PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rafael Geraldo Magalhães Vezzosi

**A OBJETIVIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E A
DESMISTIFICAÇÃO DO PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL A PARTIR
DO INFERENCIALISMO DE BRANDOM**

Belo Horizonte

2014

Rafael Geraldo Magalhães Vezzosi

**A OBJETIVIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E A
DESMISTIFICAÇÃO DO PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL A PARTIR
DO INFERENCIALISMO DE BRANDOM**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Antônio Cota Marçal

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V597o Vezzosi, Rafael Geraldo Magalhães
A objetividade na fundamentação da decisão judicial e a desmistificação do papel da verdade no processo civil a partir do inferencialismo de Brandom / Rafael Geraldo Magalhães Vezzosi, 2014.
76f.

Orientador: Antônio Cota Marçal
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processo civil. 2. Juizes - Decisões. 3. Verdade. 4. Argumentação jurídica. 5. Brandom, Robert – Crítica e interpretação. I. Marçal, Antônio Cota. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Rafael Geraldo Magalhães Vezzosi

**A OBJETIVIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E A
DESMISTIFICAÇÃO DO PAPEL DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL A PARTIR
DO INFERENCIALISMO DE BRANDOM**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Antônio Cota Marçal (Orientador) – PUCMINAS

Marco Antônio Sousa Alves (Convidado de outra instituição) - UFMG

Lucas de Alvarenga Gontijo (Professor da Linha de Pesquisa) - PUCMINAS

Belo Horizonte, 20 de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e, em especial, agradeço muito ao professor Antônio Cota Marçal pela confiança creditada à minha capacidade e à constante disponibilidade e apoio na orientação deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialmente, àqueles da linha de pesquisa da Teoria do Direito, agradeço pelos incentivos ao estudo e à inovação no Direito.

Aos colegas de classe, firmes companheiros de mesma jornada acadêmica, mentes ávidas pelo conhecimento, agradeço pela troca de experiências e visões diferentes de temas jurídico-filosóficos.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

Manda a verdade que se diga que o cérebro é muito menos entendido em cores do que crê. É certo que consegue ver mais ou menos claramente visto o que os olhos lhe mostram, mas as mais das vezes sofre do que poderíamos designar por problemas de orientação sempre que chega a hora de converter em conhecimento o que viu. Graças à inconsciente segurança com que a duração da vida acabou por dotá-lo, pronuncia sem hesitar os nomes das cores a que chamamos elementares e complementárias, mas imediatamente se perde, perplexo, duvidoso, quando tenta formar palavras que possam servir de rótulos ou dísticos explicativos de algo que toca o inefável, de algo que roça o indizível, aquela cor ainda de todo não nascida que, com o assentimento, a cumplicidade, e não raro a surpresa dos próprios olhos, as mãos e os dedos vão criando e que provavelmente nunca chegará a receber o seu justo nome. (SARAMAGO, 2000, p. 83-84).

RESUMO

A Teoria Instrumentalista do Processo atribui ao Estado-juiz, no processo civil, poder de intervenção na designação de provas, desconsideração de diligências e de ser autor no preenchimento dos conteúdos conceituais jurídicos, com base na atribuição de representante do Estado e no interesse público de resolução do conflito judicial. O caráter público do processo, entendido pelos autores da teoria instrumentalista, foca na idealização de que o magistrado tem a capacidade de consciência dos anseios sociais, e a partir deles, dizer o Direito. A motivação da decisão judicial fundamentada por conceitos idealizados, como a “paz social” e “bem-comum”, além de considerar a existência de uma verdade a ser descoberta no processo, dificulta a contestação da decisão judicial em bases objetivas. O Inferencialismo de Robert Brandom porta-se como teoria que rediscute a ideia da existência de uma verdade absoluta e, por meio das inferências materiais no jogo de dar e pedir razões, possibilita a fiscalização da decisão judicial e identificação de conceitos e afirmações que não têm conexão com a realidade. Por meio da contestação e, mantendo postura crítica inferencialista no discurso processual, as partes teorizam o Direito democraticamente, na medida em que questionam e expõem razões, intersubjetivamente.

Palavras-chave: Processo Civil. Fundamentação judicial. Verdade. Inferencialismo.

ABSTRACT

Instrumentalist Theory of Process attaches to state court, in civil law proceedings, the power to intervene in the appointment of evidence, disregard of due diligence and be an author in fulfillment of legal conceptual contents, based on the allocation of the representative of the State and the public interest judicial resolution of conflict. The public nature of the process, understood by the authors of the instrumentalist theory focuses on the idealization that the magistrate has the ability to awareness of social expectations, and from them, saying the law. The motivation of the court ruling supported by idealized concepts such as "social peace" and "common good", and considering that there is a truth to be discovered in the process makes it difficult to challenge the court decision on objective bases. The inferentialism of Robert Brandom behaves as theory discussed again the idea of the existence of an absolute truth, and by means of material inferences in the game of giving and asking for reasons, enables enforcement of judicial decision and identification of concepts and claims that are connection with reality. Through the defense and keeping critical stance inferentialist procedural discourse, parties theorize the law democratically in that question and expose reasons intersubjectively.

Keywords: Civil Procedure. Judicial reasoning. Truth. Inferentialism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL.....	20
2.1 Teoria Instrumentalista do Processo.....	22
2.2 Princípios Gerais do Direito Processual na Teoria Instrumentalista do Processo	25
2.2.1 <i>Princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – verdade formal e verdade real.....</i>	<i>32</i>
2.2.2 <i>Princípio do livre convencimento ou persuasão racional do juiz e Princípio da motivação das decisões judiciais</i>	<i>33</i>
3 A RACIONALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	36
3.1 Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica	37
3.2 Teoria Neo-Institucionalista da Decisão Jurídica	43
4 PRAGMATISMO: O PAPEL DA REALIDADE NA VALIDAÇÃO DA OBJETIVIDADE NO DISCURSO JURÍDICO.....	47
5 INFERENCIALISMO DE ROBERT BRANDOM	54
5.1 A verdade como asseverabilidade e assertividade	62
5.2 A fiscalização democrática da motivação das decisões judiciais e a teorização jurídica a partir de premissas lógico-semânticas.....	67
6 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual é ramo do Direito Público que estabelece procedimentos a serem seguidos pelos interessados em uma resposta do Estado em casos que o particular não resolveu fora da esfera judicial.

Os indivíduos procuram o Judiciário quando não houve autocomposição de um conflito entre partes, no caso do Direito Civil. Dessa maneira, a função da Jurisdição é substitutiva dos indivíduos, ou seja, busca realizar a conclusão de uma demanda jurídica da forma mais próxima ao que se resolveria fora do Judiciário.

Para solução da demanda jurídica, a função da Jurisdição, exercida pelo magistrado no processo, se sujeita aos procedimentos judiciais legais e ditames constitucionais.

A legislação processual, assim como nos outros ramos jurídicos, feita pelo Legislativo, segue orientações dos representantes do povo e estes consultam, quando acham conveniente, as teorias de autores que escrevem sobre o tema a ser legislado. Os autores também escrevem teorias a partir da legislação. Assim, há um processo de discussão entre legislação e teoria que visa melhor adequação de ambos ao Estado Democrático de Direito.

Quando se fala em adequação ao Estado Democrático de Direito, trata-se da tentativa de que haja a construção de um país, pautado por regras jurídicas, que seja aberto a constante reconstrução de suas bases legais pelos participantes daquela sociedade – constitucionalmente, o povo. Dessa forma, o povo participa da construção das bases legais que são direcionadas para o próprio povo.

Sob tal perspectiva de democracia, a teoria geral do processo brasileiro leva em consideração princípios que não se sustentam em um Estado Democrático de Direito, especialmente o Princípio da verdade formal e verdade material, e o Princípio da motivação da decisão judicial.

Em uma primeira análise, esses dois princípios em si mesmos não demonstram inadequação com o Estado Democrático de Direito, porém, as consequências no processo trazem premissas autorizativas ao juiz que o sobrepõem às partes.

No caso do Direito Civil, essas premissas para intervenção maior do juiz devem ser tratadas com maior atenção, já que, neste ramo do Direito, o conflito geralmente é entre particulares ou estes com o Estado, ou seja, o resultado deveria

ser construído o mais próximo a uma solução de autocomposição. Diferente do Direito Penal, que leva em consideração teorias advindas da Criminologia e objetivos de controle que demandam maior intervenção estatal.

Mesmo no Direito Civil, pode-se dizer que essas premissas autorizativas são necessárias, já que o Direito Processual é ramo jurídico do Direito Público, e, assim, justifica o juiz, representante do Estado, ter maior autonomia e liberdade que as partes no processo.

Contudo, a decisão judicial não é construída necessariamente pelas partes interessadas no processo. O juiz pode buscar novas provas e, muitas vezes, desconsidera – na fundamentação da decisão – outras provas levadas ao processo. Dessa forma, a decisão judicial pode não ter o resultado esperado pelas partes, e não se porta como substitutivo de uma solução prática que ocorreria espontaneamente.

A busca de provas de ofício e a desconsideração de outras alegadas pelas partes na motivação judicial, normalmente, são fundamentadas pela busca da verdade material, cuja ideia de verdade vem do Princípio processual da verdade formal e verdade material.

Em relação ao Princípio da motivação da decisão judicial, o Direito brasileiro prevê o livre convencimento do juiz e a necessidade de explicitação de fundamentação. Porém, este convencimento não tem que estar necessariamente vinculado ao discurso racional entre as partes, interlocutores do processo. O juiz pode, a partir de seu convencimento, desconsiderar provas e pontos que não entender relevantes.

A fundamentação da decisão judicial é a explicitação do motivo daquele raciocínio judicial, e a partir de sua análise, as partes podem fiscalizar a atuação do Estado-juiz e questionar se essa motivação não estiver condizente com racionalidade na argumentação jurídica que leve em conta as garantias constitucionais no processo judicial.

Esse é o ponto de discussão nesta dissertação. A questão que se coloca é se a composição da decisão judicial com os atuais parâmetros legais e principiológicos estão condizentes com as garantias constitucionais das partes no processo e se, no percurso processual, o juiz, baseado nos princípios da teoria processual vigente, não se afasta da realidade da situação que as partes pretendem resolver judicialmente.

Para essa questão problema, neste trabalho, o entendimento é de que os atuais parâmetros teóricos e legais do processo não condizem com a realidade, já que estão amparados em princípios idealizados e que não espelham situação efetivamente factual – como o Princípio da verdade formal e verdade material.

Na busca por uma teoria que supra a necessidade de alinhamento entre realidade e os princípios processuais pautados em garantias constitucionais, a teoria do Inferencialismo de Robert Brandom é a hipótese que se apresenta nesta dissertação.

A escolha pelo Inferencialismo como principal teoria que baliza este trabalho justifica-se pelo uso das inferências materiais e comprometimento do interlocutor, a partir de suas afirmações. Brandom trabalha o Inferencialismo, explicitando normatividade lógico-semântica, que traz à tona comprometimentos tácitos. O autor destaca a importância das inferências materiais e não apenas das inferências lógico-formais. Dessa forma, ele utiliza do procedimento de dar e pedir razões para que, nas afirmações dos interlocutores, se averigüe em quais premissas suas assertivas estão fundamentadas.

As inferências materiais brandomianas servem de fundamento para construção de premissas na abordagem do Direito em parâmetros lógico-semânticos, pautados pelo conteúdo conceitual construído historicamente naquela sociedade.

Dessa maneira, por meio das inferências materiais do Inferencialismo brandomiano constata-se compromissos assumidos pelo magistrado na fundamentação de decisão judicial, ainda que estejam implícitos, a princípio. Tais compromissos devem ser devidamente justificados quando se trata de decisão judicial – o que pode não ocorrer por estarem implícitos antes da análise inferencialista.

A partir da explicitação destes compromissos pela teoria brandomiana, e, da análise da efetiva correlação entre a realidade e os conceitos a ela atribuídos pelo magistrado, as partes têm concretude de fundamentos para questionar a decisão judicial, e, conseqüentemente, a fiscalização da atuação do Estado-juiz torna-se mais factível. Afinal, a atuação do magistrado na fundamentação das decisões, no processo judicial, deve afastar a discricionariedade e quaisquer outros parâmetros que não estejam de acordo com o Estado Democrático de Direito, opção do Direito brasileiro atual.

Assim, a normatividade da lógica-semântica inferencialista pode servir de balizadora de uma teoria processual jurídica para a construção do processo que efetive as garantias constitucionais de um processo democrático e pautado na realidade de seus partícipes.

A metodologia de realização desta dissertação inicia com a exposição da teoria geral do processo que atualmente seria a teoria entendida como usual no Direito processual brasileiro, a Teoria Instrumentalista do Processo, por meio dos seus principais representantes, para composição da atual situação jurídica do processo.

Dentre os princípios da Teoria Instrumentalista, dar-se-á destaque ao Princípio da verdade formal e verdade material, e ao Princípio da motivação da decisão judicial, já que são os princípios que, pela hipótese deste trabalho, não se sustentam no Estado Democrático de Direito. Indicar-se-ão, quando pertinente, os textos legais que se referem ao tema.

Expor-se-á também as bases da Teoria Neo-Institucionalista do Processo, como contraposição à Teoria Instrumentalista do Processo, e a crítica ao atual modelo de processo brasileiro. Nesse ponto, discutir-se-á a viabilidade dessa teoria processual em comparação com a Teoria Instrumentalista.

Com relação ao Princípio da motivação da decisão judicial, discutir-se-á a viabilidade de duas teorias sobre como deve ser a devida fundamentação, a teoria do discurso racional como justificação da argumentação jurídica de Robert Alexy, e a teoria Neo-Institucionalista da decisão judicial de Rosemiro Leal. Esses autores serão discutidos nos pontos que tangenciam sua visão sobre a racionalidade que deve ser seguida para se chegar à devida fundamentação da decisão judicial.

Sobre a racionalidade no discurso jurídico, a teoria filosófica pragmatista dos métodos de fixação de crenças de Charles Peirce será exposta como crítica aos métodos não científicos e discutir-se-á sobre o uso do método científico para construção da racionalidade objetiva no discurso jurídico, pautada pela realidade.

Em seguida, os pontos principais da teoria do Inferencialismo de Robert Brandom serão expostos para composição das ideias de semântica inferencialista e expressivismo lógico. Os tipos de racionalidade e a visão de outros autores também serão expostos na leitura de Brandom, incluindo sua visão do pragmatismo.

Discutir-se-á o Princípio da verdade formal e verdade material no Direito Processual sob a visão da teoria Inferencialista de Brandom, mostrando que a ideia

de verdade não se sustenta e, que, assim, pode ser ruidosamente usada como base para uma atuação solipcista do magistrado. Assim, a validade da argumentação jurídica da prestação jurisdicional do Estado, fundada ou regida pela busca da verdade, com impulso próprio, sem efetiva construção pelas partes envolvidas, não satisfaz as garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

A hipótese inicial é a de que o procedimento inferencialista traça premissas que favorecem a construção da participação do cidadão e dos agentes do Direito na construção do ordenamento jurídico e favorece sua constante revisão pela experiência com a realidade para teorização necessária por meio da linguagem. Isso ocorreria pelo processo inferencialista de dar e pedir razões no discurso racional.

2 TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL

Este trabalho não pretende rever parâmetros de teoria geral do processo possível para se estruturar o processo penal. Há tópicos a serem analisados no estudo da Criminologia e específicos dos ramos do Direito Processual Penal e do Direito Penal que deveriam ser relevados se esse fosse o objetivo.

Nesta dissertação também não será tratado o processo trabalhista, que pressupõe ônus da prova próprio do Estado Social e outros pontos teóricos que demandariam uma análise específica.

De toda forma, registra-se que, mesmo que esses ramos processuais não sejam tratados nesta dissertação, na hipótese inicial deste trabalho não se vislumbra impedimento se forem adequados pontos para que seja aplicado conteúdo desta dissertação no processo penal e no processo trabalhista.

