

# HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

11 de janeiro de 2024

## GRELHA DE CORREÇÃO

TURMA A

EXAME FINAL

### I

“Como já se notou, foi Gustav Radbruch o primeiro a superar a guerra de trincheiras entre direito natural e positivismo” (A. Kaufmann, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*)

Enquadre, sob o ponto de vista da história do pensamento jurídico, a *guerra de trincheiras* a que se refere Arthur Kaufmann. Qual a posição que defenderia nesta *guerra* e quais os argumentos que considera determinantes para a sua decisão?

Uma vez que se pede ao Aluno que tome posição sobre um problema central da história do pensamento jurídico, a resposta permite uma ampla liberdade na escolha dos tópicos considerados relevantes. Serão valorizados os argumentos aduzidos, assim como a sua articulação.

Enquanto tópicos gerais, espera-se que o Aluno refira:

- a) A caracterização geral do positivismo jurídico e do não-positivismo.
- b) A importância histórica do(s) jusnaturalismo(s); as respetivas correntes, características diferenciadoras e principais representantes.
- c) A emergência do(s) positivismo(s) a partir do século XIX; as respetivas correntes, características diferenciadoras e principais representantes.
- d) A viragem essencial operada na segunda metade do século XVIII.
- e) A atualidade do problema e o papel representado pelo pensamento de Gustav Radbruch.

### II

“Se eu estou perante um caso complicado e tento enquadrá-lo numa norma, os diferentes aspetos do mesmo fazem emergir como importante uma ou outra norma, confusão que aumentará por mais conscienciosa que seja a decisão, de forma que entre os valores afetados, tão cedo me parece mais digno o valor a proteger como o valor a sacrificar. O resultado será que, na alma de uma pessoa sincera, apesar de todos os esforços, o sentimento jurídico se apaga. A decisão dependerá de normas de outros tipos ou da discricionariedade, uma vez que é necessário ditar uma solução; agora e não antes aparece, graças a uma sugestão generosa, a decisão acertada e a norma jurídica na qual se apoia como aplicável desde o início” (Gnaeus Flavius, [Hermann Kantorowicz], *A luta pela ciência do direito*)

Identifique e caracterize a corrente do pensamento jurídico a que se refere o texto. Explique, fundamentadamente, a sua posição quanto ao problema da discricionariedade judicial.

1. *Movimento do Direito Livre*. Hermann Kantorowicz (Gnaeus Flavius). *A luta pela ciência do direito* e o exemplo do direito romano. Significado da expressão *direito livre*. Direito natural e *direito livre*. Contestação do legalismo e da plenitude do sistema jurídico. Primado da vontade (‘contra-corrente’ [Larenz] do racionalismo). Vontade *versus* razão. Intuição *versus* lógica. Proeminência criativa da jurisprudência. O Direito como totalidade de decisões. Papel da ciência do direito e da lei. A fábula *contra legem*. Os méritos e os riscos do *Movimento do Direito Livre*. Influência geral deste movimento.

2. Considerando que se pede ao Aluno que tome posição sobre o problema da discricionariedade judicial, a resposta permite uma ampla liberdade na escolha dos tópicos considerados relevantes. Será valorizado o elenco dos argumentos aduzidos, assim como a sua articulação. Espera-se que, como aspetos gerais, proceda à explicação:

- a) do significado da discricionariedade judicial quanto à compreensão da natureza da função judicial;
- b) da relevância do problema da discricionariedade na história do pensamento jurídico (v.g. o *arbitrium judicis* do Antigo Regime; a viragem representada pelo racionalismo setecentista; o enquadramento atual do tema e os seus debates).

Duração da prova: 90 minutos.

Cotações. I: 9 valores. II: 9 valores. Ponderação global da prova: 2 valores.