

**Matusalém Jobson Bezerra Dantas**

Mestrando em Direito (FADIC).

Vice-Presidente do Instituto Potiguar de Direito Processual Civil - IPPC.

Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro.

Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Diretor de Secretaria da 4ª Vara da Justiça Federal de Primeiro Grau – Natal/RN.

Professor de Processo Civil (UNI-RN).

## RESUMO

A proposta é superar o paradigma positivista, racionalista, lógico e individualista que domina o Direito Processual Civil, para a adoção do método pragmatista e democrático e, com isso, promover uma “virada” processual, para que venha a ser menos cientificista, menos formalista, menos conceitualista, menos dogmatista e foque na solução do conflito, com responsabilidade decisória, com base em dados empíricos e a partir do contextualismo. Como no modelo pragmatista há forte concentração de poderes no Judiciário, impõe-se a democratização da construção da solução jurídica, o que deve ser feito em ambiente plural, cooperativo e dialógico. A junção das duas metodologias (pragmatismo e democraticidade) traz justo equilíbrio e propicia modelo que, entende-se, mais adequado e eficiente.

**Palavras-chave:** processo civil; positivismo; pragmatismo jurídico; democracia.

## INTRODUÇÃO

Costumeiramente se diz nas salas de aula dos cursos jurídicos que o processo civil estudado na teoria é um e o da prática é outro; que as disciplinas alusivas ao processo judicial ensinarão a teoria, o que “deve ser”, e eles terão a oportunidade de cursar a disciplina de prática jurídica e de estagiar para aprender como se faz o processo no dia a dia dos Fóruns.

Essa advertência, infelizmente, é mais do que verdadeira. Por mais que se tente criar normas construídas racionalmente com base em lógica, a partir da vivência acadêmica e profissional daqueles que colaboram na construção da legislação processual, elas jamais conseguirão regular e prever a maior parte das situações vividas no sistema de justiça. A vida real é muito maior do que aquilo previsto na lei.

Muitas promessas normativas comumente não são atendidas, como a duração razoável do processo, a eficiência processual e a boa-fé processual, sendo visto pelos juristas até com certa naturalidade, já que o

problema não seria do Direito, mas do comportamento das pessoas em não cumprir o Direito<sup>1</sup>.

Expedientes não normatizados (lícitos ou de questionável licitude) são utilizados com frequência, às claras, e surtem, em expressivas vezes, o efeito esperado, como o pedido de reconsideração, a conversa com o assessor do juiz<sup>2</sup>, a conversa com o próprio juiz etc. A entrega de brindes (calendário, agenda, canecas etc.) do escritório de advocacia para as Varas judiciais, a oferta do veículo do advogado ou da parte para conduzir mais rapidamente o oficial de justiça para cumprimento da diligência, a contratação de “olheiro” pelo autor/exequente para a localização do veículo objeto da busca e apreensão. Quando localiza, liga para o oficial de justiça que se dirige ao local e efetiva a ordem judicial.

Além disso, há práticas paralegais que os sujeitos do sistema de justiça adotam, muitas vezes em caráter experimental, em busca de efetividade do Direito.

Bem, diz-se isso para demonstrar que o dinamismo da prática vai além do texto normativo, e que nem sempre o texto transforma a latência normativa em eficácia.

O positivismo jurídico, e seu paradigma racionalista, tem tido dificuldade de responder aos anseios sociais e de prever o dinamismo das relações sociais, justificando-se sempre no caráter do dever ser. O pragmatismo, por sua vez, surge como um método científico que observa a realidade, a experiência, a sociedade e seus anseios, a economia, a política, para decidir. Afasta-se da metafísica para buscar respostas factíveis, mesmo que em descompasso com o texto normativo. E o falar em texto normativo já revela o modo de pensar pragmático, no sentido de não haver normatividade completa no texto, mas apenas na realidade.

O presente artigo pretende analisar o processo civil brasileiro à luz do método pragmatista. Para tanto, discorre-se sobre o paradigma histórico brasileiro do positivismo, para, em seguida, descrever as origens do pragmatismo americano e seu consequente pragmatismo aplicado ao Direito. Por fim, discute-se a possibilidade de utilização do método pragmatista no processo civil e suas vantagens e/ou desvantagens.

O objetivo é trazer à tona a perspectiva metodológica do pragmatismo jurídico, com sua crítica ao pensamento racional, lógico e idealista do positivismo, para demonstrar que o processo civil eficiente necessita sair do conceitualismo, abstrações, dogmatismos e avançar para a experiência, para a faticidade, para os fenômenos sociais, para a economia, enfim para o resultado prático.

A metodologia será a descritivo-analítica, bem como a dialética das ideias.

---

<sup>1</sup> Ou seja, o Direito é um ideal, algo construído racionalmente, não sendo um problema seu o não cumprimento de suas regras pela sociedade. O Direito é um dever ser, nas concepções kantiana e kelseniana.

<sup>2</sup> Sujeito de alta relevância para o cenário processual, mas que não mereceu do legislador nem um “pingo da tinta da caneta”, o que demonstra a dissociação do texto normativo com a realidade.

## O PARADIGMA POSITIVISTA

O positivismo jurídico é uma filosofia que se opôs ao jusnaturalismo, por não concordar com a premissa da racionalidade capaz de criar normas jurídicas universalizáveis, ou seja, valores jurídicos inerentes ao ser humano, portanto, aceitáveis em qualquer lugar do planeta. Para o juspositivismo, o direito seria uma construção racional do homem, mas à luz da realidade local, com base nos valores de determinada sociedade. Daí o direito seria aquilo que estivesse positivado por cada Estado, em cada sociedade.

