

A SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE ÀS DECISÕES PRAGMÁTICAS DEFENDIDAS POR BENJAMIN CARDOZO

Mariana de Oliveira Simões ¹

Resumo: Este artigo tem a precípua intenção de explorar através de uma abordagem filosófica- pragmática a origem, evolução e os conseqüentes efeitos do pragmatismo jurídico para sociedade, tendo como objetivo principal responder a indagação quanto à efetiva existência ou não da segurança jurídica do cidadão frente às decisões judiciais dirimidas a partir do pragmatismo jurídico especificamente defendido por Benjamin Nathan Cardozo. Para se chegar ao fim pretendido, será de fundamental importância o estudo dos ideais defendidos pelo autor e sua efetividade no ordenamento jurídico, ademais, não se pretende com este trabalho esgotar por completo o debate, afinal, o pragmatismo jurídico apesar de ser uma temática bastante antiga, estará sempre em vias de constantes modificações.

Palavras-chave: Benjamin Nathan Cardozo. Segurança Jurídica. Decisões Judiciais.

LEGAL SECURITY FRONT THE DECISIONS PRAGMATIC DEFENDED BY BENJAMIN CARDOZO

Abstract: *This article has The primary intention of exploring through a philosophical and pragmatic origin, evolution and the consequent effects of legal pragmatism to society, having as main objective to answer the question as to the actual existence or not of legal security of citizens ahead approach judicial decisions from the settled legal pragmatism specifically advocated by Benjamin Nathan Cardozo. To get the desired purpose, will be of fundamental importance to study the ideals espoused by the author and his effectiveness in the legal system, moreover, does not propose in this paper runs out completely the debate, after all, the legal pragmatism despite being a theme very old, is always undergoing constant changes.*

Keywords: Benjamin Nathan Cardozo. Legal Certainty. Judgments.

INTRODUÇÃO

Presenciamos a era da transformação, a fugacidade das coisas, a descartabilidade da matéria, do momento e até mesmo do pensamento, neste contexto o

¹ Advogada, Mestranda em Ciência Política pela Universidade Clássica de Lisboa, Pós-graduada em História do Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Pós-graduanda em docência no ensino superior pelo Centro Universitário CESMAC.

ordenamento jurídico se modifica constantemente e dentre estas modificações o conceito de segurança jurídica ganha nova roupagem.

A segurança jurídica nos remete quase que inconscientemente à idéia de proteção, confiança, previsibilidade e continuidade da ordem jurídica, sendo este seu elemento principal e objetivo.

Este princípio assegurado no ordenamento jurídico, mesmo que não expressamente na Constituição Brasileira, a partir de agora não necessita apenas de elementos objetivos – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, mas requer também a presença de componentes subjetivos, que se materializam na previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.

A idéia de estabilidade anteriormente citada, não poderá ter como conseqüência lógica a passividade do Estado frente ao poder de iniciativa do cidadão, isto é, as decisões do Estado não serão sempre as mesmas, como forma de garantir a segurança jurídica dos cidadãos. O novo olhar a respeito deste conceito não busca a previsibilidade absoluta, exclusivamente racional, sob pena de perda do significado da existência de técnica, mas sim a justiça social, que será mais adiante abordada detalhadamente.

Tendo como objeto central a segurança jurídica, o presente artigo trata das decisões pragmáticas defendidas especificamente pelo magistrado da Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo, neste sentido, faz-se necessário tecer algumas considerações particulares em relação ao movimento denominado “Pragmatismo” e suas possíveis influências nos ideais do autor em debate.

O pragmatismo ganha forças a partir da obra de Charles Sanders Peirce, intitulado *Como tornar as nossas idéias claras* (PEIRCE, 1878). Peirce ao escrever este artigo não possuía uma vontade de instituir uma filosofia pragmática, mas tão somente dirimir a obscuridade e a imprecisão dos textos clássicos filosóficos.