Feita essa delimitação deste trabalho, passe-se a tratar da teoria geral do processo focada no Processo Civil.

O processo é o meio pelo qual o cidadão ingressa no Judiciário com uma demanda que não se resolveu por autocomposição, ou seja, não houve negociação ou se sentiu lesado, enfim, não houve uma relação entre as partes que tenha sido satisfatória para resolução de conflito sem necessidade de intervenção do Estado.

O Direito Processual é ramo do Direito Público, independente de ser o processo civil ou processo penal, especialmente ligado ao Direito Constitucional. As garantias constitucionais devem pautar o processo. Em relação à forma como o processo vai se realizar, significa que o Estado gera meios para que o processo se realize. Significa também que deve haver a participação de agentes do Estado na condução do processo.

O processo tem como elemento intrínseco, essencial, a relação processual entre o Estado-juiz e as partes. O elemento extrínseco do processo é o procedimento, os atos praticados pelos sujeitos da relação processual. Portanto, o processo não são apenas procedimentos jurídicos, o processo é uma entidade jurídica complexa, que deve ocorrer em concordância com parâmetros constitucionais. Os principais direcionadores constitucionais para o estabelecimento do devido processo são as garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O processo judicial conduz em si os procedimentos de acesso ao Judiciário. Essa via procedimental também é a resposta do Estado-juíz ao cidadão e à sociedade. Por meio da ação processual, os objetivos dos cidadãos e dos agentes do Direito para a construção do ordenamento jurídico materializam-se.

A ação a que se refere é a capacidade de qualquer cidadão provocar o Judiciário. Para propor uma ação, existem condições a serem seguidas: possibilidade jurídica do pedido, deve ser pedido algo possível de se realizar; o interesse de agir, a utilidade e necessidade do processo judicial para alcançar o resultado que sem ele não alcançaria; e a legitimidade de agir, o poder jurídico de se representar como parte do processo – uma criança, por exemplo, normalmente precisa de um representante, não podendo por si atuar no processo.

Diz-se que no processo há resposta estatal porque a função do Estado é inerte, ou seja, o cidadão deve demandar o Judiciário para que haja sua atuação, pressupondo que há uma questão levada a decisão em juízo.

A função de que se trata é a da Jurisdição, que seria essa resposta do Estado à demanda do cidadão. A Jurisdição é exercida preponderantemente pelo Poder Judiciário. Existem exceções, tais como as decisões do Poder Executivo pelo Tribunal de Contas (administração judicante), e as decisões do Poder Legislativo em crime de responsabilidade de autoridade pública.

A Jurisdição é poder estatal uno e cada juízo tem esta função. A Jurisdição não é o mesmo que Competência, esta difere em cada juízo de acordo com três critérios: objetivos, como o valor da causa e a matéria, funcional e territorial.

No processo são construídas as decisões judiciais e conseqüentemente a Jurisprudência, que, posteriormente a sua solidificação, é usada como fundamento de novas decisões. Dessa forma, o processo é meio de renovação e inovação no Direito por parte dos cidadãos e dos agentes do Direito.

Dentre os agentes do Estado atuantes no processo, o juiz se destaca por exercer a função da Jurisdição. O juiz é o funcionário estatal que faz a interpretação do que as partes alegam no processo e, a partir de seus comandos e interação com as partes, o processo segue procedimentos em conformidade com a legislação processual e constitucional.

Ocorre que muito se discute sobre o poder atribuído ao juiz no processo. A figura do magistrado é vista em algumas teorias como mais do que um funcionário estatal, mas sim como o detentor de uma sabedoria superior aos demais.

Pode parecer exagero, mas ao se tratar da teoria processual que hoje vige no Brasil, a Teoria Instrumentalista, perceber-se-á as características sobre-humanas que são atribuídas ao juiz, em detrimento das partes.

Esse entendimento que ostenta o poder do juiz no processo deixa as partes a mercê da atuação do magistrado. E, nesse sentido, questiona-se se a democracia é exercida na construção das bases e na própria atuação no processo civil.

Se a teoria processual entende que o juiz tem tamanha autonomia, a própria ideia de acesso ao Judiciário deve ser revista. Afinal, ter acesso a ingressar no Judiciário para cumprir a formalidade de se ver restrito aos pontos que o juiz entende pertinentes, não significa ter acesso a uma resposta jurisdicional dos pedidos e razões levados ao processo pelas partes. E, com isso, a participação das partes na construção do Direito do qual elas são destinatárias fica prejudicada.

2.1 Teoria Instrumentalista do Processo

Os autores (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009) da Teoria Instrumentalista do Processo entendem que a constituição de um Estado veio suprir a necessidade de um pacificador de conflitos.

Sem a função Jurisdicional, esses conflitos levariam as partes para uma solução de autotutela na qual o mais fraco não teria vez.

A Jurisdição e intervenção estatal seriam a forma de resolver litígios igualando as condições dos litigantes. A função jurisdicional assume a finalidade de pacificação social.

Os autores dessa teoria utilizam termos como necessidade de um “controle social” que precisa de um magistrado que “imponha decisão” para resolução do processo.

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 46).

O processo adquire a característica de instrumento da Jurisdição objetivando a paz social. Para estes autores, o processo é “(...) instrumento por meio do qual os

órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 29).

Pela teoria instrumentalista, o processo deve se adequar ao ditame constitucional do artigo 193 da Constituição da República de 1988, cita-se: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 2014).

O objetivo do Estado-juiz é alcançar o “bem-comum” e a “paz social”. Esses termos podem ser preenchidos com o conteúdo conceitual que o magistrado entender pertinente.

Nesse sentido, a participação das partes na conceituação e teorização do Direito fica prejudicada. E, por outro lado, o magistrado adquire um poder de descrever o Direito da forma que melhor entender.

Segundo os autores da teoria, esse poder do Estado-juiz é “(...) *a providência do seu povo*, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 43, destaque dos autores).

Os autores indicam que essa providência deve ser feita “sem atitudes paternalistas” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 43). Percebe-se uma incoerência em não tratar de atitudes paternalistas, já que, para alcançar seu objetivo, o Estado teria que tratar os cidadãos como inaptos a dizer o que é o Direito a partir de sua realidade, cabendo ao Estado-juiz perceber e preencher o que seriam os seus anseios sociais. Essa visão leva os autores dessa teoria a concluírem que

(...) hoje, prevalecendo as idéias (sic) do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem-comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 43, destaque dos autores).

O entendimento dos teóricos dessa vertente é que há, no Brasil, hoje, um “Estado Social Contemporâneo” (DINAMARCO, 2009a). A fundamentação de tal entendimento é amparada principalmente na ideia de que o Direito Processual é ramo do Direito Público, e sua finalidade é sócio-política (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 70). Por isso, o juiz tem grande importância no processo para buscar a pacificação social por meio da igualdade dos cidadãos, para que não haja autotutela com prevalência sempre do mais forte.

Por essa teoria processual, a atuação do magistrado é “(...) função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2009b, p. 315). Esse autor menciona sobre a “vontade do Direito”. A leitura dessa “vontade” é feita pelo magistrado, já que este teria uma “sensibilidade aguçada” (WATANABE, 2000, p. 64-65) superior aos demais cidadãos.

Conceitos como “justiça”, “paz social”, “bem-comum”, “vontade do Direito” e “sensibilidade aguçada” são apenas alguns exemplos de termos cujos conteúdos conceituais são precipuamente preenchidos pelo magistrado e não pelos partícipes no processo. Essa plasticidade dos conceitos é proposital para que o juiz adequue tais conceitos às necessidades sociais (DINAMARCO, 2009a, p. 184).

A teoria processual instrumentalista tem o exercício do poder jurisdicional ampliado por considerar que o juiz é quem deve delimitar os conteúdos conceituais jurídicos, e cabe a ele direcionar “(...) os modos como os interessados são admitidos a colaborar nessa atividade” (DINAMARCO, 2009b, p. 50).

O que se percebe na Teoria Instrumentalista do Processo é uma inversão de valores no que se refere à participação democrática no processo. As partes são meros colaboradores do juiz na atividade do magistrado de dizer o Direito no processo. Nessa teoria processual, o magistrado não é apenas um funcionário público a serviço de um Estado Democrático de Direito que deve atuar mediante preceitos democráticos constitucionalmente estabelecidos, muito mais que isso, pela Teoria Instrumentalista, o juiz tem uma capacidade maior do que os demais participantes do processo, já que representa o Estado no objetivo de paz social, em um Estado Social Contemporâneo. Portanto, descrever como chegar a essa pacificação social e como ela é, cabe à capacidade ímpar do juiz.

Segundo autores dessa teoria, para cumprir o posicionamento providencial do Estado, sua função judicante é redimensionada,

(...) atribuindo-se ao juiz postura intervencionista – de modo que se garanta a igualdade material entre as partes – e justificando-se, portanto, a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado, para que este interfira diretamente na instrução probatória, com vistas a encontrar a verdade real, tida como condicionante de um julgamento justo. (ALMEIDA, 2008, p. 92).

Na Teoria Instrumentalista do Processo, há a ideia de *uma verdade* a ser descoberta pelo juiz. Como exemplo cita-se trecho com uso do termo verdade neste sentido: “(...) mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade (...)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p.71).

Em nossa legislação, assim como na Teoria Instrumentalista do Processo, também há uso da terminologia da *verdade* como se fosse uma só – um objeto –, como no artigo 339 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b), no qual a verdade é tratada como algo a ser descoberto.

A essa racionalidade se junta à ideia de argumento de autoridade do juiz como delimitador do Direito e de conceitos plásticos, a construção do Direito fica restrita e impossibilitada nos parâmetros de participação dos cidadãos como se espera do Estado Democrático de Direito.

Ao longo da exposição dos princípios dessa teoria processual, críticas específicas serão delineadas, com destaque aos Princípios dispositivo e da livre investigação das provas – verdade formal e verdade real; e aos Princípios do livre convencimento ou persuasão racional do juiz e o da motivação das decisões judiciais.

2.2 Princípios Gerais do Direito Processual na Teoria Instrumentalista do Processo

Os autores (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 56) da Teoria Instrumentalista do Processo indicam seguir a tradição da prática jurídica, sendo analisada a partir de três aspectos conexos: norma, valor e fato.

Para esses autores, a epistemologia seria a ciência do direito positivo, o estudo do Direito como ordem normativa; a deontologia jurídica seria o estudo dos valores éticos do Direito, parte que adquire destaque na teoria instrumentalista pela busca do bem-estar comum; e a culturologia seria o estudo dos fatos.

A partir desses conceitos, os autores instrumentalistas classificam e conceituam os princípios do processo, com a ressalva de que não o fazem apenas a partir dos fatos, da realidade da sociedade, os princípios podem se posicionar apenas entre a epistemologia e a deontologia, ou seja, apenas entre a norma e o valor ético.

Essa visão que não foca na realidade para aplicação do Direito justifica-se pelo escopo social com que a teoria instrumentalista está comprometida constitucionalmente, esse escopo é o objetivo do Estado-juiz enquanto pacificador de conflitos e estabilizador do melhor para a sociedade.

Há uma incongruência a ser ressaltada na teoria instrumentalista quanto ao Direito espelhar a realidade social e a satisfação dos anseios da sociedade. Na teoria instrumentalista, o Estado é o detentor do objetivo de satisfação dos cidadãos, sendo o juiz quem determina os conteúdos conceituais dos conceitos que satisfariam o povo, como o “bem-comum” e “paz social”.

Os autores da teoria instrumentalista pretendem que o Estado-juiz possa ter a capacidade de descrever o Direito que seja aceito pela sociedade e que para ela seja satisfatório. O magistrado deve ter um olhar externo, se colocando no lugar do cidadão.

A incongruência é que se o juiz deve ter esse olhar do cidadão, porque não focar nas afirmações das partes, que nelas já estão os objetivos da demanda judicial, deixando as partes falarem por si.

Portanto, o resultado é que o juiz descreveria o Direito que entende falar pelo cidadão para o resultado prático factual esperado como resposta do Direito. Cita-se um dos trechos dessa pretensão dos autores instrumentalistas:

(...) O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 49, destaque dos autores).

Os autores da teoria instrumentalista interpretam a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2014) para a delimitação de princípios norteadores do Direito Processual.

Inicia-se pelo Princípio da imparcialidade do juiz. A imparcialidade do juiz é pressuposta para validade da relação processual. O magistrado coloca-se entre as partes e acima delas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 58).

O artigo 95 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2014) estipula as garantias e vedações dos juízes, percebe-se que o objetivo das vedações é delimitar a atividade jurisdicional de forma a trazer a imparcialidade do magistrado.

O inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição delimita não haver juízo ou tribunal de exceção (BRASIL, 2014), de forma a garantir o julgamento sem lei anterior, hipótese que deve ser restrita a contingências específicas. E, dessa forma, há a figura do juiz natural, consagrando que o magistrado é investido da função da Jurisdição. Na Constituição há a garantia do juiz competente no artigo 5º, inciso LIII, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 2014).

O Princípio da igualdade pretende uma isonomia processual não formal entre as partes, cujas diferenças devem ser consideradas na busca de reequilíbrio e efetiva igualdade. O caput do artigo 5º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2014) trata da questão de todos serem iguais perante a lei. O inciso I do artigo 125 do Código de Processo Civil indica que o juiz deve “(...) assegurar às partes igualdade de tratamento” (BRASIL, 2013b).

Na legislação, identificam-se duas disposições de tratamento privilegiado no processo: ao Estado, justificado pelo interesse público, como os prazos em quádruplo e em dobro para a Fazenda Pública e para o Ministério Público, expresso no artigo 188 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b); e a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, o idoso, cujas causas têm prioridade no Judiciário, conforme artigo 1211-A do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b).

Um dos princípios que mais se discute no Direito Processual é o do Contraditório e da Ampla defesa. A ideia desse princípio é inerente à noção de processo.

Na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2014), o Contraditório e a Ampla defesa aparecem em um só inciso, o inciso LV do artigo 5º. Porém, são duas garantias diferentes.

O Contraditório é a disponibilidade para a possibilidade de expressar alegações. Os atos processuais devem passar pelo conhecimento das partes, normalmente por meio da *citação*, *intimação* e *notificação*. Os elementos do Contraditório são a informação e a reação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 63). Os atos do juiz e as provas e alegações de uma parte devem ser cientificados para a outra parte, para eventual contestação.

A Ampla defesa não se vê bem muito delimitada pela Teoria Instrumentalista do Processo. Diferencia-se do Contraditório por significar a expansão da delimitação do que se alega. A Ampla defesa é princípio processual que possibilita a alegação de uma vastidão de argumentos no processo. A partir da Ampla defesa, pode-se haver a plena expressão do entendimento das partes, a exposição de suas razões para o que se alega. A Ampla defesa é o princípio que possibilita argumentação sobre assunto que possa rediscutir a aplicabilidade de determinadas normas em relação à realidade. Podem ser mostradas, fundamentadamente, inúmeras visões do fato em relação à norma, ou mesmo revendo o conteúdo conceitual de certos conceitos usados no ordenamento jurídico para aplicação da norma.

A pouca delimitação da Ampla defesa na Teoria Instrumentalista do Processo pode ter a ver com a visão de seus teóricos de que o Estado-juiz é quem descreve o Direito a partir do que entende ser a demanda social.

O Princípio da ação estabelece que o Judiciário seja inerte quanto à demanda dos cidadãos, o que significa que deve ser provocado para atuar. Esse princípio tem uma ligação com o Princípio da imparcialidade do juiz, já que se iniciada demanda por iniciativa própria, o juiz tende a decidir em favor da pretensão proposta em um processo inquisitório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 64).

Os autores instrumentalistas indicam uma junção de três artigos no Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b) para a identificação legal desse princípio. O artigo 2º sobre a função do Estado de tutela jurisdicional poder ocorrer apenas se requerida pela parte ou interessado; o artigo 128 trata da decisão da lide pelo juiz nos termos suscitados no processo, o magistrado não pode reconhecer questões que pela lei cabem as partes, mas que não foram alegadas no processo; e o artigo 262 que indica que o processo civil começa por iniciativa das partes.