Para o positivismo, a norma é fruto da deliberação do Poder Legislativo, enquanto representante do povo, e inserida dentro de leis. A lei, portanto, conteria a projeção racional da conduta a ser necessariamente seguida. A grande vantagem dessa filosofia seria a ordem e a segurança jurídica.

Sem dúvidas, o positivismo, e suas adaptações, foi a mais aceita forma de pensar o Direito no Ocidente dos séculos XIX e XX, fundando seu pensamento na racionalidade humana e no individualismo (indivíduo como centro do pensamento filosófico). A norma jurídica é pré-concebida pelo legislador (o que demonstra a capacidade racional do ser humano), ou seja, ela está na lei. Ao aplicador, cabe fazer a subsunção do fato à norma, valorando os fatos e as normas (isso variou a depender do modelo positivista que se estude).

O positivismo jurídico buscou dar natureza científica ao Direito, equiparando-o às ciências matemáticas. O maior representante do positivismo é Hans Kelsen. Ele desenvolve a sua teoria afastando-se de qualquer raciocínio metafísico, utilizando-se do método verificacionista. Daí o positivismo não aceitaria análise de valores e princípios ético-normativos, pois eram campos que ultrapassavam os limites da ciência. “Especular, por conseguinte, sobre a origem das normas éticas implicaria descer ao território sociológico e psicológico e extrapolar as fronteiras da ciência do Direito.” (REGO, 2009, p. 13)

O positivismo, que adota razão<sup>3</sup> como premissa, justifica seus postulados com base na lógica. O raciocínio lógico, a partir da observação da realidade fática<sup>4</sup>, é o fio condutor desta ciência. É uma ciência idealista, porque construída por critério lógico-racional para funcionar como dogma, mas a partir de elementos reais.

Para Kelsen, o Direito não está na realidade (no mundo do ser), mas na construção lógico-racional positivada em norma (mundo do dever ser).

Os pós-positivistas, por sua vez, partirão da ideia de que a norma não tem as respostas prontas para todos os casos, sendo necessários princípios

---

<sup>3</sup> Afasta-se, assim como já fizera o Direito Natural iluminista, da religiosidade e da fé (metafísica) para o conceito e definição do Direito.

<sup>4</sup> A realidade fática, para o positivista, não tem a força de afastar a construção cognitiva cristalizada na norma. A realidade é o insumo para a construção da norma estabelecida na lei. Estando lá, a realidade não pode alterá-la. Esse raciocínio será diferente para o pragmatista, conforme se verá à frente.

de otimização para a aplicação do Direito, notadamente nas *hard cases*. Desenvolver-se-á a teoria de que a norma jurídica é gênero, do qual as regras e os princípios são espécies. Aqui há uma aproximação da ciência do Direito com a Moral, com a axiologia, admitindo-se critérios materiais de validade das normas. Todavia, o caráter lógico-racionalista-individualista é mantido, sendo marca característica de todas as fases do positivismo.

A diferença perceptível da fase positivista para a pós-positivista é a força interpretativa do juiz. O pós-positivismo deu aos princípios natureza de norma jurídica, permitindo-lhe aplicação direta às situações da vida, independentemente de regra jurídica dando-lhe concretude. A abstração característica dos princípios necessitava de participação que lhe concretizasse diante do caso concreto, o que foi feito pelos juízes. Os juízes, a partir de então, teriam capacidade criativa do Direito, o que outrora havia sido rejeitado pela *Civil Law* positivista.

Essa capacidade criativa aumenta o poder discricionário do juiz, já que o princípio possui baixa densidade normativa. Esse crescimento do papel do juiz na formação do Direito, aliado à força que a Constituição ganhou no pós-segunda guerra, fortaleceu o papel político do Judiciário, que passou a ser protagonista dos fatos mais importantes da história nacional. Isso gerou o conhecido fenômeno do ativismo, que, por consequência, gerou a judicialização de todo e qualquer assunto da vida social, abrindo as portas do Judiciário para que a população pudesse reclamar da violação de seus direitos.

Desde logo, é de se registrar que o fortalecimento do papel do juiz para a solução dos problemas sociais não implica a adoção do realismo e pragmatismo americano. Tanto o pós-positivismo quanto o pragmatismo abrem espaço para o ativismo na atuação judicial. A diferença está no racionalismo lógico do pós-positivismo, pouco afeito à experiência, à faticidade.

O positivismo é conceitualista, teórico, idealista, retórico, dogmático. Não coloca esses ingredientes no caldeirão e mistura com a experiência, com o teste, com a prática, com a vida. Isso torna, muitas vezes, o direito num ideal a perseguir e não uma realidade. O positivismo trabalha com promessas, de baixo poder de realidade.

O pragmatismo jurídico surge como movimento para reclamar a falta de realidade da aplicação do Direito, de se levar em conta as circunstâncias fáticas, enfim a dinâmica da vida.

Antes de adentrar no pragmatismo jurídico, há de se apresentar o método pragmatista, como e onde surgiu e quem são seus pais fundadores.

## **ORIGEM DO MÉTODO PRAGMATISTA**

O pragmatismo não é uma filosofia. Não tem a intenção de explicar conceitos e princípios, mas busca uma forma, um caminho para aplicá-los. Trata-se, pois, de um método científico. Segundo George Browne Rego, “o Pragmatismo é, substancialmente, uma atitude e não uma técnica

procedimental que resulte de uma lógica de cunho estritamente racional e que enquadre os fatos em categorias universais e necessárias.” (REGO, 2009, p. 24)

E qual a finalidade do método? Trazer o dinamismo da vida, a fenomenologia, a experiência, os fatos para a métrica decisória. Uma teoria só tem vida na experiência.

