

Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Benjamin Cardozo

The justification of legal sentence according to Benjamin Cardozo

Jéssica Aline Caparica da Silva¹

Resumo: O presente trabalho busca tratar da teoria de Benjamin Cardozo acerca da decisão judicial e, especificadamente, no que tange à inviabilidade de aplicação pura da lógica jurídica nos *hard cases* e na concretização das cláusulas gerais. Inicia-se com uma passagem geral do que vem a ser o pragmatismo jurídico. Passa-se, logo após, a analisar a decisão jurídica conforme Benjamin Cardozo, abordando, inclusive, o elemento subconsciente na decisão judicial. Examina-se, posteriormente, a necessidade de fundamentação da decisão jurídica, mormente diante de *hard cases* e cláusulas gerais, evitando a arbitrariedade do aplicador da norma. Finaliza-se com a demonstração da importância social da decisão judicial fundamentada diante da impossibilidade de aplicação da lógica jurídica na solução dos *hard cases*, assim como em casos que envolvam cláusulas gerais.

128

Palavras-chave: Benjamin Nathan Cardozo. Decisão Judicial. Ideologia. Sociedade. Hard case. Cláusulas gerais.

Abstract : This paper aims to study Benjamin Cardozo theory about the court decision and ,specifically , regarding the impossibility of pure application of legal logic in hard cases and realization of general clauses in what sense can notice it in doctrine and Brazilian law . It begins with a general passage of what is legal pragmatism. Soon after, this study examines legal decision according to Benjamin Cardozo , including covering the subconscious element in the judgment. It is examined subsequently the need to give reasons for a legal decision , especially on the hard cases and general clauses , avoiding standard applicator's arbitrariness. It ends with a demonstration of the social importance of judicial decision based on the impossibility of applying the legal logic in solving the hard cases , and cases involving general clauses .

Keywords : Benjamin Nathan Cardozo . Judicial Decision . Ideology. Society. Hard case . general clauses.

Sumário: Introdução – 1 Do pragmatismo jurídico – 2 A decisão jurídica à luz de Benjamin Cardozo – 3 Da cláusula geral e dos *hard cases* - 4 Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Cardozo – 5 Da impossibilidade de aplicação pura da lógica jurídica nos *hard cases* e na concretização das cláusulas gerais – Conclusão – Referências

Introdução

¹ Mestranda em Direito Público na UFAL. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFAL; Advogada. Email: jessicaparica@gmail.com. UFAL, Maceió/AL, Brasil.

Benjamin Nathan Cardozo posicionamento jus-sociológico sobre o processo judicial. Em virtude de suas ideias ecléticas, é difícil situar se era filiado às concepções da jurisprudência sociológica, contudo é cediço que Cardozo é expoente do pragmatismo jurídico.

A corrente pragmatista delimita um liame nítido entre teoria e prática, em que as ideias passam pelo crivo das consequências práticas possíveis. Benjamin Cardozo foi discípulo de Oliver Wendell Holmes, que correspondia o significado da lei às resultados práticos.

O diferencial de Benjamin Cardozo é o traço realista que sua teoria carrega, defendendo que é dever do juiz julgar os *hard cases*, porém visando ao bem da sociedade, aos ideais de função e aos fins do direito, fundamentando racionalmente sua decisão.

O estudo do direito pela realidade, permite a visualização da influência de fatores extrajurídicos no processo de formação da decisão judicial. O escopo deste trabalho é, portanto, demonstrar que a discricionariedade conferida ao juiz, por ser agente criativo e ativo no processo judicial, também lhe confere a responsabilidade de fundamentação racional da sua decisão, mormente da consideração acerca da possibilidade de atuação do magistrado nos *hard cases*, situação em que a lei não oferece solução ao conflito, e na aplicação de cláusulas gerais.

129

1 Do pragmatismo jurídico

A filosofia pragmática surgiu no denominado "Clube Metafísico de Boston", nas luzes intensas da industrialização, já finda a guerra civil estadunidense, propondo inovação na abordagem metodológica em relação à tradicional abordagem lógico-metafísica (FREITAS, 2012).