Verifica-se até os tempos de hoje que o movimento pragmático se justifica exatamente pela preocupação acometida por Peirce há tempos atrás, ou seja, a necessidade de desvendar a obscuridade que os textos nos revelam, daí a expressão “pragmatismo”, do grego *pragmas* – que significa em linhas gerais algo prático e claro.

E desta maneira, a corrente do pragmatismo filosófico buscava o esclarecimento e mais do que isso, a consequência prática dos tão famigerados textos daquela época.

Em contrapartida, o pragmatismo jurídico carrega apesar de algumas divergências adiante comentadas, essencialmente a mesma ideologia do pragmatismo filosófico, só que desta vez, direcionando seus estudos aos textos e fatos essencialmente jurídicos. Como representante desta corrente, o presente artigo trabalhará com os ideais do magistrado norte-americano Benjamin Cardozo, que traz de forma majestosa de que maneira os juízes devem fundamentar e construir suas decisões jurídicas.

Uma importante característica do autor que vale ser inicialmente ressaltada é trazida na obra *“A natureza do processo judicial”*, onde Cardozo coadunando de forma integral com os ideais de Williams James afirma que os magistrados no julgamento das decisões judiciais são influenciados pelas “tendências”. Desta maneira, o autor coloca a citação de James em sua obra da seguinte forma:

“Os juízes, como todos os mortais, não podem escapar a essa corrente. Ao longo de suas vidas, são levados por forças que não conseguem reconhecer nem identificar – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; o resultado é um a perspectiva de vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido, da pressão e da força globais exercidas pelos cosmos que há de determinar onde recairá a escolha quando as razões forem bem ponderadas”. (JAMES apud CARDOZO, 2004, p. 28)

Reconheço que muitas são as dificuldades acerca do tema, afinal, segundo Cardozo, a decisão de um juiz pragmático sofrerá influências de ideologias, conceitos morais e pontos de vista pessoais e desta forma como controlar eventuais “decisionismos”? Como justificar a idéia de que poderia haver soluções distintas para um mesmo caso, se fosse analisado por dois juízes pragmatistas que antevissessem consequências diferentes e, mais do que isso, possuíssem experiências distintas? Como afirmar qual delas seria a “melhor decisão”?

Para se atingir o objetivo acima exposto, este artigo foi dividido em três tópicos, além desta introdução e das considerações finais. No primeiro tópico, buscou-se apresentar a formação cronológica e histórica, desde a sua origem filosófica também

chamada de pragmatismo clássico até o denominado pragmatismo jurídico, sempre se utilizando como referencial teórico as ideias de Cardozo.

No segundo item serão expostos os argumentos do pragmatismo jurídico de Benjamin Cardozo baseado em sua obra “*A natureza do Processo Judicial*” e por fim, no terceiro tópico se tem como debate a inquirição da possibilidade de se garantir a segurança jurídica dos cidadãos nas decisões pragmáticas defendidas por Benjamin Nathan Cardozo.

1 O PRAGMATISMO CLÁSSICO E O INÍCIO DOS IDEIAIS PRAGMÁTICOS

Antes de discutir o pragmatismo jurídico, devemos discorrer a respeito das bases filosóficas cujo eixo central como já fora dito anteriormente é a ênfase na utilidade prática da filosofia..

O pragmatismo filosófico nasceu por volta de 1870 nos Estados Unidos da América, reconhecido como trabalho pioneiro de três americanos: Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Peirce juntamente com William James, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green, fundaram o “*Clube metafísico de Harvard*”, denominação irônica, já que naquela época a metafísica era considerada “fora de moda” nos círculos de debates filosóficos (FREITAS, 2007).

Em síntese bem apertada, a idéia do pragmatismo clássico era construir uma alternativa às escolas filosóficas até então dominantes, como o racionalismo alemão e o empirismo britânico. Ambas as formas admitiam que a verdade fosse impessoal e não poderia ser fruto da expressão do homem.

A crítica pragmática se dirigia às teorias consideradas abstratas, ou seja, teorias que designavam algo que apenas ocupava uma esfera metafísica, sem contato com as coisas da experiência comum. Os pragmáticos afirmavam que não se poderia mais lidar com um meio ambiente externo imutável.

