

A atividade judicial entre a legitimidade e a incerteza

Turma 1 - Porto Alegre - RS

Prof. Lucas Dutra Bortolozzo
Advogado e Mestre em Filosofia na UFRGS

PÚBLICO-ALVO:

1. Magistrados do TRT da 4ª Região;
2. Servidores formados em Direito, Filosofia, Sociologia ou outras áreas das Ciências Humanas*, de todo o Rio Grande do Sul.

Dias 21 e 28 de agosto, 04 de setembro,
02, 16 e 23 de outubro de 2010 (sábados)

Horário:

das 9h30min às 12h

Carga Horária:

18 horas-aula

Local:

Sala de Aula 02 da EJ
Av. Praia de Belas, 1432
Prédio 3 - 2º andar

* O servidor que ainda não tenha averbado o seu diploma junto a SRH deverá solicitar a sua chefia que confirme essa condição. Sugerimos, ainda, providenciar a referida averbação com a máxima urgência.

** Não haverá percepção de diárias e nem fornecimento de passagens ou pagamento de indenização de transporte aos servidores participantes.



INSCRIÇÕES:

MAGISTRADOS: até o dia 18/08,
pelo e-mail cursosej@trt4.jus.br

SERVIDORES: pela internet, no link
<http://www.trt4.jus.br/portaltrt/cursosAdmin.html>,
das 12h do dia 16/08 até
as 12h do dia 18/08

A atividade judicial entre a legitimidade e a incerteza

Programa: Em 1967, um debate restrito à academia colocou em xeque as bases da legitimidade da prestação jurisdicional. Nesta data, o filósofo americano Ronald Dworkin publica o artigo “O modelo de Regras” e critica o positivismo jurídico em um ponto central. A base do positivismo gira em torno da tese que o direito é um conjunto de regras jurídicas postas. Se estas regras não prevêm um caso ou não o prevêm explicitamente, o juiz possuiria discricionariedade para aplicar outros padrões normativos (princípios, equidade, costumes, etc.). Dworkin nota que esses padrões – presentes no cotidiano dos tribunais – simplesmente *não são jurídicos*. A explicação da juridicidade desses padrões tornou-se, então, a principal tarefa da filosofia do direito, afinal. E não poderia ser diferente. Em um Estado de Direito, é reconhecido que a função da atividade judicial é *aplicar* o direito. O diagnóstico de Dworkin deixou explícito que não somos capazes de explicar como é possível essa tarefa – aparentemente simples – de aplicar o direito. Deste modo, se colocou em xeque a legitimidade da atividade judicial. A primeira tentativa de solução desse problema foi feita pelo próprio Dworkin, o qual defendeu a existência de princípios *jurídicos* que, se bem aplicados, resultariam na descoberta de uma única resposta correta para cada caso concreto. Entretanto, a enorme dificuldade em mostrar como essa resposta correta apareceria apenas explicitou os contornos mais profundos do problema: como aliar legitimidade da atividade judicial com as incertezas típicas do fenômeno jurídico? As apostas de solução centralizam-se em três abordagens: a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a retomada do direito natural por John Finnis e o consequencialismo de Neil MacCormick. Neste curso, analisaremos os esforços desses autores em tornar a tarefa de aplicar o direito – novamente – uma tarefa cotidiana e comum.