Uma das primeiras obras foi o *paper* de Charles Sanders Peirce intitulado “*how to make our ideas clear*”. No entanto, coube a William James a famosa conceituação do

pragmatismo como novo método para tratar velhas ideias (FREITAS, 2009). James² apresenta o pragmatismo como um método voltado para as conseqüências práticas. O pragmatismo é visto como resultado de um contínuo processo de descobertas, em que as ideias são submetidas à experiência prática, por meio da verificação das conseqüências que, de modo antecipado, são propostas (JAMES, 1977. P.44-49).

A concepção de que a filosofia pragmática podia ser aplicada no mundo jurídico adquiriu autonomia suficiente para consubstanciar um movimento jusfilosófico próprio: o pragmatismo jurídico (FREITAS, 2009). Desta forma, o movimento pragmatismo filosófico forneceu sustentação para o desenvolvimento do pragmatismo jurídico, o qual teve como precursor Oliver Wendell Holmes Jr (FREITAS, 2009).

Benjamin Nathan Cardozo nasceu em 1870, pós Guerra Civil, e faleceu em 1938, no ápice do *New Deal*. Nasceu e viveu toda sua vida em Nova Iorque (VASCONCELOS, 2013). Foi juiz da Suprema Corte Americana e sucessor de Oliver Holmes (FREITAS, 2009).³ Seu trabalho demonstrou como se dava o conhecimento jurídico nos tribunais, considerando o conhecimento não no sentido científico, mas como saber/ compreensão do que é o direito (FREITAS, 2009),

130

“A natureza jurídica do processo judicial” é uma interessante demonstração de como o método pragmático se efetiva nos tribunais (FREITAS, 2007, p. 113). A referida obra propõe uma visão crítica sobre o mundo da produção do Direito.

Em verdade, Cardozo é expoente do realismo jurídico, conforme salienta Lorena Freitas. “Pragmatismo é um método do qual se vai utilizar o realismo jurídico americano, este uma dimensão teórico ou doutrinária.”

2 A decisão jurídica à luz de Benjamin Cardozo

² James entende que “a verdade de uma idéia não é propriedade estagnada que lhe seja inerente. A verdade acontece a uma idéia. Torna-se verdadeira; é feita verdadeira pelos acontecimentos.” (JAMES, 1977. P.102.)

³ Ver também: FREITAS, Lorena . As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: Enoque Feitosa; Lorena Freitas; Artur Stamford; Adrualdo Catão; Eduardo Rabenhorst. (Org.). **O Judiciário e o Discurso Dos Direitos Humanos**. Ed.Recife: EdUFPE, 2012, v. 2, p. 43-64.

O Direito é produzido pelo legislador ou o juiz é o verdadeiro agente de fomento das inovações do Direito? Se a norma individual é criada pelo magistrado diante das peculiaridades do caso concreto, como o faz para decidir? Sua decisão é primeiramente baseada em critérios subconscientes para que posteriormente seja justificada pela racionalidade? Em outras palavras: o ato de decidir é um processo que primeiro se tem o resultado, qual seja: qual decisão tomar, fundamentada nas convicções do juiz, para que depois haja a justificação da decisão?

Diante desses questionamentos, Cardozo reconhece a existência de elementos subconscientes condutores para a escolha da decisão a ser prolatada em determinado sentido “X” e não em outro “Y”. Porém, propõe que haja uma separação entre aqueles elementos subconscientes e os elementos conscientes, para que assim seja possível uma análise de uma coerência no modo de se decidir. Relembra que William James⁴ já entendia que em todos há uma filosofia imanente, mesmo que o indivíduo a desconheça.

131

Assim, o autor trata o subconsciente como elemento identificador de coerência interna das decisões emanadas por um mesmo juiz, ao passo que este elemento é também causa de incoerência entre juízos diferentes.

O estudo do processo judicial e da aplicação da norma, por meio da atividade judicial, só é possível pela noção de que a palavra carrega um véu invisível que esconde a sua pluralidade de significações. Deste modo a norma não possui um único sentido, mas o sentido é abstraído por meio da interpretação que varia de acordo com a concepção que o intérprete carrega, visto que o homem é um ser histórico⁵, e como tal, possui uma carga de valores e experiências que influem na decisão. Dessa forma, o juiz é imparcial, mas nunca será neutro (CATÃO, 2005).. A inexistência da neutralidade do juiz, segundo Karl Larenz, é estudada desde Ehrlich.⁶ Este filósofo considerava inútil qualquer esforço que busque anular completamente a individualidade do juiz, propondo, assim como Cardozo, a identificação

⁴ Acerca das ideias de William James presentes na obra de Cardozo, Lorena Freitas explica que estes elementos subconscientes simbolizam variedade de tipos de temperamentos intelectuais. (FREITAS, 2008. p. 54-55).