E desta forma, os pragmatistas clássicos evidenciam uma necessidade de se remodelar a dicotomia existente entre sujeito e realidade, transformando-a em uma relação ativa e criativa. Ao fazê-lo, concluíram que concepções sobre os fatos são constituídas por nossas atitudes e crenças. A experiência do sujeito para o pragmatismo

filosófico tem valor essencial nesta relação com a realidade, existindo assim, um vínculo indissolúvel entre teoria e prática, pensamento e ação.

O eixo central do pragmatismo clássico era a ênfase na utilidade prática da filosofia. Por tal motivo, estes filósofos afirmavam que a essência investigativa sobre o pensar e agir humano, não poderia se isolar na “torre de marfim” das academias deveria, ao revés, começar na vida cotidiana, avaliando as preocupações, pressões e fatos da existência contemporânea. As teorias filosóficas serviriam, para o pragmatismo, como abordagem crítica e reconstrutiva das práticas e instituições sociais de modo que, embora a prática acadêmica da filosofia pudesse parecer excessivamente técnica e desprendida dos problemas da sociedade, isso não implicaria em seu abandono.

No terreno metodológico, portanto, o pragmatismo clássico não rejeitava a elaboração de hipóteses ou teorias, mas exigia que estas partisses dos dados da experiência e apresentassem necessariamente conseqüências práticas e verificáveis.

Baseado nos ensinamentos de George Browne se pode dizer que o pragmatismo clássico ou filosófico tinha como método de investigação o seguinte: primeiramente tinha-se que formular claramente o enunciado do problema para que se pudesse trabalhar a solução, em seguida se tinha que testar empiricamente o problema, se a solução fosse refutada pelos testes deveria se repensar, entretanto, se confirmada experimentalmente a questão estaria resolvida e assim considerava-se a hipótese como verdade (BROWNE, 2003).

Diante desta sucinta explanação podemos perceber que o pragmatismo clássico tem como principal característica a verdade como produto de uma idéia necessariamente testada, negando com isso, a existência de um caráter subjetivo na produção desta verdade – característica defendida por Benjamin Nathan Cardozo.

1.1 PRAGMATISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Em 1929 ocorre nos Estados Unidos o início da “Grande Depressão” em que esmagadora maioria da corte suprema responsável pela tomada de decisões jurisprudenciais se mostra “conservadora” e imutável face às mudanças da sociedade. Neste contexto Benjamin Nathan Cardozo nomeado pela Suprema Corte norte-

americana em 15 de fevereiro de 1932 pelo então Presidente Herbert Hoover, juntamente com Louis Dembitz Brandeis e Harlan Fiske Stone contrapôs-se a essa maioria conservadora, integrando o grupo dissidente que, até cerca de 1937 foi sistematicamente vencido.

Entretanto, mesmo antes deste dado momento histórico, o também jurista da Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr. já difundia os ideais pragmatistas, denominados naquela época de realismo jurídico norte-americano – que se diferencia do encandinavo, uma vez que este é uma corrente doutrinária voltada ao estudo de conceitos jurídicos fundamentais, bem como do conjunto de comportamentos e posturas emocionais dos destinatários do direito, interessando-se mais pela pesquisa teórica do que pelo trabalho feito concretamente dentro dos tribunais.

Holmes levou o pragmatismo jurídico ao limite, discordando freqüentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto *the great dissenter*, o que vertido para nossa linguagem forense indica algo próximo de prolatador de votos vencidos. Suas opiniões foram com o tempo confirmadas e, nesse sentido, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX.

O grande mérito de Holmes foi ter sido o primeiro jurista norte-americano a colocar em xeque os paradigmas de objetividade do processo de aplicação do direito pelos juízes. Foi Holmes quem primeiro expôs o que veio a ser chamado de “*teoria da racionalização*”, segundo a qual a sentença ou o acórdão não expressava as razões “reais”, mas apenas aquelas socialmente aceitáveis.

