoro in *Estudos de Filosofia do Direito*, Editora Saraiva, 2ª ed. São Paulo, 1995, p. 45.

¹⁹ Idem, *ibidem*, pp. 45s.

certa unanimidade na academia quanto a algumas evidências que servem de subsídio nesse mister. Ora, nesse sentido, parece seguro, no dizer de Tomaso Perassi, que o ordenamento jurídico deva ser a sua base inoxidável.²⁰ Tendo isso em mente, basta compulsar a Constituição Federal para se encontrar o primeiro parâmetro de solução de nosso trilema. Diz a CF em seu art. 1º, *parágrafo único*, que todo poder emana do povo²¹ e que tal poder deve ser exercido nos termos da Constituição. Ademais, no seu art. 2º, a mesma Constituição enumera claramente, entre os três poderes legítimos, o Judiciário. Nesse sentido, resta claramente evidenciado que o titular legítimo dos poderes democráticos é o povo, pelo que, facilmente, se observa que o juiz, na sua função de julgar, exerce o poder-dever que lhe advém do povo, de tal forma que ele é mero instrumento do povo na nobre função da magistratura. Portanto, por este viés constitucional, não resta dúvida de que ele não pode se afastar dos ideais, da intenção, dos comandos legais, processuais, aspectos principiológicos e do mandato que o legítimo titular lhe concede nos termos da Constituição e da Lei da Magistratura (n. 35/79), ao teor do art. 93 da própria Constituição Federal.

3.1.1 - Todavia, tanto nos princípios da magistratura, estabelecidos no art. 93 da Constituição Federal, quanto nos mencionados na Lei 35/79 – (LOMAN – Lei da Magistratura Nacional), com suas alterações posteriores, nada se observa para definir como deve o magistrado julgar em termos jurídicos os casos que lhe são pertinentes. Nesse sentido, releva bus-

²⁰ PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle scienze giuridiche*. 3ª ed., Padova, Itália: CEDAM – CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI, 1967, pp. 22/28.

²¹ Na verdade, a compreensão no sentido de que o povo é o titular do poder democrático vem desde os contratualistas, ainda que de modo indireto. Em Locke tal aspecto se mostra plenamente vigoroso, especialmente no “Segundo Tratado Sobre o Governo”, in *Os Pensadores*. Abril Cultural, Editor Victor Civita, 1978, cit. por Tarso Fernando Genro, em seu artigo “Os juízes contra a lei” no livro *Lições de Direito Alternativo*, de Edmundo Lima de Arruda Júnior(org.) – São Paulo: Acadêmica, 1991.

car tais parâmetros nas próprias leis que estabelecem o direito material e processual. Nesse sentido, pela simples leitura do Decreto-Lei 4.657/42, conhecido como a Lei de Introdução do Código Civil, observa-se que o juiz deve se pautar pelo ordenamento jurídico como regra (arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, c/c o art. 126 do Código de Processo Civil - CPC, parte "b") e mesmo quando a lei for omissa o magistrado não está livre para fazer qualquer coisa, como se lê no art. 4º do referido Decreto-lei c/c o art. 126, parte "c" do CPC. Nesses dispositivos legais, o legislador aponta três regras. Duas delas, na verdade, remetem indiretamente ao próprio ordenamento jurídico como base interpretativa, mas a terceira regra são os "costumes". Nesse sentido, mais uma vez, observa-se que o próprio ordenamento jurídico prevê que a pirâmide axiológica da sociedade é parâmetro importante, especialmente para o caso da lei ser omissa, pois, os costumes são fixados pela reiteração de comportamentos sociais semelhantes, tendo por pressuposto valores norteadores de tais condutas, consideradas como costumes pelo legislador e que estão no substrato da mente da sociedade, numa espécie de verdadeira pirâmide axiológica. Ademais, no art. 5º da mesma Lei de Introdução ao Código Civil, novamente se observa o cuidado do legislador em respeitar os valores da sociedade, quando impõe a regra de se auscultar os fins sociais e o bem comum na aplicação da lei. Portanto, por estes aspectos jurídicos, a resposta da Ciência do Direito é clara. Isto é, em regra, os valores a serem observados são os fixados no ordenamento jurídico. Quando houver dúvida e a lei não for clara, o juiz deve auscultar a pirâmide axiológica da sociedade para julgar o caso concreto, vale dizer, em qualquer situação o juiz deve aplicar a pirâmide axiológica da sociedade.

