



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

13 de janeiro de 2025

I

1. Enuncie os traços característicos do positivismo jurídico e explique fundamentadamente as suas origens históricas.

Apresentação do positivismo jurídico como conjunto de correntes do pensamento jurídico, para que têm sido enunciados vários (possíveis) traços distintivos: v.g. a inexistência de conexão (conceptual) entre direito e moral; a plenitude do ordenamento jurídico (sistema jurídico fechado); o não cognitivismo moral; ou a teoria do comando.

O Aluno deverá identificar pelo menos algumas dessas correntes positivistas que se perfilaram ao longo do tempo e os seus principais representantes.

Ao enunciar o(s) traço(s) que considera distintivos ou característicos dos positivismos jurídicos, o Aluno não poderá deixar de produzir uma apreciação crítica, deixando claro o critério que é, na sua opinião, decisivo.

Raízes históricas do positivismo jurídico equacionadas v.g. por Michel Villey: o ‘clima positivista’ do pensamento de Santo Agostinho; a ‘fundação’ do pensamento jurídico com Thomas Hobbes. Outras conexões: jusnaturalismo racionalista e a ideia de *sistema*; o pensamento reformista da segunda metade de Setecentos, a *ciência da legislação* e o seu programa no que respeita às fontes do direito, à interpretação e à aplicação da lei.

O século XIX e o movimento de codificação como o ambiente favorável à eclosão e ao predomínio positivista. O ‘renascimento’ do direito natural. O pós-guerra e o momento Radbruch’.

2. Identifique e caracterize a(s) corrente(s) jus-filosófica(s) que historicamente foram confrontadas com o positivismo jurídico.

O jusnaturalismo como a corrente dominante no pensamento jurídico europeu até ao século XIX. O Aluno deverá identificar vários entendimentos do direito natural (v.g. direito natural teológico, direito natural laico, direito natural ‘clássico’) e alguns dos seus defensores. Deste modo, deverão ser destacados traços comuns aos vários entendimentos do direito natural (v.g. carácter supra positivo; cognoscibilidade), bem como os aspetos diferenciadores. Será valorizada a capacidade de realizar uma apreciação crítica das ideias analisadas.

(6 valores+6 valores)

II

Comente e confronte as seguintes frases, desenvolvendo o tema subjacente:

“O espírito da lei seria pois o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou nociva digestão (...) Vemos assim a sorte de um cidadão mudar frequentes vezes ao passar por diferentes tribunais e as vidas dos fracos ficariam à mercê de falsos raciocínios ou do ocasional fermento dos humores de um juiz, que toma como legítima interpretação o vago resultado de toda uma confusa série de ideias que lhe agitam a mente. Vemos assim os mesmos delitos punidos pelo mesmo tribunal de forma diferente em diferentes momentos, por ter consultado, não a voz constante e fixa da lei, mas a errante instabilidade das interpretações” (Beccaria, *Dos delitos e das penas*)

“O papel do inconsciente na tomada de decisões judiciais está obscurecido pela convenção que requer do juiz que explique nos fundamentos da sentença a decisão a que chegou. A melhor forma de entender em que consiste a fundamentação do juiz é ver esta como uma tentativa de explicar como se pode ter chegado à decisão por meio de um raciocínio de tipo lógico ou ‘por etapas’, ainda se (o mais provável) chegou a ela a partir de intuições” (Richard Posner, *Como decidem os juízes*)

As frases representam duas formas – opostas – de compreender a natureza da função judicial. Através da primeira, o Aluno deverá explicar o significado do programa reformista de Setecentos: a rutura face ao ancestral *arbitrium judicis*; a crítica humanitarista (em que se insere Beccaria); a tese do juiz ‘boca da lei’ (Montesquieu). A escola da exegese deverá ser apresentada como realização paradigmática desse programa.

Através da segunda frase, o Aluno deverá identificar um outro modelo de juiz que, embora apresentado no contexto de uma outra família jurídica, apresenta semelhanças com correntes jurídicas europeias-continentais como o movimento do direito livre. Neste plano, opõe-se, nomeadamente, razão e intuição; exclusivismo da lei e admissibilidade de outras fontes do direito, face à inevitável incompletude do ordenamento jurídico.

(8 valores)