Qual o fundamento? A racionalidade que construiu a norma não tem a capacidade de alcançar a riqueza e o dinamismo da realidade, razão pela qual a faticidade não pode ser deixada de lado.

George Browne Rego afirma que:

*A fundamental premissa da filosofia pragmática é a de que o seu método rejeita, sistematicamente, toda e qualquer forma de dualismos que, ao longo da história, têm permeado o pensamento filosófico. A crítica pragmática está assentada no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, e, portanto, seu desenvolvimento processa-se dentro e numa perspectiva contextual e funcionalizada, ou seja: as distinções que venham a ocorrer e os propósitos que se pretende atingir no curso das ações praticadas são subsumidos no interior de cada situação, envolvendo os indivíduos e o meio ambiente (REGO, 2009, p. 20).*

Esse raciocínio pragmático, embora com origens nos socráticos e sofistas gregos, bem como no experimentalismo inglês, foi sistematizado e desenvolvido nos Estados Unidos do final do século XIX.

Antes, porém, é de se ressaltar que não há unificação teórica do pragmatismo. Os próprios fundadores divergiram bastante sobre o que é o pragmatismo, sua relação com a lógica, sua relação com o realismo/nominalismo etc. Basta dizer que, por exemplo, Charles Peirce se assumia explicitamente como realista, enquanto William James era nominalista. James trouxe a religião para os seus escritos pragmatistas, enquanto outros afastavam do pragmatismo qualquer interferência metafísica. Feita essa ponderação, passa-se a descrever a formação do pragmatismo.

Alguns intelectuais da época constituíram o Clube de Metafísica de Boston, tendo como principais nomes Charles Sanders Peirce, William James e Oliver Holmes Jr. As reuniões ocorriam geralmente no escritório de Peirce ou no de James. Após alguns meses de reuniões, o grupo foi desfeito, tendo Charles Peirce decidido escrever algo desprezioso, mas que assentava as suas ideias levadas a cabo durante o tempo de funcionamento do Clube. Deu ao texto o título de “Como tornar as nossas ideias claras”, publicado em 1878, o qual seria considerado o precursor do movimento pragmatista. (POZZOLI, 2016, p. 17)

Nesse texto, Peirce formula o princípio do pragmatismo: “Considere quais os efeitos, que concebivelmente poderiam ter consequências práticas,

concebemos que tenha o objeto de nossa concepção. Então, a concepção destes efeitos é o todo de nossa concepção do objeto.” Desse princípio é possível extrair duas lições pragmáticas: a) a observância das consequências práticas, o experimentalismo, a evidência; e b) a previsibilidade das situações futuras<sup>5</sup>.

Quanto à observância das consequências práticas, James ponderava como eram insignificantes várias discussões científicas, pois ausente de repercussão prática. Daí formulava algumas questões a partir do método pragmático: “Que diferença prática haveria para alguém se essa noção ou aquela fosse verdadeira? Se não pode ser traçada nenhuma diferença prática, então as alternativas significam praticamente a mesma coisa e, logo, toda a disputa é vã” (apud POZZOLI, 2016, p.43).

O pragmatismo teve solo fértil nos Estados Unidos, já que se tratava de país em construção de identidade, com nítida rejeição dos padrões europeus, em especial os vindos da Inglaterra, aliado ao fato da guerra civil americana, que deixou marcas na forma de pensar, afastando-se de idealismos e com características mais realistas (POZZOLI, 2016, p. 19-20).

Segundo George Browne Rego, “O processo cognoscitivo sofre agora, com Peirce, uma reversão. A teoria submete-se à prática e a ação torna-se tão importante quanto à reflexão, sem que isso, propriamente, implique numa desvalorização das ideias e da própria teoria. Ao revés, elas se tornam vivas, palpitantes e funcionais. Caminham cooperativa e solidariamente em comunhão com o agir humano que, por seu turno se faz mais rico, mais inteligente” (REGO, 2009, p. 23-24).

O pragmatismo coloca em debate a necessidade de se afastar dos falsos problemas criados pela abstração, pela lógica racionalista, para exigir a ação, exigir um método científico comprometido com a teoria e com a prática, com o contexto sociocultural.

Quem levou esse raciocínio para o campo do Direito foi Oliver Wendell Holmes Jr, jurista que participou do Clube de Metafísica de Boston ao lado de Charles Peirce e William James. Vai-se agora analisar quais os impactos do pragmatismo no campo jurídico.

---

<sup>5</sup> A previsibilidade foi tema central da doutrina de Oliver Holmes Jr. Em seu clássico livro, ele afirma: “Quando estudamos direito, não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas pagam advogados que as representem junto aos juizes, reside no fato de que, em sociedades como a nossa, o comando da força pública está concentrado em juizes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e consequentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça.”

## PRAGMATISMO JURÍDICO

O pragmatismo jurídico tem em Oliver Holmes Jr. o seu precursor. Participante do Clube de Metafísica de Boston, tido como o pai do realismo jurídico americano, Holmes tem a frase que é símbolo do movimento: “A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência.” (HOLMES JR., 1991, p. 01)

Segundo ele,

*A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes (HOLMES, 1991, p. 1).*

Holmes foi juiz da Suprema Corte Americana de 1902 a 1932. É tido como um dos maiores pensadores do Direito de todos os tempos. Ganhou notoriedade por votos vencidos proferidos na Suprema Corte, nos quais combatia o formalismo, as ambiguidades e os paradoxos do direito estadunidense. Entendia que as decisões têm que ser proferidas dentro de um contexto cultural, para além dos textos normativos.