Nesse ponto, faz-se uma ressalva não advinda da Teoria Instrumentalista do Processo: sobre o artigo 128, que, apesar de ser defeso ao juiz conhecer questões não suscitadas pelas partes, no artigo 130 do Código de Processo Civil, o juiz pode,

de ofício, “(...) determinar as provas necessárias à instrução do processo” e indeferir diligências que entender inúteis ou protelatórias (BRASIL, 2014). Dessa forma, os artigos 128 e 130 devem ser vistos com cautela e sobrepesados para a atuação do Estado-juiz. Essa cautela tem a ver com a análise da validade das razões que são expostas para que, tanto possam se justificar a busca dessas provas quanto o indeferimento de atos solicitados pelas partes.

Faz parte também do Princípio da ação a delimitação dos artigos 459 e 460 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2014) sobre o juiz não poder superar o que consta no pedido do autor.

Sobre os Princípios da disponibilidade e indisponibilidade, no processo civil, a indisponibilidade só ocorre quando o direito material é indisponível. A disponibilidade é a liberdade de cada um de exercer seus direitos por meio do acesso ao Poder Judiciário.

O Princípio do impulso oficial ou Princípio do impulso processual indica competência do juiz para dar andamento aos procedimentos no processo até o exaurimento da função jurisdicional. Esse princípio está diretamente ligado aos atos e fases procedimentais do processo. O artigo 262 do Código de Processo Civil dispõe que o processo civil se desenvolve por impulso oficial (BRASIL, 2013b).

Segundo os autores (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 352) da Teoria Instrumentalista do Processo, esse princípio demonstra o caráter público do processo. O impulso oficial seria para atribuir celeridade ao processo, já que o processo não seria apenas assunto das partes.

O Estado moderno não só retira dos interessados, em grande parte, a solução privada dos seus conflitos, como ainda impõe limites à *atividade individual* no curso do processo, a fim de que este proceda com rapidez e regularidade. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 352, destaque dos autores).

O Princípio da oralidade no Brasil é pouco usado, os autores indicam uma atenuação dos procedimentos orais no atual Código de Processo Civil brasileiro, de forma que as alegações ou provas orais devem ser registradas por escrito em ata da audiência. Dessa forma, o princípio que se sobrepõe é o Princípio da documentação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 349-352). Por esse princípio entende-se a garantia de permitir a documentação mínima dos atos processuais.

O inciso II do artigo 98 da Constituição da República de 1988 dispõe sobre a possibilidade de criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade mediante os procedimentos oral e sumariíssimo (BRASIL, 2014).

O artigo 154 do Código de Processo Civil expressa que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir” (BRASIL, 2013b), e pelas alterações da Lei 11.280 de 2006 e da Lei 11.419 de 2006, incluiu a possibilidade de uso da comunicação e da guarda dos atos e termos processuais por meio eletrônico. Dessa forma, no Brasil, a forma da comunicação do procedimento é mista.

O Princípio da publicidade indica a exposição ampla e transparente do processo e, especialmente, das decisões judiciais. Assim, a função jurisdicional se expõe à fiscalização pública, com a garantia do acesso em audiências e exame dos autos. A fundamentação constitucional está no artigo 93, inciso IX, havendo apenas o limitador de que seja preservada a intimidade das partes, desde que não prejudique o interesse público (BRASIL, 2014).

O artigo 155 do Código de Processo Civil ratifica a publicidade dos atos processuais e indica quais seriam os processos a correr em segredo de justiça para preservação da intimidade dos envolvidos, tais como casamento, filiação etc., incluindo nesse sigilo os processos que o interesse público exigir (BRASIL, 2014).

Os autores instrumentalistas do processo chamam a atenção sobre o Princípio da publicidade não ser usado como desculpa para o sensacionalismo midiático, que pode subverter a necessidade de um processo transparente para a fiscalização do cidadão, em um espetáculo que distorce “(...) o próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 76-77), além de exposição excessiva que possa afrontar a intimidade das partes e das testemunhas.

O Princípio da lealdade processual indica que os participantes do processo devem seguir as ideias de moralidade e probidade. O processo deve ser levado a sério e nele não devem ser afirmadas mentiras ou feitos artifícios fraudulentos. A vedação legal está no artigo 14 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2014).

Vários artigos do Código de Processo Civil trazem disposição sobre apuração e punições – como multas – ao infrator, seja este uma das partes, seus advogados,

serventuários, membros do Ministério Público e o juiz: artigos 14, 15, 17, 18, 31, 133, 135, 144, 147, 153, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 600 e 601 (BRASIL, 2014).

Os Princípios da economia e da instrumentalidade das formas ratifica a ideia de que o processo é um instrumento, e, como tal, não pode ser mais oneroso do que o resultado a ser obtido.

A partir dessa ideia, objetiva-se ainda a economia dos atos processuais, ou seja, se um ato não faz sentido, ou trouxe resultado, não há que haver outro ato com mesmo objetivo. É o máximo de resultado do Direito com o mínimo de atividades processuais. Exemplo desses princípios é o artigo 105 do Código de Processo Civil, com a possibilidade de conexão ou continência entre ações, de forma que o juiz pode reuni-las para que sejam decididas simultaneamente (BRASIL, 2014). Nesse exemplo, além da economia, também se evita decisões contraditórias para ações conexas ou continentes.

Outro exemplo é quando de erro na forma do processo poder aproveitar-se do máximo de atos não anulados do artigo 250 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2014). Essa tendência de aproveitamento de atos processuais é vista nas regras de nulidades processuais, caso os atos alcancem sua finalidade e não prejudiquem a defesa, conforme artigos 154, 244 e 248 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2014).

Exemplo também do aproveitamento da ação possessória do artigo 920 do Código de Processo Civil, já que o juiz pode conhecer do pedido, cujos requisitos estejam provados, ainda que o interdito possessório usado não seja o adequado (BRASIL, 2014).

O Princípio do duplo grau de jurisdição preconiza a possibilidade de revisão de sentença de juiz de primeira instância por tribunal em grau recursal ou segunda instância, caso não tenha sido satisfeito direito na sentença do magistrado de primeiro grau.

As atribuições dos tribunais de segunda instância estão descritas na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2014): artigo 102, inciso II, quanto ao Supremo Tribunal Federal; artigo 105, inciso II, quanto ao Superior Tribunal de Justiça; e artigo 108, inciso II, quanto aos Tribunais Federais Regionais.

Os próximos e últimos Princípios serão expostos, e a eles se direcionam as críticas deste trabalho, de forma que nos capítulos posteriores retornar-se-á a forma

como esses princípios repercutem no Direito Processual, rediscutindo suas bases e com propostas diversas de sua compreensão e estabilização no Direito.

2.2.1 Princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – verdade formal e verdade real

O termo dispositivo a que se alude o nome do Princípio dispositivo se refere à disponibilidade das partes em trazer aos autos as provas de suas alegações. Com essa ideia, o processo ficaria adstrito às provas trazidas aos autos pelas partes. Às partes se incumbe provar suas alegações.

Os autores da Teoria Instrumentalista do Processo entendem que essa concepção desse princípio tem um sentido liberal, já que a conveniência de demonstrar a veracidade dos fatos cabe apenas aos envolvidos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 70).

E ainda chegam a mencionar que “acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitório” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 70).

Mas, ainda com o risco que os próprios autores instrumentalistas mencionam de maior caracterização de um processo civil inquisitório, esses teóricos entendem que os poderes do juiz devem ser aumentados. Na visão desses autores, a justificativa é que

(...) diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 70).

Assim, segundo os autores dessa teoria, ao juiz foi dado o poder de conhecer de ofício circunstâncias que antes dependiam de apresentação no processo pelas partes. Dessa forma, o princípio não é apenas dispositivo, mas sim, é o Princípio da livre investigação das provas, tanto das partes quanto do juiz.

Há, na legislação brasileira, a codificação da ideia dessa teoria sobre os poderes do magistrado. No Código de Processo Civil, artigos 130 e 342, o juiz, de ofício, pode determinar provas que entenda necessárias à instrução do processo, o

comparecimento das partes para interrogá-las sobre a causa a qualquer momento, e o indeferimento de diligências que entenda inúteis ou protelatórias (BRASIL, 2013b).

Outro ponto de discussão desse princípio é a ideia que os autores instrumentalistas têm sobre a verdade. A verdade é vista como absoluta, como se existisse uma só. A ideia de realidade e verdade não é bem delimitada pela teoria e, assim, os autores instrumentalistas dividem a ideia de verdade pela forma que se alcança a verdade absoluta.

Segundo esses autores (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 71), existem duas formas de verdade que se possa averiguar: a verdade formal e a verdade material. A verdade formal seria aquela explicitada no processo, a verdade que não chega necessariamente a verdade absoluta, mas aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos. Já a verdade material ou verdade real é aquela que deve ser descoberta para fundamento da sentença.

A busca de uma verdade entendida como absoluta fundamenta a atuação do Estado-juiz, impulsionando-o a agir de ofício para trazer ao processo provas que ele mesmo pesará pertinentes ou não para a fundamentação de sua sentença.

O Código de Processo civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 72).

A ideia de se discutir a verdade como se houvesse uma, absoluta, e o preenchimento do que seria o conteúdo conceitual dessa verdade absoluta, feito pelo magistrado, são pontos que a Teoria do Direito pode criticar e aprimorar na Teoria Geral do Processo, a partir de marco teórico filosófico. Nesse sentido, em capítulo posterior, esse princípio será rediscutido sob a ótica filosófica.

2.2.2 Princípio do livre convencimento ou persuasão racional do juiz e Princípio da motivação das decisões judiciais

O juiz forma sua convicção a partir da livre apreciação e avaliação das provas, e, a partir de sua conclusão, formula a fundamentação de sua sentença.

Pela teoria instrumentalista, “(...) o juiz não é desvinculado das provas e elementos dos autos, mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 74).

O artigo 131 do Código de Processo Civil também atribui liberdade ao magistrado, já que indica que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 2013b).

O artigo 436 do Código de Processo Civil também dá liberdade ao juiz não restringindo sua convicção pelo laudo pericial (BRASIL, 2013b).

Seguindo essa teoria e a legislação, o juiz não necessariamente se fundamenta dissertando sobre todas as provas no processo.

Com relação à motivação da decisão judicial, esta é uma garantia constitucional do artigo 93, inciso IX, já que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 2014).

Dessa maneira, o Princípio do livre convencimento ou persuasão racional do juiz e o Princípio da motivação das decisões judiciais complementam-se.

Os autores instrumentalistas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 74) destacam a função política da motivação das decisões judiciais, pois corrobora com a transparência e publicidade do processo.

A explicitação da motivação da decisão judicial é de extrema importância para a fiscalização do Estado-juiz, e averiguação se sua fundamentação é pautada em razões construídas racionalmente.

A preocupação com essa fiscalização começa pelo Princípio da livre investigação de provas do tópico anterior, já que esse princípio descrito pela Teoria Instrumentalista do Processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009) com o objetivo de conhecer a verdade, fundamenta a busca por provas de ofício, e mais, quando essa verdade concluída pelas provas no processo for delimitada pelo magistrado, a verdade serve de fundamento da sentença.

Assim, a construção da sentença é feita com base tanto nas provas que as partes registram no processo, como também pelas provas a partir de busca de ofício pelo magistrado – sobre a ideia de uma verdade que o próprio juiz preenche o significado.

A construção da decisão judicial com tamanha intervenção do Estado-juiz é ponto a ser discutido no próximo capítulo deste trabalho, já que, essa decisão transitada em julgado corrobora com a concretude de seu fundamento enquanto Jurisprudência no ordenamento jurídico. E dela se tem participação minorada das partes em relação às possíveis intervenções do magistrado. Dessa forma, diminui-se no Direito a teorização jurídica pautada pelas partes e sua realidade.

3 A RACIONALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A decisão judicial constitui uma conclusão do Estado-juiz sobre um tema passado por um processo jurídico. A decisão judicial é um entendimento que servirá como parâmetro basilar de futura argumentação jurídica em novos processos judiciais. Além de se aplicar às partes do processo, portanto, essa decisão passa a poder ser aplicável como parte do ordenamento jurídico.

A decisão judicial deve atender aos requisitos de democracia em um Estado Democrático de Direito, já que faz parte do ordenamento jurídico e consequente direcionamento do dever-Ser dos cidadãos.

Nesse sentido, a decisão judicial deve ser consolidada levando em conta a participação das partes em sua formação. Os cidadãos devem ver-se representados pela norma que é constituída por aquela decisão.

Para que aquela sociedade aceite a normatividade da decisão judicial como válida, a fundamentação da decisão judicial deve fazer sentido da maneira que foi justificada. Outro ponto é que esta fundamentação deve considerar as alegações das partes do processo, para que a decisão judicial possa ser vista como representante dos anseios das partes no processo. A aceitação da normatividade da decisão judicial, sua validade, ocorre na constatação de que a *decisão* foi racionalmente construída na argumentação jurídica no processo de dar e receber razões, e de que as *conclusões* obtidas da argumentação refletem fundamentos usados pelas partes. Portanto, para a validade da normatividade da decisão judicial, deve haver aceitação de que sua constituição foi feita com fundamentos racionalmente construídos que representem os anseios das partes.

A fundamentação da decisão judicial deve levar em conta o entendimento das partes como cidadãos partícipes daquela sociedade e sua argumentação jurídica racionalmente construída em processo judicial com procedimentalidade que ampare os ditames constitucionais.

Afinal, quem pode decidir que argumentos contam para solução do caso senão os próprios envolvidos? E, mais que isso, quem pode decidir quem é envolvido, direta ou indiretamente, pelo caso a não ser os próprios envolvidos potenciais? Isso significa que os discursos jurídicos não podem pré-selecionar materialmente nenhum argumento (como relevante ou irrelevante) ou pessoa (como afetada ou não). O termo materialmente aqui revela, no entanto, que o direito pré-seleciona formalmente alguns destes argumentos e pessoas, institucionalizando, pela própria facticidade,

procedimentos para a realização dos discursos jurídicos. (GALUPPO, 2002, p. 206-207).

Dissertar sobre o método de construção da decisão judicial levando em conta os objetivos da decisão judicial ora mencionados tem grande importância na Metodologia do Direito.

Para tanto, é preciso abordar temas do Direito, especialmente na teoria jurídica e na legislação, que se sustentam na perspectiva da constante construção do Estado Democrático de Direito para a construção da decisão judicial com a participação das partes envolvidas.

Dessa forma, a fundamentação judicial carece de atenção dos partícipes em um Estado Democrático de Direito instituído no Brasil. Se todo o poder emana do povo (BRASIL, 2014), todos podem – e devem – participar do acompanhamento e fiscalização de decisões judiciais, que repercutem entre as partes do processo e, posteriormente, à coisa julgada, corroborando na construção da jurisprudência. Portanto, a decisão judicial deve ser justificada por uma argumentação racional para ser válida, afastando discricionariedade do magistrado.

Neste capítulo, duas teorias que tratam da justificação da decisão judicial serão apresentadas. Primeiro, a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica de Robert Alexy, um autor da Teoria do Direito que trabalha a argumentação racional da decisão judicial. Serão tratados pontos da teoria da argumentação jurídica de Alexy quanto à justificação do discurso jurídico, especialmente sobre a racionalidade na argumentação jurídica basear-se em procedimentalidade, e sobre a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso geral prático.

A outra teoria é a Teoria Neo-Institucionalista do Processo de Rosemiro Leal, voltada especificamente ao processo, trata-se de uma teoria geral do processo que critica a Teoria Instrumentalista do Processo e sugere mudanças da visão do processo enquanto mero instrumento da Jurisdição.

3.1 Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica

A racionalidade que fundamenta a decisão judicial é tratada pela Teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (2001). Conforme indicado no prefácio de seu livro (ALEXY, 2001), um impulsionador de seu estudo foi a decisão do primeiro

senado do Tribunal Constitucional alemão no ano de 1973, que exigiu que as decisões judiciais fossem baseadas em argumentação racional.

