

Teoria Pura do Direito (segundo o pensamento de Hans Kelsen)¹

LÚCIO AUGUSTO PIMENTEL LOURENÇO *

Índice: 1. Introdução. 2. A Pirâmide de Kelsen dos Ramos do Direito Público. 3. A Hierarquia das Normas do Direito. 4. O Direito Fiscal e a Pirâmide de Kelsen. 5. O Regime Geral de Infracções Tributárias e a Pirâmide de Kelsen. 6. Direito e Natureza. 7. Direito, Moral e Ética. 8. O Conceito de Direito e a Teoria da Proposição Jurídica. 9. O “Dever” como categoria do Direito. 10. O Direito como Norma Coactiva. 11. O Conceito de Ilicitude. 12. O Sentido Normativo do Direito. 13. A Redução do Direito Subjectivo a Objectivo. 14.

JURISMAT, Portimão, 2017, n.º 10, pp. 49-70.

* Doutor Europeu em Direito, Director do Curso de Direito do ISMAT e Professor Associado. Por opção o texto não observa o acordo ortográfico.

¹ Hans Kelsen nasceu no ano de 1881 em Praga, aquando da existência do Império Austro-Húngaro e faleceu em Orinda (área de Berkeley), Califórnia, USA, no ano de 1973. Sendo de origem judia, cursou os seus estudos em Viena de Áustria, onde se doutorou com a Tese no âmbito do Direito “Principais Problemas da Teoria do Direito de Estado”, tratados a partir da Teoria da Norma Jurídica em 1911, antecipando o método científico do Direito na concepção normativa ou positivista. Em 1919, foi-lhe atribuído a cátedra de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Viena e participou na elaboração da nova Constituição Austriaca, que foi proclamada e entrou em vigor em 1920. Em 1921, foi nomeado magistrado vitalício do Tribunal Constitucional Austriaco e em 1925 publicou a sua Teoria Geral do Estado onde sintetizou o seu pensamento global da Ciência Jurídica. Chamado à Universidade de Colónia como catedrático do Direito Internacional, até 1933, ano em que se mudou para Genebra até 1940, após o que emigrou para os Estados Unidos da América, em Harvard e posteriormente na Califórnia (Berkeley) em 1945, onde investigou no âmbito do Direito Internacional Público, tendo vindo a ser nomeado assessor da Comissão das Nações Unidas e para os crimes de guerra. O pensamento jurídico de Kelsen foi particularmente divulgado em 1934, com o livro “Teoria Pura do Direito”, com uma exposição sintética e rigorosa concepção teórico-jurídica das normas legais, depurada das ciências empíricas e ideológicas, proclamando o “POSITIVISMO” normativista e formalista.

O Conceito Jurídico de Pessoa. 15. O Ordenamento como Sistema de Norma. 16. A Estrutura Hierárquica do Ordenamento Jurídico. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: A Teoria Pura do Direito é hoje a Teoria Geral do Direito Civil, unidade curricular obrigatória em qualquer plano de curso de Direito e deve ser estudada após a introdução ao direito e antes de estudar o Direito Civil nas vertentes especiais, tais como as obrigações, o direito ao trabalho e os contratos, para além do estudo do direito processual civil. Foi Kelsen que criou a hierarquia das normas, ilustrada em pirâmide e consequentemente dos diversos ramos do Direito, entendidos como conjuntos formais de normas jurídicas, proclamando o positivismo, em contraposição com as ideias dominantes na época, assentes no Direito Natural de essência dualista, com a coexistência e validade simultâneas. A teoria do positivismo não negando o Direito Natural, faz prevalecer o direito como um conjunto de normas jurídicas criadas por via legislativa, independentemente da legitimidade do órgão que a cria, como resultado de um pensamento jurídico colectivo em determinado momento. O presente trabalho pretende interpretar e melhor compreender a evolução do pensamento jurídico, em especial a transição marcante do Direito Natural como manifestação da natureza, da moral, da ética e do Direito Positivo como o resultado formal de um órgão de soberania com poder de legislar, ao mesmo tempo que ia sendo consolidado o princípio da separação dos poderes soberanos, condensados e auto-regulados num texto fundamental, a Constituição em cada país e cujo pensamento e forma deu origem ao aparecimento estruturado dos Direitos, Internacional e Nacional.