3.1.2 - Contudo, em duas situações o trilema não pode ser resolvido totalmente pela ciência do direito. O primeiro é a hipótese em que a norma teria efeitos claramente injustos, e se aplicado ao caso concreto, desconhecendo a lei, ocorreria o julgamento *contra legem* que, em regra, é vedado ao julgador, mesmo considerada a exceção prevista no art. 1.109 do CPC. Este é um problema de alta indagação no âmbito da ciência do

direito. O segundo, diz respeito a situações novas em que o ordenamento jurídico não apresenta nenhum parâmetro e a própria sociedade está dividida quanto ao valor que deve ser preferido em relação a outro e não haveria costume sedimentado a propósito, a partir do qual se possa extrair uma regra axiológica de julgamento. Ora, nessas duas hipóteses o julgador, pelo princípio de que não pode se eximir de sua função de julgar, ao teor do princípio do *non liquet*, como se lê na primeira parte do art. 126²² do CPC, por certo que deve tomar todo cuidado e, se não encontrar solução na ciência do direito, deverá lançar mão da Filosofia do Direito, na busca de parâmetro axiológico próprio e/ou provisório, até que projetos de *lege ferenda* possam resolver tal lacuna ou contradição. Entretanto, o legislador processual, no âmbito do processo civil, prevê um princípio que se mostra subsídio jurídico importante para certos casos dessa natureza, como se lê no art. 127²³ do CPC, a chamada "equidade". Pela leitura do dispositivo legal aduzido, tal caminho é muito estreito e só resolve os casos já previstos no ordenamento jurídico para tal aplicação.²⁴ É verdade que o legislador processual permite sim, no âmbito dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, mais liberdade, ao teor do art. 1.109²⁵ do CPC, mas, mesmo assim, restariam as demais situações e as próprias situações aqui autorizadas que precisam de critérios e padrões, que não podem se afastar da pirâmide axiológica da sociedade, pelo que se

²² " *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*"

²³ " *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*"

²⁴ Nelson Nery Junior aponta tais casos previstos em lei: art. 1.109 do CPC; art. 2º, caput c/c os arts. 26, II e 32 III e IV da LArb.; art. 6º da LJE; art. 8º da CLT; art. 108, IV e 172, IV do CTN e art. 7º do CDC, como se lê na nota 3 ao art. 127 do CPC em seu livro *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 336.

²⁵ " *O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*"

verifica, mais uma vez, a necessidade de se buscar ajuda na Filosofia do Direito, disciplina autorizada a lidar com os aspectos axiológicos do direito.

B - Pela Filosofia do Direito

4 – Como se viu, especialmente nas duas situações em que a Ciência do Direito não apresenta solução imediata, vem-lhe em socorro a Filosofia do Direito. É verdade que, mesmo no caso da solução científica, a Filosofia do Direito pode se mostrar coadjuvante importante, posto que o aplicador do direito deve estar sempre atento para não se afastar da pirâmide axiológica da sociedade, de tal forma que a solução mais objetiva da Ciência do Direito não desprestige os subsídios da Filosofia do Direito. Porém, nesse passo, pretende-se aduzir e destacar os espaços em que somente a Filosofia do Direito é convidada a resolver o trilema em debate, como já apontadas as duas situações específicas acima tendo em vista que a Ciência do Direito não as alcança.

4.1 - Em primeiro lugar, o caso da “lei injusta” em que o julgador percebe que o resultado prático contraria os fins do direito e que o julgamento mais justo se mostraria o típico caso de julgamento *contra legem*, posto que não se trata da exceção prevista no art. 1.109 do CPC. É claro que esta hipótese *sui generis* deve ser aplicada apenas em situação extrema, em que todos os parâmetros da Ciência do Direito²⁶, pelos seus princípios gerais, pela analogia, pelo direito comparado e pela equidade ou mesmo pela lógica jurídica não se vislumbra solução. Neste caso, será conveniente o julgador, primeiramente, examinar e identificar, com segurança, quais os valores que estão

²⁶ Na verdade, Juarez de Freitas, *in op. cit.*, tenta resolver este caso pela Ciência do Direito, ao afirmar que a lei injusta é substancialmente inconstitucional. Entretanto, tal hipótese, aliás brilhante defesa do autor, não resolve todos os casos, posto que a conceituação de lei injusta é bastante subjetiva e que na verdade não é a lei mas o resultado de sua aplicação que é injusto, além de haver outros aspectos que não cabem aqui aventar, pelo que se busca aduzir a saída típica jus-filosófica para tal situação conflitante.