Holmes foi um crítico da doutrina positivista de atividade silogística do juiz, ao fazer a subsunção do fato à lei. O Direito não está no texto, mas na vida cultural. É que a lei não poderia jamais prever a riqueza dos elementos da vida, para o que caberia ao juiz, a partir dos valores da sociedade, criar a regra jurídica para solução do caso.

George Browne Rego (2009) afirma que:

*Sendo o escrito, portanto, por si só, incapaz de justificar aos que o criticam suas próprias premissas, necessita sempre da ajuda da oralidade que não se limita a repetir as mesmas coisas contidas na palavra escrita. Ou seja, se só pela oralidade é possível compreender adequadamente a essência do escrito, ninguém melhor do que seu autor para fazê-lo (REGO, 2009, p. 29).*

Prossegue George Rego (2009):

*Esse modelo, no qual a decisão jurídica resulta dogmaticamente do texto legal ou de uma estrita submissão dos fatos à lógica, opõe-se ao método pragmático. Ele parece não resistir a uma análise mais profunda dos seus postulados. Na maioria das vezes, os casos em que as normas jurídicas não se conformam aos fatos por mera subsunção, dado a singularidade de cada evento e a impossibilidade do legislador de prever a infinidade de ocorrências fáticas que a realidade venha a provocar, resultam no aparecimento de situações consideradas aporéticas (REGO, 2009, p. 26).*

Outro grande representante do pragmatismo jurídico foi Benjamin Nathan Cardozo, também juiz da Suprema Corte Americana.

Para Benjamin Cardozo, a legislação não poderia conter a norma justa antecipadamente. Era necessário o papel integrativo, complementador e criativo do juiz. O legislador não poderia antever racionalmente todos os problemas que o dinamismo da vida traz.

Segundo ele,

*As normas e os princípios do Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça (CARDOZO, 2004 p. 12).*

Arremata Cardozo (2004) ao afirmar que:

*Não há dúvida de que o sistema ideal, se pudesse ser alcançado, seria um código ao mesmo tempo tão flexível e minucioso a ponto de fornecer antecipadamente a norma justa e adequada a toda situação imaginável (CARDOZO, 2004, p. 106).*

No Brasil, é possível identificar em Miguel Seabra Fagundes, na década de 1940, fundamentos do pragmatismo jurídico. É assente que ele tinha a compreensão de que o Direito, para ser compreendido, não poderia se dissociar da realidade.

Segundo Seabra Fagundes,

*A realidade que o legislador pensa abranger com a norma hoje editada, amanhã será outra, não sem raízes na originária, mas revestindo particularidades tais, dela de tal modo se fazendo progressivamente autônoma, que a insuficiência da previsão legislativa de logo se mostra evidente. A norma não evolui, mas evoluem os*

*fenômenos da vida aos quais deve aplicar-se” (apud MELO, 2011, p. 510).*

Para Gustavo Melo, Seabra Fagundes era um observador do poder criativo da jurisprudência. Segundo ele, em conferência de 11.08.1949, na Ordem dos Advogados de Campina Grande (PB), intitulada ‘Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro’, Seabra Fagundes assinalou que:

*Tão rica de fatos, aspectos, circunstâncias, ocorrências e imprevistos é a vida em sociedade, que ao direito cumpre disciplinar que, sem embargo da sabedoria do legislador, dos estudos ou inquéritos antecedentes à sua elaboração, das sugestões de interessados ou órgãos técnicos, a lei em si resulta sempre insuficiente, não só à definição de deveres e faculdades como, ainda, à composição dos conflitos dela própria resultantes. É que, se a imaginação do homem ultrapassa a realidade nas audácias da fantasia, a realidade por sua vez a supera na fertilidade dos acontecimentos diários. Daí dizer Pascal que antes a imaginação se fatiga de conceber do que a realidade de sugerir (apud MELO, 2011, p. 510).*

Após a descrição da compreensão pragmatista dos pensadores acima, passa-se ao estudo das características do pragmatismo jurídico.

### **Características do pragmatismo jurídico**

O pragmatismo jurídico possui o contextualismo, o antifundacionismo e o consequencialismo por características.

O contextualismo se refere ao fato de que ao se construir a norma jurídica do caso concreto, deve-se observar o contexto cultural, ou seja, o ambiente político, social, moral e jurídico no qual se aplica a norma. Não é cabível, para os pragmatistas, a aplicação de soluções pré-concebidas e dissonantes da realidade cultural que envolve o caso.

O antifundacionismo se refere ao fato de que ao pragmatista pouco importa questões metafísicas ou discussões explicações dos porquês das coisas (a causa primeira das coisas). Não se trabalha com dogmas; o foco são as questões postas e como resolvê-las.

O consequencialismo significa que a decisão do juiz não pode estar assentada apenas em critérios racionais, retóricos, mas deve antecipar as consequências e resultados possíveis e colocá-los à prova na experiência, na fenomenologia.

Para Richard Posner (2010),

Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar (POSNER, 2010, p. 16).

O consequencialismo é uma forma de limitar o poder discricionário do juiz, exigindo compromisso com os efeitos decisórios, não só internamente como externamente ao processo.