No Brasil, a legislação sobre o tema, o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2014) e o artigo 131 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b), indicam que o juiz deve explicitar o motivo de seu convencimento na sua decisão. O artigo amplia os poderes do juiz para interpretar, pois não restringe a fundamentação judicial em argumentação racional – como na indicação do Tribunal alemão –, mas deixa livre o magistrado para apreciar as provas e demais componentes do processo para fundamentar sua decisão. A fundamentação é requisito essencial da sentença conforme inciso II do artigo 458 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b).

A teoria de Alexy (2001) faz-se pertinente também no Brasil. Ainda que não haja diretriz no Judiciário brasileiro apontando para a necessidade dessa racionalidade na decisão judicial nos mesmos termos do Direito alemão, há, no Brasil, a necessidade constitucional de explicitação motivacional da fundamentação da sentença.

Essa motivação deve aparecer para suprir necessidade de transparência da decisão judicial, e, também, mostrar que houve tratamento daquele processo e das partes com seguimento devido dos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Além disso, a explicitação da motivação da decisão judicial objetiva expor-se a argumentação de interlocutor que discuta sobre o devido tratamento da questão em pauta no processo, seja questionando sua validade formal – concordância com normas procedimentais – ou material – concordância com normas com conteúdo interpretativo diferente do aplicado ao caso.

Para Alexy (2001), o julgamento jurídico justificável é aquele cujas normas de Direito são válidas para os axiomas empíricos. Mas, alguns motivos demonstram não ser possível o perfeito enquadramento entre norma e fato, tais como a imprecisão de linguagem, conflito de normas e omissão legal. Principalmente para estes casos, deve haver racionalização da fundamentação judicial buscando devida justificativa da decisão.

O Direito brasileiro prevê situações de lacuna e obscuridade da lei no artigo 126 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013b), nas quais, mesmo com estes obstáculos, o juiz não pode se eximir de decidir. No mesmo artigo, assim como também no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº

12.376, de 2010 (BRASIL, 2013a), o juiz decide de acordo com analogia, costumes e princípios gerais de direito. E, em concordância com Alexy, especialmente nesses casos, deve haver justificação judicial bem construída.

Essa justificação devida refere-se não somente ao uso de argumentação racional, mas, principalmente, no seguimento de procedimentos corretos. O ponto de Alexy em sua teoria da argumentação jurídica está no exame da validade da fundamentação judicial a partir da procedimentalidade (TRIVISONNO, 2008, p. 309).

Em uma visão geral, o que se percebe da Teoria da argumentação jurídica de Alexy, pela leitura do seu livro com mesmo título, é que ele parte da doutrina da Metodologia Jurídica como solução para a fundamentação do provimento judicial através de regras ou procedimentos (ALEXY, 2001, p. 17-18).

Alexy traz a ideia de que o “discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral” (ALEXY, 2001, p. 26), correlacionando-os em um ponto comum: a correção.

A partir dessa prévia, um ponto deve ser destacado: sobre a consideração de que há no discurso jurídico a correção como ponto em comum do discurso prático e do discurso jurídico.

O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. (ALEXY, 2001, p. 26-27).

Esse é um diferencial da obra de Alexy, pois propõe uma teoria que tenta superar o expressivo problema do poder discricionário do Positivismo de Kelsen e Hart que

[...] detém o juiz quando da aplicação do Direito a um caso concreto. De maneiras diferentes, Kelsen e Hart se referem a essa característica da aplicação do Direito: Kelsen fala da indeterminação da aplicação das normas e Hart menciona a textura aberta do Direito, que não permite a dedução de apenas uma solução para um caso concreto que é julgado à luz de uma norma. Ambos estão combatendo a ideia (*sic*), defendida no século XIX, que uma norma aplicada a um caso concreto ofereceria apenas uma solução. (TRAVESSONI, 2008, p. 298).

Além de buscar afastar a discricionariedade do juiz quando este constrói a decisão judicial, a teoria de Alexy (2001) possibilita a participação dos demais

interlocutores do processo na fiscalização e desenvolvimento racional desta decisão, por focar-se nas ideias de correção e de racionalidade da justificação no discurso.

A correção jurídica indicada por Alexy (2001, p. 27) trata de que nos enunciados jurídicos pode-se questionar sobre a validade da argumentação jurídica explicitada, dentro dos procedimentos limitados pela lei. Para tratar dessa correção, Alexy disserta sobre o que seria a racionalidade justificável nas condições limitadoras legais

Alexy (2001, p. 27-29) estabelece um tipo de código de razão prática dentro da afirmação normativa racionalmente justificável. E, assim, define critérios do discurso prático geral que, aplicados ao discurso jurídico, poderiam servir como parâmetros para uma norma ou diretriz justa.

Nesse ponto, interessam para esta dissertação os critérios traçados diferenciando o discurso legal, que, “em resumo, é restrito em seu objetivo pelo estatuto, pelos precedentes e pela dogmática legal e – no caso dos procedimentos judiciais –, pela legislação e regulamentações processuais” (ALEXY, 2001, p. 29).

Alexy relaciona os discursos jurídicos com “a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos” (ALEXY, 2001, p. 218).

Nesse sentido, faz uma diferenciação da justificação interna e da justificação externa. A justificação interna é aquela em que as premissas concluem de forma lógica uma afirmação (ALEXY, 2001, p. 218), extraindo “premissas que não derivam da lei positiva” – estas premissas já são da justificação externa (ALEXY, 2001, p. 223).

Para tratar da justificação interna, Alexy (2001, p. 218-224) exemplifica por meio de linguagem lógica, sobre a aplicação da pena de prisão perpétua em caso de homicídio na delimitação legal no Direito alemão, dessa forma, o autor conclui uma norma jurídica – artigo 221 do Código Criminal Alemão e seus desmembramentos legais como forma traiçoeira, traição de confiança etc. – aplicável ao fato – marido que matou a mulher enquanto a vítima dormia –, usando o princípio de universalizabilidade.

A justificação interna seria um processo simples de constatação de uma norma aplicável ao fato, mas, conforme Alexy (2001, p. 224), esse processo de justificação interna não deve ser subestimado – nem superestimado – já que,

(...) no curso da justificação interna se torna claro quais premissas têm de ser externamente justificadas. Pressuposições que caso contrário permaneceriam ocultas têm de ser explicitadamente formuladas. Finalmente, articular regras universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim, contribui para a justiça e segurança jurídica. (ALEXY, 2001, p. 224).

Portanto, as premissas que fundamentam a justificação interna são externamente verificadas. A justificação dessas premissas fica por conta da justificação externa.

São três premissas de justificação externa do discurso jurídico: a primeira se refere às regras da lei positiva que devem atender aos critérios de validade jurídica; o segundo tipo de premissas são as afirmações empíricas de toda forma, incluindo as advindas de outras ciências, as provas apresentadas no processo, etc.; e o terceiro tipo são as premissas que não são nenhuma das duas anteriores. Essas premissas podem ser definidas como legalidade, eficácia e a terceira, “argumentação jurídica” ou “argumentação legal” (ALEXY, 2001, p. 224-225).

Cada uma das três premissas pode e, normalmente, ocorre de se conectar com as outras duas na justificação externa. Para ilustrar essa conexão, exemplifica-se com uma afirmação de premissas sobre fatos que levaram à codificação de um Direito fundamental, e este serve de premissa para a existência de uma norma infraconstitucional, por exemplo.

Essas premissas são os argumentos. Alexy (2001, p. 225) classifica-as em seis grupos de regras de justificação externa (ou, seis formas de argumento): regras e formas de interpretação, que seriam o estatuto; argumentação dogmática; precedentes; argumentação geral prática, que o autor chama de razão; argumentação empírica ou o relato de fatos; e as formas especiais de argumentos jurídicos.

Alexy indica a dificuldade especial de limitar a argumentação empírica em uma teoria, pela amplitude de variação de argumentos que podem tratar de todo tipo de conhecimento empírico. Dessa forma, pelo próprio objetivo de sua teoria sobre a justificação racional do discurso jurídico, o autor foca no relacionamento das formas de argumento práticas gerais e jurídicas (ALEXY, 2001, p. 226-227).

Dessa forma, nesta dissertação, no que se refere à contribuição de Alexy na justificação da decisão judicial, focar-se-á no trabalho do autor na identificação da

relação destes argumentos das práticas gerais com os argumentos das práticas jurídicas.

Nesse processo de identificação das premissas de justificação do discurso jurídico, analisando as formas de interpretação da argumentação jurídica, Alexy (2001, p. 228-231) classifica os tipos de interpretação.

Dois tipos se destacam pelo papel da linguagem e coerência na fundamentação da decisão judicial: a interpretação semântica, aludindo ao costume linguístico; e a interpretação genética, que corresponde à intenção do legislador, faz referência a afirmações que não estão explícitas, que demandam correção para a estabilização da saturação.

No que se refere ao argumento semântico, a sua validade referencia a lógica interna da linguagem, inferência lógica e não inferência material – apesar de indicar que a interpretação semântica tem a ver com o costume linguístico, Alexy não chega a concluir que a linguagem é composta por conceitos e conteúdos conceituais construídos de acordo com seu uso histórico-social. Ao contrário, Alexy (2001, p. 237) diferencia a argumentação semântica da argumentação histórica, que seria outro tipo de interpretação.

Para Alexy (2001, p. 231-237), o objetivo dessas formas de argumento e as regras de justificação externa na argumentação jurídica é a busca da saturação. A saturação é a “plena afirmação de razões”, que poderia gerar a estabilização temporária da correção.

A busca de certeza no discurso racional é citada algumas vezes em Alexy (2001), e, esta certeza vincula-se à possibilidade de correção, melhor descrever como possibilidade de contestação. “(...) Um julgamento quanto à correção de uma decisão (...) sempre é provisório por natureza – isto é, sempre pode ser contestado” (ALEXY, 2001, p. 273).

Contudo, a racionalidade no discurso não significa que a certeza será constatada.

(...) Mesmo nas ciências naturais, que muitas vezes são sustentadas em contraste com a jurisprudência como um paradigma da ciência autêntica, não pode haver questão de chegar à certeza conclusiva. O fato de a certeza ser inatingível não pode, portanto, em e por si mesmo ser visto como uma razão suficiente para negar o caráter científico da jurisprudência ou sua natureza como uma atividade racional. (ALEXY, 2001, p. 272).

No contexto da justificação do discurso jurídico com racionalidade na teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy (2001), chama à atenção a comparação com a racionalidade da fundamentação científica, que tem conclusões provisórias e não certas conclusivas.

A semelhança demonstrada por Alexy (2001) entre o caráter provisório da correção de uma decisão e as certezas da ciência demonstra que o autor busca objetividade. Essa objetividade ocorre através de procedimentos que diminuem as tomadas de decisão jurídica para suprir omissões legais ou escolha entre mais de uma norma aplicável ao caso. Nesses casos, o juiz deve ter atuação discreta (ALEXY, 2001, p. 19).

Assim, é racional introduzir formas e regras de argumentação jurídica e institucionalizá-las como ciência jurídica, integrando-as ao mesmo tempo no contexto dos precedentes. Deste modo é possível reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área da incerteza deixada pelas normas jurídicas. (ALEXY, 2001, p. 268).

Mas o incentivo à instituição de procedimentalidade jurídica, apesar de diminuir a discricionariedade, não exime o julgador brasileiro de emitir decisão em casos de omissão legal ou conflito de normas, que continuam existindo. Portanto, o julgador continua construindo sua decisão da melhor forma para concluir nos casos em que a norma não se encaixa corretamente ao fato, ainda que não haja lei prevista, ou seja, a discricionariedade sobre como fundamentar ainda permanece.

Além da procedimentalidade, outro ponto que chama a atenção na teoria de Alexy (2001) é que há a possibilidade de contestação do julgamento sobre a correção de uma decisão constantemente – nos limites legais possíveis. Essa correção pode ser vista como forma de participação das partes na contestação da decisão judicial, em possível reversão de entendimento pelo Judiciário, no caso de duplo grau de jurisdição e, conseqüente reconstrução do Direito a partir dos seus participantes.

3.2 Teoria Neo-Institucionalista da Decisão Jurídica

No Brasil, além da Teoria Instrumentalista do Processo mencionada no capítulo anterior, há uma de teoria geral do processo, a Teoria Neo-Institucionalista,

com proposta diferente no tratamento do processo e da composição da decisão judicial.

A Teoria Neo-Institucionalista do Processo critica as bases sociais da teoria instrumentalista, discordando dos conceitos plásticos que o juiz tem de preencher.

Segundo Leal (2002, p. 61), a missão social da decisão seria um fetiche e a paz social um artifício sistêmico da decisão (LEAL, 2002, p. 85), levando a uma decisão autocrática, fundamentada no senso comum de justiça (LEAL, 2002, p. 105).

Por essa teoria, a decisão não pode ser feita principalmente pelo magistrado, sem a participação isonômica das partes. As partes têm papel de importância na construção da decisão judicial.

Para a Teoria Neo-Institucionalista, a decisão na Teoria Instrumentalista do Processo não seria feita com bases democráticas, já que o juiz, decidindo com tamanho poder sobre o processo, constitui uma sentença que espelha seu próprio entendimento e não os supostos anseios sociais. Teoria e ideologia se confundem (LEAL, 2002, p. 142).

Os Neo-Institucionalistas criticam o juiz como detentor de um saber transcendental, baseado na autoridade.

(...) Especialmente no que tange ao juiz, seria essa uma tarefa ingrata e, por que não dizer?, impossível. Quem aceitaria a incumbência de atender, sozinho, aos fins sociais e às exigências do bem comum? Como traduzir o *ideal comum* de uma *sociedade complexa* e que possui várias noções de *vida boa*? Que ser humano, em condições normais de sanidade, assumiria com tranquilidade tal encargo? E mais; sob a visão do jurisdicionado ou do administrado, pode-se perguntar: quem entregaria seu destino a outra pessoa? Quem quer atribuir a direção de sua vida a um agente público, seja ele quem for? (MADEIRA, 2008, p. 109, destaques do autor).

Por essa teoria, a abordagem do Direito pretende-se de forma científica, seguindo maior objetividade, estritamente pautada pela Constituição da República de 1988. A Teoria Neo-Institucionalista do Processo fundamenta-se nos ditames constitucionais aplicados no processo.

Pela Teoria Neo-Institucionalista, a decisão e composição do processo devem seguir os ditames constitucionais e não delimitados apenas pela legislação infraconstitucional. Os direitos de 1ª geração – isonomia, contraditório e ampla defesa – formam a vontade no processo (LEAL, 2002, p. 75).

As ideias dos conceitos de verdade e de prova são pensadas de forma mais concreta. “(...) Em Direito, a prova não é (e nunca será) capaz de reproduzir uma

verdade. E mais: a Ciência jurídica não é capaz de tocar a verdade” (MADEIRA, 2008, p. 179). Por essa vertente de pensamento, a verdade é tratada mais próxima à ideia de realidade factual.

Segundo autor dessa teoria, “nenhum cientista do Direito ou operador jurídico aponta a verdade, mas tão-somente, apresenta proposições falseáveis e provisórias” (MADEIRA, 2008, p. 179).

Assim, os autores da Teoria Neo-Institucionalista buscam tratar o Direito como Ciência – não como ciência social aplicada –, e, para tanto, baseiam-se na teoria de falseabilidade popperiana, já que “na atualidade, se se quiser pensar o Direito cientificamente, há que se observar as digressões de Karl Popper” (MADEIRA, 2008, p. 179).

Seguindo a ideia da falseabilidade da teoria de Popper, o processo seria o espaço discursivo-procedimental de testificação e legitimação do ordenamento jurídico do Estado democrático de direito (LEAL, 2002, p. 142).

