

FILOSOFIA DO DIREITO

Exame Final

1. Comente a seguinte afirmação de Jerome Frank (1889-1957): *Judges (...) make the law and, until they make it, there is any law, but only ingredients for making law.*

Em que corrente do pensamento jurídico inclui Jerome Frank, tomando como base a afirmação acima referida?

Resposta: Jerome Frank (1889-1957) é um representante do realismo jurídico norte-americano - em bom rigor, o representante da versão mais radical desse movimento. O realismo jurídico, em geral, e o realismo jurídico norte-americano, em particular, centra-se na análise empírica do funcionamento real do Direito (*law in action*) e sublinha o papel do juiz na criação do Direito, tendendo a diminuir o papel das disposições legislativas (das “*black letter rules*”) como factor determinante das decisões judiciais. Nessa base, defende uma perspectiva muito próxima da que era proposta, no continente europeu, por Oskar Bülow (1837-1907) e o Movimento do Direito Livre, na viragem do século XIX para o século XX.

2. Diga o que entende por “validade” de uma norma jurídica.

Resposta: O conceito de “validade” de uma norma é um dos conceitos mais complexos e ambíguos da Teoria do Direito. Para uma definição positivista do Direito, a “validade” de uma norma é um conceito meramente descritivo e equivale à sua “pertença” a um certo sistema jurídico. Para uma definição não positivista do Direito, a “validade” de uma norma inclui a sua justificabilidade ou força obrigatória. O critério de “pertença” das normas derivadas ao sistema jurídico é estabelecido em termos de “cadeia de validade” (Raz) ou “cadeia de subordinação” (von Wright): isto é, uma norma pertence ao sistema jurídico (é válida) quando o estabelecimento dessa norma foi autorizado por outra norma pertencente ao sistema.

3. Diga o que entende por “positivismo metodológico ou conceptual”.

Resposta: O positivismo metodológico ou conceptual defende a separação dos problemas de conhecimento e análise do Direito positivo dos problemas de avaliação da correcção moral dos seus conteúdos. A explicitação das diferentes acepções da expressão “positivismo jurídico”

deve-se a Norberto Bobbio (1909-2004), que distingue entre: **i)** o positivismo ideológico, que defende que o Direito deve ser obedecido e que as considerações morais não têm um papel a desempenhar nas atitudes práticas (de acatamento ou desobediência) perante o Direito; **ii)** o positivismo teórico, que corresponde a um paradigma estadualista de Direito, vê na actividade legislativa o modo determinante ou exclusivo de **criação** do Direito, considera o Direito como sistema de normas completo e coerente e limita a função jurisdicional à **aplicação** do Direito, configurando essa aplicação em termos lógico-subsuntivos; **iii)** o positivismo metodológico ou conceptual, que defende uma perspectiva descritiva e não valorativa na análise do Direito positivo. Hans Kelsen (1881-1973), Herbert Hart (1907-1992) ou Norberto Bobbio (1909-2004), por exemplo, só podem ser considerados autores positivistas nesta última acepção.