Voltando ao ponto inicial deste tópico, apesar de ter sido Holmes o iniciador destes pensamentos para aquela época, foi Benjamin Nathan Cardozo que colocou em prática as então teorias de seu mestre.

A lição de Holmes, de que o Direito é, sobretudo, experiência e não lógica pura ressurgiu sensivelmente no método sociológico – também conhecido como a Escola Sociológica do Direito de Benjamin Cardozo que no próximo tópico abordaremos com mais profundidade. O pensamento compartilhado era no sentido de que o elemento político-social interfere necessariamente na interpretação da lei, com vistas à satisfação do interesse público e dos superiores interesses da coletividade.

É neste momento, que já se percebe uma postura crente quanto aos fatores externos interferindo no processo de julgamento, pois o autor defende claramente que influenciado por vários outros aspectos o resultado poderá ser modificável.

Cardozo vai mais além, o autor expõe o Direito como um fenômeno social, intimamente relacionado a todos os outros aspectos da vida humana, não podendo o juiz, por conseguinte, ficar alheio às contribuições das outras ciências sociais.

Na obra *A natureza do Processo Judicial* o autor liga a teoria jurídica à prática dos tribunais, deixando claro que o juiz é um criador do Direito, logo, capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social (MORRIS, 2001).

Desta maneira, o pragmatismo jurídico é fundamentalmente um instrumento adotado pelos magistrados na prática dos Tribunais e para Cardozo essa prática se faz utilizando-se inevitavelmente do saber/conhecimento/experiência do magistrado, como veremos detalhadamente a seguir.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE BENJAMIN CARDOZO

Adotando eminentemente uma postura pragmática, Cardozo afirma que o juiz deve sempre ter em mente a concepção teleológica, ou seja, dentro dos limites da justiça o caso deve ser sempre resolvido buscando um fim. O juiz deve também ter em mente que a decisão posta naquele momento, não é definitiva e nem tampouco deve ser adotada como um preceito fundamental.

Neste sentido, podemos dizer que o Direito para o autor, é um processo constantemente modificável e sua criação se dá a partir da história, esta construída a partir dos costumes, que por sua vez se modifica à medida em que a sociedade se modifica. Deparamos-nos, portanto, com um ciclo vicioso, em que necessariamente o magistrado deve estar inserido, não podendo de forma alguma ficar a par destas modificações ou isolado fora desta redoma. Suas decisões devem possuir consonância com a realidade social e conseqüentemente a realidade jurídica vigente nesta época. Desta maneira, essas decisões refletem a harmonia perfeita deste interminável processo de evolução, em contrapartida, a falta de concordância dessa sentença produzirá uma interpretação falsa e incoerente desta sociedade.

A atividade do magistrado para Cardozo resume-se no seu “poder intermediador” que segundo o autor é atributo exclusivo do juiz (CARDOZO, 2004), ou seja, na produção da sentença judicial o magistrado deve buscar uma simetria entre o interesse social, a equidade e a justiça, levando em consideração a lógica, a história e os costumes. Neste aspecto devemos tecer breves comentários, já que essas ferramentas utilizadas pelo juiz devem ser necessariamente condutas aceitas como padrões na sociedade, desta maneira, não serão costumes e hábitos pessoais do magistrado que serão levados em consideração na sentença, e sim os habitualmente utilizados como legítimos e coerentes dentro daquela sociedade.

Outro aspecto importante para Cardozo refere-se à individualização do caso concreto, o autor defende que para cada decisão, caberá uma única sentença, não se deve promover “padrões de respostas”, pois cada caso deverá ser tratado diferentemente, pois desta maneira o ordenamento jurídico respeita e garante o devido valor àquele cidadão que considerou seu Direito violado.

Quanto ao precedente, conceito bastante difundido por Cardozo, o autor afirma que será ferramenta principal de trabalho na resolução do caso concreto, entretanto, o precedente só será utilizado se o caso estiver em perfeita consonância com este, uma vez que, pode o precedente está defasado e fora do alcance deste fato social. Cardozo como inicialmente comentado afirma que tudo no Direito é relativo, e desta maneira, não nega a possibilidade que o precedente estando defasado deverá ser modificado adequando-se à realidade social, ressalta-se que não deverá haver no ordenamento jurídico “precedentes fundamentais”, nem tampouco genéricos, que possam ser usados para sempre e em todos os casos (CARDOZO, 2004).