## **As bases de análise econômica do direito**

Devota-se a Oliver Holmes Jr. a base do movimento da Análise Econômica do Direito. Ele questionava a ligação do Direito a valores éticos (para ele metafísicos), invocando a necessidade de eficiência do Direito, o que significaria redução de custos. E esse critério da eficiência é um dado objetivo, mais fácil para controlar a discricionariedade judicial do que a permissão de julgamentos baseados na moralidade (BORBA, 2013, p. 130-131).

Para Holmes, não era possível romantizar o Direito, quando se sabia que o estudo jurídico se dava na busca de o advogado dar a seu cliente o caminho da

Holmes argumentava ainda que o cidadão cumpre muito mais as normas quando sente que o descumprimento pode-lhe causar um prejuízo do que pela consciência de idealizado bem-estar social.

“Holmes, destarte, rompe como o padrão clássico de se pensar e criar o direito através da lógica, ao propor uma maneira diversa de elaboração da norma jurídica; uma vez que nem todas as pessoas estão dispostas a cumprir a norma pelo fato dela demonstrar um ideal social, pelo contrário ponderam os custos e benefícios de se obedecer ou não as pautas de conduta positivadas” (BORBA, 2013, p. 135).

Assim, a análise dos custos do Direito é algo que não pode ser ignorado pelos pragmatistas.

## **Críticas ao pragmatismo jurídico**

### **Falta de segurança jurídico e de previsibilidade**

Forte crítica que se faz ao pragmatismo é quanto à discricionariedade judicial. A premissa de que a norma jurídica é construída a partir do contexto cultural, à luz dos fatos, das circunstâncias que envolvem o caso, violaria a segurança jurídica, pois não se poderia prever a norma jurídica que regula o caso, o que gera forte insegurança.

Para os críticos, o positivismo clássico tem a vantagem de compreender que a norma jurídica preexiste ao fato, cabendo ao juiz tão-somente fazer a subsunção, o que gera maior segurança jurídica.

A defesa dos pragmatistas é a de que o Direito, por ser muito mais experiência, permite a previsibilidade com base em dados objetivos. Por isso,

*A norma jurídica revela uma construção da experiência, de maneira aos juristas conseguir prever resultados de julgamentos, com base em um estudo pretérito com grande poder de acerto e eficiência, destruindo as antigas concepções do Direito ser um “oráculo” sempre pronto a revelar, “infallivelmente”, os valores morais da Sociedade, hodiernamente” (BORBA, 2013, p. 134).*

George Browne Rego e Leonardo Almeida ponderam que:

*O pragmatismo jurídico não se opõe às noções de consistência e previsibilidade, mas ao ampliar o conjunto de elementos a serem considerados para auferir as possíveis consequências de uma decisão, como questões econômicas, políticas e culturais, inevitavelmente reconhece uma margem de discricionariedade sem a qual não há como se decidir sobre qualquer problema. O risco é um elemento inevitável, mas é também por ele que transformações significativas podem ser realizadas no nível da comunidade (REGO, ALMEIDA, 2015, p. 05).*

O poder discricionário que se dá ao juiz pragmatista, além de gerar questionamentos quanto à insegurança jurídica, abre espaço para a impugnação do próprio acúmulo de poder na figura de um só sujeito. Sobre esse questionamento será o próximo tópico.

### **Forte concentração de poderes nas mãos do juiz**

O poder discricionário que se dá ao juiz pragmatista para que ele possa construir a norma à luz da vida prática, longe de dogmas e de discussões metafísicas, observando a economia, a política, a sociologia etc., faz surgir o questionamento da legitimidade democrática decisória desse juiz, que não fora eleito pelo povo e que se afasta do padrão racional estabelecido na legislação.

Esse poder discricionário conduz à conclusão de que a norma jurídica não existe no texto jurídico, mas construída no caso concreto. Isso é a base do realismo jurídico que diz que o Direito é aquilo que os juízes dizem que ele é.

Para Benjamin Cardozo, “o poder que se coloca em suas mãos é grande e está sujeito, como todo poder, a abusos; mas não devemos nos furtar a concedê-lo” (CARDOZO, 2004 p. 07).

O questionamento sobre a legitimidade democrática decisória pode ser superado com a abertura democrática no procedimento de formação da norma diante do caso concreto. Quanto maior for essa abertura, maior é a legitimidade. Além disso, a própria fundamentação adequada da decisão serve como legitimação constitucional.

## PROCESSO CIVIL PRAGMATISTA

O processo civil brasileiro tem no racionalismo cartesiano sua fonte de inspiração. O Direito Processual é tido como área do conhecimento científico, utilizando-se, para tanto, da metodologia das ciências matemáticas e físicas<sup>6</sup>. Não por outra razão, serve-se de elementos dessas ciências para estruturar a sua, por exemplo, o conceito de ação (física), inércia (física), relação triangular (matemática), busca da verdade, dogmas, enunciados etc.

Ovídio Baptista da Silva (2204) já advertia que:

*A intenção primordial deste estudo é investigar os compromissos do Direito Processual Civil com o paradigma racionalista que procurou fazer do Direito uma "ciência", sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas. A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pesar e contar, fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-se da História (SILVA, 2004, p. 01).*

Essa característica marcante de nosso Direito Processual o fez predominantemente escrito<sup>7</sup>, com forte legalismo, muito conceitual, com uma densa lógica teórica, mas com pouca efetividade prática.