⁵ “Os juízes como todos os mortais não podem escapar a corrente. Ao longo de suas vidas, são levados por forças que não conseguem reconhecer nem identificar – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas [...]”.(CARDOZO,2004. P.3).

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.p.78.

critérios que demonstrem a coerência do ato de decidir, que possa orientar a investigação do Direito.⁷

Uma das vicissitudes dos tribunais é decidir a validade de uma lei escrita não a partir da incompreensão delas, mas a partir da incompreensão dos fatos. As leis não podem ser vistas de modo isolado, mas inseridas em um contexto (CARDOZO, 2004. P.58)⁸. Lorena de Freitas ratifica o entendimento de Cardozo, acrescentando que um dos problemas chave do Direito e da teoria do conhecimento é a interpretação dos fatos.⁹

3 Das cláusulas gerais e dos *hard cases*

A cláusula geral pode ser vista como exemplo da insuficiência da dogmática tradicional, do raciocínio meramente dedutivo e da lógica formal (WAMBIER, 2009. P. 37). Esgotado o modelo oitocentista da previsão legislativa casuística, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científicas, a dogmática tradicional é insuficiente para solucionar a gama de complexidade advinda das novas relações sociais (MARTINS-COSTA, 1998)¹ (BARROSO, 2005).

A cláusula geral é um texto normativo, em que o antecedente é composto por termos vagos e o conseqüente é indeterminado. Logo, há uma dupla indeterminação legislativa na estrutura lógica normativa, que inviabiliza a sua aplicação por uma técnica restritivamente de subsunção, silogística.

⁷ Cardozo supera o mito da neutralidade judicial visto que aceita que “atrás dos precedentes, estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções.” (CARDOZO, 2004.p.9).

⁸ Wittengstein alertava que o sentido de uma palavra não é estável, mas resulta de cada caso do seu uso no jogo de linguagem. Assim o contexto é determinante para a abstração do sentido da palavra. (WITTENGSTEIN, 1987. P. 113).

⁹ Lorena Freitas acrescenta que a interpretação judicial na prolação da sentença ou na natureza do processo judicial, utilizando Cardozo, apresenta um raciocínio abduutivo e não uma mera dedução como operação lógica de subsunção da norma ao caso. Para tanto, Freitas, destaca dois momentos da decisão judicial: a descoberta e a justificação. Nesta última haveria dedução, já que a *ratio decidendi* parte de uma premissa geral, que é a norma, para a particular, que é o caso, para concluir o silogismo na sentença. O outro momento seria o da interpretação do fato, que apresenta um raciocínio abduutivo. Utilizando a teoria de Peirce, a professora Lorena explica que o raciocínio abduutivo seria estudar o fato e criar uma teoria para explicá-lo, sendo uma operação lógica para introduzir novas idéias O contexto da dedução, considerando esses dois momentos da decisão judicial, seria posterior à abdução. (FREITAS., 2008. p. 54-55).

A norma em abstrato da cláusula geral não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com expressões como função social, ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e alcance da norma (BARROSO, 2005).

A linguagem de textura propositalmente aberta, segundo Judith Martins-Costa (1999, p. 303):

“[...] caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a sistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”

Nem toda cláusula geral é um caso difícil, assim como nem todo caso difícil é uma cláusula geral. Casos difíceis, Segundo Ricardo Lorenzetti, podem ocorrer em dois tipos de situações: a) quando não se pode deduzir a solução de modo simples da lei, porque há dificuldades na determinação da norma aplicável ou na sua interpretação; b) quando é necessário afastar-se da lei porque ela é inconstitucional (LORENZETTI, 2010.p.163).

Como Marcelo Neves assevera, em casos rotineiros envolvendo cláusulas gerais, em que já há uma jurisprudência assente, não se consubstancia um caso difícil. Logo, nem toda cláusula geral envolve necessariamente um caso difícil (NEVES, 2013. P. XIX). Contudo, haverá situações em que não é possível a dedução simples da lei.

A decisão em tais casos dá causa a uma discricionariedade. A linguagem normativa muitas vezes é ambígua e mostra zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o interprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação.

