

HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

TURMA A

13 de janeiro de 2022

I

Desenvolva o seguinte tema, comentando também a frase de Michel Villey:

Pensamento jurídico de Thomas Hobbes

“Fortuna do sistema de Hobbes. – A teoria do direito de Hobbes traz consigo uma Revolução. Enquanto o seu programa político, favorável ao absolutismo, não encontrou poucos adversários no círculo dos ‘filósofos’ modernos, o esquema central do sistema, a crítica de Aristóteles, a negação da ‘natureza política’ do homem, a artificialidade do direito, a sua redução ao texto da lei – e também a libertação da tradição clerical – viriam a ter uma tal fortuna que ainda carregamos o seu peso” (Michel Villey, *Filosofia do direito*)

Tópicos: I. O poder. 1. O Estado. Uma antropologia pessimista. Contratualismo. Do estado de natureza à “civitas” ou da luta de todos contra todos à segurança. O poder absoluto ou ilimitado do Leviatã como forma de realização da paz social. A sedição como regresso ao estado de natureza. 2. A relação entre a Igreja e o Estado. A Igreja é nacional e tem um papel meramente espiritual. Recusa do poder indireto da Igreja. Repúdio enérgico do tiranicídio. O rei só por Deus pode ser julgado. Teoria do poder divino dos reis. 3. A relação entre os Estados. Negação de um Direito das Gentes (“Law of nations”): ausência de qualquer vínculo jurídico entre as nações. Contraste com a tradição escolástica e com Grócio. O “ius gentium” como o direito natural que se aplica às relações interestaduais. A relação entre os Estados corresponde ao estado de natureza. As regras que regulam as relações entre as sociedades políticas têm carácter moral (não jurídico). Carecem de qualquer garantia porque não existe um superior comum, um super-Leviatã. II. O Direito. 1. A lei natural. Existe no estado de natureza, mas não é verdadeiro Direito. Princípios racionais de conduta. Regras morais, imutáveis e sem garantia de reciprocidade. A lei natural predispõe para a paz e para a obediência. O poder soberano converte a lei natural em direito positivo, garantindo a obediência. 2. O direito positivo. Estadualismo. Voluntarismo: Direito como produto da vontade do Estado (“A autoridade, não a verdade, é que faz a lei”). Regresso à tradição occamista. Corte com o jusnaturalismo de inspiração aristotélico-tomista. Relativismo. O justo é criado artificialmente pelo soberano. Positivismo: vinculação do Direito ao Estado. Desvalorização do conteúdo material do ordenamento jurídico (sistema de direito natural). Articulação entre lei natural (não escrita) e direito positivo (escrito). Um despotismo arbitrário? Um poder e um direito sem limites? O soberano deve fazer “boas leis” (uma limitação circular...). O soberano deve legislar em conformidade com o bem comum. A posição de Hobbes quanto às fontes do direito: doutrina, jurisprudência, costume (expressão da vontade tácita do soberano) e lei. Lei como ordem. Deve ser clara ou manifesta. Não obriga o soberano. A interpretação, apesar de necessária, deve ser reduzida no

seu campo de atuação. A segurança exige a não retroatividade da lei penal. Fundação do positivismo jurídico. (positivismo legalista).

Uma resposta satisfatória **deve comentar a citação** apresentada e, em primeiro lugar, identificar na teoria de Hobbes (vd. tópicos) a **gênese do pensamento positivista**, nos termos que VILLEY refere. Deverá referir também a transição das concepções **metafísicas-teocêntricas** para as **metafísicas-racionalistas**, sendo que o **paradigma naturalista** é apenas quebrado com a introdução de considerações positivistas, como a de Hobbes, que informam ainda hoje as concepções maioritárias acerca da natureza do Direito.

Para além do que já foi referido, uma boa resposta deve confrontar a **teoria do Direito** com a **teoria política hobbesiana**, nomeadamente a ideia de que o Estado e a sociedade não devem existir sem a presença de um soberano absoluto, e que esta ideia de **hierarquia** (típica dos pensamentos positivistas tradicionais e contemporâneos) é também repercutida na **organização do ordenamento jurídico**. Esta geométrica correspondia à organização sociopolítica da época, mas revolucionou o Direito na medida em **internalizou o fundamento do próprio Direito**, que até então encontrava a sua razão de ser numa ordem suprapositiva.

