



RICARDO ROCHA VIOLA

**TEORIA DA
DECISÃO
JUDICIAL**

D'PLÁCIDO
EDITORA

RICARDO ROCHA VIOLA

**TEORIA DA
DECISÃO
JUDICIAL**



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2015, D'Plácido Editora.
Copyright © 2015, Ricardo Rocha Viola

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Letícia Robini de Souza
(Sobre imagem de Andrew Beierie para sxc.hu).

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

VIOLA, Ricardo Rocha

Teoria da Decisão Judicial-- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-146-9

1. Direito. 2. Teorias do Direito. I. Título.

CDU343.1

CDD341.4



AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento vai para meu falecido pai. Em 1983 chegamos a Uberlândia vindos do Rio de Janeiro em função de sua transferência profissional. O Sr. Viola, como era conhecido, era um bancário a moda antiga, absolutamente engajado nas atividades rotineiras de sua profissão. Todavia, para a surpresa geral da nação, em 1986 foi desrespeitosamente demitido por carta. Seu mundo caiu. Sua saúde acabou. Não sei como, não veio a depressão. Foi ao fundo do poço financeiro, mas conseguiu bravamente resolver todos os seus problemas e viver com dignidade até seu prematuro passamento em 1999, apenas quatro dias após meu 31º aniversário.

Dentre os vários ensinamentos que ele me deixou, o mais importante foi o de que o homem tem que ser livre, e livre na mais ampla acepção da palavra. Foi pensando nisso, que resolvi transformar-me em um profissional liberal. Resolvi ser advogado. Advogado convicto desde os primeiros dias na UFU – Universidade Federal de Uberlândia. Jamais passou pela minha cabeça tentar as carreiras públicas ou ao sair da universidade e buscar um emprego na iniciativa privada. Sempre projetei a liberdade, que a cada dia estou construindo em céu de brigadeiro.

Agradeço também minha mãe, D. Cida Viola que me ensinou outro princípio fundamental. Ser sempre feliz. Não importa o quanto as coisas estejam ruins. Viver é pura felicidade. **É assim que conduzo minha vida, com liberdade e felicidade.**

Agradeço a minha irmã Rosane, por ter escolhido a graduação em direito antes de mim, e assim, ter-me mostrado as infindáveis possibilidades desta carreira fantástica.

Agradeço a minha irmã caçula Fernanda simplesmente pelo amor incondicional.

Agradeço a minha amada esposa Elem Cássia e a minha pequena Vitória. Para estas as palavras são confiança, respeito e esperança. Tudo que faço na vida conta sempre com a incondicional confiança destas

duas pessoas magníficas. Tudo o que faço, o faço com o mais absoluto respeito a confiança em mim depositada. Juntos, comungamos a esperança de dias melhores.

Agradeço ao meu amigo irmão, o Professor Wendel Ferreira Lopes, que desde os bancos do cursinho preparatório para vestibular, o saudoso PRÁXIS, me atura e me proporciona oportunidades de, pela amizade e pela fraternidade, caminhar rumo ao engrandecimento como ser humano.

Agradeço ao meu orientador no Programa de Mestrado em Direito da UFU, o Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo, que desde a graduação em direito mostra, pelo exemplo, como ser um homem honrado, um professor exemplar, um profissional brilhante e, acima de tudo, amigo.

Agradeço aos demais professores do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia pela paciência e pelas inestimáveis colaborações.

Agradeço por fim aos meus estimados alunos, que sempre me estimulam a com eles comungar momentos inesquecíveis no templo sagrado que é a sala de aula.

Obrigado!!!



SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO	11
1. O CONTEXTO, O PRETEXTO E O TEXTO	15
1.1. O contexto: a transição da modernidade para a pós-modernidade e a repercussão desta transição nos quadrantes jurídicos.....	15
1.2. O pretexto: o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais.....	25
1.2.1. O direito enquanto fenômeno de linguagem.....	26
1.2.2. Enunciados prescritivos e normas jurídicas: uma distinção útil e necessária.....	28
1.2.3. A noção de sistema jurídico: o sistema de direito positivo e o sistema da ciência do direito.....	31
1.2.4. Os elementos do sistema jurídico do direito positivo.....	34
1.2.5. As dimensões do fenômeno jurídico.....	44
1.2.6. Um conceito para direitos fundamentais.....	47
1.2.7. O problema dos conceitos indeterminados lançados nos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais.....	63
1.3. O texto: o direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais – identificação da fundamentalidade e do conteúdo jurídico do enunciado.....	65
2. UMA ANÁLISE TEÓRICA CONTEMPORÂNEA SOBRE A RACIONALIDADE DECISÓRIA	73
2.1. A racionalidade jurídica numa visão contemporânea.....	74
2.1.1. O modelo de Ronald Dworkin: a polêmica sobre a única resposta correta.....	77
2.1.2. O modelo de Robert Alexy: o discurso jurídico racional argumentativo na teoria dos direitos fundamentais.....	82
2.1.3. O modelo de Niklas Luhmann: a racionalidade sistêmica.....	100