Dita falta de efetividade já fora denunciada anteriormente, surgindo no Direito processual o movimento da instrumentalidade, em contraposição ao cientificismo de Oskar Von Büllow, Anton Menger, Franz Klein, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, dentre outros. A fase instrumentalista, cujas premissas eram afastar-se do exagerado cientificismo processual com foco na realização do direito material reinvidicado, teve seu início com Mauro Capelletti e, no Brasil, com o professor Candido Dinamarco.

O instrumentalismo é uma amenização do cientificismo que tomou conta do Direito Processual, mas pouco inova em termos metodológicos. Mantém a pegada positivista, sendo, apenas, menos formalista. A frase que representa o movimento é: "o processo é meio de realização do direito material e não um fim em si mesmo."

---

<sup>6</sup> Ora, para que determinado ramo do conhecimento fosse reconhecido como ciência, deveria ter a mesma metodologia e compartilhar os dogmas das ciências exatas.

<sup>7</sup> Ora, para que determinado ramo do conhecimento fosse reconhecido como ciência, deveria ter a mesma metodologia e compartilhar os dogmas das ciências exatas.

O processualista é um indivíduo que se esmera em conhecer a origem dos institutos processuais, as regras que regulamentam os institutos, a natureza jurídica dos institutos, a evolução dos institutos, mas que quando vai aplicar para solucionar a controvérsia, fica de mãos atadas, já que a construção racional que está textualizada no enunciado normativo é incapaz de trazer a resposta para o caso posto para julgamento.

O processualista não é um estudioso de casos concretos (a fim de verificar se aquele problema já aconteceu em outro local). A resposta de seus problemas ele procura unicamente em textos escritos (códigos ou doutrina<sup>8</sup>).

O ensino do processo nas universidades brasileiras é muito pautado no conceitualismo, no idealismo, no mundo do dever-ser, bastante desconexo com a realidade prática que assola a sociedade<sup>9</sup>.

É comum se ler longos debates em livros doutrinários sobre temas de baixíssima aplicabilidade prática, por mero apego ao formalismo ainda muito presente no mundo jurídico. Exemplo disso é a discussão se a jurisdição voluntária é atividade jurisdicional ou administração pública de interesse privado. Vários artigos escritos, várias páginas de livros, para algo que pouco ou nada repercute na dinâmica da vida.

Ao lado disso, o processo judicial brasileiro continua sendo caro, moroso e ineficiente. Os teóricos, por mais que estudem teorias avançadas importadas da Europa, da América Latina e dos Estados Unidos, não conseguem solucionar o problema da morosidade<sup>10</sup>, da ineficiência, da má-fé processual e do alto custo da máquina judiciária para a população brasileira<sup>11</sup>. Esse cenário kafkaniano, no sentido de um sistema de justiça que não se consegue compreender, gera consequências indesejadas:

a) Há aqueles que, diante da morosidade do Judiciário, cria proximidade com serventuários e juízes para obter vantagens para seus processos, os quais passam a tramitar mais rapidamente. Essa relação não necessariamente é exteriorizada com a aparência de ilicitude, é algo até sem dolo por parte do serventuário e/ou juiz, mas que perpetua uma cultura de uma justiça que paquera com o erro;

b) O ambiente processual é marcado pela baixíssima sanção contra a má-fé, o que gera a sensação de que tudo pode na defesa dos direitos e no exercício da jurisdição estatal. Daí que a testemunha é orientada para mentir

---

<sup>8</sup> Aqui não se está a criticar o papel que a doutrina exerce. Longe disso! A doutrina tem importante papel de contribuir com a difusão do conhecimento, colaborando com o debate acadêmico-profissional. O problema é quando, num caso concreto, busca-se a resposta somente nela e nos códigos.

<sup>9</sup> Não é incomum estudantes de direito se decepcionarem com o Curso, pois não consegue enxergar a beleza da teoria jurídica se refletir na prática social.

<sup>10</sup> O tempo médio do acervo do Poder Judiciário foi de 05 anos e 02 meses, segundo dados da Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

<sup>11</sup> As despesas totais do Poder Judiciário somaram, em 2019, R\$ 100.200.000.000,00 (cem bilhões e duzentos milhões de reais), segundo dados da Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

na audiência e isso é visto como normal. O juiz desmarca a audiência faltando minutos para o início, sem nenhum pedido de desculpas ou mesmo indenização, mas isso é normal. O servidor relapso não providencia as intimações necessárias para a audiência, frustrando o ato, mas isso é normal. O advogado traz informações inverídicas em sua peça, mas está defendendo o direito do seu cliente, então é normal. O Ministério Público tem acesso facilitado ao juiz da causa, coisa que não é dispensada ao advogado da parte adversa, mas isso é normal.

Há a necessidade, portanto de uma virada processualística que, para além da dogmática jurídica, preocupe-se com os elementos extraprocessuais. Vicente de Paula Ataíde Júnior (2013) defende que:

*Administração, economia e sociologia compartilham o mesmo locus da experiência processual, cada qual fornecendo a sua medida de colaboração para a prática-com-êxito desse peculiar direito dinâmico. O fenômeno processual não se reduz à lógica jurídica, nem aos conceitos e sistematizações legais e doutrinárias. Num direito dinâmico, operacional, que trabalha com dados empíricos de administração de rotinas, chega a ser contraproducente – para não dizer ilógico – produzir soluções abstratas, saídas de formulações exclusivamente ideais. A proposta deve ser multimetódica. O pensamento, sozinho, desacompanhado da experiência, não pode produzir um bom direito processual (ATAÍDE JÚNIOR, 2013, p. 109).*

A proposta é trazer abaixo, sem o intuito de esgotamento, pontos sensíveis a uma visão pragmatista do processo civil.

