

1.º Ciclo em Direito - Ano Lectivo 2021/2022

Exame de recurso - 4.º ano (Dia)

Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica I - 21 de Janeiro de 2022

Duração: 3 horas

I

1. Leia a «*Fábula/Mito do Cuidado*», de autoria de Caio Júlio Higino (ca. 64 a.C. - 17 d.C.):

“Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproxima-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome à sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto o Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que lhe tinha oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhes a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; Tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o Cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feito de *humus*”.

Agora **relacione**, sucintamente, o texto acima reproduzido com a concepção onto-antropológica do Direito.

- *enquadramento: aproximação à ontologia enquanto estudo do ser, em particular a ontologia regional, de matriz ético-social, onde o Direito se revela como parte do real-normativo que pretende comunicar validamente com os seus destinatários (base 1.3.1, 37.4.1, 37.4.2 e 37.4.3);*
- *destacar o Cuidado (mencionado na Fábula/Mito) como o magma que dá conteúdo ao nosso matricial modo-de-ser, preenchendo a estrutura relacional da ordem de validade que constitui o Direito; ressaltar que,*

Cotação: 4 valores cada questão

na perspectiva da filosofia do Direito, o perigo não releva enquanto categoria genérica, ideal ou abstracta, mas apenas como uma categoria específica, também aqui ficando evidente a regionalização ontológica do ser-á em diferentes comunidades de perigo, v.g., com a densificação dos riscos que surgem numa comunidade rodoviária, numa comunidade de aviação, numa comunidade hospitalar, etc. (base 15.3).

- indicar que a Sorge se revela num feixe de relações que inclui não só o cuidado do «eu» com o «outro», mas também o cuidado do «eu» consigo mesmo e o cuidar da própria relação com o «outro», explicitando que é a perturbação ou ruptura desta última que fundamenta o juízo geral de ilicitude do facto (base 39);*
- referir que os casos de disputa ou controvérsia (perturbação ou ruptura) convocam a intervenção do juiz (na Fábula/Mito representado por Saturno), enquanto «terceira pessoa» («outro outro») que também é parte (sujeito) da teia de relações de cuidado-de-perigo, a quem se pede o compromisso prático de reconstituir o Direito, restabelecendo a sua intencionalidade como ordem de pacificação (bases 6.1, 13.5 e 27) e restaurando a segurança jurídica (base 47.2.2.);*
- destacar a ideia de justiça (mencionada na passagem da “sentença aparentemente justa”) como referente de sentido que ajuda a responder à pergunta sobre a obrigatoriedade do Direito (problema da obediência), através do chamamento do horizonte de legitimação ética; frisar a noção de linha recta do Direito, apontando que a linha (a normatividade) riscada pelo Direito carrega consigo uma pretensão de rectidão; pontuar que a justiça é uma noção complexa, densificada pelo princípio da igualdade e pelo princípio da responsabilidade, ambos travejados pelo axioma da dignidade da pessoa humana (bases 6.4.2, 9.5, 41 e 42); aludir à distinção entre justiça primária e justiça secundária (base 17); identificar o nosso tempo como uma época da incerteza, empiricamente caracterizada pelo modelo teórico da sociedade de risco (base 15.2), concluindo que a fundamentação onto-antropológica do Direito ganha ainda mais significado.*

II

À luz do problema da obediência ao Direito, **trace uma breve contraposição** entre o jusnaturalismo e o juspositivismo.

- enquadramento: situar a questão no horizonte do problema da obediência ao Direito, com a indicação de que se está diante de duas doutrinas que pretenderam dar resposta à pergunta pelo fundamento da sua obrigatoriedade (base 10);*

Cotação: 4 valores cada questão

- *caracterizar o jusnaturalismo como pensamento de legitimação meta-positiva do Direito segundo parâmetros universais, atemporais e imutáveis; distinguir o Direito natural de base teleológica e o Direito natural de base racionalista; resumir a dificuldade destas correntes tanto na explicação da necessidade de positivação do Direito quanto na compreensão da historicidade do fenómeno jurídico (base 11);*
- *caracterizar o juspositivismo como pensamento de legitimação intra-sistemática do Direito segundo parâmetros não transcendentais (estritamente jurídicos); fazer breve alusão ao positivismo legalista, ao positivismo normativista kelseneano e ao funcionalismo sistémico, indicando este último como uma versão sociologicamente cunhada; sublinhar que permanece a aporia de uma legitimação auto-referencial do Direito, dada a impossibilidade da sua justificação por algum critério de validade ou correcção ética (base 12);*
- *referir a existência de propostas neopositivistas que tentam promover uma reconciliação entre o Direito e a moral, indo além da tradicional alternativa entre um positivismo jurídico excludente e um positivismo jurídico includente, como mostra, por exemplo, a discussão sobre os casos de injustiça extrema (base 16); concluir que o actual debate entre o jusnaturalismo e o juspositivismo só tem relevo heurístico-explicativo se compreendermos o jusnaturalismo não mais como chamamento de um Direito natural de cunho transcendental (religioso ou racionalista), mas sim como a procura de um modelo de dever-ser que possa servir como referencial crítico (de matriz ético-social) do Direito legislado em determinado momento histórico.*

III

Discorra, em termos sintéticos mas precisos, sobre os quatro elementos que integram a gramática que o Direito encontrou para favorecer a sua realização no contexto da procura por uma correcta decisão. **Não esqueça de integrar** a sua resposta no horizonte da chamada “linha metodológica interpretativa”.