2.1.4. O modelo de Aulis Aarnio: a racionalidade decisória como aceitabilidade geral.....	109
2.2. Breves considerações acerca dos modelos apresentados.....	118
3. A AFERIÇÃO DA RACIONALIDADE DECISÓRIA.....	123
3.1. Um conceito para a decisão judicial.....	123
3.2. A coerência interna da decisão.....	133
3.2.1. Validade e eficácia do enunciado prescritivo consubstanciado na decisão judicial.....	133
3.2.2. Fundamentação decisória estruturalmente adequada.....	142
3.2.3. Interpretação adequada dos enunciados adotados como fundamentos legais da decisão.....	150
3.2.4. Enunciação da procedimentalidade efetivada na preparação do provimento.....	153
3.2.5. Enunciação da facticidade catalisadora da atividade jurisdicional.....	156
3.3. A coerência externa da decisão.....	157
3.3.1. A validade, vigência e eficácia dos fundamentos legais da decisão.....	158
3.3.2. Alinhamento das interpretações à pauta de valores jurídicos da comunidade política.....	159
3.3.3. Alinhamento das interpretações à pauta de objetivos fundamentais da comunidade política.....	161
3.3.4. A necessária preservação dos princípios jurídicos invocados e eventualmente colidentes.....	164
3.3.5. O alinhamento às decisões precedentes.....	172
3.3.6. Estreitamento do abismo linguístico entre a ciência e a jurisprudência.....	178
3.3.7. As razões de decidir devem ser universalizáveis.....	180
3.3.8. A recondução normativa da decisão.....	182
3.3.9. Congruência empírica da decisão.....	182
3.4. Observação geral acerca dos critérios de aferição da racionalidade decisória.....	185
CONCLUSÃO.....	187
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	189



PREFÁCIO

Tive a oportunidade de acompanhar parte da trajetória acadêmica de Ricardo Viola. Lanço pretensiosamente a afirmação de que acompanhei justamente a parte mais rica, até o momento, desta trajetória. Explico-me. Tive o prazer de participar de seu curso no programa de pós-graduação em direito, no antigo curso de mestrado em direito público da Universidade Federal de Uberlândia. A minha participação na vida acadêmica do autor deste livro foi no ministério de disciplinas no programa, e também em momentos variados de produção e atividades de pesquisa. Neste momento, nos idos de 2009 a 2011, veio ao mundo jurídico a contribuição original, original no sentido de inédita sistematização de materiais sobre a construção da argumentação jurídica e das decisões jurídicas.

Com muita satisfação pude ver, no corrente ano de 2014, a investidora do antigo aluno de mestrado nos quadros da Universidade Federal de Uberlândia, na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, como professor aprovado em concurso para a disciplina de direito tributário.

Ricardo Rocha Viola combinou a experiência exitosa como advogado das causas tributárias, reconhecido como notável operador nesta área do direito, lançando o problema de como são construídas as decisões judiciais e os padrões de racionalidade dessas decisões.

Para entender a importância da obra de Ricardo Viola, procuro inseri-la na contextualização recorrente utilizada pela organização e sistematização da dogmática jurídica. Tercio Sampaio Ferraz Jr, na consagrada Introdução ao Direito (obra que traça o cenário da ciência do direito e dos saberes do direito) ilustra uma divisão tripartida da ciência do direito: dogmática analítica, dogmática hermenêutica, dogmática da decisão. Pois bem, a técnica da decisão e dos argumentos.

A teoria da decisão e a teoria da argumentação bem permitem captar como as decisões são produzidas num ambiente de controle e contenção, dentro de determinados parâmetros de produção, num quadro institucional e, em larga medida, determinado este quadro pela finalidade de solução de conflitos. Ora, um dos problemas centrais explorado pela

teoria da decisão e da argumentação é, justamente, como se constroem, nos processos comunicacionais ínsitos à criação decisória, os discursos dessas decisões. Entenda-se, como se processam racionalmente e com quais contornos o discurso se afirma como fundamentado.

Atores variados participam da produção decisória. Se são vários os autores, com múltiplos endereçamentos de pretensões ao decisor, valem-se também os participantes de cadeias e da formação de uma dialética discursiva que, assim como dito sobre a decisão, envolverá ofertas racionais e fundamentadas. Persuasões, emoções, apelos, indicações, negativas, afirmações: a decisão é construída como decorrência de argumentações.