Aula 1. Uma promessa não cumprida: a crítica de Dworkin ao Positivismo Jurídico

Conteúdo: O Positivismo Jurídico consiste em um projeto filosófico bastante ambicioso. Tem como objetivo mostrar a autonomia do direito em relação à moral e, assim, especificar um critério último de juridicidade de padrões normativos. Apesar de atraente, esse objetivo mostra-se problemático. E isso por causa, principalmente, da dificuldade com a qual o positivista se depara quando é chamado a explicar quais são os padrões jurídicos que atuam em casos que demandam interpretação. Ora, se há um critério último de juridicidade e não há regra jurídica que regule claramente o caso, como o juiz pode aplicar o direito? No obra *O Conceito de Direito*, Herbert Hart apresenta o que pensa ser uma solução para esse problema. O critério último de juridicidade consiste no resultado da aceitação compartilhada entre os juristas sobre o que faz parte do direito. Dworkin aponta que essa solução apenas desloca o problema. Em casos difíceis, os próprios juristas reconhecem inexistir um padrão compartilhado. Para Dworkin, o positivismo não seria capaz de explicar a juridicidade dos *princípios*, os quais teriam papel fundamental em casos difíceis. Mais ainda, o positivismo seria também incapaz de explicar como o juiz pode julgar conforme o direito. Nesta aula, analisaremos a crítica de Dworkin a Hart e como elas colocam em xeque as bases da legitimidade da prestação jurisdicional.

Temas: Regras x Princípios; Interpretação Jurídica; Positivismo; Legitimidade.

Aula 2. Discricionariedade Judicial e a Regra de Reconhecimento: a tréplica de Hart

Conteúdo: Ao invés de entrar diretamente no enorme debate que se seguiu à crítica feita por Dworkin, Hart resolveu, nos seus próprios termos, “observar e aprender”. Com efeito, foi apenas após o seu falecimento que as respostas aos seus críticos foram encontradas. Muitos desses textos consistiam em poucas e fragmentadas anotações e apontamentos. Entretanto, e felizmente, a resposta a Dworkin estava completa, praticamente acabada. Publicada como um pós-escrito ao *Conceito de Direito*, Hart acaba por reconhecer a procedência de algumas críticas, entretanto, procura também defender sua teoria e mostrar que algumas de suas teses podem ser facilmente reformuladas. De fato, sua teoria não é *explícita* sobre o papel dos princípios jurídicos e tampouco dedica uma atenção apropriada ao problema da legitimidade da prestação jurisdicional. No entanto, segundo Hart, essas ausências não significam que sua teoria fosse incapaz de abarcar ou enfrentar esses pontos. Nesta aula, será analisado como Hart desenvolve sua resposta a Dworkin.

Temas: Legitimidade e Poder Discricionário; Regra de Reconhecimento; Textura Aberta das Regras.

Aula 3. Uma Única Resposta Correta? A incerteza no Império do Direito

Conteúdo: A formulação mais acabada e desenvolvida da teoria de Dworkin encontra-se na obra *O Império do Direito*. Nesse texto, ele apresenta a sua própria solução para o problema da legitimidade da prestação jurisdicional. Em todo caso concreto, haveria uma, e apenas uma, resposta correta. A obrigação do juiz é obter essa resposta, e a realização dessa tarefa lhe confere legitimidade. Segundo Dworkin, ao deparar-se com um caso difícil, o juiz deve fornecer uma interpretação do direito objetivo que estabeleça a conexão entre o novo caso e as decisões públicas prévias. Essa interpretação mostraria como esse caso difícil já estaria, de certo modo, previsto. Nesta aula, analisaremos como Dworkin desenvolve sua teoria e, principalmente, a enorme dificuldade em aceitar a tese da única resposta correta. De fato, após *O Império do Direito*, um novo elemento foi adicionado ao problema da legitimidade. Além de explicar como a prestação jurisdicional pode ser legítima, é também necessário conciliar essa legitimidade com uma certa incerteza sobre as decisões judiciais.

Temas: Objetividade jurídica; Interpretação; Juiz Hércules.