Hart já sustentava que não há uma única resposta correta nos casos difíceis. Considerava que o ordenamento jurídico, composto por regras primárias de conduta e secundárias de organização, confere ao magistrado uma margem de discricionariedade, nos limites da qual deve ser feita a escolha de uma das alternativas possíveis, o que se denomina

textura aberta do direito (HART, 1994). Os limites dessa atividade são parâmetros da razoabilidade, guiando-se pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a decisão (LORENZETTI, 2010.p.172)..

Com a nova hermenêutica jurídica neoconstitucionalista, reconhecendo as atividades criativa e normativa do magistrado, atividades estas consideradas essenciais ao desenvolvimento do Direito, aplicando a norma concreta nas soluções dos casos e interpretando as normas jurídicas promovendo a estabilização e reorientação das expectativas normativas (BELAUNDE, 1994).

Ao lado disso, o método da concretização dos textos normativos passa a conviver com a subsunção. O intérprete agora é co-participante do processo de criação do Direito, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis e completando o trabalho do legislador (BARROSO, 2005), no movimento denominado por Marcelo Neves de relação reflexiva circular entre o legislador e o juiz/tribunal (NEVES, 2013. P. 181).

A interpretação não levará ao sentido único da palavra, como querem os tradicionalistas, mas conduzirá a várias possibilidades igualmente corretas. Se uma sentença é fundada na lei, não significa que aquela é a norma individualizada, mas é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Caberá ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que será extraída, atividade esta que só poderá ser exercitada no caso concreto, diante das peculiaridades de cada qual. Mas como o juiz deve agir ao prolatar sua sentença, em casos não resolvidos pela lei? O próximo item responderá este questionamento à luz de Benjamin Cardozo.

4 Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Cardozo

Cardozo reconhece na atividade judicial um papel social, corroborando com a visão de Ehrlich, Gény e Gmelin (CARDOZO, 2004. P.6). Isto porque aquela atividade é uma

intermediação entre o legislador e a comunidade, declarando o sentido que há na lei e suprimindo as omissões. E neste sentido, defende-se a necessidade de limitação a esse poder dado ao juiz, que como todo poder, está sujeito a arbitrariedades.

Se a história, o costume, a utilidade social e o sentimento de justiça podem auxiliar o juiz para mostrar-lhe o caminho a seguir, estes mesmos elementos podem mudar de magistrado para magistrado (CARDOZO, 2004. P.28). Cardozo, no entanto, entende que não há fórmulas matemáticas para expor com exatidão o caminho lógico a ser seguido pelo juiz, mas reconhece que o abuso pode estar inserido na crença de que ideias provisórias e subjetivas são, na verdade, objetivas e perenes, como dogmas. Isso advém do realismo absoluto da idade média que reduzia o Direito a categorias limitadas e inflexíveis, que não se modulam às constantes mutações sociais (CARDOZO, 2004. P.31).

Esses “dogmas” passados por gerações e sucessões de juízes, explica Cardozo, gera um vício de transformação das verdades alcançadas por indução em premissas para novas deduções. Isto significa que os magistrados não repetem esse processo de verificação e aplicam determinadas “verdades reiteradas” (sejam princípios ou precedentes) como se automáticas fossem. A exemplo do que ocorre com a física, na qual não se questiona as fórmulas ditas universais (CARDOZO, 2004. P.31).

Assim, essas concepções reiteradas passam a ser aceitas como fundamentais e axiomáticas (CARDOZO, 2004. P.32) e suas origens são esquecidas, não adaptadas ao momento presente, que não corresponde ao mesmo momento em que foram criadas. Em verdade, Cardozo, assim como Heráclito, entende que os eventos sociais são efêmeros, não são estáveis, de modo de que os anseios e necessidades mudam de acordo com o tempo. (CARDOZO, 2004. P.15).

Se os eventos são mutáveis, o Direito deve acompanhar a evolução social. Porém, a Constituição não pode se destinar a atender às fugazes exigências do momento. Nesta perspectiva, Cardozo alerta para o perigo de as sucessivas gerações criarem hoje restrições imperativas que, aos olhos do passado, eram vãs e caprichosas (CARDOZO, 2004. P.59).