No uso destas ferramentas de trabalho, denominadas pelo autor como métodos - costumes, precedentes, fatos sociais, o magistrado obedecerá a limites, estes, delimitados a partir das leis. Com isso, o juiz possui indiscutivelmente um poder criador, entretanto, limitado pela norma jurídica – para os casos em que existir de forma expressa àquela conduta. Ocorre que em alguns casos, o poder legislativo ainda não colocou de forma positivada determinado fato social, e para estes casos, como o magistrado deve proceder, qual o limite ele deve respeitar?

Na obra *A natureza do processo judicial* (CARDOZO, 2004), nota-se a preocupação do autor em mostrar que a fonte primeira do Direito está no fato social e não necessariamente na norma positivada, uma vez que o poder legislativo constrói a lei

através da ocorrência de acontecimentos sociais relevantes ao Direito, entretanto, na hipótese de que o fato social ainda não foi positivado o magistrado não deve de forma alguma se abster, nem tampouco, utilizar-se de uma norma que nada se adéqua ao caso concreto. Este juiz deve ir à fonte primeira antes mesmo do legislador, deve embasar sua sentença coerentemente a partir de proposições igualmente seguras e não necessariamente jurídicas, com a única e principal intenção de buscar o fim pretendido.

A teoria dos autores mais antigos como Bentham e Austin era que os juízes não legislavam de modo algum (CARDOZO, 2004). Mas contra estes antigos e errôneos padrões, Cardozo categoricamente desmitifica e afirma que os juízes são capazes e habilitados a legislar, dentro dos limites da lei (quando possuir), dos costumes e dos padrões aceitos por àquela época.

Ao expor tais idéias, inovadoras e igualmente assustadoras para a época, Cardozo nos faz refletir sobre o quão perigoso seria esse exercício de legislar fatos novos, sobre este assunto o autor na obra *A natureza do processo judicial*, afirma que:

“O juiz legisla expondo-se a perigos, e é a necessidade e o dever dessa legislação que confere ao juiz a mais alta dignidade, e nenhum juiz corajoso e honesto esquiva-se do dever e nem teme o perigo.” (CARDOZO, 2004. p. 65)

Talvez a afirmação de Cardozo traga aos leitores a indagação de que outros homens tenham também ou até melhor a capacidade para a criação destas normas, mas isso é certamente um questionamento irrelevante, pois o poder de interpretação deve ser atribuído a alguém e esse alguém foi ao magistrado, então pouco importa se outras pessoas criam melhor, afinal essa atribuição foi dada apenas a estas determinadas pessoas, e são eles que devem se arriscar nesses caminhos.

O autor alerta que sua defesa pela atividade pragmática não substitui, nem tampouco enfraquece o Direito positivo, ao revés, a norma positivada será norteadora no caminho deste magistrado, sempre preocupado em não desvirtuar os padrões de coerência deste texto normativo, ocorre que, uma vez que a norma possui brecha ou simplesmente não mostre a solução buscada pelo magistrado, este possui a habilidade e competência, mesmo antes do legislador, para encontrar a solução para este novo fato social surgido na sociedade. Neste diapasão, Cardozo tece alguns comentários:

“O juiz mesmo quando livre, não o é totalmente. O juiz deve inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro andante que perambula em busca de seu próprio ideal de beleza ou bondade. Ele deve inspirar-se em princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência vaga e irregular. Deve recorrer a um discernimento informado pela tradição, regularizado pela analogia, disciplinando pelo sistema e subordinado “à necessidade primordial de ordem na vida social“. (CARDOZO, 2004, p. 60)

Uma expressão bastante utilizada por Cardozo é “justiça social”, o autor afirma que a solução desejável para o caso concreto deve ser aquela justa dentro dos padrões aceitos pela sociedade (CARDOZO, 2004). A justiça social talvez seja muito abstrata e pouco objetiva, mas se usarmos as vias do raciocínio pragmático veremos que essa expressão é muito mais simples do que imaginemos, pois a justiça está diante de nossos olhos e comumente utilizada, na verdade é o conjunto de ações aceitas pela sociedade, é a concepção de justo para o Estado, mas que não necessariamente trará satisfação para todas as partes.

