

FILOSOFIA DO DIREITO
EXAME FINAL
(1ª época)

Duração: 90 minutos

1º ano/Turma B

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

I. Comente **duas** das três seguintes passagens:

1. “*A existência do Direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra*” – John Austin (1790-1859).

Qual a concepção sobre o conceito de Direito que subjaz a esta afirmação?

Resposta: Trata-se de uma expressão clássica da concepção positivista sobre o conceito de Direito. Esta concepção defende que a identificação como Direito de uma norma ou sistema de normas é feita independentemente da sua correspondência a princípios de justiça ou exigências de carácter moral: para esta concepção sobre o conceito de Direito, deve haver uma separação completa entre problemas de **identificação** e problemas de **avaliação moral** do Direito positivo.

2. “... *a ordem jurídica, na sua globalidade, está sob o signo ou sob a postulação vinculante da Justiça*” – João Baptista Machado (1927-1989).

Considera que a validade de uma norma do Direito positivo pode ser afectada em razão da sua injustiça?

Resposta: A tese de que o Direito positivo está no encalço da ideia de justiça é uma tese jusnaturalista. Nalgumas variantes, esta tese recebe uma fundamentação ontológica com base na distinção entre “essência” e “fenómeno” ou então com base na ideia de “participação” ou de escalas gradativas do ser. Na filosofia do Direito e na metodologia jurídica das últimas décadas em Portugal, nomes como João Baptista Machado e António Castanheira Neves (e a sua Escola) defendem a possibilidade de preterição pelo juiz de normas de Direito legislado em nome de princípios de justiça.

3. “*É impossível apreender a natureza do Direito se limitarmos a nossa atenção a uma regra isolada... Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida*” – Hans Kelsen (1881-1973).

No seu comentário, refira-se à importância analítica da doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica.

Resposta: Esta ideia é uma ideia nuclear da Teoria do Direito do século XX, que atribui prioridade analítica aos problemas de identificação, estrutura e funcionamento do sistema jurídico e não à análise da estrutura formal das normas jurídicas. Herbert Hart, por exemplo, confere uma formulação clássica a esta ideia no capítulo V do seu livro *O Conceito de Direito*, que tem como epígrafe “O Direito como união entre regras primárias e secundárias.

Hans Kelsen tomou do seu discípulo Adolf J. Merkl esta ideia de estrutura escalonada da ordem jurídica e inseriu-a no edifício conceptual da Teoria Pura do Direito, fazendo dela o elemento basilar da análise “dinâmica” do Direito.

II. Responda, de modo fundamentado, a **uma e apenas uma** das duas seguintes questões:

1. O que é que entende por “positivismo metodológico ou conceptual”?

Resposta: Trata-se de uma expressão que se deve a Norberto Bobbio, que na sua análise dos diversos “aspectos” ou acepções da locução “positivismo jurídico” refere, a par do “positivismo metodológico ou conceptual”, o “positivismo como teoria” e o “positivismo ideológico”.

O positivismo metodológico ou conceptual defende uma abordagem analítico-descritiva do Direito positivo e tem como maiores expoentes no século XX nomes como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Norberto Bobbio ou Eugenio Bulygin.

2. Caracterize, em termos gerais, a concepção imperativista do Direito e aponte as suas principais deficiências.

Resposta: A concepção imperativista clássica do Direito é a apresentada por John Austin, que definia o Direito em termos de comandos do legislador apoiados em sanções coercitivas. Uma caracterização mais sofisticada da normatividade do Direito a partir da natureza coercitiva das sanções jurídicas é a de Hans Kelsen: Kelsen apresenta um programa de reconstrução analítica do Direito positivo assente na tese de que as normas jurídicas têm uma estrutura lógico-linguística comum, enquanto imperativos hipotético-condicionais que definem as condições de aplicação de sanções coercitivas, sendo esta a forma canónica a que pode ser reduzido todo o material dado nas disposições legislativas

A objecção fundamental à visão imperativista do Direito é a seguinte: um sistema jurídico desenvolvido não se organiza exclusivamente com base em normas que impõem deveres: as normas de competência ou atribuição de competência têm uma importância fundamental na análise do Direito como sistema complexo e institucionalizado de normas.

A crítica clássica ao imperativismo jurídico deve-se a Herbert Hart, que sublinha a heterogeneidade da estrutura e a diversidade das funções das regras, ao mesmo tempo que defende um conceito de “organização jurídica” que não reduz os motivos de obediência ao Direito ao receio de aplicação de sanções coercitivas.