Com Popper, almeja-se uma imperatividade não imunizável da normatividade jurídica como fundamento dialógico permanente do *status* democrático, tendo em vista que as *decisões* decorrentes desse ordenamento jurídico só seriam válidas se legitimáveis pelo *processo* de problematização em que se abrisse um acesso interminável à crítica. Em direito, essa proposição assume a denominação de *devido processo constitucional* como instituição problematizante e autoproblematizável, no plano jurídico-estatal-discursivo, de abertura a todos de testificação incessante das certezas postas pela lei. (LEAL, p.144-145)

O devido processo legal é mera procedimentalidade da legislação infraconstitucional, o correto é que haja o devido processo constitucional, que é processualidade fundamental (LEAL, p. 192), e não espaço da opinião pública, como na Teoria Instrumentalista do Processo.

Para Leal (2002) as bases do Direito processual atual ainda não são realizadas como se espera do Estado Democrático de Direito, já que os Institutos jurídicos não validam a prática da teoria discursiva amplamente aberta aos agentes do Direito.

Dessa prática advém a revisitação de conceitos, como o de *igualdade*, que não seria apenas a isonomia das partes, mas atribuir tempo necessário para devida constituição das alegações das partes no processo (LEAL, p. 191).

A Teoria Neo-Institucionalista é ancorada na revisão dos conceitos e funções das instituições jurídicas, por meio da teoria da falseabilidade popperiana no espaço

processual, com bases Constitucionais. Porém, não entende o Direito como ciência social aplicada, correndo o risco de seguir raciocínio pressupostamente científico pela testificação da teoria no discurso jurídico, mas sem necessária conexão com a realidade social.

Assim, apesar das críticas válidas à Teoria Instrumentalista do Processo, a Teoria Neo-Institucionalista do processo também não corresponde a uma teorização objetiva ancorada em bases de premissas em conhecimento construído intersubjetivamente de forma racional; a forma de estabelecer os parâmetros dessa teoria não tem conexão com a realidade.

Uma teoria que seja construída em parâmetros mais realistas deve ser pensada para o processo, cuja racionalidade seja objetiva como a racionalidade científica, afastando a discricionariedade e poder do juiz, e, ao mesmo tempo, com a possibilidade de construção constante do Direito por parte dos cidadãos.

4 PRAGMATISMO: O PAPEL DA REALIDADE NA VALIDAÇÃO DA OBJETIVIDADE NO DISCURSO JURÍDICO

O discurso jurídico enquanto racionalidade intersubjetiva, democraticamente construída, deve se fundamentar em bases realistas compartilhadas por todos. Dessa forma, a argumentação jurídica abre-se para reconstrução constante de teorias e preceitos legais do ordenamento jurídico.

O Direito deve estar em constante construção pelos seus destinatários para que se efetive a justiça esperada da democracia.

Todos os sujeitos podem apresentar razões no processo que justificam sua demanda, ou mesmo para questionar a fundamentação de uma decisão judicial. No espaço jurídico democrático, o juiz deve apresentar suas razões em um discurso que justifique racionalmente sua sentença.

Pelo exposto na Teoria Instrumentalista do Processo, vinculada a um Estado Social, ela não condiz com a estrutura brasileira de Estado Democrático de Direito. A função social do Estado é priorizada em relação à construção do Direito pelos cidadãos, pelos agentes do Direito e pelas partes no processo. Dessa forma, deixa a cargo do Estado-juiz a descrição do que é pertinente no ordenamento jurídico e afasta a possibilidade de trazer ao Direito a realidade daquela sociedade.

Essa racionalidade não pode ser amparada no discurso jurídico do Estado Social, já que este não é opção do Brasil. A Constituição da República de 1988 preconiza o Estado Democrático de Direito. Assim, a teoria processual não pode se esquivar de estabelecer normas que atendam a uma gama de garantias fundamentais e não focar apenas na função social do Estado.

Ainda assim, a própria ideia de função social do Estado deve ser entendida como garantia de isonomia das partes, por exemplo, e não servir de fundamento para atribuir ao juiz, representante do Estado no processo, a possibilidade de desconsiderar provas trazidas nos autos ou estabelecer quais as provas cabíveis, de ofício.

Essa atuação de ofício deve ser pautada por razões que comprovem a necessidade de uma atuação do Estado para igualdade de oportunidades no processo. Melhor ainda, a atuação de ofício do magistrado deveria ocorrer para que as provas trazidas aos autos fossem uma repercussão duvidosa de alguma outra

que alguma parte possa ter alegado. Enfim, essa atuação do juiz deve ser justificada. E essa justificação tem de ser passível de questionamento.

O que se pretende é afastar a fundamentação subjetiva do Direito, os conceitos plásticos que tentam justificar com conteúdo conceitual vago, preenchido pelo próprio interlocutor, sem passar pelo crivo do questionamento intersubjetivo.

Para alcançar uma objetividade, a racionalidade jurídica do discurso deve se pautar por razões que se expõem a crítica. A racionalidade que se assemelha a esse objetivo é a racionalidade científica.

O marco científico junto à experiência prática traça proposta que pode aprimorar o discurso jurídico em bases objetivas que espelhem a realidade social.

Nesse sentido, o Pragmatismo de Peirce é uma teoria filosófica que disserta sobre o método de fixação de crenças, dentre esses métodos está o científico.

Traçar os métodos de fixação de crenças de Peirce e pensá-los na teoria jurídica é repensar inclusive a forma como se estabelece no Direito os princípios do processo judicial. Tal análise torna-se pertinente, já que pela Teoria Instrumentalista do Processo que atualmente tem identidade na legislação brasileira, pode-se solidificar princípios a partir da norma (epistemologia) e seu valor (deontologia jurídica); deixando de fazê-lo com base na consideração a partir da realidade factual. A desmedida na atuação do magistrado, disposta em lei, tem base nesse tipo de forma de teorização de princípio, subjetiva e idealista.

Segundo Peirce (1974, parágrafo 402, tradução de Antônio Cota Marçal),¹ “(...) as consequências ou efeitos de significado prático, que presumivelmente se pode atribuir ao objeto de nossas representações, constituem a totalidade de nossa compreensão deste objeto (...)”.

Aquilo que se tem consciência sobre um objeto seria o que se presume, ou melhor, assume-se que o conceitua, na repercussão das consequências desse conceito observadas na realidade.

O destaque da afirmação de Peirce está no papel deste “pressuposto assumido” – crença – para o significado, e o papel da realidade para validade desta crença. Presumir seria no sentido de crença assumida.

¹ (...) the only conception of a universal which we can have is the power of imagining singulars under it, urges that the possibility of determining a concept in a way corresponding to each particular under it is a mark of that concept (...)

Neste sentido, Peirce escreve o artigo “A fixação da crença” (PEIRCE, 1877, p. 1, tradução nossa)² sobre os processos de estabelecimento da crença, em um periódico com o tema “Ilustrações da lógica da ciência” (PEIRCE, 1877, p. 1, tradução nossa).³ Nele, Peirce disserta sobre os métodos de fixação de crença, analisando qual deles seria viável para obter uma “clara consciência lógica” (PEIRCE, 1877, p. 14, tradução nossa),⁴ esperada pela metodologia científica.

Segundo ele, o objetivo do raciocínio é desvendar algo novo a partir do que já se conhece. O raciocínio correto seria aquele que resulta em conclusões verdadeiras de premissas verdadeiras. Melhor dizendo, a conclusão é válida quando a premissa também é válida, de forma que a validade é uma questão de fato e não de raciocínio. Dessa forma, Peirce trata da inferência entre conclusões e suas premissas (PEIRCE, 1877, p. 3).⁵

Mas, há uma facilidade em ser persuadido no raciocínio por convicções que já se tende a seguir, sejam convicções próprias ou aquelas que historicamente são ditadas na sociedade. Peirce escreve sobre como o homem é propenso a crer em conclusões que não seguem a lógica mencionada – se uma premissa é válida, logo, a conclusão é válida. Chama estes homens de “*otimistas e esperançosos*” (PEIRCE, 1877, p. 3, tradução nossa).⁶

O ponto chave em Peirce sobre essa inferência está na crença que será atribuída para validade da conexão entre premissa e conclusão. Assim, o estabelecimento de uma crença válida traz conclusões claras e objetivas, próprias da ciência.

Dissertando sobre crenças, Peirce trata das diferenças e semelhanças entre dúvida e crença, e que, nesse processo, quando se tem crença em algo, os desejos tendem a repercutir tal crença nas ações (PEIRCE, 1877, p. 5).⁷ “O sentimento de crença é uma indicação mais ou menos segura de se encontrar estabelecido na

² The Fixation of Belief.

³ Illustrations of the Logic of Science.

⁴ Clear logical conscience.

⁵ The object of reasoning is to find out, from the consideration of what we already know, something else which we do not know. Consequently, reasoning is good if it be such as to give a true conclusion from true premises, and not otherwise. Thus, the question of its validity is purely one of fact and not of thinking. A being the premises and B the conclusion, the question is, whether these facts are really so related that if A is B is. If so, the inference is valid; if not, not.

⁶ Sanguine and hopeful.

⁷ Our beliefs guide our desires and shape our actions.

nossa natureza algum hábito que determinará as nossas ações” (PEIRCE, 1877, p. 5, tradução nossa).⁸

Tanto a crença quanto a dúvida repercutem positivamente no momento do agir. No caso da crença, previamente prepara uma posição para o momento propenso quando a situação que demanda a atitude – que será realizada a partir da crença – chegar.

Quanto à dúvida, esta estimula o indivíduo para que tome atitudes que a resolva. O estímulo irritante causado pela dúvida leva a uma investida para se chegar a uma crença. Peirce chama esta investida de *pesquisa* (PEIRCE, 1877, p. 6, tradução nossa).⁹ A pesquisa conduz a uma opinião, quando a dúvida for sanada, neste momento, ter-se-á a satisfação com aquela opinião – independente de ser opinião verdadeira ou falsa.

Nesse ponto, Peirce faz a separação entre a busca por uma opinião – ou crença – e uma opinião tida como verdadeira. O objetivo é sanar toda a dúvida e chegar a uma opinião, ou crença, pois a busca de uma opinião entendida como verdadeira seria mera tautologia – “vício de linguagem que consiste em dizer a mesma coisa, por formas diferentes, repetidas vezes” (BUENO, 1998, p. 632). Já que, como afirma Peirce:

(...) nada fora da esfera do nosso conhecimento pode ser nosso objeto, pois nada que não afete a mente poderá ser motivo de esforço mental. O máximo que pode ser sustentado é que buscamos uma crença que devemos *pensar* ser verdadeira. Mas pensamos que cada uma das nossas crenças é verdadeira, e, de fato, é uma mera tautologia dizê-lo. (PEIRCE, 1877, p.6, tradução nossa).¹⁰

Peirce (1877) identifica quatro tipos de métodos de fixação de crenças: persistência, autoridade (PEIRCE, 1877, p. 8-9, tradução nossa),¹¹ *a priori* e científico.

O método da persistência é próprio daquele que adquire uma crença como verdadeira para se sentir seguro, não importando sua validade ou os apontamentos

⁸ The feeling of believing is a more or less sure indication of there being established in our nature some habit which will determine our actions.

⁹ Inquiry.

¹⁰ (...) nothing out of the sphere of our knowledge can be our object, for nothing which does not affect the mind can be the motive for mental effort. The most that can be maintained is, that we seek for a belief that we shall *think* to be true. But we think each one of our beliefs to be true, and, indeed, it is mere tautology to say so.

¹¹ Tenacity. Authority.

de outrem sobre ser esta crença infundada. Uma analogia feita por Peirce é a do avestruz com a cabeça enfiada na areia quando corre perigo, como se fosse se sentir mais seguro na escuridão; no caso do homem, trata daquele que também quer se sentir seguro, e para isso, o importante é que esta crença transmita a confiança que ele precisa, independente das ações equivocadas que tome a partir dessa crença – tem ligação com sentimentos individuais. Nesse ponto, Peirce mostra a importância que tem a fixação da crença aberta à crítica em uma comunidade – e não individualizada, para que não se chegue a tais enganos.

O método da autoridade é aquele em que uma instituição, ou mesmo o Estado, assume a capacidade de instituir regras do que deve e do que não deve ser uma crença. A repercussão desse método pode ser observada historicamente pelas crenças que instituições cunharam sobre os homens. Peirce exemplifica com as fixadas pela Igreja Católica.

Desenvolvendo o raciocínio de Peirce (1877), pode-se perceber que tais crenças foram fixadas pelo Cristianismo nas suas diversas abordagens, repercutindo em áreas do conhecimento que não se pressupõe religiosas – no Direito, exemplos são usar termo “doutrina” para teoria e “emanar” para o que se interpreta em uma lei, quando, de fato, ambos são termos religiosos.

Peirce chama a atenção para a periculosidade desse método, já que ocorre quando há uma aristocracia ou algum tipo de pessoas que quer ter vantagens estabelecendo sua crença como a única válida, tolhendo as opiniões particulares. E, que, há um comodismo em alguns que os encaminha para a aceitação destas crenças estabelecidas por outrem. “Se seu impulso mais elevado é o de serem escravos intelectuais, então, convenientemente, permanecerão escravos” (PEIRCE, 1877, p. 9, tradução nossa).¹²

Mas, Peirce faz uma ressalva, pois aqueles que pensam com maior amplitude, poderão se questionar sobre o motivo pelo qual aquela crença estabelecida pela autoridade deve ser aceita como válida. O exemplo que traz é de quem compara sua situação com a de outro nascido fora daquele contexto onde há aquela crença. Isso gera dúvida, e, portanto, este método, apesar de ser conveniente para alguns seguirem, gera dúvida em outros – daí, para estes, resta seguir os outros métodos buscando sanar o incômodo da dúvida.

¹² If it is their highest impulse to be intellectual slaves, then slaves they ought to remain.

O método *a priori* é aquele utilizado com base na razão. Esse método é muito usado por filósofos, que constroem teorias, e estas são debatidas – também com base na razão – por outros autores, e, as conclusões são fundamentadas em proposições estabelecidas “em concordância com a razão” (PEIRCE, 1877, p. 10, tradução nossa).¹³

A crítica de Peirce é que suas conclusões “(...) não significam aquilo que concorda com a experiência, mas aquilo que nos encontramos inclinados a acreditar” (PEIRCE, 1877, p. 10, tradução nossa).¹⁴ Dessa forma, apesar de justificar o fundamento de sua conclusão com base na razão, houve, de fato, uma opção por um caminho particular de raciocínio, dentre outros – que possam existir – igualmente racionais, para se chegar àquela conclusão; ou por causas acidentais levadas por escolhas pessoais. Nesse sentido, a pesquisa que sanará a dúvida para se chegar à crença, adquire caráter de desenvolvimento de gosto, pessoal e mutável, como um modismo (PEIRCE, 1877, p. 10-11).¹⁵

O quarto método de fixação de crenças peirceano, o método científico, busca fundamento de estabelecimento de crenças em parâmetro da realidade, acessível para todos e que afasta as inclinações pessoais – sem apelo a sentimentos e nem objetivos pessoais –, já que, sendo de acesso comum, pode ser criticado e aprimorado intersubjetivamente. Segundo o autor,

Existem coisas reais, cujas características são inteiramente independentes das nossas opiniões acerca delas; estas realidades afetam os nossos sentidos de acordo com leis regulares, e embora as nossas sensações sejam tão diferentes como o são as nossas relações aos objetos, contudo, tirando proveito das leis da percepção, podemos descobrir, através do raciocínio como as coisas realmente são; e qualquer homem, se possuir suficiente experiência e raciocinar o suficiente sobre o assunto, será conduzido à única conclusão verdadeira. (PEIRCE, 1877, p. 11-12, tradução nossa).¹⁶

¹³ (...) their fundamental propositions seemed “agreeable to reason”.

¹⁴ (...) it does not mean that which agrees with experience, but that which we find ourselves inclined to believe.

¹⁵ It makes of inquiry something similar to the development of taste; but taste, unfortunately, is always more or less a matter of fashion.