Ademais, o autor revela que o método pragmático descrito por ele, não é novo, na verdade;

“(…) é o método dos grandes juizes dos tribunais de equidade que, sem sacrificar a uniformidade e a certeza, construíram o sistema de equidade recorrendo constantemente aos ensinamentos da razão e da consciência justa“. (CARDOZO, 2004, p. 75)

3 A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DAS DECISÕES PRAGMÁTICAS

Mesmo não sendo um princípio positivado na Constituição Federal Brasileira a segurança jurídica, possui importante valor e necessária proteção no ordenamento pátrio, sua falta de positivação não será pretexto para seu descaso, nem tampouco sua ineficácia, ao revés, esta falha cometida pelo constituinte Brasileiro traz

ao nosso ordenamento jurídico o poder de conferir a este princípio uma maior flexibilidade, e assim, uma perfeita adequação no decorrer da evolução social. Em 1824 a Constituição Brasileira traz em seu artigo 179, inciso XXVIII a noção de segurança jurídica, ainda que sem essa denominação:

"Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

III. A sua disposição não terá efeito retroativo.

[...]

XXVIII.

Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a elas na forma das Leis.

[...]"

Percebe-se que mesmo na Constituição de 1824, outorgada com resquícios do absolutismo e escrita sem nenhuma participação popular, a noção de irretroatividade e a proteção ao direito adquirido mesmo que sensivelmente já possuíam seu espaço no Diploma maior.

Já em 1891 a Constituição Brasileira traz ao cidadão como forma de garantir à seguridade jurídica e a irretroatividade das leis a seguinte redação expressa no artigo 11, “3º”;

"Art 11 - É vedado aos Estados, como à União

[...]

3 °) prescrever leis retroativas.

[...]"

Em 1934 surge o texto na feição que se tornou célebre e permanece atual, contemplando as três grandes formas de proteção da segurança jurídica abordadas no

ordenamento Brasileiro vigente, figurando-se no artigo 113, “3º”, com o seguinte texto de lei;

"Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

3º) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

[...]"

Contudo, em 1937 devido ao período ditatorial de Getúlio Vargas, o "Estado Novo", a Constituição Brasileira deixa de contemplar o princípio da segurança jurídica em sua Carta Maior. Essa omissão do legislativo tem fim em 1946, expressa no artigo 141, parágrafo 3º, nos seguintes termos:

"Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

A redação da Constituição de 1967 repetiu em seu artigo 150, § 3º o mesmo conteúdo da carta de 1946, assim também se deu com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 apenas mudando a localização para o artigo 153, § 3º.

E finalmente a Constituição cidadã, promulgada em 1988, elencou entre os direitos e garantias fundamentais a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, sendo a forma atual de proteção em nível Constitucional da segurança jurídica:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]"

A partir desta conduta do legislador Brasileiro podemos extrair dois entendimentos, o primeiro é de que a segurança jurídica possui força e valor de um princípio Constitucional e o segundo é a impossibilidade de exclusão do princípio da segurança jurídica, visto que o artigo 5º da Constituição Federal é cláusula pétrea, na forma do parágrafo 4º do artigo 60 da Lei Maior:

Art. 60 "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

§ 1º - a forma federativa de Estado;

§ 2º - o voto direto, secreto, universal e periódico;

§ 3º - a separação dos Poderes;

§ 4º - os direitos e garantias individuais"

Desta maneira, essa pequena introdução histórica sobre a segurança jurídica no ordenamento Brasileiro, foi metodologicamente escrita como forma de posicionar o leitor para a real importância do tema no País, contudo, o trabalho concentra-se como já fora dito, na segurança jurídica das decisões pragmáticas. O princípio estudado neste artigo, traz quase que inconscientemente à idéia da certeza que o cidadão possui de ser julgado por um juiz imparcial que promoverá a devida *justiça* na aplicação de determinada norma jurídica.

