

Grelha de Correção

Exame de Recurso 18.07.2019

Filosofia do Direito

1º ano Turma A (ano letivo 2018-19)

Regência: Prof. Doutor Fernando Araújo

Colaboradores: Prof. Doutor Miguel Patrício, Dr. Nuno Salpico

1. É necessário referir quais as dúvidas que levaram ao surgimento do positivismo, nomeadamente: a dificuldade de determinação do Direito; a busca por uma legitimação sólida; prevenção da desobediência ao Direito, e as fragilidades do jusnaturalismo.

Quanto à frase, a teoria de Hans Kelsen prevê um edifício em que a Constituição surge em primeiro lugar e a lei em segundo. Logo, não seria correto afirmar que o positivismo levaria a uma negação dos direitos fundamentais. Além disso, o positivismo nas construções de Hans Kelsen e Herbert Hart estabelece um edifício perfeito, um Direito legitimado pela via formal, capaz de suprir todas as falhas ou lacunas.

Na sequência dos horrores cometidos pela Segunda Guerra Mundial, Gustav Radbruch definiu uma fórmula (*fórmula de Radbruch*), segundo a qual, o direito positivo extremamente injusto não tem de ser obedecido. Efetivamente, a conceção de um edifício perfeito, sem atender ao seu conteúdo, pode, em si, desvirtuar as finalidades de ordenação do Direito. Neste cumpre referir a conceção do positivismo inclusivo, de acordo com o qual existiriam critérios substantivos de validade do direito positivo.

2. O jusnaturalismo encontra o seu fundamento na natureza do ser. As características e limites naturais do homem passariam a características e limites do Direito. Toda a lei positiva em desconformidade com direito natural perderia a qualidade de direito. Um dos valores do direito natural é, obviamente, a liberdade e autodeterminação. Em consequência, a medida proposta seria contrária ao direito natural, suprimindo ao Homem tudo aquilo que o faz ser como tal, e aquilo que caracteriza a Ordem Jurídica. Restaria discutir de que modo poderia a sociedade sofrer perdas de bem-estar em consequência da referida medida.

3. Thomas Hobbes era um pessimista antropológico, entendendo que o homem era mau e apto ao conflito . O homem só não entraria em conflito se tivesse medo que os seus vizinhos o fizesse, sendo a causa da paz o medo recíproco. Deste modo, seria necessário criar um monstro, o Estado, capaz de provocar o medo em todos os homens, de modo a garantir a segurança e a paz. Talvez para Thomas Hobbes, atualmente o Estado teria de ser musculado em todos os meios possíveis, especialmente controlador de meios informáticos e tecnológico.

A ideia do medo já teria sido abordada por Salústio, citado por Santo Agostinho na obra *Cidade de Deus*, referindo aquele que o romanos não deveriam destruir Cartago, pois o medo de uma paz insegura permitiria a união e a manutenção dos melhores costumes da sociedade romana.

Contudo, é necessário discutir até que ponto se justifica uma preterição total da liberdade e privacidade pela segurança, por exemplo: a quebra da criatividade, quebra do progresso científico e do bem-estar geral da sociedade.