

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Exame Final Filosofia do Direito

18.06.2021

**Grelha de correcção**

I

Comente a seguinte afirmação:

*“A doutrina que declara que a coerção é uma característica essencial do Direito é uma doutrina positivista e ocupa-se exclusivamente do Direito positivo”.*

Hans Kelsen

No seu comentário, procure esclarecer:

- a) O que é o positivismo jurídico?
- b) Em que termos podemos considerar Kelsen como defensor de uma concepção imperativista do Direito? Refira a ideia kelseniana de “normas jurídicas não autónomas”.

R: Kelsen caracteriza o Direito como “ordem de coerção” e apresenta um programa de reconstrução analítica do Direito positivo assente na tese de que as normas jurídicas têm uma estrutura lógico-linguística comum, a prescrição de sanções coercitivas, sendo esta a forma canónica a que pode ser “reduzido” todo o material dado nas disposições legislativas. A chave deste programa reside na doutrina da individuação da norma jurídica, segundo a qual: *i*) a norma jurídica completa resulta de um processo de reconstrução analítica que incorpora material jurídico disperso por várias leis; *ii*) a estrutura lógico-linguística da norma jurídica completa pode ser explicitada como uma norma hipoteticamente formulada que estabelece as condições de aplicação de sanções coercitivas – formalizando: se A é  $\rightarrow$  B deve ser, sendo que B é uma sanção ligada ao pressuposto de facto (A) por uma relação de imputação ( $\rightarrow$ ). Seria esta, segundo Kelsen, a forma canónica da representação do Direito como técnica de motivação indirecta de comportamentos com base em sanções coercitivas socialmente organizadas.

Esta recondução à uniformidade da diversidade das normas jurídicas faz-se à custa de considerar como meros elementos de articulação interna da norma jurídica completa, isto é, como “normas jurídicas não autónomas”, as normas que não estão directamete

ligadas à prescrição de sanções coercitivas (v.g.: as normas que conferem poderes ou atribuem competências, as normas definitórias, as normas remissivas, etc.).

Kelsen apresenta uma versão de imperativismo jurídico mais sofisticada do que a versão imperativista simples de John Austin, que definia o Direito em termos de comandos do legislador apoiados em sanções coercitivas e analisava o elemento de autoridade implicado no Direito na base da relação entre soberano e súbdito. A objecção fundamental à visão imperativista do Direito é a seguinte: um sistema jurídico desenvolvido não se organiza exclusivamente com base em normas prescritivas. Por isso, a concepção do Direito como sistema de ordens apoiadas em sanções coercitivas (Austin) ou a recondução à uniformidade da diversidade das normas jurídicas, considerando como “normas jurídicas não autónomas” ou “fragmentos” na descrição dos antecedentes que condicionam a aplicação de sanções coercitivas as normas que não prescrevem directamente condutas e sancionam o seu incumprimento (Kelsen), como versão “simples” e versão “sofisticada”, respectivamente, da visão imperativista do Direito, não apresentam modelos satisfatórios para a caracterização do modo peculiar como o Direito enquanto instituição social desempenha a sua função de orientação de comportamentos.

## II

Responda a duas – **e só a duas** – das seguintes questões:

1. O que entende por realismo jurídico? Compare a versão realista com a versão normativista do positivismo jurídico.
2. Qual a função da “regra de reconhecimento” (rule of recognition) na explicitação do conceito de Direito, segundo Herbert Hart?
3. Considera os critérios de justiça material como decisivos para estabelecer a validade ou força obrigatória de uma norma jurídica?

R:

1. O realismo jurídico é uma versão do positivismo jurídico, que teve projecção, sobretudo, na cultura jurídica escandinava e norte-americana. A cultura jurídica europeia continental é dominada por uma perspectiva normativista na análise do Direito. O realismo jurídico considera o Direito como facto (social) e não como norma e concebe o estudo do Direito como um ramo da psicologia social.

Dentro do realismo jurídico, podemos diferenciar duas orientações principais: *i*) o realismo jurídico norte-americano dos anos 30 e 40 do século XX (Jerome Frank, Karl

Lewellyn, Morris R. Cohen, etc.); *ii*) o realismo jurídico escandinavo (Axel Hägerström, Vilhelm Lundsedt, Karl Olivecrona, Alf Ross).

A melhor formulação das teses do realismo jurídico escandinavo encontra-se no livro de Alf Ross, *On Law and Justice*. As teses principais expostas nesse livro são as seguintes: *i*) a análise conceptual é a tarefa central da filosofia; *ii*) o método científico (e, portanto, o método da ciência do Direito) é o método empírico; *iii*) o não-cognitivismo ético (os juízos de valor exprimem mera atitudes subjectivas ou preferências emocionais).

Em contrapartida, a expressão mais sofisticada da perspectiva normativista na análise do Direito é constituída pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que fundamenta o “método jurídico” como conhecimento estritamente normativo, com vista à delimitação do estudo doutrinal da análise sociológica do Direito positivo.

2. Herbert Hart reformula a noção de “norma fundamental” de Hans Kelsen, como norma da qual depende a validade das normas de um sistema jurídico. Hart defende que todo o sistema jurídico tem uma “regra de reconhecimento” que permite identificar as normas desse sistema. Ao contrário de Kelsen, essa norma não é uma norma pensada ou pressuposta pela ciência do Direito, mas um facto social: Hart argumenta em *O Conceito de Direito* que a aceitação efectiva pelos operadores jurídicos dos critérios da “regra de reconhecimento” como padrões de comportamento constitui uma das suas condições necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico, sendo a outra a obediência generalizada às normas do sistema por parte dos cidadãos.

A análise de Hart é tributária das perspectivas de Ludwig Wittgenstein, apresentadas em *Philosophical Investigations*, sobre os conceitos de “regra” e de “comportamento governado por regras”.

3. A não inclusão na estrutura definitória do conceito de Direito de critérios de justiça material constitui a característica fundamental da concepção positivista sobre o conceito e a validade do Direito. A tese da separação conceptual entre Direito e moral, isto é, a tese segundo a qual a validade das normas jurídicas não depende da sua conformidade a valores morais ou princípios de justiça, é a tese central do positivismo jurídico.

As concepções que, em termos genéricos, podemos designar como concepções não-positivistas sobre o conceito e a validade do Direito defendem um conceito de Direito vinculado a valores morais e uma tese que faz retirar a validade às normas que contrariem

certos valores morais objectivos, identificados como critérios de uma juridicidade supralegal.

Como formulações clássicas de cada uma destas concepções podemos apontar, por um lado, a explicação da normatividade do Direito a partir da *impositio* do legislador levada a cabo por Thomas Hobbes, segundo o qual *auctoritas, non veritas facit legem*, e, por outro lado, a expressão de Santo Agostinho, tão intensamente glosada pelo pensamento jusnaturalista, segundo a qual “*na verdade, se uma lei não for justa, a mim não me parece que seja lei*”.