Contudo, o modelo de certeza que o juiz empresta ao direito é um modelo de certeza relativa, diverso, por exemplo, da certeza matemática. Entretanto, esse relativismo não impede que o judiciário busque “padrões de comportamentos aceitáveis” que permitam ao cidadão prever com certo grau de probabilidade, o resultado de uma demanda posta em juízo.

Nesse sentido, este tópico vem abordar especificamente a efetiva segurança jurídica proposta pelos “novos padrões” das decisões judiciais. Existe de fato segurança jurídica nestas novas atitudes dos magistrados? Essa indagação e outras que virão a surgir tentarão ser dirimidas a seguir.

Atualmente, o ordenamento jurídico Brasileiro passa por momentos de angústia e de incerteza em relação à previsibilidade das decisões judiciais. O entendimento de que o juiz deveria ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei não mais se coaduna com a realidade vivenciada em dias atuais, e neste contexto, o magistrado é compelido a modificar sua forma de pensar e mais do que isso, de agir, a partir de agora o operador do Direito se utiliza de outras ferramentas para além das exclusivamente jurídicas no exercício de suas funções, com a precípua finalidade de resolver os conflitos existentes no judiciário Brasileiro.

A doutrina clássica da Separação dos Poderes e inúmeros outros autores ainda consagrados em épocas atuais, afirmam ser o magistrado possuidor de um único e exclusivo dever, o de aplicação das regras já existentes e criadas pelo poder legislativo, desta maneira, o raciocínio nos leva de forma lógica para o conseqüente efeito desta teoria clássica, o de que, é dever e obrigação do magistrado estar necessariamente subordinado ao legislativo, e mais do que isso, dependente da vontade do seu poder criador, restringindo seu exercício à mera reprodução de normas, e na hipótese de brechas na lei ou simplesmente a inexistência de uma norma para a solução da lide, o magistrado deve de forma “rápida” e “eficiente” adequar uma norma genérica a fim de dirimir o caso concreto.

A teoria clássica pouco se importa com o personagem principal – que teve seu Direito violado, na verdade sua preocupação está em conservar a ordem jurídica e proteger o magistrado que se utiliza do texto legal como seu “porto-seguro”, pois aplicando apenas a lei, o operador do Direito garante ser legítimo e ao mesmo tempo célere sua atividade. Entretanto, as decisões dirimidas através desta concepção promovem a verdadeira justiça social, há efetivamente a proteção aos Direitos do ser humano ali presente?

Não precisa ser estudioso para saber que a justiça social não se faz em massa, sem entender, nem tampouco, respeitar o indivíduo enquanto pessoa. Mesmo cientes que esse pensamento já ultrapassado é demasiadamente errôneo e desprovido de qualquer respeito, ainda em tempos atuais, nos deparamos com magistrados que se

utilizam exclusivamente da subsunção da norma para adequar todo e qualquer caso concreto.

Muito comumente no seio da comunidade acadêmica é a idéia de que as decisões pragmáticas trazem valores pouco objetivos e nada seguros ao ordenamento jurídico, entretanto, esse atributo ou muitas vezes entendido como óbice, não deve ser utilizado como forma de justificar a não aplicação deste método, haja vista, que as ferramentas utilizadas pelo magistrado – precedentes, costumes e a “tradição” são valores flexíveis e devem ser encarados como um amuleto, uma carta coringa no baralho do judiciário Brasileiro, afinal, o Direito necessita de condutas amoldáveis e não engessadas, a sociedade necessita que os valores se modifiquem na medida que a sociedade se modifica e essa “confiança” será efetivada na sentença judicial através de dados que mesmo não jurídicos possuem a segurança necessária ao cidadão.

