

## FILOSOFIA DO DIREITO

### EXAME FINAL

(época de recurso)

Duração: 90 minutos

1º ano/Turma B

I. Comente uma das duas seguintes passagens:

1. “*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.

2. “... *toda a lei estatuída por seres humanos possui natureza de lei na medida em que seja derivada da lei natural*” – S. Tomás (1225-1274)

Qual a concepção sobre o conceito de Direito que subjaz a esta afirmação? Considera que a validade de uma norma do Direito positivo pode ser posta em causa em razão da sua injustiça?

Resposta: Esta tese de S. Tomás é praticamente decalcada numa afirmação semelhante de Santo Agostinho (354-430), segundo a qual “*uma lei que não seja justa não parece ser lei*” e que a lei injusta “*não tem a virtude de obrigar*”. Trata-se de uma tese de matriz claramente jusnaturalista: as doutrinas jusnaturalistas propendem para negar vinculatividade às normas do Direito positivo que contrariem o Direito natural.

Uma versão mais atenuada deste tese defende que para negar vinculatividade à norma do Direito positivo não basta uma qualquer discrepância com o Direito natural, mas uma “medida insuportável de injustiça”, que faz aparecer a norma como “*lex corrupta*”. É esta a posição

defendida por Gustav Radbruch (1878-1949) relativamente ao Direito do regime nacional-socialista, fórmula que foi mais recentemente adoptada por Robert Alexy (1945- ).

II. Responda, de modo fundamentado, às 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. Compare a noção de “norma fundamental” de Kelsen (1881-1973) com a noção de “regra de reconhecimento” de Hart (1907-1992), apontando semelhanças e diferenças.

Resposta: Ambas as construções procuram responder ao problema do fundamento de validade de um sistema jurídico. Enquanto que a noção de “norma fundamental hipotética” se enquadra num quadro conceptual neo-kantiano, atribuindo-lhe Kelsen (1881-1973) o estatuto de uma “hipótese” ou “pressuposição” lógico-transcendental que permite descrever o Direito positivo como sistema de normas objectivamente válidas, Hart (1907-1992) apresenta a “regra de reconhecimento” como uma “regra secundária” – as “regras secundárias” na construção hartiana são as que dizem respeito à identificação, alteração e aplicação de “regras primárias”, das regras que orientam directamente comportamentos. A “regra de reconhecimento” contém os critérios com base nos quais é possível *identificar* uma regra como pertencendo ou não pertencendo ao sistema jurídico.

Lisboa, 21.07.2022