

Filosofia do Direito

1.º ano – turma B – exame final – recurso – 90 minutos – 20 de Julho de 2023

I

Responda a 2 das seguintes 5 questões, não ultrapassando 30 linhas por cada resposta.
Cotação de cada resposta: 10 valores

- 1- Comente, fundamentadamente, a seguinte afirmação: “O Direito injusto não é verdadeiro Direito”.

Tópicos de correcção:

Trata-se de uma tese de matriz translegalista, próxima da tese defendida, entre outros, por Santo Agostinho e S. Tomás de Aquino. No século XX, a ideia foi desenvolvida por Gustav Radbruch, que negou à ordem jurídica do nacional-socialismo o carácter de “Direito”. A “fórmula de Radbruch” não considera relevante a distinção entre o problema da identificação do Direito e o problema da obrigação moral de obediência ao Direito. Ademais, não parece oferecer ao juiz um critério decisório seguro, na medida em que a densificação do conceito de “extrema injustiça” ou “extrema nocividade” poderá variar consideravelmente.

Na hipótese da justeza do “onde há sociedade, há Direito”, a afirmação deixaria sem explicação a subsistência de sociedades regidas pelo dito não Direito.

Finalmente: se tal Direito não é Direito, então tais ordenamentos tenderão a não ser objecto da reflexão jurídica (em especial a jus-histórica, jus-sociológica e jus-científica), caindo essa injustiça (e os factores a ela conducentes) no esquecimento – o que em nada previne repetições da História.

- 2- Comente, fundamentadamente, a seguinte afirmação: A ‘regra de reconhecimento’ de Hart equivale à ‘norma fundamental’ de Kelsen”.

Tópicos de correcção:

Ambas as construções procuram responder ao problema do fundamento de validade de um sistema jurídico. Enquanto a noção de “norma fundamental hipotética” se enquadra num quadro conceptual neo-kantiano, atribuindo-lhe Kelsen o estatuto de uma “hipótese” ou “pressuposição” lógico-transcendental que permite descrever o Direito positivo como sistema de normas objectivamente válidas, Hart apresenta a “regra de reconhecimento” como uma “regra secundária”. As “regras secundárias” respeitam 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. Em Hart, estas normas são um subsistema de normas sobre normas não meramente postulado a montante do sistema.

- 3- Comente, fundamentadamente, a seguinte afirmação: “O jus-naturalismo extrai do ser o dever-ser”.

Tópicos de correcção:

O jus-naturalismo extrai conteúdo normativo da estrutura da realidade, em particular da realidade humana. As características e limites naturais do homem passariam a características e

limites do próprio Direito. Toda a lei positiva em desconformidade com o Direito natural perderia o carácter jurídico, ou pelo menos a sua vinculatividade. Referência à distinção entre jus-naturalismo teológico e jus-naturalismo racionalista.

- 4- Comente, fundamentadamente, a seguinte afirmação: “O positivismo jurídico é uma posição teórica unívoca, isto é, o seu conteúdo reúne consenso entre os positivistas”.

Tópicos de correcção:

Fazer referência às aceções faladas (a propósito de Bobbio) de positivismo metodológico, teórico e ideológico.

Referir correntes do positivismo jurídico e enunciar as diferenças principais. A expressão mais influente do positivismo corresponde à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que reduz o “método jurídico” à dedução normativa no quadro do Direito positivo. O positivismo metodológico ou conceptual defende uma perspectiva descritiva - não valorativa - do ordenamento jurídico. Hans Kelsen, Herbert Hart ou Norberto Bobbio podem ser considerados autores positivistas. Assinala-se, no entanto, diferenças relevantes como a do positivismo exclusivo versus positivismo inclusivo (pela dimensão translegalista, nesta última concepção, afluída em fórmulas axiologicamente vagas positivadas, designadamente, em textos constitucionais – de que é exemplo a dignidade da pessoa humana).

- 5- Comente, fundamentadamente, a seguinte afirmação: “A proibição do recurso a considerações morais não positivadas na decisão do juiz impede que a justiça releve para o Direito”.

Tópicos de correcção:

A proibição do recurso a considerações morais pelo juiz como tese tendencialmente característica do positivismo legalista. Aceitando esse postulado, a relevância da justiça ou da moralidade não é totalmente arredada do plano jurídico, já que pode ainda relevar nos planos legislativo e legístico, isto é, nos motivos da intervenção legal e na sua concreta formulação verbal - que o juiz virá depois a aplicar.

Ainda que não habitual, pode-se distinguir a moral (que começa por ser normatividade do homem ensimesmado) relativamente à justiça (normatividade transpositiva, mas já na alteridade).