Desta maneira, esses valores sociais devidamente adequados ao caso concreto deverão obedecer tanto ao juízo do magistrado quanto ao da sociedade vigente, e essa perfeita harmonia dará ao caso concreto a solução tão almejada, além de uma resposta indiscutivelmente segura, e mais do que isso, justa à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realidade, já se sabe, até mesmo aos que insistem em utilizar métodos ainda defasados, que o magistrado tem o poder e mais do que isso a obrigação de se utilizar de ferramentas para além da ordem positivada na resolução de conflitos. Neste artigo, foi utilizado os pensamentos do autor e também magistrado da Corte norte-americana Benjamin Cardozo que afirma ser o juiz plenamente soberano na esfera da ação em que atua, podendo por si mesmo, determinar as normas e as regras de aplicação necessárias, caso encontre uma omissão do poder legislativo.

Desta maneira, para Cardozo, a atitude do Juiz em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade, nem tampouco será a norma a fonte única e exclusiva das decisões pragmáticas, neste método o magistrado terá a oportunidade de utilizar várias fontes exteriores ao Direito, que na resolução de determinado caso atuam como elementos fundamentais e decisivos para o impasse.

O magistrado, para Cardozo possui um papel não mais reprodutor e sim atuante, ele possui a partir de agora mais responsabilidade naquilo que decide, sua atividade passa de mero subordinado do legislativo, para espelho da vontade social, será a partir de agora o responsável por promover aquilo que de fato as partes buscam. Seus atributos e responsabilidades aumentaram substancialmente, aquela defasada forma mecânica e genérica cede espaço para uma sentença muito mais “personalizada” e preocupada no ser humano ali presente, a justiça será neste novo momento a finalidade única deste juiz.

Entretanto, diante deste contexto de liberdade criadora do magistrado propugnado por Benjamin Cardozo, existirão limites já comentados anteriormente, estes limites promoverão a segurança jurídica necessária à sociedade, pois apesar de trazer aspectos metajurídicos, esta é a verdadeira resposta que o cidadão e o Estado buscam incessantemente, uma sentença que promove ao mesmo tempo a justiça social e a solução exata para cada caso concreto. Desta maneira, sem deixar qualquer dúvida, o presente artigo defende e assegura que os juízes pragmáticos mesmo sem se afastar de suas posições sociais e de suas experiências de vida na hora de decidir, julgam de forma racional e imparcial de acordo com os valores admitidos na sociedade atual, promovendo com isso a segurança jurídica de Direito para o cidadão.

Os dados metajurídicos e a intenção do magistrado serão guiados e igualmente justificados pela adequação e pela justiça social, não existem argumentos, técnicas de linguagem ou mesmo mágicas capazes de justificar uma decisão que não faz justiça à prestação jurisdicional necessária.

A sentença judicial, descrita como justa para o autor Benjamin Cardozo, e que no presente trabalho denominaremos como “personificada” – por motivos já relatados, reflete exatamente a sociedade Brasileira, já que nosso país é composto por realidades sociais demasiadamente distintas e impossíveis de serem traduzidas em uma fórmula única, nem tampouco refletidas em normas “genéricas”. As normas jurídicas indiscutivelmente continuarão a existir, mas deverão ser somadas a outros instrumentos como forma de dar melhor detalhamento, especificidade e cuidado aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Régis Frota, Moreira, José Davi Cavalcante Delimitação histórica do princípio da segurança jurídica nas constituições brasileiras e suas dimensões. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3529.pdf>> acesso em 25.06.2014

BROWNE, George. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. In: Anuário do Curso de Pós-graduação em Direito. Nº 13, Recife, 2003.

CARDOZO, Benjamin Nathan, *A natureza do processo judicial, Palestra proferida na universidade de Yale*, Martins Fontes, São Paulo, 2004.

FREITAS, LORENA DE MELO, Um diálogo entre pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura, Revista eletrônica de filosofia, São Paulo, Volume 4, número 1, janeiro, 2007.

MORRIS, Clarence. Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEIRCE, Charle S., *Como tornar as nossas idéias claras*. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf> acesso em 25.06.2014

.