

A Aplicação do Direito como Problema Central da Filosofia do Direito

PROGRAMA

Conteúdo: A aplicação do direito ao caso concreto é tarefa comum da prática jurídica. Apesar de comum, essa tarefa não é, de maneira alguma, simples. Qualquer jurista já deve ter enfrentado a dificuldade de qualificar um determinado caso, encarado uma lacuna ou, ao menos, se deparado com um caso em que a regra prevista parecia injusta ou mesmo ultrapassada. À primeira vista, diversos termos parecem explicar tal fenômeno. Dizemos que se trata de um caso de interpretação, argumentação, convencimento etc. Entretanto, a filosofia do direito contemporânea se estruturou precisamente em torno de tentativas de explicar em que consiste ‘aplicar o direito’, expondo a profundidade filosófica e a relevância de fornecer uma explicação consistente e abrangente dessa tarefa tão cotidiana. Este curso tem como objetivo explicitar a profundidade dessa questão básica do direito. Para isso, expõe como os principais representantes da história recente da reflexão jusfilosófica (Dworkin, Alexy, Finnis, etc.) abordaram a questão da ‘aplicação do direito’ e, principalmente, as limitações de suas teorias, deixando claro que a tarefa mais comum da prática jurídica ainda demanda muito trabalho e reflexão.

Aula 1. Prática Jurídica e Filosofia do Direito

Programa: A prática jurídica sempre suscitou a reflexão sobre seus limites, objetivos, critérios e fundamentos. Entretanto, a denominação dessa reflexão como filosofia do direito é algo contemporânea. Esta primeira aula tenta mostrar elementos centrais da distinção histórica entre a filosofia do direito e os demais ramos da filosofia dentro da história das idéias. Além disso, explica por que a questão fundamental da filosofia do direito é a aplicação de normas gerais a casos particulares.

Temas: problemas fundamentais de filosofia; surgimento da filosofia do direito; relação entre filosofia do direito e prática jurídica.

Aula 2. Como Kelsen dissolveu o problema da aplicação do direito

Programa: Em 1879, Frege fornece um novo arcabouço teórico às ciências: a lógica matemática. Influenciado por Frege, Arthur Prior apresenta uma lógica sobre o domínio do ‘dever ser’, a chamada lógica deôntica. Kelsen toma como ponto de partida os escritos de Prior, em particular, uma tese de lógica deôntica

que ficou conhecida como a 'falácia naturalista'. Esta tese afirma que a falácia presente na tentativa de dedução de uma proposição sobre o que deve ser a partir de uma proposição sobre o ser. A partir dessa tese, Kelsen tenta fundar uma ciência do direito logicamente bem estruturada, isto é, sem influências de teses sobre o 'ser' (teses políticas, morais ou culturais que uma comunidade possa vir a endossar). Nos seus próprios termos, Kelsen tentou fundar uma teoria pura do direito. Esta aula tem como objetivo mostrar por que uma teoria sobre a aplicação do direito não encontra lugar na teoria do direito proposta na 'Teoria Pura do Direito'.

Temas: lógica deontica; direito como uma ciência; falácia naturalista; teoria pura do direito.

Aula 3.

Herbert Hart e a retomada do problema da aplicação do direito

Programa: Em 1961, Herbert Hart critica a teoria de Kelsen em um ponto central. A fonte de normatividade de um sistema jurídico não reside em seu ato fundacional, mas na aplicação do direito no caso concreto realizada, principalmente, pelos juízes. Compreender um sistema jurídico passa a significar compreender as decisões judiciais. Desse modo, Hart mostra que o ponto central da filosofia do direito é a aplicação do direito. Esta aula tem como objetivo explicar as duas teses defendidas por Hart quanto à aplicação do direito: uma ampla discricionariedade judicial e a existência de um 'direito moral mínimo'. Essas duas teses visam explicar a enorme possibilidade de regras e valores presentes em diferentes sistemas jurídicos e, ao mesmo tempo, como se dá em uma comunidade a legitimidade de um conjunto de regras em particular. É a partir da tensão entre essas duas teses que todo o debate subsequente sobre a aplicação do direito se estrutura e desenvolve.

Temas: aplicação jurídica; legitimidade; mínimo de direito natural; poder discricionário.

Aula 4.

Entre a legitimidade e a discricionariedade: a crítica de Dworkin a Hart

Programa: A tensão provocada por Hart entre a exigência de um mínimo direito natural e a aceitação da discricionariedade na aplicação do direito forçou a distinção entre um conjunto de padrões aceitos por todos (que garantiria a legitimidade do sistema) e outro que pudesse ser ponderado e flexibilizado dependendo do caso concreto. Essa distinção tornou-se conhecida como a distinção entre regras e princípios, proposta por Ronald Dworkin em sua crítica a Hart. Esta aula explica os problemas presentes na teoria hartiana e como, a partir da reflexão sobre esses problemas, duas posições básicas tentaram explicar os princípios jurídicos. Um primeiro grupo reformulou a aplicação do direito em uma teoria da interpretação jurídica. Esta posição tenta mostrar que há conjunto básico de valores que deveriam estar presentes em todo e qualquer raciocínio jurídico, sendo necessário interpretar como esses valores se aplicam em cada caso concreto. O segundo grupo reformula a teoria da aplicação do direito em uma teoria da argumentação jurídica, tomando a

distinção entre regras e princípios como uma diferença de força normativa que diferentes valores possuem dentro do sistema. As duas aulas seguintes tentam apresentar os principais representantes de cada um desses grupos, mostrando como a teoria do direito se estruturou a partir das posições de Hart.

Temas: regras e princípios; textura aberta das regras; argumentação jurídica e interpretação.

Aula 5.

A volta do direito natural dentro da interpretação jurídica

Programa: Esta aula trata dos dois autores que representam as posições mais fecundas e antagônicas sobre o direito natural: o liberal Ronald Dworkin e o conservador John Finnis. Cada um dos autores analisou de modo distinto a exigência hartiana de um direito natural mínimo. Dworkin desenvolveu uma teoria liberal do direito, mostrando que a legitimidade jurídica dependeria da capacidade judicial de tratar os casos concretos coerentemente com a história institucional da comunidade política. Finnis, por outro lado, tenta encontrar no raciocínio jurídico um conjunto de valores naturais cuja defesa inicia, ao menos explicitamente, com a teoria do direito natural de Tomás de Aquino.

Temas: direito natural; interpretação jurídica; valores básicos; integridade.

Aula 6.

Argumentação jurídica, direitos fundamentais e a sobrevivência do positivismo jurídico

Programa: Esta aula trata da tentativa realizada por alguns juristas de manter a tese hartiana da discricionariedade judicial, demonstrando que a aplicação jurídica é um tipo particular de argumentação. Os dois representantes mais conhecidos dessa posição são Neil MacCormick e Robert Alexy. A partir das posições de David Hume, MacCormick tenta mostrar que os costumes de uma comunidade formam um núcleo valorativo sobre o qual a comunidade permite, proíbe e considera obrigatórias. A argumentação jurídica se dá por meio de considerações consequencialistas sobre este núcleo valorativo central. Alexy, por outro lado, tenta conectar os resultados obtidos pela teoria da verdade de Habermas com a defesa realizada dos direitos fundamentais proposta pela teoria constitucional.

Temas: direitos fundamentais; argumentação consequencialista; valores da comunidade; relativismo cultural.