Uma Constituição deve apresentar princípios para um futuro em expansão. Ao atender a particularidades do momento, perde-se a flexibilidade, engessando o alcance da

interpretação. “Enquanto é fiel a sua função, mantém seu poder de adaptação, sua flexibilidade, sua liberdade de ação.” (CARDOZO, 2004. P.60).

Assim, Cardozo ratifica o entendimento de que o sentido abstraído pela interpretação de uma lei não é perene (CARDOZO, 2004. P.60). No entanto, não cabe ao juiz fazer e desfazer normas de acordo com os pontos de vista do que é conveniente, do que é subjetivo (CARDOZO, 2004. P.48)

O juiz deve livrar-se o máximo possível de toda influência que seja pessoal para que a decisão judicial seja fundamentada em elementos de natureza objetiva.¹⁰ João Maurício Adeodato levanta o questionamento de como seria possível manter a objetividade do texto se o juiz decidirá a decisão nos limites de um texto cujo sentido ele próprio que irá dizer. Nessa situação, “o resultado de interpretação torna-se conteúdo da norma em formação.” (ADEODATO, 2010. P. 199).

Com a evolução social, novos costumes demandarão novas normas. A atividade do judiciário é livre para se moldar a essas novas perspectivas que surgem, a fim de alcançar, a justiça e utilidade social. O que não se permite é que essa liberdade albergue a imposição de valores subjetivos e parciais, desprovidos de proporcionalidade e racionalidade (CARDOZO, 2004. P.63).

O direito, para Cardozo, é, na verdade, um desenvolvimento histórico, que deve ser acompanhado pelo juiz para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas (CARDOZO, 2004. P.74).

Para alcançar tal finalidade, o juiz deve evitar subjetivismos e buscar fundamenta sua decisão. Cardozo ressalta que o magistrado que molda o Direito pela filosofia pode estar satisfazendo um anseio pela logicidade de suas decisões, coerência e simetria. O que evitaria os abusos e arbitrariedades na decisão (CARDOZO, 2004. P.22).

Isto é de suma importância, mormente o reconhecimento de que os juízes “legislam”, criando a norma individual que será aplicada ao caso concreto (CARDOZO, 2004. P.49).

¹⁰ Nesse sentido, François Géný: “[...] por isso que me pareceu correto qualificar a atividade que lhe (ao juiz) compete de livre pesquisa científica, *libre recherche scientifique*: livre porque aqui fica longe da ação da autoridade positiva e científica, ao mesmo tempo, porque só pode encontrar fundamentos sólidos nos elementos objetivos que somente a ciência é capaz de revelar”. (CARDOZO, 2004. P.89).

Cardozo esclarece que o poder de declarar a lei traz consigo o poder e, dentro de certos limites, o dever de criar a lei quando há lacuna. No entanto, elucida que não concorda com a corrente que defende a inexistência de lei alguma a não ser as decisões dos tribunais (CARDOZO, 2004. P.91). A lei é importante mas não é a única fonte do direito, devendo o juiz considerar, outrossim, o ambiente social que lhe rodeia.

Dessa forma, não pretende Cardozo subestimar a atividade do legislador enquanto superestima a atividade do judiciário. O judiciário possui um grande poder de interpretar o sentido das leis postas pelo legislador, além de colmatar as lacunas. Diante disto, tece um juízo crítico acerca da necessidade de o juiz se pautar em critérios racionais e filosóficos, evitando, assim, uma possível arbitrariedade.

A postura de Cardozo é, portanto, realista, uma vez que é antagônica ao idealismo quanto ao direito. Isto se dá pelo fato de sua investigação transcender aos fatores externos que interferem no processo judicial para declarar a existência de elementos subconscientes ou, nas palavras de Freitas, ideologias (FREITAS, 2007).

137

O Direito não é um conhecimento isolado, mas, sobretudo, um fenômeno social que se entrelaça com outras áreas da vida humana, razão pela qual o magistrado não deve descartar as contribuições das demais ciências sociais.

5 Da impossibilidade de aplicação pura da lógica jurídica nos *hard cases* e na concretização das cláusulas gerais

Cardozo não discorda da impossibilidade de uma postura objetiva absoluta por parte do juiz. Ressalva que o magistrado é agente ativo no processo judicial, tornando-se inviável a aplicação pura da lógica no processo judicial (CARDOZO, 2004, p.4).