- *enquadramento: convocar a distinção entre as dimensões do real-verdadeiro e do real-construído, para especificar que o Direito, enquanto disciplina da razão prática, é uma clara e lídima expressão do real-construído, pertencendo a este horizonte os elementos que ele utiliza para cumprir a sua finalidade de realização da justiça historicamente situada (bases 2 e 3);*

Cotação: 4 valores cada questão

- *indicar tais elementos: as normas, os princípios, as regras em sentido estrito e os axiomas; destacar que eles são manifestações de regras em sentido amplo (parâmetros de comportamento); explicar e exemplificar cada um deles, estabelecendo as diferenças recíprocas (bases 32, 34, 35 e 36);*
- *integrar tais elementos, especialmente as normas, no contexto da “linha metodológica interpretativa”, enquanto ponte metódica que tenta favorecer uma correcta realização do Direito, à luz de referentes de sentido para a justa decisão; acentuar que esta linha metodológica interpretativa é o arco hermenêutico que se estabelece a partir da distinção entre o “texto-norma” e a “norma-texto”, sendo esta última precisamente aquilo que se pede ao intérprete (o resultado de uma interpretação metodologicamente fundada);*
- *referir ainda que a linha metodológica interpretativa não se esgota em procedimentos de subsunção, reclamando sempre um agir prudencial analogicamente fundado, também aqui se apelando à razão prática (base 25.1 e 33).*

IV

O ensino da Filosofia do Direito pressupõe reconhecer uma especialmente intensa dimensão de *ars inveniendi*. Concorda com esta afirmação? **Justifique.**

- *enquadramento: em moldes históricos, identificar a ars inveniendi como instrumental privilegiado pela metodologia jurídica medieval, com a antecipação de procedimentos dialécticos e retóricos que já centravam o pensamento jurídico na análise discursiva dos melhores argumentos (leges, rationes e autoritates), com a lógica compreensiva do dar e pedir razões (bases 24.3.3 e 24.4.1);*
- *no pressuposto de que o acto de pensar é poético no seu mais profundo sentido original (base 24), sublinhar a importância da sua recuperação para o ensino a Filosofia do Direito, num contexto de reabilitação da razão prática como síntese da abordagem prudencial do jus, promovendo um reforço da articulação entre sistema e problema, o que é crucial para a compreensão contemporânea da juridicidade (base 24.4);*
- *apontar que esta noção prática de “jurisprudência” não se confunde com a acepção reduzida que este termo assumiu para referir o conjunto de decisões dos tribunais (base 24.3.2.2.);*
- *manifestar concordância com a afirmação (base 24.3.2.1), sinalizando a ars inveniendi como expressão do pensamento pensante, por isso se convocando um modo de reflexividade dinâmica que vai além do pensamento pensado, de corte linear ou sequencial (base 24.1).*

Cotação: 4 valores cada questão

V

“Continua sendo altamente operatória a tradicional categoria do mínimo ético” (base 18).

Comente de maneira fundamentada.

- *enquadramento: reiterar que, ao oferecer uma resposta possível à pergunta «o que devo fazer?» no seio comunitário, o Direito apresenta-se como uma disciplina da razão prática (base 6.5.), i.e., um real-social contingente que pretende justificar um ordenamento de liberdade e para a liberdade, de tal modo que a legitimidade material dos seus enunciados se abre para a validade que apenas o juízo ético sobre o (cor)recto está em condições de prover (bases 2.4.2.1, 38.2, 38.3 e seguintes);*
- *referir que, no âmbito das relações entre juridicidade e moralidade em sentido amplo, o Direito se assume como uma ética aplicada, sendo o mínimo ético um importante critério de delimitação do seu conteúdo, contribuindo também para fundamentar a reivindicação de obediência à norma; contrapor o mínimo ético ao máximo ético, rejeitando este último como projecto de total juridicização da vida social e completa degradação do Direito (bases 18.3 e seguintes); ainda neste contexto, sinalizar o primado de uma ética da responsabilidade (ética do resultado), sobre uma ética da mera intenção (base 37.4.3.2);*
- *assinalar que o mínimo ético corresponde à ideia de fragmentariedade (subsidiariedade) do ser-aí-diferente e da normatividade jurídica (exemplificada na cultura dos direitos fundamentais), por isso alicerçando o axioma do espaço livre de Direito (bases 19 e 21), em oposição à tese da ubiquidade do Direito, com a garantia de um espaço de autonomia (imunidade para o livre desenvolvimento da pessoa) no qual nenhuma regulamentação jurídica está autorizada a intervir (definitional stop) (base 20.3);*
- *concluir que a legitimação material (prática) da norma perante o seu destinatário requer uma fundamentação capaz de explicitar que a pretensão de validade ou correcção do comando jurídico é atravessada pela referência aos valores que se precipitam na exigência de justiça, neste contexto merecendo preferência (na perspectiva onto-antropológica) a justiça primária, sem que tal implique excluir, no âmbito periférico, a justiça secundária (bases 17, 18.4 e seguintes).*

Cotação: 4 valores cada questão