subjacentes ao conflito na situação fática. Normalmente, apenas dois valores despontam em tais conflitos, porém, ainda que haja mais valores no caso, o segundo passo é estabelecer certa hierarquia entre eles a partir da própria pirâmide axiológica do ordenamento jurídico ou da sociedade no caso de haver divergência. Em terceiro lugar, observar se os valores conflitantes são de igual ou diferente hierarquia. Se forem de patamares diferentes estará resolvido o conflito no sentido de que o de maior grau é que deve prevalecer. No primeiro caso, isto é, quando há conflito entre valores do mesmo patamar da pirâmide, será necessário consultar a "tábua principiológica subsidiária"²⁷ para verificar se um ou mais daqueles princípios lá elencados podem resolver o presente conflito de igual hierarquia.

4.1.1 - Um destes princípios parece resolver a maioria dos casos. Trata-se do chamado princípio do "mal menor" ou de seu oposto "bem maior". Ora, tal princípio aplicado em dois valores do mesmo nível, em situação que não se pode adiar a decisão sem causar maiores prejuízos às partes ou a uma delas, então deve ser aplicado, no sentido de escolher o valor que representaria o mal menor no caso concreto, em detrimento do outro valor que será preterido²⁸. Note-se que tal princípio é comum na Medicina, no sentido de que para salvar uma vida se opta por amputar membros e eliminar funções ou órgãos de determinado paciente por força do bem maior ou do mal menor. Aliás, os incisos I e II do art. 128 do Código Penal traduzem, exatamente, este princípio, no sentido de que é preferível

²⁷ Na nota 3 foi mencionado um artigo base, do qual se extraiu a modalidade da pirâmide axiológica e desta tábua principiológica. Naquele texto se aprofunda tal matéria em todas suas nuances.

²⁸ Esta situação é ilustrada, magistralmente, por Lon L. Fuller em seu festejado livro "O caso dos exploradores de cavernas", op. cit., em que os cinco espeleólogos, aprisionados na gruta por uma fatalidade de desabamento da entrada da caverna, quando havia certeza de que quando a entrada fosse desbloqueada todos já estariam mortos e, então, decidiram que era melhor matar um dos companheiros por sorteio e este serviria de alimento, para que os quatro restantes pudessem sobreviver a despeito de saberem da ilicitude do ato em situação normal.

que a mãe se salve mesmo que o feto morra do que morrer a mãe, pois esta poderá gerar outros fetos, já que a hipótese do feto gerar outros filhos é muito remota e demorada (inciso I do art. 128 do CP). No caso do inciso II (art. 128 do CP), é preferível, segundo o legislador penal, que o feto morra e que a mãe sobreviva com mais qualidade psicológica e dignidade humana do que ter que dar à luz um filho pelo trauma do estupro e conviver com isso a vida afora. Evidente que tal situação é muito discutível, especialmente considerando os padrões éticos e religiosos de boa parcela de nossa sociedade, mas o legislador penal não teve dúvida sobre tal situação e representava a sociedade da época legitimamente. Ademais, o Direito Canônico também usou tal princípio por séculos afora, aliás presente também na maioria dos ordenamentos jurídicos do planeta. Não se pode olvidar, todavia, que o princípio do mal menor não resolverá todos os casos. Em tal hipótese, será necessário encontrar outra alternativa, mas sempre com base nos valores conflitantes, tendo em conta a pirâmide axiológica da sociedade, já que o ordenamento jurídico em nada ajudaria nesta hipótese. O importante será encontrar, na referida tábua principiológica, do tipo aberta e flexível, um critério racional que se mostre como última alternativa naquele momento. Outros princípios ou critérios podem até mesmo ter aspectos mais concretos e provisórios, como o critério da idade, da capacidade, da aptidão, mas são mais vulneráveis, pelo que se mostra necessário se ater com rigor aos critérios objetivos e mais racionais em regra. Por certo que no texto específico em que se discute a tábua principiológica, mencionada acima, faz-se um elenco mais completo e que aqui não cabe trazer toda sua amplitude ao debate. Entretanto, será conveniente aduzir outros princípios lá aventados, como o da utilidade, do mais econômico, do bem comum, que muitas vezes podem resolver os conflitos que o princípio do mal menor não resolve.