¹⁶ There are real things, whose characters are entirely independent of our opinions about them; those realities affect our senses according to regular laws, and, though our sensations are as different as are our relations to the objects, yet, by taking advantage of the laws of perception, we can ascertain by reasoning how things really are; and any man, if he have sufficient experience and reason enough about it, will be led to the one true conclusion.

Na conclusão de Peirce, esse quarto método de fixação de crenças é o ideal, já que não induz a raciocínios que façam a pessoa apegar-se a hábitos baseados em crenças que não condizem com a realidade. Ademais, para os que já estão apegados por força de hábitos baseados em velhas crenças, o autor sugere reflexão sobre o estado das coisas para ultrapassar estes hábitos (PEIRCE, 1877, p. 14). As crenças devem coincidir com os fatos.

5 INFERENCIALISMO DE ROBERT BRANDOM

A linguagem é, por excelência, forma de expressão do Direito. Dessa forma, a partir da linguagem, pode-se identificar problemas jurídicos e produzir teorias na tentativa de solução desses problemas. Nesse sentido, a argumentação adquire importância no Direito. A argumentação a qual se referencia é toda a discursividade racional que objetiva uma conclusão coerente entre a realidade e as premissas delineadas no transcorrer do discurso.

A partir desse conceito de argumentação geral, a argumentação jurídica trata da racionalidade discursiva da fundamentação de decisão judicial e entre as partes no processo civil.

O problema da linguagem se relaciona diretamente com o problema do método jurídico. Pois linguagem é forma procedimental do pensamento e, portanto, um método de conhecimento. O direito trabalha com a linguagem exatamente neste sentido e estabelece o *fechamento operacional* de determinados apontamentos por força do cumprimento de *sentidos* pré-ordenados, preconcebidos. (GONTIJO, 2011, p. 148, grifo do autor).

A procedimentalidade do pensamento expressa na linguagem tem normatividade própria. Com objetivo de explicar a normatividade da linguagem, teorias filosóficas que trabalham a linguagem ganham importância.

A teoria da linguagem serve ao direito como um método para produzir objetividade e assim fazer um recorte epistemológico de até onde se estende o campo de aplicação de uma norma. A linguagem é, de fato, o meio pelo qual é dado o conhecimento, no caso do direito a linguagem é interpretada sob o prisma da hermenêutica jurídica, que dispõe sobre as condições de seu entendimento. (GONTIJO, 2011, p. 148).

Teorias que entendem a linguagem como parte da ação trazem outra contribuição para o Direito no que se refere a já citada participação democrática na construção do Direito.

Os raciocínios hipotéticos, expressão do pensamento discursivo inferencial, são constituídos por enunciados condicionais. Estes funcionam como fórmulas linguísticas abertas à multiplicidade da experiência e, como tais, postos no domínio público, condições estas que possibilitam explicitar e determinar o sentido de intenções e crenças traduzidas em ações e comportamentos, bem como o significado de símbolos, sinais, instituições e sistemas.

Na medida em que esta participação na produção, interpretação e aplicação da norma legal **se efetivar universalmente** (abranger todos os

envolvidos enquanto autores e destinatários da lei), **for livre** (o que pressupõe que as funções do Estado sejam assumidas como tais e não disputadas como poderes e que o aparato do Estado se torne de fato instrumento da realização dos fins dos cidadãos) e **esclarecida**, estará sendo construída a real e adequada **normatividade** do Direito. (MARÇAL, 2011, p. 91, grifo do autor).

O Direito é feito, eminentemente, através da linguagem. Ao trabalhar as articulações do Direito no âmbito da linguagem, conclui-se sobre o que os interlocutores estão comprometidos através das premissas expressas na sua afirmação – ainda que implicitamente. A linguagem demonstra também o contexto de determinada sociedade.

O Inferencialismo de Robert Brandom (1998) é uma teoria filosófica que traça parâmetros lógico-semânticos por meio do uso da linguagem e de conceitos, levando em conta as relações feitas entre o uso do significado na práxis e os seus conteúdos conceituais, analisando a normatividade na utilização pragmática do vocábulo.

Brandom (2001) trata principalmente de (1) semântica inferencialista – o conteúdo semântico de uma sentença é determinado por regras que governam inferências a partir desse conteúdo semântico – e (2) expressivismo lógico – a função característica do vocabulário lógico é explicitar comprometimentos inferenciais tácitos assumidos.

Sobre inferência, pode-se entender como o processo de extrair uma conclusão a partir de uma afirmação, por meio de premissa da própria afirmação – analisada em determinado contexto, essa premissa remete a uma conclusão.

O diferencial brandomiano é que em sua teoria, as inferências levam em consideração o significado material das premissas da afirmação inicial. Uma inferência apenas lógico-formal poderia ser uma afirmação ou uma palavra em uma frase, por exemplo, que em um texto remete a um conceito em outra frase. Ilustrando: *A vítima morreu a facadas. Ela não teve chance de resistência por estar dormindo.* Nesse texto, pode-se inferir que o pronome pessoal “ela” remete ao sujeito “vítima”.

Para compor essa ideia de inferência material, o contexto em que se processa a linguagem faz diferença nesse entendimento. A forma como os conceitos são construídos e utilizados naquela sociedade. Dessa forma, os conceitos são preenchidos por um conteúdo material, de acordo com o uso na prática social.

Isso difere da representação cartesiana, cujo conteúdo é buscado no próprio sujeito cognoscente. Segundo Brandom (2001, p. 46), racionalistas como Spinoza e Leibniz também não concordaram com essa forma de explicação cartesiana de conteúdo conceitual.

Assim, apesar de aceitarem a importância da representação para explicar a racionalidade humana, Spinoza e Leibniz

(...) não estavam preparados para aceitar a estratégia de Descartes de tratar a fruição do conteúdo representacional como um explicador inexplicável – basta dividir o mundo entre o que é, por natureza, uma representação e o que, por natureza, só pode ser representado (BRANDOM, 2001, p. 46, tradução nossa).¹⁷

Esses dois autores preocuparam-se com a representação do conceito de uma forma que Descartes não se preocupou, já que “(...) recorrem à inferência quando buscam explicar ou justificar a origem dos conteúdos conceituais” (MARÇAL, 2011, p. 93).

Essa inferência seria as relações feitas entre conceitos – usados em substituição a coisas ou estados mentais – e suas conexões com outros conceitos, quando de uma determinada explicação.

Deste modo, estados de coisas, intenções e pretensões manifestadas na ação adquirem conteúdo e significado na medida em que integram e constituem relações conectadas e interdependentes entre si, aqui denominadas de inferenciais, ao funcionarem como premissas e conclusões para apresentar razões ou causas explicadoras e justificadoras de ações e pretensões. (MARÇAL, 2011, p. 93).

Dessa integração inferencial entre conceitos, surge a necessidade de construção da ideia de conteúdo conceitual para Brandom (2001, p. 47, tradução nossa):¹⁸ “(...) o que é a *razão* de algo, com o entendimento de que a verdade e a representação aparecem como ideias de si mesmas na afirmação, e também *compreendem* papéis na atividade racional”.

Verdade e representação estariam assim dentro do próprio conceito, daquilo que ele se constitui: a intensão. Ressalva-se que não se trata de intenção com “ç” –

¹⁷ (...) but they were not prepared to accept Descartes’s strategy of treating the possession of representational content as an unexplained explainer – just dividing the world into what is by nature a representing and what by nature can only be represented.

¹⁸ (...) determining what is a *reason* for what, and understand truth and representation as features of ideas that are not only manifested in but actually *consist* in their role in reasoning.

significando o intento de fazer algo –, mas sim de intensão com “s”, termo da Lógica que significa *traços ou elementos conceituais especificadores, que possibilitam conhecer e distinguir algo*; denominando mais ainda, intensão seria a “designação do conteúdo de um conceito, uma vez que, na representação, era através das características ou notas de um conceito que se podia explicitar e conhecer seu conteúdo” (MARÇAL, 2011, p. 94) – contrapõe ao termo *extensão* do conceito, que designa a abrangência do conceito.

Brandom (2002) identifica cinco formas de racionalidade na tradição filosófica: lógica, instrumental, interpretativa, inferencialista e histórica.

O modelo lógico de raciocínio trata da sistematização de inferências, seria “(...) a codificação das inferências *teóricas*, a forma como crenças provem razões para outras crenças” (BRANDOM, 2002, p. 3, tradução nossa).¹⁹ Este modelo de raciocínio é o de teorização formal e inferência direta.

O modelo instrumental trata da razão que se inicia pelas simples conclusões com a experiência prática através da inteligência, “(...) a forma como desejos ou preferências, junto com crenças, provem razões para a *ação*” (BRANDOM, 2002, p. 3, tradução nossa).²⁰ O modelo instrumental tem o modelo lógico internalizado, na medida em que há a sistematização dos tópicos a partir da análise do impulso surgido pelo contato na prática. Esses dois primeiros modelos de racionalidade têm em comum a formalidade.

O modelo de racionalidade interpretativo trata do uso das próprias condições de tirar razões – a partir do conhecimento que se tem –, para concluir algo racional daquilo que é analisado a partir de julgamento próprio. Percebe-se que o terceiro modelo também internaliza os dois primeiros, já que esta interpretação racional ocorre com bases lógico-instrumentais (BRANDOM, 2001, p. 4-5). Mas, segundo Brandom (2002), a esse modelo falta a relevância material intersubjetiva para devido preenchimento do conteúdo dos conceitos.

O modelo de racionalidade inferencialista, escrito por Brandom (1998b) em *Making It Explicit*, adiciona aos três modelos anteriores a relevância da análise racional de situações psicológicas das inferências materiais que preenchem o conteúdo conceitual dentro de uma discursividade intersubjetiva. Esse modelo de racionalidade será tratado com maiores delimitações nesta dissertação.

¹⁹ (...) codifying *theoretical* inference, the way beliefs can provide reasons for other beliefs.

²⁰ (...) the way desires or preferences, together with beliefs, can provide reasons for *action*.

O quinto modelo de racionalidade histórica baseia-se na racionalidade hegeliana de reconstrução da tradição. Assim como a inferencialista, a racionalidade histórica é focada em usuários de conceito. Para Hegel, conceitos são normas para julgamento. Os conceitos são usados de julgamentos já feitos a eles por outrem na histórica, e fazem sentido para o uso dos que posteriormente os utilizam. Brandom identifica a racionalidade da decisão jurídica feita no *Common law* com este modelo de racionalidade histórica.

O sistema do *Common law* difere do sistema jurídico estatutário, já que todos os limites da aplicabilidade dos conceitos estão nos registros dos casos já decididos que podem servir como precedentes. Não há nenhuma declaração inicial explícita do princípio que rege a aplicação de regras codificadas gerais para contexto particular de fatos – somente uma prática de sua aplicabilidade em constantes novas circunstâncias. Assim, quaisquer que sejam os conteúdos desses conceitos, estes conteúdos começam a partir a história de suas aplicabilidades. (BRANDOM, 2002, p. 13, tradução nossa).²¹

Esses são os cinco modelos de racionalidade esquematizados por Brandom (2002). Dentre eles, a racionalidade inferencialista, teorizada pelo autor passe-se a tratar com mais detalhamento.

O Inferencialismo foca no “jogo” – termo usado pelo autor (BRANDOM, 2002, p. 6, tradução nossa) ²² – de dar e pedir razões, um jogo de mostrar uma leitura particular de algo e questionar sobre pontos de vista do outro sujeito. Ao longo da discussão sobre um conceito ou afirmação, a composição de ideias materiais feita racionalmente pelos sujeitos delimita o conteúdo conceitual ou os compromissos assumidos na afirmação.

Brandom utiliza da importância dada à crença na tradição pragmatista e trata de seu papel na linguagem para as inferências materiais.

Os conceitos “(...) são aplicados no campo da *mente* pela adoção particular de certeza racional em crenças e outros estados intencionais” (BRANDOM, 2001, p.

²¹ Common law differs from statutory law in that all there is to settle the boundaries of applicability of the concepts it employs is the record of actually decided cases that can serve as precedents. There is no explicit initial statement of principle governing the application of legal universals to particular sets of facts-only a practice of applying them in always novel circumstances. So whatever content those concepts have, they get from the history of their actual applications.

²² To be rational is to play the game of giving and asking for reasons.

5, tradução nossa),²³ a abordagem do conceito feita por uma *linguagem relacional* (BRANDOM, 2001, p. 6, tradução nossa).²⁴

Afirmar e acreditar são dois lados de uma mesma moeda – não no sentido que toda crença deve ser assertiva ou que toda asseveração deve ser uma crença, mas no sentido de que nem a atividade de acreditar e nem a de afirmar pode ser feita independente uma da outra (...) (BRANDOM, 2001, p. 6, tradução nossa).²⁵

O processo de dar e pedir razões é forma de atribuir “compromissos e autorizações” (BRANDOM, 2002, p. 6, tradução nossa).²⁶ Brandom (1998a) baseou a ideia desses compromissos no juízo de decisão ou faculdade racional da vontade nas situações fáticas da razão prática kantiana – julgamento como menor unidade da experiência e menor unidade por que se pode ser responsável.

A grande ideia de Kant é que o que distingue julgamento e ações das respostas de criaturas meramente naturais não é sua relação com alguma coisa especial, nem a sua transparência peculiar, mas sim que somos responsáveis pelo que somos de uma forma diferente das criaturas não racionais. (BRANDOM, 1998a, p. 127, tradução nossa).²⁷

Para Brandom, a faculdade racional da vontade aplicada à razão prática foi o diferencial kantiano. A ideia da moral kantiana relevando o papel da responsabilidade pela *necessidade*, ao invés da certeza cartesiana (BRANDOM, 1998a, p. 127).

Por esse raciocínio, Brandom trabalhou a concepção kantiana da responsabilidade em sua teoria pela ideia dos compromissos expressos por julgamentos e ações.

Compromissos pelos quais somos responsáveis, no sentido de que a (nossa) *justificação* deles (dos compromissos) está sempre potencialmente em debate, compromissos que são *racionais* no sentido de que sustentar as

²³ (...) they are applied in the realm of *mind* by the private adoption of and rational reliance on beliefs and other intentional states.

²⁴ Relational linguistic.

²⁵ Claiming and believing are two sides of one coin – not in the sense that every belief must be asserted nor that every assertion must express a belief, but in the sense that neither the activity of believing nor that of asserting can be made sense of independently of the other (...)

²⁶ Commitments and entitlements.

²⁷ Kant’s big idea is that what distinguishes judgment and action from the responses of merely natural creatures is neither their relation to some special stuff nor their peculiar transparency, but rather that they are what we are in a distinctive way *responsible* for.

correspondentes justificações é uma questão de oferecer *razões* para elas (justificações). (BRANDOM, 1998a, p. 127-128, tradução nossa).²⁸

Assim, no processo de dar e pedir razões, o interlocutor, por meio de suas afirmações e respostas, compromete-se com premissas que explicitamente expôs. Esse processo é dinâmico, pois ocorre no discurso.

As razões apresentadas no discurso são justificativas que explicitam compromissos assumidos. Essas justificativas são autorizações no sentido de que, se são explicitadas determinadas razões, elas autorizam ou justificam a atribuição de certo comprometimento ao interlocutor.

A atribuição de compromissos e autorizações requer o conceito do que Brandom denomina *deontic scorekeeping*, em nossa tradução, *placar deôntico*. *Scorekeeping* é uma espécie de placar usado nos esportes, serve para guardar detalhes do jogo à medida que ele acontece. O termo *deôntico* faz referência a Lógica Deôntica, ou seja, um tipo de lógica modal usada para analisar formalmente as normas ou as proposições que tratam acerca das normas. A ideia de Brandom (2002) ao unir ambos os termos em uma única denominação é criar uma espécie de placar para guardar compromissos assumidos ao longo do discurso.