As tentativas hermenêuticas em busca da intenção do legislador dificultam as possibilidades hermenêuticas do interprete, visto que não há onisciência do legislador. Cardozo assume posição objetivista da questão hermenêutica, utilizando Brütt acerca do modo ideal de agir do julgador: as omissões legislativas devem ser colmatadas, os resultados

devem estar untados com justiça, com base em um método de livre decisão (CARDOZO, 2004, p.5-6).

Cardozo considera os precedentes legais, pertencentes ao *Common Law*, não são as únicas fontes do Direito, visto que devem ser considerados os postulados do raciocínio jurídico, os hábitos de vida e as instituições sociais.(CARDOZO, 2004, p.7).

O juiz não é um sujeito neutro na aplicação da norma. É imparcial, mas jamais neutro. Ele exerce uma atividade criativa, inovadora, inventiva que não se encaixa mais no mero papel mecânico pretendido pela escola exegeta. No entanto, ao juiz não cabe o extremo: agir ativa e criativamente sem fundamentação. Caberá à fundamentação a formulação sobre qual regra jurídica abstrata e geral será aplicada no caso. Beclate Oliverira Silva ressalta que não basta saber a estrutura lógica da norma, visto que o determinante é o conteúdo semântico dos textos a ser interpretado pelo magistrado e articulado para convencer os destinatários acerca de sua retidão (SILVA, 2007, P.64).

138

A justificação da decisão está atrelada à idéia de explicitação das razões que levaram o magistrado a decidir de tal modo. Não é apenas a necessidade de motivação da sentença, mas oferecer uma motivação consistente e racional, transformando critérios internos do aplicador em uma linguagem compreensível para a audiência (BARCELLOS, 2005. P. 45).

A decisão, seja nos casos difíceis ou nos fáceis, necessita de justificação (SILVA, 2007. P.64). Se um dos alicerces do Estado Democrático de Direito é a igualdade, não há nenhum ser humano com uma capacidade excepcional e sabedoria tamanha que não deva motivar seus atos, mormente os agentes públicos, delegados da coletividade. Isso também se aplica aos magistrados. A motivação, portanto, não decorre apenas do art. 93, IX da Constituição. Decorre da ramificação dos pilares democráticos e republicanos no Estado (BARCELLOS, 2005. P. 48.).

O subjetivismo excessivo, o risco de arbitrariedade e a inconsistência metodológica são algumas críticas à ponderação. Não há dúvidas de que a ponderação de fato é subjetiva, desprovida de parâmetros metodológicos fixos e que pode dar azo à arbitrariedade, contudo, esse é o risco que qualquer interpretação assume e não exclusivamente adstrito à ponderação.

É indubitável também que certos conflitos normativos, a exemplo das questões envolvendo cláusulas gerais, necessitarão inexoravelmente de ponderação. É por essa razão que a doutrina trabalha com elaboração de parâmetros para reduzir a subjetividade do intérprete e os riscos de arbitrariedade.

O Direito, enquanto fenômeno social, não pode se limitar à subsunção do fato a uma premissa maior, como reza o raciocínio lógico-formal. O papel criativo do intérprete torna-se evidente em situação que a mera aplicação legal não soluciona o conflito em causa, como ocorre nos *hard cases*. No entanto, a decisão jurídica deve ser pautada em critérios racionais e filosóficos, evitando, assim, uma possível arbitrariedade.

Para Cardozo, o papel do juiz não se resume ao meramente processual, mas também extraprocessual, visto que seus efeitos se irradiam para toda a sociedade. O juiz deve agir conforme o padrão do homem médio e considerando a sociedade qual pertence.¹¹

Conclusão

A partir das observações de Benjamin Nathan Cardozo acerca da verdadeira natureza do processo judicial, este trabalho pretendeu demonstrar o papel essencial da fundamentação da decisão jurídica, pautada na racionalidade e nos fins sociais do direito. Entendeu-se que é inviável a utilização da lógica jurídica na solução dos *hard cases* e na aplicação das cláusulas gerais. Reforçou-se a idéia do papel criativo do magistrado, contudo, sua discricionariedade não é ilimitada, devendo pautar seu agir na busca da maior utilidade social e em consonância com a sistemática do ordenamento jurídico. A verdadeira utilidade da decisão judicial é alcançar o bem estar da sociedade.