Aula 4. A Argumentação Ideal de Robert Alexy

Conteúdo: Apesar do filósofo Robert Alexy participar do debate pós-Hart é importante ter em mente que a origem das questões que o preocupam é diferente daquelas de Hart e Dworkin. Oriundo de uma tradição de filosofia do direito baseada na experiência jurídica continental, Alexy entra no debate com outros pontos de partida. No início da *Teoria da Argumentação Jurídica*, cita Larenz, que explica a aplicação do direito demanda certas *valorações* por parte do aplicador. O objetivo central de Alexy consiste em responder como tais valorações podem ser passíveis de fundamentação racional. O caminho que Alexy segue para resolver essa questão é, sobretudo, retirado de

Habermas. Para Alexy, o discurso jurídico mostra-se um caso específico de discurso axiológico, o qual, segundo Habermas, é passível de análise e correção dentro das condições ideais de discurso. Ao estabelecer as regras para o discurso jurídico ideal, estabelece um ideal de racionalidade que legitimaria as decisões valorativas presentes no direito. Analisaremos o desenvolvimento da teoria de Alexy e como ela explica a superioridade dos valores mais importantes de um sistema jurídico, os direitos fundamentais.

Temas: Mandados de Otimização; Direitos Fundamentais, Teoria do Discurso.

Aula 5. O impacto das Decisões Judiciais: MacCormick e o Retorno do Positivismo

Conteúdo: Diferentemente dos demais filósofos do direito pós-Dworkin, MacCormick volta a apostar na relevância da teoria de Hart. Em seus próprios termos, o seu projeto é apenas um “desempacotamento” de elementos já presentes no *Conceito de Direito*. Aceita que a argumentação jurídica possui uma estrutura dedutiva, que se mostraria plenamente na aplicação de regras em casos simples, mas nega que a insuficiência da estrutura dedutiva do positivismo seja problemática. Ao contrário, é a busca desse modelo de procedimento argumentativo que seria um erro. O projeto de MacCormick consiste em mostrar o tipo de argumentação jurídica envolvida na situação que Hart afirma haver discricionariedade. Apesar das aparências, o poder discricionário não é uma arbitrariedade jurisdicional. Isso pode ser mostrado pelo tipo de argumentação utilizada nos tribunais em situações de textura aberta. Em linhas gerais, nessas situações, argumentos consequencialistas são utilizados. Mais claramente, isso significa que os tribunais avaliam as consequências que resultam das diversas hipóteses interpretativas possíveis e, descartam aquelas que possuem consequências *inaceitáveis*. A utilização desse termo não é ocasional. Excluir as hipóteses inaceitáveis permite mostrar como, partindo de posições que possuem uma aceitação compartilhada, é possível retirar posições implicitamente aceitas. Se lembrarmos que a regra de reconhecimento hartiana consiste no resultado da aceitação compartilhada, veremos que a solução de MacCormick dissolve o problema da legitimidade colocado por Dworkin.

Temas: Consequencialismo; Utilitarismo; Impacto social das decisões judiciais.

Aula 6. A limitação do Poder Discricionário: os direitos naturais de John Finnis

Conteúdo: Com o objetivo de resolver o problema da interpretação jurídica, John Finnis, surpreendentemente, resolve trazer de volta o debate em torno do direito natural. De fato, ao menos desde a crítica de Kelsen o jus-naturalismo passara a ser estudado apenas em círculos restritos de historiadores da filosofia. Finnis, então, enfrenta a crítica de Kelsen e mostra que uma doutrina do direito natural, bem entendida, não cai na falácia naturalista. Para Finnis, há uma separação entre a razão teórica e a razão prática que permitiria ao jus-naturalismo contornar a acusação kelseniana. A obra de Hart mostra-se um ponto de partida evidente, tendo em vista que o direito natural é uma teoria a ser utilizada por aqueles que possuem um *ponto de vista interno* ao direito. O direito natural consistiria em um conteúdo mínimo dentro do qual o juiz teria uma certa discricionariedade. Com efeito, mais do que uma infiltração algo ideológica, Finnis tenta mostrar que esses padrões mínimos já são aceitos pelos juristas em regimes civilizados, principalmente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Temas: Direitos Humanos; Direito Natural; Falácia Naturalista.