A ideia seria ter dois tipos de registros diferentes neste placar deôntico: um sobre (1) as consequências e antecedentes dos compromissos do outro interlocutor quando se conjugam com outros compromissos atribuídos ao interlocutor, e outro sobre (2) as consequências e antecedentes desses compromissos quando eles são conjugados com os compromissos que o interlocutor assume ou endossa a si mesmo. É questão de ser capaz de mapear declarações do outro para ele mesmo, bem como também de navegar discursivamente entre duas perspectivas doxásticas: ser capaz de usar os comentários do outro como premissas da racionalização própria dele, e saber o que o interlocutor estabelecerá como premissas próprias. (BRANDOM, 2002, p.6-7, tradução e grifo nossos).²⁹

É preciso destacar dois termos dessa afirmação que merecem atenção pelo seu papel no Inferencialismo: o termo *antecedente* dá sentido a um pronome ou

²⁸ Commitments that we are answerable for in the sense that our *entitlement* to them is always potentially at issue, commitments that are *rational* in the sense that vindicating the corresponding entitlements is a matter of offering *reasons* for them.

²⁹ Such deontic scorekeeping requires keeping two sets of books, one on the consequences and antecedents of the other interlocutor's commitments when they are conjoined with other commitments one attributes to her, and the other on the consequences and antecedents of those commitments when they are conjoined with the commitments one undertakes or endorses oneself. This is a matter of being able to map another's utterances onto one's own, so as to navigate conversationally between the two doxastic perspectives: to be able to use the other's remarks as premises for one's own reasoning, and to know what she would make of one's own.

termo equivalente – por exemplo, na frase “João se vestiu rápido”, o termo “João” seria o antecedente e o termo “se” preenche-se com o sentido do termo “João”. O importante dessa ressalva é lembrar que a Teoria Inferencialista trabalha com a linguagem e as funções dela, portanto, os antecedentes não são somente uma espécie de histórico, mas também um termo, uma palavra, ou uma afirmação que preenche o significado de outro. O segundo termo que se destaca é *doxástica*, que vem de Lógica Doxástica, significando um modelo lógico de raciocínio de crenças.

Aplicando esses significados à afirmação de Brandom, pode-se concluir, por meio das afirmações do interlocutor, os compromissos que ele assume ao externar ideais e como acredita que sejam verdadeiras.

Concluem-se ainda premissas do raciocínio que o outro utilizou, pelas quais, porventura nem o mesmo – o outro interlocutor – tenha percebido que se compromete. Esse trabalho de explicitação da normatividade e dos compromissos implícitos na racionalidade discursiva é o título do principal livro de Brandom sobre o Inferencialismo: *Tornando Explícito* (Brandom, 1998b, tradução nossa).³⁰

Brandom (2002, p. 9-11) faz uso da lógica como parte da semântica, e identifica normatividade nas inferências do discurso. Porém, as inferências de que trata não são baseadas meramente na lógica formal, mas sim em conteúdos conceituais preenchidos em um contexto histórico-social de determinada sociedade. Dessa forma, as inferências que trata são materiais.

As inferências materiais são “(...) aquelas inferências cujas propriedades essencialmente envolvem o conteúdo conceitual não lógico de premissas e conclusões” (BRANDOM, 2002, 1998b, p. 102, tradução nossa).³¹

Sobre o que seriam as “inferências materialmente boas” – termo usado pelo autor (BRANDOM, 1998b, p. 102, tradução nossa)³² –, Brandom (SELLARS *apud* BRANDOM, 1998b, p. 102) refere-se à Sellars quanto às normas de inferências materiais, de forma que as normas materiais e as formais têm a mesma importância para o significado na língua e pensamento como suportes da lógica formal, mas as normas materiais têm papel indispensável no pensamento de elementos factuais e não advém das normas formais.

³⁰ Making It Explicit.

³¹ (...) inferences whose propriety essentially involves the nonlogical conceptual content of the premises and conclusions.

³² Materially good inferences.

A inferência material pode concluir que um determinado conteúdo conceitual é usado de forma diferenciada em determinada sociedade. Nesse sentido, as inferências materiais explicitam o significado do conteúdo conceitual usado na linguagem.

Além desses conteúdos conceituais, o vocabulário lógico usado com as inferências materiais explicita compromissos tácitos – o conteúdo semântico – de um interlocutor, através de sua afirmação.

Dessa forma, o conteúdo conceitual explícito deixa à mostra se a utilização do conceito conclui as premissas pressupostas desse conteúdo. Em termos de discurso, as premissas implícitas nas afirmações – com inferência material – são expostas, possibilitando testificação de sua validade com a conclusão destas assertivas.

5.1 A verdade como asseverabilidade e assertividade

Para tratar a ideia de verdade na teoria Inferencialista, serão delimitados conceitos e relações de compromissos e autorizações, premissas e conclusões, condições de asseverabilidade e assertividade em parâmetros histórico-sociais da linguagem de uma sociedade.

Brandom (1998b) trabalha com a ideia de asserções que são alvo de inferências. Para entendimento da ideia de verdade na teoria brandominana, passa-se a delimitar os componentes do jogo deôntico e *scorekeeping* brandomiano, ou seja, a contabilização da regularidade das inferências pelo placar deôntico do Inferencialismo de Brandom.

Nesse placar deôntico, quatro termos são tratados pelo autor: compromisso (commitment), autorização (entitlement), premissas e conclusões (BRANDON, 1998b, p. 97, tradução nossa).³³

Ao fazer uma afirmação, o interlocutor está comprometido com o conteúdo dessa asserção e, com isso, autoriza o outro interlocutor e a si mesmo a fazer asserções com base na anterior. As premissas são as circunstâncias condicionantes tratadas na afirmação. As consequências são as conclusões da afirmação nas condições que foram feitas.

³³ Premises and conclusions.

Todos os quatro elementos – compromisso, autorização, premissas e conclusões – são analisados uns em relação aos outros para que se veja a clareza das afirmações. Assim, relacionando-os, cada asserção consiste em compromissos condicionais, compromissos consequenciais, autorizações condicionais e autorizações consequenciais.

Exemplificando a lógica semântica indicada por Brandom (1998b), tem-se que para se verificar se está clara a asserção “A” de um interlocutor “I”, quatro pontos são analisados no discurso prático normativo: (1) em quais premissas está I comprometido por A; (2) fundamentado em quais premissas está I autorizado a A; (3) por quais conclusões está I comprometido por A; e (4) a quais conclusões está I autorizado por A.

Assim, à medida que se afirma algo, o interlocutor assume como verdade as circunstâncias inferenciais que compõem o comprometimento por meio da sua afirmação. E, a partir do que assume como verdade, se, depois de perquirido no processo de dar e pedir razões, mantém-se as premissas inferenciais materiais implícitas – que vão sendo explicitadas no discurso – o interlocutor está autorizado a falar das consequências dessas premissas com as quais está comprometido.

O termo *autorizado* não quer dizer que o interlocutor não possa falar algo que queira por uma vontade própria – ainda que não faça sentido –, mas a autorização de que se trata na teoria brandomiana está relacionada com a construção racional do discurso. Da mesma forma, no processo de dar e pedir razões, os comprometimentos nem sempre são explicitamente assumidos a princípio pelo interlocutor, até que, pelo questionamento do outro, e pelas próprias razões que vão fundamentando as premissas de sua assertiva, fique demonstrado o compromisso que, no início do discurso estava implícito. “A inferência é correta quando as condições de asseverabilidade de sua conclusão são um subgrupo das condições de asseverabilidade de suas premissas” (BRANDOM, 1983, p. 640, tradução nossa).³⁴

Brandom (1998b, p. 98, tradução nossa) utiliza três exemplos de inferências que podem ser feitas para explicitar comprometimentos assumidos como verdade pelo interlocutor: (1) se *Pittsburgh está a oeste de Philadelphia*, logo se conclui que *Philadelphia está a leste de Pittsburgh*, esta primeira inferência conclui que o

³⁴ An inference is then correct just in case the truth conditions of its conclusion are a subset of the truth conditions of its premises.

interlocutor que a afirma tem a noção dos conteúdos conceituais de *oeste* e *leste*, e que, por conta disso, a inferência está correta. A segunda inferência, (2) se *hoje é quarta-feira*, logo se conclui que *amanhã é quinta-feira*, demonstra que o interlocutor tem conhecimento do conteúdo conceitual que nomeia os dias da semana e da noção de *amanhã*. Na terceira inferência, (3) se *o raio é visto agora*, logo se conclui que *o trovão será escutado em seguida*, quanto ao interlocutor que faz a assertiva, pressupõe seu conhecimento dos conteúdos conceituais de *raio* e *trovão*, bem como que entende verdadeira a interligação de ambos os conceitos no funcionamento climático.

Da mesma forma que Alexy entende não haver certeza conclusiva, percebe-se na teoria de Brandom que as verdades são construídas a partir dos comprometimentos inferenciais no discurso de dar e pedir razões, não havendo, portanto, uma verdade imutável.

É importante ressaltar que esta ideia de normatividade semântica tratada no discurso não conclui que a realidade não existe. A questão é diferenciar o papel da *verdade* na linguagem – afirmação asseverada e assertiva – em relação à realidade factual. A verdade seria uma afirmação no discurso que passa por “condições de asseverabilidade” (BRANDOM, 1976, p. 140, tradução nossa).³⁵

Nesse ponto, importante delimitar o significado do termo “assertibility” usado por Brandom (1976; 1998b). No contexto de sua escrita, tanto em artigos como em livros na língua inglesa, pode-se entender “assertibility” como *asseverabilidade* (tradução nossa), no sentido de afirmar assegurando, certificando aquela declaração como espelhada na realidade, após passar pelo que Brandom denomina “condições de asseverabilidade”.

Para cada sentença da linguagem, associa-se um contexto que determina as regularidades de uso no qual quem fala deve se adequar. O contexto é visto como condições de certificação – asseveração – da sentença. Os elementos dos contextos associados com as sentenças têm padrões, palavras possíveis, ou contextos de crença de quem fala. A questão seria quais elementos escolher (BRANDOM, 1976, p. 138). O contexto que Brandom indica é a construção histórico-social dos conteúdos conceituais na linguagem pelas relações intersubjetivas em uma sociedade.

³⁵ Assertibility conditions.

Brandom compõe sua ideia das condições de asseverabilidade com a justificabilidade epistêmica de Michael Dummett:

(...) a noção de verdade nasce em primeiro lugar de modos menos específicos de recomendação de um enunciado assertivo, a partir da necessidade de distinguir entre ela e a noção de justificabilidade epistêmica, e essa necessidade é, por sua vez imposta pelos requisitos para a compreensão de certos tipos de sentença composta. (DUMMETT *apud* BRANDOM, 1976, p. 140, tradução nossa).³⁶

Portanto, a verdade que Brandom (1976) alude é a tratada na linguagem, ou seja, não é a realidade como conteúdo que preenche este conceito de verdade. Segundo Brandom, tratar de *verdade* apenas como realidade em uma teoria lógico-semântica traria duas incongruências: (1) a impossibilidade de tratamento de questões futuras justificáveis na linguagem e (2) a linguagem em si não é garantia de uso da realidade factual, nenhuma regularidade de expressão, na qual quem fala aprende a se adequar, e que é reconstruída por uma hipotética teoria de asseveração é suficiente para indicar que o que se expressa é a verdade; caso contrário, a infalibilidade seria pré-requisito para aprendizagem da linguagem. Dessa forma, pode-se dizer que muitas expressões de qualquer população podem ser certificadas e não verdadeiras, ou verdadeiras e não certificáveis (BRANDOM, 1976, p. 139).

Brandom considera o papel da verdade como uma condição auxiliar na construção das asserções (BRANDOM, 1976, p. 142). São usadas sentenças compostas e a partir de uma asserção considerada verdade – na crença do interlocutor que a utiliza –, pode-se asseverar outra afirmação, desde que seja também assertiva.

Nesse sentido, Brandom (1983) traz a ideia e a importância da *assertividade*, conexão das afirmações em uma prática social, identificando normatividade entre o que se responsabiliza e o que se autoriza. “(...) Ao afirmar está se emitindo uma licença para inferir” (BRANDOM, 1983, p. 639, tradução nossa).³⁷

³⁶ (...) the notion of truth is born in the first place out of less specific modes of commendation of an assertoric utterance, from the necessity to distinguish between it and the epistemic notion of justifiability; and this necessity is in turn imposed by the requirements for understanding certain kinds of compound sentence.

³⁷ (...) asserting is issuing an inference license.

O ato de fala assertivo surge numa autônoma estrutura determinada de responsabilidade e autoridade, socialmente instituídas. Ao ser assertivo com uma sentença, tanto o interlocutor compromete-se a ela como também a endossa. A dimensão de endosso é o que indicamos de forma preliminar em termos da função de uma assertiva como licenciando ou autorizando novas assertivas. (BRANDOM, 1983, p. 640, tradução nossa).³⁸

Na prática de assertividade de determinada sociedade – e suas práticas sociais –, ou melhor, nessa estrutura de responsabilidade e autorização, o conteúdo das sentenças tem papel de justificação inferencial. Entender a forma como uma comunidade justifica suas sentenças é compreender o que esta comunidade entende como justificável, e quais são as premissas que ela entende corretas. Se afirmações são usadas como premissas verdadeiras de outras declarações na linguagem prática e interação social de determinada sociedade, as afirmações usadas como premissas foram devidamente assertivas.

Quando uma afirmação é assertiva, ainda que tenha cunho de crença do interlocutor, tal asserção entendida e aceita como verdadeira pelos partícipes daquela sociedade, gera comprometimento com sua afirmação. O foco não é a intenção do interlocutor em convencer, mas sim a convenção social governando as observações daquele interlocutor (BRANDOM, 1983, p. 648).

Pensando essa ideia de verdade com o princípio processual que utiliza da ideia de existência de uma verdade absoluta a ser buscada, percebe-se que a teoria processual não faria sentido. O legislador ou teórico do processo pode utilizar a ideia de tentar aproximar o processo da realidade, o que difere de conferir às afirmações no processo o cunho de verdades reais.

O foco não seria tentar preencher a lacuna do conteúdo conceitual dessa *verdade objeto* com afirmações feitas por inferências formais, mas sim fundamentar racionalmente com base em inferências materiais do conhecimento a que é possível ter acesso e pelo qual não demonstre dúvida de sua ciência. Indicam-se *afirmações feitas por inferências formais*, já que, as provas por si só não são fontes exímias da realidade, normalmente as provas são mediadas, e, portanto, adquirem interferência do conhecimento próprio do sujeito na explicitação dessas provas – melhor dizendo,

³⁸ The speech act of asserting arises in a particular, socially instituted, autonomous structure of responsibility and authority. In asserting a sentence one both commits oneself to it and endorses it. The dimension of endorsement is that which we indicated in a preliminary fashion in terms of the function of an asserting as licensing or authorizing further assertions.

o sujeito preenche o conteúdo conceitual com a sua visão das provas e repercute assim na sua descrição nos autos.

Mesmo as afirmações no processo só seriam tidas como verdadeiras, ou asseveradas e assertivas, se o entendimento construído intersubjetivamente a entender dessa forma.

O que se especifica é que o conceito de verdade não é o mesmo que realidade em si, o conceito de verdade é um partícipe da dinâmica da normatividade semântico-linguística.

Dessa forma, falar em busca de uma verdade por meio de alegações e provas no processo pode levar a enganos por uma subjetividade desconectada com a realidade. Usar essa subjetividade para justificar seus atos processuais, subtrai a possibilidade de contestação devida.

A contestação contra um argumento construído autocraticamente pelo juiz, como o que ele entende de “bem-comum”, por exemplo, deixa as partes em condição de mero convencimento dos ideais do juiz, já que aquele entendimento subjetivo não se mostra como razões objetivas, ao contrário, seria uma ideia formada pelo próprio magistrado, ou seja, o magistrado preenche o conceito de “bem-comum” com um conteúdo conceitual imposto às partes.

Ao invés de motivar seus atos pela busca de uma quimera – verdade real –, o magistrado deve expor razões que entende justificar sua intenção de busca de provas em determinado sentido, por exemplo.