O juiz não é neutro, mas deve ser imparcial. A carga pessoal de cada magistrado não vicia a decisão judicial, desde que a decisão judicial não seja pautada somente em critérios subjetivos, distantes da racionalidade e desconformes o ordenamento jurídico. Diante, principalmente, de cláusulas gerais, baseadas em conceitos universais e imprecisos, é preciso

¹¹ Holmes, de modo semelhante, também entendia que a postura do juiz deve ser proba, dissertando sobre a negligencia judicial e a possibilidade de responsabilidade do magistrado. (HALIS, 2010. p.173)

que o julgador as concretize considerando o bem da sociedade, os fins do direito e sua função. A aplicação extremada da lógica subsuntiva pode acarretar o distanciamento da norma e o seu fim social.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 199.

ARAÚJO, Érika; FREITAS, Lorena. Direito é o que o juiz diz que é direito: uma análise da servidão de passagem à luz da teoria da predição do Direito de Oliver Wendell Holmes Jr. In: Enoque Feitosa; Lorena Freitas; Xavier, Madson; Córdula, Vitor. (Org.) **Estudos do Congresso Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: EdUFPB, 2012.

140

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005

BELAUNDE, Domingo Garcia. *La interpretación constitucional como problema*. **Revista de Estudios Políticos** . Madrid: Nueva Epoca, n. 86, p.9-36, out/dec.,1994.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A evolução do direito**. Trad. Henrique Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para superação do paradigma da neutralidade do intérprete. **Revista do Ministério Público de Alagoas**. v. 15. Maceió: EdMPAL, 2005. p. 13-36.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 fev.2014.

FREITAS, Lorena . Acerca da vocação pragmática do realismo jurídico americano nas idéias de Benjamina Nathan Cardozo sobre a natureza do processo judicial. In: **10. Encontro Internacional sobre Pragmatismo/ 10th International Meeting on Pragmatism, 2007, São Paulo. Resumo das comunicações.** São Paulo: Centro de Estudos Sobre Pragmatismo/ PUC-SP, 2007. v. 1. p. 113-113.

FREITAS, Lorena . As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: Enoque Feitosa; Lorena Freitas; Artur Stamford; Adrualdo Catão; Eduardo Rabenhorst. (Org.). **O Judiciário e o Discurso Dos Direitos Humanos.** Ed.Recife: EdUFPE, 2012, v. 2, p. 43-64.

FREITAS, Lorena . Do realismo jurídico como objeto de uma análise retórica. In: Lorena Freitas; Enoque Feitosa; Fernando Maia; Andréa Barbosa. (Org.). **Estudos Acerca da Efetividade do Processo e Realismo Jurídico.** 1ed. Recife: FMN/ Bagaço, 2009, v. 1, p. 161-187.

FREITAS, Lorena . O elemento subconsciente na decisão judicial conforme o realismo jurídico de Benjamin Nathan Cardozo. In: FEITOSA, Enoque; MAIA, Fernando; FREITAS, Lorena; BARBOSA, Andréa. (Org.). **O direito como atividade judicial.** 1ed.Recife: Bagaço, 2009, v. 1, p. 137-147.

FREITAS, Lorena . **Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura.** Cognitio-Estudos (PUC-SP. Online), v. 4, p. 10/ 2-19, 2007.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque . Pragmatismo e Direito. In: 11o Encontro Internacional Sobre Pragmatismo, 2008, São Paulo. **Encontro Internacional Sobre Pragmatismo.** São Paulo: centro de estudos do pragmatismo, 2008. p. 54-55.

FREITAS, Lorena ., **O realismo jurídico como pragmatismo:** A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese de doutorado. Recife: UFPE/ PPGD, 2009.

- HALIS, Diego de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juízes?: O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 2ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- JAMES, William. O que significa pragmatismo. **O pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de se pensar**. Tradução de Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da moeda, 1977.
- JAMES, William. A concepção de verdade do pragmatismo. **O pragmatismo: : um nome novo para algumas formas antigas de se pensar**. Tradução de Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da moeda, 1977.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Juspodivm: Salvador, 2007.
- VASCONCELOS, Vanessa Paes de. **As confluências na formação da decisão judicial: uma leitura do processo de tomada de decisões sob a ótica de Benjamin N. Cardozo**. Trabalho de conclusão de curso. Maceió: UFAL/FDA, 2013.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009. P. 37.
- WITTENGSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-filosófico – investigações filosóficas**. Tradução de Manuel António dos Santos Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.