Interessa notar que o ponto explorado por Ricardo Viola constitui-se, hoje, numa espécie de contorno ou estudo do próprio raciocínio jurídico. Por isso falar-se de uma dogmática da decisão. Assim, descrição e persuasão, prescrição e narrativa, tudo deve ser explorado pela dogmática jurídica da decisão como forma de construção normada e conformada de aplicação do direito. Existem condições e formas, discursos e padrões, argumentos e convenções, tudo isso forma as condições da decisão. Há uma conexão, interação, disputa, participação, convivência entre os envolvidos, sejam os atores centrais da disputa, seja, no posterior, a própria construção legitimada da decisão como produto social, ou seja, como apta a vincular e produzir efeitos entre os litigantes, postulantes, e entre a comunidade. A valência e a efetiva produção dos efeitos almejados, dos discursos, e da decisão, precisam da circulação por todo o roteiro sintetizado acima.

Bem se vê que Ricardo Viola aproveitou o estado da arte da dogmática da decisão e da argumentação e soube problematizar, com a rica vertente de assuntos sintetizados nos parágrafos acima (com todo o risco que a síntese de tais tópicos pode trazer). Assim, vem à praça obra fundamental com coletânea referencial de vários autores sobre a temática. Vem à praça estudo original. Saudemos! Leiamos!

Uberlândia, no mês de julho de 2015.

Alexandre Walmott Borges

Doutor em Direito

Diretor de pós-graduação da Universidade Federal de Uberlândia.

Professor da Universidade Federal de Uberlândia, cursos de graduação em

Direito e Relações Internacionais, programa de mestrado em Direito.

Professor visitante da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.



INTRODUÇÃO

Num momento da cultura jurídica em que se agiganta o protagonismo judicial, faz-se necessário enfrentar o tema da controlabilidade pública das decisões judiciais. É neste contexto que com o presente escrito entrega-se à comunidade jurídica um convite à reflexão sobre como dar efetividade ao direito fundamental à justificação racional das decisões judiciais, direito fundamental previsto no art. 93, IX da Constituição Brasileira de 1988.

O texto está dividido em três capítulos. No primeiro indica-se o contexto e o pretexto para o texto desenvolvido. Respectivamente, a pós-modernidade, o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais e a efetividade do direito fundamental a racional justificação das decisões judiciais. No segundo capítulo será investigada a questão da racionalidade decisória na visão de autores largamente investigados pela Teoria Jurídica Contemporânea. No terceiro e último capítulo propõe-se a sistematização de critérios capazes de proporcionar a aferição daquela racionalidade, por entender-se que, uma vez confirmada a racionalidade da decisão judicial, ter-se-á emprestado efetividade ao direito fundamental insculpido no art. 93, IX da Carta Política.

Para responder o problema, primeiramente, a questão foi devidamente contextualizada, quando então foi delineado o momento cultural da pós-modernidade e os seus desdobramentos no âmbito jurídico, em especial com a consagração da força normativa dos princípios jurídicos, promovendo a reaproximação entre direito, filosofia, sociologia e demais disciplinas humanísticas, já que neste contexto assume papel preponderante no mundo jurídico o debate em torno dos direitos fundamentais.

Acontece que este debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais fica juridicamente esvaziado se conduzido apenas em bases extrajurídicas, isto é, sociológicas, filosóficas, políticas, históricas, etc. É preciso então fornecer um meio de proporcionar o tráfego e o intercâmbio entre estas várias formas de apreensão e reflexão da experiência,

de modo a densificar o debate, racionalizando-o. A opção então é dada pela semiótica elevada ao grau de meio hábil a perfeita compreensão ou inteligência de qualquer objeto alocado em qualquer região óptica. Esta opção semiótica de investigação aponta para a possibilidade de encarar-se o direito enquanto um fenômeno de linguagem.

Surpreendendo o direito por este prisma linguístico é possível promover incisões no fenômeno que farão surgir várias camadas de linguagem, que, se devidamente consideradas, facilitam a compreensão plena da integralidade do objeto observado.

Partindo do viés escolhido, o direito pode ser analisado enquanto um sistema de enunciados modelados em linguagem prescritiva. Não que o direito esteja reduzido apenas a este sistema de enunciados, nem que seja possível promover tal redução. Na verdade, a semiótica proporciona a percepção de um corte epistemológico que escancarará um fértil ponto de partida para todas as demais possíveis investigações que se pretenda empreender sobre o fenômeno. Eis aqui estampada, portanto, a utilidade da opção semiótica.

É com base nesta opção semiótica que é feita a distinção entre enunciados prescritivos e normas jurídicas, distinção importantíssima para a fixação de premissas metodológicas e conceituais que são utilizadas ao longo do trabalho. A opção acima apontada também facilita a compreensão da existência das várias camadas de linguagem em que se manifesta o fenômeno jurídico, especialmente as linguagens do direito positivo e a metalinguagem da ciência do direito, cada qual com seus contornos próprios.