Com as razões do juiz explicitadas de forma intersubjetivamente objetiva, as partes podem contestar objetivamente. Esse jogo de dar e pedir razões forma racionalmente um discurso objetivo e intersubjetivamente construído no Direito Processual. A partir dele, a discussão de conteúdos conceituais jurídicos, da aplicabilidade de norma a fatos e a de requisitos para devida motivação do juiz em cada caso, aprimora-se com a participação democrática de todos no processo.

5.2 A fiscalização democrática da motivação das decisões judiciais e a teorização jurídica a partir de premissas lógico-semânticas

A importância do processo de dar e pedir razões e das inferências materiais brandonianas será abordada como forma de renovação e inovação no Direito não somente na fiscalização do Direito pela devida fundamentação judicial racionalmente

concluída, como também no processo judicial, chamando atenção para o que a Teoria do Direito pode contribuir com as teorias gerais do processo.

Em uma decisão judicial analisando os conteúdos conceituais dos termos e a conformação das afirmações com a realidade, buscando inferências materiais por meio do vocabulário lógico, premissas são explicitadas, e com elas os compromissos assumidos nas afirmações pelo magistrado, podendo-se ponderar sobre a validade do conteúdo destas afirmações em relação à conclusão que de suas premissas resulta.

No caso do Judiciário, os compromissos assumidos podem ser também quanto a deveres que deveriam ser assumidos, e esses também podem ser explicitados na proposta brandomiana.

No Inferencialismo, Brandom (2002) classifica três formas de inferências de deveres na racionalidade prática: Instrumental, Institucional e Incondicional.

A Instrumental é aquela na qual há uma opção para se chegar a um objetivo, demonstra preferências e desejos. Essa inferência demonstra uma opção no compromisso assumido. Exemplificando: Se *“somente fazendo A ficarei sóbrio”*, e *“quero ficar sóbrio”*, logo, conclui-se que *“devo fazer A”* (BRANDOM, 2002, p. 10).

A inferência Institucional é aquela ligada a alguma condição institucional. Ela é diferente do modelo de preferência já que não é assumida tendo uma opção como parâmetro, mas sim algum tipo de condição específica. Exemplificando: Se *“fazendo A não estaria tratando o público com respeito”*, e *“funcionários públicos são obrigados a tratar o público com respeito”*, logo, conclui-se que *“como funcionário público, não devo fazer A”* (BRANDOM, 2002, p. 10-11).

A inferência Incondicional é aquela ligada a todos, independente de preferências ou condições institucionais. Exemplificando: Se *“é errado – não deve ser feito – causa pânico sem nenhum propósito”*, e *“fazendo A causaria pânico sem nenhum propósito”*, logo, conclui-se que *“não devo fazer A”* (BRANDOM, 2002, p. 11).

“O importante sobre a justificção dos compromissos normativos dessas três formas é a circunstância que cada qual deve ser endossada, e como resolver

incompatibilidades entre estes compromissos assumidos com elas” (Brandom, 2002b, p. 11, tradução nossa).³⁹

Essas inferências de deveres têm normatividade que pode ser verificada nos deveres jurídicos. Esses deveres podem ser de cunho contratual facultativo ou obrigatório. Dever obrigatório pode ser positivo – obrigação de dar ou fazer – ou negativo – omissão. Dessa forma, as inferências de deveres brandomianas têm bastantes semelhanças com os deveres jurídicos, e, fazendo remissão às inferências corretas, pode-se concluir qual o parâmetro correto deve ser seguido para cada tipo de dever.

O vocabulário lógico e a semântica Inferencialista podem ser usados não somente para verificar a validade da fundamentação da decisão judicial. Quanto à argumentação jurídica, seja pelo processo de interlocução das afirmações das partes, ou mesmo pela devida fundamentação da decisão judicial, a coerência ou não dos enunciados pode ser concluída por meio da lógica da teoria semântica inferencialista.

As inferências materiais ligam a afirmação a um conteúdo material que se conclui por outra afirmação por meio da primeira. A afirmação inferenciada pode ser uma premissa ou uma conclusão da primeira. A primeira afirmação é explicitada e a premissa e a conclusão – inferenciadas – podem ser explícitas ou implícitas. Sendo premissa ou conclusão, a afirmação inferenciada é uma crença afirmada pela primeira afirmação. Dessa forma, crenças vão se evidenciando no processo do Inferencialismo. A ligação entre a afirmação inicial explícita e a crença que dela se conclui é o comprometimento veiculado na primeira declaração. Se o comprometimento é baseado em um termo jurídico que não se aplica ao contexto social, ou que não tem um conteúdo conceitual, sendo mero argumento de autoridade, este compromisso nesta crença infundada deve ser revisto.

No caso de se aplicar ao contexto social, trata-se de norma jurídica ou decisão judicial baseada em argumento não reconhecido no decorrer de mudanças sociais, e que, portanto, não são reconhecidos pela sociedade como Direito. No segundo caso, sobre o argumento de autoridade, faz-se mais difícil a mudança, já que normalmente os próprios advogados, docentes e agentes do Direito ratificam

³⁹ The real questions concern the justification of normative commitments of these various forms: the circumstances under which one or another should be endorsed, and what considerations speak for resolving incompatibilities among such commitments in one way rather than another.

vários conceitos construídos apenas no método de fixação de crenças que Peirce chamaria *a priori*, ou seja, apesar de poderem ser concluídos a partir da razão, esses conceitos têm conteúdos que são formados a partir de uma escolha dos autores que os subscrevem.

O Inferencialismo serve para mostrar mecanismos linguísticos que contribuem para o Direito na busca por clareza e exatidão.

Não se trata claramente de um raciocínio dedutivo categórico. Não se trata também da operação denominada subsunção, habitualmente realizada no Direito com a pretensão de derivar uma decisão de um caso concreto a partir da norma legal. Trata-se de um raciocínio a partir de pressuposições, que são plausíveis e ou prováveis, na medida em que lastreadas na observação e na experiência dos fatos. Está em jogo o exercício do pensamento discursivo hipotético e que consiste, basicamente, em **substituir conceitos obscuros** (obscuros porque dogmáticos e acriticamente recebidos prontos, porque representações de conteúdos imaginários ou inteiramente subjetivos, como os transcendentalizados de fora para dentro e os ideológicos) **por conceitos mais claros** (e mais claros porque inferencialmente construídos a partir de fatos, de enunciados propositivos e descritivos e que podem ser substituídos se a experiência e a prática não lhes derem sustentação), **dispondo-os em uma correlação hipotética**. (MARÇAL, 2011, p. 90, grifo do autor).

Assim, sob a possibilidade de construção do Direito pelo cidadão – e pelos agentes do Direito –, o ponto central da teoria de Brandom não é a mera fiscalização da decisão judicial, mas sim a ideia de fazer o Direito.

A forma como isso ocorre é com o próprio método de conceituar, fazer relações entre conceitos, inferências. À medida que essas inferências são feitas, autorizadas pela sociedade – no sentido de entendê-las como assertivas verdadeiras –, e os conteúdos conceituais revistos, o Direito vai sendo construído.

(...) Uma teoria é uma articulação de conteúdos conceituais capaz de estabilizar e fundamentar práticas e procedimentos, na medida em que a correlação entre enunciados considerados verdadeiros e corretos permite demonstrar ou provar a adequação ou validade de decisões e suas consequências. O cidadão, o estudante e o agente do Direito só terão domínio dos conteúdos conceituais do sistema jurídico quando capazes de desenvolver uma rede teórica que os interligue e fundamente. Do mesmo modo que a argumentação jurídica racionalmente convincente, dispor de uma autêntica teoria do Direito significa abarcar não apenas os elementos considerados especificamente jurídicos, mas todos aqueles necessários para compreender e explicitar discursivamente a realidade sobre a qual o Direito exerce seu papel. (MARÇAL, 2011, p. 101).

Assim, a relevância da argumentação jurídica não está somente na fiscalização da devida fundamentação da decisão judicial, mas também e com muita importância na própria construção do direito pelos seus agentes.

Os teóricos do Direito devem principalmente evidenciar deficiências normativas, formatar novas diretrizes jurídicas de acordo com a necessidade de se efetivar a democracia esperada em um Estado Democrático de Direito e criticar racionalmente decisões autoritativas (MARÇAL, 2008) e quaisquer outros conceitos ou afirmações que não sejam racionalmente construídos – como por argumento de autoridade ou método *a priori* de fixação de crenças.

6 CONCLUSÃO

Pensando que o processo judicial é eminentemente feito pela linguagem, a teoria processual deve levar em conta parâmetros lógico-semânticos, deve ser constituída com bases racionais científicas, possíveis de testificação na realidade e favorecer a construção do Direito pelos cidadãos e agentes do Direito no processo.

O procedimento brandomiano de dar e pedir razões é forma de explicitar comprometerimentos implícitos e se averiguar sobre corretas inferências, levando em conta seu significado material, na argumentação no discurso racionalmente construído. Além disso, trabalha com a ideia de condições de asseverabilidade, ou seja, não entende a linguagem como delimitador de conceitos idealizados, ao contrário, busca formas normativas dentro da construção lógico-semântica que favoreça testificação com a realidade.

Em relação à certeza provisória e necessidade de plenitude de razões afirmadas, o processo de dar e receber razões da teoria inferencialista de Brandom confere aos interlocutores a possibilidade de contestação constante e identificação de conteúdos materiais inferenciados. Por meio da contestação – processo de dar e pedir razões – da teoria brandomiana, é possível concluir os comprometerimentos dos interlocutores com suas crenças.

A teoria processual a ser pensada deve levar em conta as críticas ao atual modelo da Teoria Instrumentalista do Processo, já que, como descrito, essa teoria não favorece a construção do Direito.

O argumento de autoridade na Teoria Instrumentalista do Processo é a atribuição, ao juiz, da capacidade sobrehumana de dizer o Direito para satisfação do “bem-comum” e “paz social” – conceitos estes cujos conteúdos conceituais também são definidos pelo magistrado na teoria instrumentalista. Essa atribuição ocorre apenas por ser o juiz, representante processual do Estado, investido no cargo.

Utilizando a teoria inferencialista de Brandom, há a possibilidade de se verificar com quais premissas o julgador está comprometido. E, não estando tais premissas em conformidade com a democracia no Estado Democrático de Direito, pode-se contestá-las a partir das inferências materiais feitas dessa decisão. Assim, a partir do método inferencialista brandomiano identifica-se na fundamentação da decisão judicial, eventual uso de conceitos dogmáticos, cujos conteúdos conceituais não fazem sentido, senão pelo argumento de autoridade.

As premissas inferencialistas, baseadas em uma normatividade lógico-semântica que explicita comprometimentos, relevam objetividade – necessária para construção de um Direito autônomo –, já que o Inferencialismo trata das condições de asseverabilidade, ou seja, não vê as afirmações como verdades conclusivas, mas sim com a necessidade de testificação teórica na realidade factual.

Outro diferencial das premissas inferencialistas é a assertividade, mostrando a importância da conexão do Direito com as práticas sociais e a abertura do Direito para a pluralidade. A teoria inferencialista traz a ideia de assertividade como aceitação na prática social, do uso de conceitos e afirmações nas quais se explicita o que o interlocutor está comprometido, de forma que contempla a possibilidade de inclusão de conclusões particulares, no Direito, a partir de premissas aceitas socialmente, podendo o Direito permanecer sempre atualizado, mesmo nas mudanças do pensamento social.

O ponto da construção do Direito seria a participação dos cidadãos e dos agentes do Direito na constante conceituação – e revisão teórica jurídica –, assim como, de forma mais direta, pela participação no processo judicial, que, posteriormente, será jurisprudência. A teoria inferencialista de Brandom se destaca por suas premissas de possibilidade constante de correção através do procedimento de dar e pedir razões.

Dessa forma, utilizar a teoria inferencialista brandomiana para fiscalizar a justificação do discurso judicial e para construir parâmetros processuais revela uma forma de participação dos cidadãos e dos agentes do Direito em inovações jurídicas que espelham a necessidade por mudanças sociais, convergindo no Direito a efetiva possibilidade de democracia e adequação à realidade social, esperadas em um Estado Democrático de Direito, por meio de uma Teoria Inferencialista do Processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALMEIDA, Emanuela Costa. Atuação Probatória do Magistrado na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). **Direito Processual**: estudos no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. **Novos ensaios sobre a perspectiva pragmática do Direito democrático**. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro, Serro, n.3, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2003/2174>>. Acesso em 10 dez. 2013.

BRANDOM, Robert. Action, norms, and practical reasoning. **Philosophical Perspectives**: Languages Mind and Ontology. v.32, n.12, p.127-139, 1998a. Disponível em <<http://links.jstor.org/sici?sici=0029-4624%281998%2932%3C127%3AANAPR%3E2.0.CO%3B2-Z>>. Acesso em 28 dez. 2004.

BRANDOM, Robert. **Articulating Reasons**: An Introduction to Inferentialism. Cambridge/London: Harvard University Press, 2001.

BRANDOM, Robert. **Asserting**. Princeton University: The Journal of Philosophy, v.17, n.4, p.637-650, 1983.

BRANDOM, Robert. **Between Saying & Doing**: Towards an Analytic Pragmatism. New York: Oxford University Press, 2008.

BRANDOM, Robert. **Making It Explicit**: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment. Cambridge/London: Harvard University Press, 1998b.

BRANDOM, Robert. **Perspectives on Pragmatism**: Classical, Recent, and Contemporary. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

BRANDOM, Robert. **Reason in Philosophy**: Animating ideas. Cambridge: Belknap/Harvard University Press, 2009.

BRANDOM, Robert. **Tales of the Mighty Dead**: Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality. Cambridge/London: Harvard University Press, 2002.

BRANDOM, Robert. Truth and assertibility. **The Journal of Philosophy**, v.73, n.6, mar.25, p.137-149, 1976. Disponível em <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-362X%2819760325%2973%3A6%3C137%3ATAA%3E2.0.CO%3B2-Oi>>. Acesso em 28 dez. 2004.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DESCARTES, René. Meditações metafísicas. Tradução de Bento Prado Júnior e G. Guinburg. *In*: Descartes II. **Coleção Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b, v. 1.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito**: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução de Valério Rodhen e Udo Baldur Moosburger. *In*: **Coleção Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. P.105-118.

MARÇAL, Antônio Cota. **Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo?** Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro, Serro, n.3, 2011. Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181>>. Acesso em 10 dez. 2013.

MARÇAL, Antônio Cota. Princípio – Estatuto, função e usos no Direito. *In*: TAVAREZ, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARÇAL, Antônio Cota. Metaprincípios do Estado Democrático de Direito: um ponto de vista pragmatista. *In*: MARÇAL et alii (orgs.) **Os princípios na Construção do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9-36.

PEIRCE, Charles S. **Collected Papers**. Charles Hartshorne e Paul Weiss (editores). 3. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1974. Vol. 2 and 5.

PEIRCE, Charles S. The Fixation of Belief. **The Popular Science Monthly**. D. Appleton and Company, Nova Iorque, vol. 12, n. 1, nov. 1877, p.1-15. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=dywDAAAAMBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 10 dez. 2013.

PLATÃO. A República. Tradução de Enrico Corvisieri. *In*: **Coleção Os pensadores**. São Paulo: Nova cultura, 2000.

SARAMAGO, José. **A caverna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENA, Elder. **A viabilidade da teoria da argumentação jurídica na aplicação dos direitos fundamentais**. Uma análise a partir da colisão de princípios com base no caso Siegfried Ellwanger (julgamento pelo STF do HC 82.424-2). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2816, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18710>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Fundamentação do Direito e Argumentação Jurídica: A proposta de Alexy, p. 295-310. *In*: Nuno Manuel Morgadinho Coelho; Cleyson de Moraes Mello. (Org.) **O fundamento do Direito estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

VEZZOSI, Rafael Geraldo Magalhães. A verdade estruturada no processo Civil do Estado Democrático de Direito. *In*: João Antônio Lima Castro. (Org.). **Direito Processual: Estudos Jurídicos Aplicados**. 1ed. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010, v. 1, p. 31-46.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.