

HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

Exame de Coincidências

TURMA A

16 de fevereiro de 2022

I

Comente as frases do *Leviatã*, distinguindo a teoria do Direito e a teoria política hobbesianas, na medida em que estas informaram a gênese do pensamento positivista:

“O soberano de um Estado, quer seja uma assembleia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis”

“A lei da natureza e a lei civil contêm-se uma à outra e são de idêntica extensão. Porque as leis da natureza, que consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes (...) não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e a obediência. Só depois de instituído o Estado elas efetivamente se tornam leis”

“a astúcia do intérprete pode fazer que a lei adquira um sentido contrário ao que o soberano quis dizer, e desse modo o intérprete tornar-se-á legislador”

“o erro de um homem nunca se torna a sua própria lei, nem o obriga a nele persistir. Nem tampouco, pela mesma razão, se torna lei, para outros juízes, mesmo que tenham jurado segui-lo”

“Quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é a grande duração que lhe dá autoridade, mas a vontade do soberano expressa pelo seu silêncio (pois às vezes o silêncio é um argumento de aquiescência), e só continua sendo lei enquanto o soberano mantiver esse silêncio”

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).

II

Comente os excertos que se seguem e apresente todos os aspetos que considere relevantes para a diferenciação entre positivismo jurídico e jusnaturalismo.

“A existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra. Uma questão é saber se é Direito ou não é Direito; outra é se ele se conforma com um determinado valor. Uma lei, que existe de facto, é Direito, quer gostemos (...) [ou desgostemos dela]” (John AUSTIN (1832), *The Province of Jurisprudence Determined*, trad. livre)

“O Direito precisa de ser coercivo (...). Mas que outras facetas da ordem jurídica aparecerão se nos perguntarmos o seguinte: Seria necessária autoridade jurídica e regulação num mundo em que não houvesse recalcitrância, e logo nenhuma necessidade de sancionar?” (John FINNIS, “Direito Natural e Direitos Naturais”, trad. livre)

Uma resposta satisfatória deve começar por **delimitar conceptualmente as duas correntes**. Depois, deve **comentar diretamente os excertos apresentados**, começando por falar no problema do **ser/dever ser, direito em sentido técnico-jurídico e direito justo**, bem como a questão da **coercibilidade**. De seguida, deve enunciar argumentos suficientes para mostrar de forma cabal a diferença o pensamento de uma e de outra, começando pelos argumentos clássicos quanto à **natureza do direito**.

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 pode **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**.

III

O juiz é a mera boca da lei? Concretize a sua resposta, tomando posição sobre o problema e articulando livremente a informação que considere relevante.

Uma resposta satisfatória deve, em primeiro lugar oferecer uma **definição de discricionariedade judicial**. De seguida deve tecer considerações acerca da **natureza da função judicial**, indagando a **atividade judicativa** e **interpretativa**, e **tomando uma posição clara acerca da mesma**.

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**.

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