Uma excelente resposta pode também explicar a **evolução do pensamento proto-positivista** para o **positivismo tradicional** e o **positivismo contemporâneo**, dissecando quais as características **hobbesianas** que transitaram de um para outro; **questionando a pertinência e atualidade** do seu pensamento; e **contrapondo-o a outros autores positivistas** que foram referidos ao longo do semestre, e ainda aqueles que o aluno conheça.

II

Diga o que entende por *discricionariedade judicial*. Densifique a sua resposta e tome posição sobre o problema subjacente, articulando livremente a informação que considere relevante. Não deixe de tomar em consideração os textos que a seguir se apresentam.

“Desse modo, a função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação de direito. A função judicial é ordinariamente determinada pelas normas gerais tanto no que diz respeito ao procedimento quanto no que diz respeito ao conteúdo da norma a ser criada, ao passo que a legislação geralmente é determinada pela constituição apenas no que diz respeito ao primeiro aspeto. Mas essa é uma diferença apenas de grau” (Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*)

“Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do direito ou juris-‘dicção’ (‘declaração’ do direito) neste sentido declaratório” (Kelsen, *Teoria pura do direito*)

Uma resposta satisfatória deve, em primeiro lugar, oferecer uma **definição de discricionariedade judicial**. De seguida, deve **comentar as**

citações apresentadas; falando da **natureza da função judicial**, indagando a **atividade judicativa e interpretativa**, e **tomando uma posição clara acerca da mesma**. Não deverá deixar de enquadrar a “teoria da moldura” no pensamento kelseniano. O problema da discricionariedade deve ser apresentado numa perspectiva histórica, remontando à crítica setecentista do “*arbitrium iudicis*”, característico do antigo regime. Deverá confrontar aqueles que aceitam e recusam a discricionariedade judicial.

Para além do que já foi referido, uma boa resposta deve concretizar os argumentos com que fundamentou as asserções acima com exemplos práticos de como está *regulada* a prática judicativa, e como é que ela funciona na prática (no confronto entre aquilo que o ordenamento prevê e aquilo que na prática é o *direito vivo*). Pode tecer considerações *ideais* acerca de **qual deveria ser a discricionariedade judicial**, em termos prescritivos.

Uma excelente resposta deve enquadrar estas respostas socorrendo-se do **pensamento de autores** como os que estão no programa, e mais aqueles que o aluno conheça. Pode também enquadrar estas ideias nas **correntes de pensamento jurídico** que se dedicaram a analisar o tema, fazendo distinções entre a **sociologia jurídica**, de observação, e a **teoria do Direito e da Justiça**.

III

Apresente todos os aspetos que considere relevantes para a diferenciação entre positivismo jurídico e jusnaturalismo.

Uma resposta satisfatória deve começar por **delimitar conceptualmente as duas grandes correntes**. De seguida, deve enunciar argumentos suficientes para mostrar de forma cabal a diferença o pensamento inerente a uma e outra, começando pelos argumentos clássicos quanto à **natureza do direito**. Deve ilustrar a resposta com a identificação de autores relevantes para a história do pensamento jurídico que se enquadrem em ambas as correntes e seus sucessivos desenvolvimentos.

Para além do que já foi referido, uma boa resposta pode prestar um **enquadramento histórico** a ambas as correntes, e **referir os principais autores** que foram estudados ao longo do semestre e se enquadram no programa. Deve apresentar argumentos a favor e contra cada uma delas de forma detalhada, antecipando críticas e oferecendo soluções (idealmente, mas não necessariamente tendo por base o pensamento concreto dos autores que adotam essas posições).

Uma excelente resposta deve **enunciar diferenças entre o jusnaturalismo clássico e o jusnaturalismo contemporâneo**, o **positivismo tradicional** e o **pós-contemporâneo**. Pode também **questionar-se acerca das verdadeiras diferenças entre jusnaturalismo e positivismo**, e falar de **vias intermédias entre uma e outra**.

Cotações. I: 6 valores; II: 6 valores; III: 6 valores. Ponderação global da prova: 2 valores.