No plano da linguagem do direito positivo é possível surpreender o direito enquanto um sistema que tem um vasto repertório de elementos, os princípios e as regras, reunidos por força de uma estrutura, que mantém a unidade e a coesão do sistema, permitindo a sua perenização.

O viés comunicacional do fenômeno jurídico permite, ainda, a compreensão de que este fenômeno se manifesta em pelo menos quatro planos lógicos – geral, individual, abstrato e concreto –, tornando possível o recorte do trajeto de construção de sentido do fenômeno, facilitando a abordagem compartimentada do mesmo.

Todas estas noções de teoria geral do direito são pressupostos teóricos para que se possa propor um conceito para os direitos fundamentais, categoria dentro da qual insere-se o direito a justificação racional das decisões judiciais, objeto central da investigação.

Uma vez enquadrado aquele direito enquanto direito fundamental, e incluído em seu bojo a noção de racionalidade, é preciso investigar

esta noção. Aqui faz-se um alerta para o fato de que uma vez contextualizada a investigação no quadrante temporal da pós-modernidade, a racionalidade será enfrentada sem resgates de matrizes externas a este contexto. Assim, serão investigadas algumas teorias contemporâneas que tem preocupação com a questão da racionalidade no âmbito jurídico.

A primeira teoria investigada é a do direito como integridade proposta pelo inglês Ronald Dworkin que se desenvolve em torno do pretexto do debate acerca da possibilidade de existir uma única decisão correta para cada caso concreto que seja apresentado à apreciação jurídica. Em seguida, o discurso racional argumentativo do alemão Robert Alexy é o alvo das especulações, quando então, demonstrar-se-á como o referido autor sustenta ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático racional. Na sequência, é a vez de analisar a teoria proposta por outro alemão, Niklas Luhmann, com a sua teoria sistêmica. Para encerrar esta investigação acerca da racionalidade em suas feições contemporâneas investiga-se a aceitabilidade racional proposta pelo finlandês Aulis Aarnio.

Demonstrados os contornos contemporâneos da racionalidade jurídica é chegada a hora de sistematizar critérios que, de acordo com o posicionamento defendido neste trabalho, possibilitam a efetivação do direito fundamental a fundamentação racional das decisões judiciais.

Neste sentido, afirma-se que a racionalidade decisória é verificada tanto interna, quanto externamente. São apontados como critérios para a aferição da racionalidade interna da decisão, (i) a consistência e correção procedimentais da decisão, quando então são analisadas a validade e a eficácia do enunciado prescritivo consubstanciado na decisão judicial; (ii) a estruturação adequada da fundamentação decisória; (iii) a verificação da enunciação quanto ao respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório; e (iv) a enunciação da facticidade catalisadora da atividade jurisdicional. No que toca à racionalidade externa da decisão, são apontados como critério de aferição desta, (i) a validade, a vigência e a eficácia dos fundamentos legais da decisão; (ii) a interpretação adequada dos enunciados adotados como fundamentos legais da decisão; (iii) o alinhamento decisório à pauta de valores jurídicos da comunidade política; (iv) o alinhamento das interpretações à pauta de objetivos fundamentais da comunidade política; (v) a preservação dos princípios jurídicos invocados e eventualmente colidentes; (vi) o alinhamento decisório aos precedentes; (vii) o estreitamento do abismo linguístico entre a

ciência e a jurisprudência; (viii) a universalizabilidade das razões de decidir; (ix) a possibilidade de recondução normativa da decisão; e (x) a congruência empírica da decisão. Cada um destes critérios tem esclarecidos seus contornos teóricos, a fim de que se possa compreender como aplicá-los efetivamente.

Neste momento introdutório parece útil tomar de empréstimo a advertência de Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, xlviii), segundo a qual de forma alguma se tem a pretensão de fornecer ao leitor a última chave para a plena compreensão do fenômeno jurídico. O objetivo aqui levado a cabo é o de simplesmente sistematizar o que ao longo da experiência humana já está colocado à disposição do intérprete do direito, mas talvez de forma difusa, proporcionando assim, baixa compreensão de suas infinitas possibilidades.

Num momento da cultura jurídica em que se agiganta o protagonismo judicial, faz-se necessário enfrentar o tema da controlabilidade pública das decisões judiciais. É neste contexto que com o presente escrito entrega-se à comunidade jurídica um convite à reflexão sobre como dar efetividade ao direito fundamental à justificação racional das decisões judiciais, direito fundamental previsto no art. 93, IX da Constituição Brasileira de 1988.



D'PLÁCIDO
EDITORA
www.livrariadplacido.com.br