## **A norma jurídica como construção democrática**

Todo texto é dotado de equívocos, abrindo espaço para interpretações dúbias, concorrentes ou conflitantes. Daí ser fundamental submeter a formação do sentido do texto a ambiente plural, diversificado, para que por meio da dialética se construa a melhor solução para o caso concreto.

Observe-se que a solução não deve ser necessariamente um silogismo (em casos fáceis pode até ser que seja, todavia não é algo impositivo), mas algo construído dialogicamente pela comunidade processual.

A decisão não necessariamente é adjudicada pelo juiz (salvo nos casos fáceis), mas, reitere-se, construída pela comunidade.

Dessa forma, a norma não está no texto jurídico, que é apenas uma projeção normativa. A norma jurídica é o resultado da construção, pois é fruto do diálogo e da experiência.

Mesmo no caso de precedente, não há norma jurídica do enunciado do precedente ou mesmo no caso anteriormente julgado. Do mesmo jeito da

lei, o enunciado do precedente constitui projeção normativa para os casos futuros, devendo sempre a norma ser construída no caso concreto, à luz das faticidades e do contexto cultural (contextualismo).

Do contrário, ao se entender que o juiz está adstrito ao texto do enunciado do precedente ou à *ratio decidendi* do caso anterior, estar-se-ia dando ao sistema de precedentes o mesmo tratamento que o pragmatismo critica quanto à lei, trabalhar com textos normativos com respostas previamente estabelecidas, a partir de critérios racionais, que não necessariamente dialogam com as especificidades da causa ou mesmo com adaptações necessárias para a melhor solução do caso.

Não faz sentido distinguir o modo de aplicação da norma legal da norma precedental. Em ambos os casos, há projeto normativo no texto que serve de modelo inicial para a construção democrática da norma jurídica que regulará o caso concreto. Nos casos simples, é comum que a norma construída seja resultado da atividade subsuntiva da comunidade processual (está geralmente limitada, nesses casos, aos sujeitos clássicos do processo: autor, réu e juiz). Todavia, em casos complexos, o texto serve de ponto de partida, mas não necessariamente de baliza para a norma construída. É que as peculiaridades, a repercussão social, política, econômica, moral, religiosa devem ser levadas em consideração na busca da melhor resposta possível.

### **Fortalecimento da oralidade. Flaxibilidade procedimental.**

Todo texto escrito é passível, como já dito, de equivocidades. Por mais claro que o escritor se esforce para ser, o leitor dar seu próprio sentido às palavras escritas, concluindo, algumas vezes, em sentido distante daquele intentando pelo escritor.

O texto escrito também tende à retórica, sendo pouco dialético. Há, ainda, a tendência de se alongar nas palavras, tornando-o, não raras vezes, prolixo e confuso. A oralidade é dialética. Enseja o debate. Abre-se à participação. A oralidade é imediata.

Para a superação do paradigma positivista e a construção normativa em diálogo com a comunidade processual (composta dos sujeitos clássicos, somado aos assessores judiciais, oficiais de justiça, escrivão, terceiros interessados, *amicus curiae* etc.) é necessário superar o clássico formalismo procedimental para a abertura cooperativa de formação flexível do procedimento, à luz da especificidade da causa, sempre em ambiente plural e democrático.

Nesses ambientes plurais, a oralidade deve ser a tônica, pois facilita a construção de soluções democráticas.

### **Casos difíceis não têm respostas prontas**

Assim como na lei não há respostas prontas, o juiz também solipsistamente não tem a saída para todos os problemas que lhe são apresentados. Além de não conter a saída sozinho, a atividade solitária do

juiz, diante de tanto poder que o pragmatismo lhe confere, tangencia da democracia participativa que se espera do processo judicial.

Nesse sentido, para os casos fáceis, em que a atividade subsuntiva será a regra, o juiz poderá construir a norma apenas com os sujeitos clássicos do processo. Baixa democraticidade diante da aplicação silogística da norma projetada no texto de lei ou de precedente.

Para casos complexos, o poder de criação judicial aumenta, exigindo-se também uma maior democraticidade da construção normativa. Deverá haver abertura para a comunidade científica participar: os interessados diretos, os setores econômicos, acadêmicos, profissionais etc., o ministério público, a defensoria pública, enfim, a sociedade de forma geral.

Como os sujeitos não chegam ao processo com respostas, elas têm que ser construídas coparticipativamente. Interessante método para se aplicar é o *design thinking*.

### **Quebra de formalismo/dogmatismo. Processo focado em resultado**

O processo civil necessita se desapegar do cientificismo que o contaminou por todo o século XX e início do século atual. Mesmo o instrumentalismo, que significa uma diminuição do cientificismo em busca de resultados práticos, mantém a estrutura científica, o que dificulta a sua evolução.

O processo civil tem que ser visto como instituição de garantia do cidadão, mas como meio de resposta adequada do problema que veicula.

Resposta adequada conclama eficiência na administração do processo e na solução construída. Conclama duração compatível com a complexidade do problema. Conclama ambiente plural e ético.

O processo precisa romper os laços com o formalismo e o dogmatismo. Deve ser um processo de resultado, de transformação prática, de experiência.

O processo não é campo para teorias, nem discussões científicas. O processo é arena de transformação, de impacto, de soluções.

