

1. Diga o que entende por positivismo metodológico ou conceptual.

De entre as diversas acepções da expressão “positivismo jurídico”, esta acepção consiste na proposta de uma abordagem ao Direito de natureza descritiva e não valorativa, assumindo que à ciência do Direito não compete a emissão de juízos crítico-valorativos sobre o Direito existente, mas tão-somente, a sua identificação, descrição e sistematização. Podemos, portanto, entender por “positivismo metodológico ou conceptual” a defesa de uma concepção de metajurisprudência descritiva.

Esta acepção da expressão “positivismo jurídico” distingue-se de duas outras acepções, de acordo com uma conceptualização conhecida e que se deve a Norberto Bobbio (1909-2004): *i)* o “positivismo teórico”, que refere as representações sobre a criação e aplicação do Direito que foram dominantes no contexto histórico-cultural da Europa continental do século XIX e que podemos, talvez de modo mais apropriado, designar como “formalismo jurídico”; *ii)* o “positivismo ideológico”, que é uma doutrina da obrigação moral de obediência ao Direito, que sustenta que o Direito desempenha uma função de coordenação e pacificação social tão relevante que deve ser moralmente obedecido, a fim de não prejudicar a harmonia social.

Os grandes teóricos do Direito do século XX a que se pode imputar a defesa das teses do “positivismo metodológico ou conceptual” são, por exemplo, Hans Kelsen (1881-1973), Alf Ross (1899-1980), Herbert Hart (1907-1992) e Norberto Bobbio (1909-2004). Nenhum destes autores assume a defesa do positivismo jurídico entendido de acordo com as outras duas acepções que mencionamos.

2. Descreva a doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica e refira a sua utilidade como instrumento de análise do sistema jurídico.

A doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica deve-se, fundamentalmente, a Adolf Julius Merkl (1890-1970), tendo, posteriormente, Hans Kelsen (1881-1973) procedido à sua incorporação no edifício conceptual da Teoria Pura do Direito. A doutrina da estrutura escalonada permite uma representação “dinâmica” do Direito como nexos de produção de normas jurídicas, em que as normas de escalão superior são entendidas como normas de atribuição de competência para a produção de normas de escalão inferior.

Este nexos de atribuição de competência costuma ser representado através da indicação dos seguintes escalões da ordem jurídica: *i)* Constituição; *ii)* Lei; *iii)* Regulamento; *iv)* Sentenças judiciais e actos administrativos. Os diversos níveis ou escalões hierárquicos permitem a solução de problemas de incompatibilidade ou antinomias normativas de acordo com o critério *lex superior*.

Kelsen considerava a doutrina escalonada como uma “parte essencial” do edifício conceptual da Teoria Pura do Direito. Com esta doutrina, o foco da análise desloca-se da norma jurídica, isoladamente considerada, para o sistema jurídico, como sistema estruturado de normas, não apenas de normas de conduta mas também de normas de competência ou atribuição de competência. Em muitos dos seus aspectos fundamentais, a doutrina da estrutura escalonada antecipou a análise de Herbert Hart (1907-1992) do Direito como união entre regras primárias e regras secundárias, isto é, como estrutura articulada de normas de conduta e normas sobre a produção, alteração e aplicação de normas.

3. Comente a seguinte afirmação: “O Direito injusto não é Direito”.

Trata-se de uma tese de recorte jusnaturalista, defendida, entre outros, por Santo Agostinho e S. Tomás de Aquino. No século XX, a tese foi retomada por Gustav Radbruch (1878-1949), que, na sequência dos horrores do nacional-socialismo, negava à ordem jurídica do nacional-socialismo o carácter de “Direito”. Do ponto de vista prático, a tese permitia a criminalização retroactiva de condutas dos funcionários que tinham agido no cumprimento dessas leis monstruosas, nomeadamente das leis raciais.

A, assim chamada, “fórmula da Radbruch” voltou a ser invocada no período subsequente à reunificação da Alemanha (1990), para punir criminalmente os soldados e responsáveis da antiga RDA culpados pelas mortes de cidadãos que se tentavam evadir da RDA e foram mortalmente atingidos a tiro durante essa tentativa de evasão.

A “fórmula de Radbruch” confunde o problema da identificação do Direito com o problema da obrigação moral de obediência ao Direito. Por outro lado, não oferece à prática judiciária um critério seguro de orientação: os casos em que foi invocada pelos tribunais tiveram como único resultado a aplicação retroactiva de normas incriminatórias e sancionatórias penais.