4.2 – Quanto ao segundo caso, isto é, em situação em que a sociedade não tenha sedimentado determinados valores pelos costumes e haja conflito entre dois valores na própria sociedade. Ora, o nosso ordenamento jurídico já tem certa abertura para auscultar a vontade do povo, como é o da iniciativa popular de

lei e o plebiscito. Entretanto, tais expedientes não respondem de modo rápido para solucionar a situação em apreço. Contudo, na atualidade, é fácil se fazer, pelos meios de comunicação de massa, especialmente pela rede mundial de computadores, uma consulta prévia que seria meio muito eficaz e norteador para o julgador tomar sua decisão, mas tal hipótese pode parecer fantasiosa neste momento, mas não deve ser descartada como aspecto a ser aprofundado para o futuro em projetos de *lege ferenda*. Aliás, o júri popular para os casos de morte é típico expediente desta mesma natureza, posto que em tais casos não é o julgador técnico que decide, mas o povo por seus representantes no tribunal de júri popular representativo. Nesse sentido, se o poder titular de legislador e o de julgar é do povo, por certo que os mecanismos legais para sondar tal vontade devem ser continuamente aperfeiçoados e se os instrumentos técnicos para tanto já estão à disposição, por certo que se deve buscar, a todo custo, tais expedientes tão úteis e urgentes. Por outro lado, enquanto não se constroem tais mecanismos, nesta situação, convirá o julgador estar atento para critérios técnicos da área do saber em que se inscrevem as matérias subjacentes ao conflito aparentemente insolúvel, já que os valores da própria sociedade estão imaturos e não há consenso sobre as divergências. Nesse aspecto, o julgador terá que se assessorar de técnicos dessa área, para encontrar os melhores princípios técnicos ou científicos, com os quais possa solucionar o caso. Se mesmo assim o caso ficar insolúvel, por certo que ele estaria autorizado a usar de sua própria pirâmide axiológica. Entretanto, mesmo neste caso, será importante sondar colegas ou outros operadores do direito, para ponderar qual será a melhor alternativa. Como se vê, é remota a hipótese em que o julgador tenha que se socorrer de sua pirâmide axiológica para resolver determinado conflito, mas é certo que terá sempre de se inspirar na vontade do povo como ideal permanente. Pelo visto, é forçoso concluir que a famosa autonomia ou a festejada independência para julgar, prerrogativa da magistratura, que muitas vezes é apanágio flexível para impor a vontade pessoal dos julgadores, que nisso encontram desculpas de toda ordem, jamais pode ser usada para contrariar a pirâmide axiológica do ordenamento jurídico e da sociedade, salvo a exceção ora apontada que se apresenta remotíssima.

Conclusão

Como se verificou do exposto, o trilema intrigante, em termos teóricos, pode ter encaminhamentos pela Ciência do Direito e coadjuvada pela Filosofia do Direito. É verdade que se tem consciência de que tais reflexões apresentadas são apenas um início do debate e que, mesmo com o seu aprofundamento, na realidade fática, os julgadores poderão, ainda assim, se afastar do ideal que ora se propõe. Contudo, mesmo dentro de tais limites, por mais modestas que sejam as conclusões ora obtidas, é esperançoso e gratificante provocar semelhante debate na academia, para o desafio de estudiosos do Direito, na certeza de que muito se poderá avançar no seu aperfeiçoamento e de nossas instituições político-organizacionais. Nesse sentido, é possível concluir este texto dizendo que:

1 - o julgador deverá sempre aplicar a pirâmide axiológica da sociedade, nas hipóteses de casos idênticos/análogos, em que ele não encontra parâmetro na Ciência do Direito e na pirâmide axiológica pressuposta no ordenamento jurídico;

2 - o julgador estará, excepcionalmente, autorizado a lançar mão de sua própria pirâmide axiológica apenas na situação em que a sociedade está dividida sobre os valores conflitantes do caso e seja urgente julgar sem consulta à sociedade sobre quais valores a maioria consultada iria decidir.

Enfim, respondendo ao trilema proposto, tem-se que o juiz deve sempre aplicar a pirâmide axiológica da sociedade e numa remota hipótese estaria autorizado a aplicar, provisoriamente, sua própria pirâmide axiológica até que a sociedade seja acionada a decidir.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Miguel. *La axiología jurídica em Luis Recaséns Siches*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1990. 1ª ed. – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, capítulos XII-XIV, XV e XXXV-XXXVII.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo Saraiva, 1994.

_____. *O direito como experiência*. 2ª 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*. 3ª ed. Mexico: Porrúa, 1965. 717p. Filosofia do direito.

SOKEI, Sujñani. *Los nuevos valores humanos* - Guadalajara - México, julho de 2002.