### **Consequencialismo. Análise de dados**

Há necessidade de responsabilidade decisória. As decisões, notadamente nos casos complexos, provocam impactos sociais, políticos, jurídicos, orçamentários, econômicos etc. Não é possível que o processo se preocupe somente em realizar o direito material invocado pelo autor. O romantismo jurídico (idealismos que são mais retóricos e pouco práticos) deve ser superado, para que a eficiência/efetividade seja a tônica. Há de se ter operabilidade no processo.

Para além disso, é preciso trazer para dentro do processo, bem como para o estudo do Direito Processual, a análise de dados empíricos. Observar o caminho que tem dado certo e o que não funciona. Aliar a técnica formal a dados coletados, seja no próprio âmbito jurídico, como o faz o Conselho

Nacional de Justiça, com o Relatório da Justiça em Números, seja nos diversos ramos científicos do conhecimento.

As decisões judiciais têm que estar assentadas na dogmática jurídica, mas também na experiência. Uma decisão dogmaticamente irreparável, mas de baixa eficiência e baixa efetividade é inútil. Só serve para aplausos dos processualistas dogmáticos que vibram com a arte pela arte.

Para Vicente de Paula Ataíde Júnior (2013),

*O que o pragmatismo propõe é a pesquisa jurídica alimentada pela metodologia das ciências sociais e da economia: que os pesquisadores do direito (ao menos os do direito processual) passem a frequentar as ruas, as comunidades, os fóruns e tribunais para realizar pesquisa de campo; que tabulem os dados obtidos e forjem suas conclusões considerando esses dados.*

*Os debates acadêmicos deverão ser precedidos de informações sobre as qualidades e deficiências dos serviços judiciários, incluindo estatísticas sobre o custo e a duração dos processos. As monografias, dissertações e teses de direito processual com isso poderão responder, mais adequadamente, sobre a operacionalidade das soluções processuais que propõem. A dogmática poderá ser melhor questionada e criticada com dados da realidade. As instituições processuais poderão passar pelo teste pragmático da verdade, desde que o seu funcionamento prático possa ser avaliado, seja por meio de uma percepção subjetiva, seja pelas constatações da sua performance real.*

*Uma coisa é se ter boas leis processuais; outra é ter boas leis processuais funcionando. O pragmatismo jurídico não se limita à pesquisa das leis, mas vai ao encontro das leis em movimento. (ATAÍDE JÚNIOR, 2013, p. 145)*

## CONCLUSÃO

O processo civil de cunho positivista, em curso há mais de um século no Brasil, demonstrou sua incapacidade de entregar uma justiça ética, eficiente e em tempo razoável. Inúmeros compêndios e artigos escritos, centenas de leis editadas, códigos elaborados e não se consegue ter um Direito Processual satisfatório.

A crença de que o legislador seria capaz de racionalmente construir as regras de comportamento da sociedade e que, na hipótese de descumprimento, o Judiciário seria acionado para, diante dos fatos, em busca da verdade, aplicar silogisticamente o direito objetivo ao caso concreto para que se retornasse ao estado de paz, soa até infantil.

Sem sombra de dúvidas, a teoria processual é bela, como um quadro pintado por renomado artista. Todavia, tal obra-prima pendurada na parede de quem clama por comida, saúde, segurança, liberdade, é apenas um instrumento de idealismo na dura realidade.

Como disse Oliver Holmes Jr., a vida do direito não é lógica, é experiência. O Direito não se preestabelece como se a vida fosse estática, previsível. O Direito não pode ser analisado como quem analisa uma bactéria ou um vírus em laboratório. O Direito não se separa, nas suas inúmeras relações, com as demais áreas da vida.

É hora da virada processual, para que venha a ser menos científicista, menos formalista, menos conceitualista, menos dogmatista e foque na solução do conflito, com responsabilidade decisória, com base em dados empíricos e a partir do contextualismo.

Método que pode colaborar para a virada processual é o pragmatismo jurídico. Seu olhar para a experiência, para a faticidade, para outros ramos científicos que não somente o jurídico, ajuda na libertação formalista do processo civil brasileiro.

Todavia não o pragmatismo puro, mas um pragmatismo temperado no caldeirão da democracia participativa, de pegada habermasiana, que empodera o Judiciário para a resolução do conflito, mas exige diálogo, cooperação entre os sujeitos processuais, oralidade e contraditório.

A libertação pragmatista para o processo civil brasileiro, com o tempero da democracia (que agrega legitimidade), exige uma nova postura de todos os sujeitos processuais, o que repercute na formação dos juristas nas universidades públicas e privadas.

Enfim, é uma proposta de visão processual que se lança para o debate acadêmico e para a adoção pelos tribunais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 2013. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

BORBA, Luiz Edmundo Celso. **As raízes do experimentalismo no pensamento de Oliver Wendell Holmes Júnior e o surgimento da tese de junção do direito com a economia na obra de Richard Posner**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover, 1991.

JAMES, Wiliam. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MELO, Gustavo de Medeiros. A contribuição de Seabra Fagundes para o Direito Processual Civil brasileiro: homenagem pelo centenário de seu nascimento. **Revista de Processo**. Vol. 198/2011, p. 505-522, ago.2011.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POZZOLI, Vanessa Luciano. **O que entende você por *pragmatismo*? Alguns confrontos entre os pragmatismos de C.S. Peirce e W. James**. 2016. 76 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardoso. **Revista *Duc In Altum***. Caderno de Direito, vol. 1, nº1, jul-dez. 2009.

REGO, George Browne; ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de. Pragmatismo jurídico de decisão judicial. **Revista *Pensar***, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.