Palavras-chave: Norma Jurídica; Direito; Positivismo; Moral; Ética.

Abstract: Nowadays, Law's Pure Theory is the Civil Law General Theory, a required curricular unit in any Law course plan and must be studied after Law introduction and before studying Civil Law in special aspects such as obligations, worker's rights, contracts, in addition to the Civil Procedural Law study. Kelsen created norms hierarchy, illustrated in a pyramid and consequently several Law branches, as formal juridical norms sets, proclaiming positivism, in contrast with dominant ideas at that time, based on Natural Law of dualistic essence, with coexistence and validity simultaneous. Positivism theory, not denying Natural Law, makes Law predominate as a set of legal norms created by Law, regardless the organ legitimacy that creates it, as a result of collective legal thinking in certain moment. This paper intends to interpret and better understand the evolution of legal thinking, especially the remarkable transition of Natural Law as a manifestation of nature, morality, ethics and positive law as the formal result of an sovereignty organ with power to legislate, while consolidate the sovereign powers separation principle, condensed and self-

regulated in a fundamental text, the Constitution in each country and whose thought and form gave rise to the structured appearance of Rights, both International and National.

Key words: Legal standard; Law; Positivism; Moral; Ethics.

1. Introdução

A Teoria Pura do Direito tem uma concepção da ciência jurídica que assenta no monismo, uma vez que, segundo ela, só existe um direito: o direito positivo. A ideia de norma fundamental difundida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo; mas tão só o seu fundamento de validade.

Contrariamente, a Teoria do Direito Natural que é de natureza dualista, pois, segundo ela, a par do direito positivo, deve existir sempre o direito natural para fundamentar ou validar aquela como teoria e como norma.

O fundamento da validade do direito positivo, tal como é difundido por Kelsen, é essencialmente vinculado ao seu conteúdo. O direito positivo é válido porque tem um determinado conteúdo e, por isso mesmo, é um direito justo; ou não é válido porque tem um conteúdo oposto e, desse modo, é injusto.

É na determinação do conteúdo do direito positivo, através do direito natural situado para além do direito positivo que reside a essencial função desse mesmo direito natural. Assim, também a Teoria Pura do Direito, de natureza monista, pretende conhecer o fundamento da validade de uma ordem jurídica positiva, coactiva, que surge pela via legislativa.

A norma fundamental, em especial a de natureza constitucional, não é resultante de um acto de vontade de uma autoridade jurídica; mas sim uma norma que tem por pressuposto um pensamento jurídico colectivo emitido em determinado momento.

As doutrinas do positivismo jurídico assentam nas ideias e pressupostos seguintes:

- a) O direito é um facto e não um valor pelo que o jurista deve estudar o direito abstendo-se de formular juízos de valor sobre ele.
- b) O juspositivismo define o direito em função do elemento normativo “coacção” ou tutela do interesse legal com fundamento na Teoria da Coactividade do Direito.

- c) Acolhe a Teoria da Legislação como fonte principal da norma e do direito.
- d) Assenta na Teoria da Norma Jurídica tomando esta como o comando ou imperatividade do direito.
- e) Acolhe a Teoria do Ordenamento Jurídico para considerar e valorar a norma no conjunto e não isoladamente de per si.

Do carácter conservador das doutrinas que sustentam o direito natural e para contrapor as teorias e doutrinas do direito positivo, permite-nos expor desde já o seguinte:

- a) Da ideia de um direito natural como uma ordem correcta da conduta humana imanente à natureza e dela dedutível, conclui-se que um direito positivo é supérfluo por se afastar do direito natural.
- b) O direito positivo apenas poderá ter validade quando corresponda à norma que resulta do direito natural, uma vez que o direito positivo será como que um resultado da delegação do direito natural.
- c) O direito natural perfeito é uma ordem natural que vincula todos os homens de igual modo dotados da razão normal, humana.

A Teoria Pura do Direito será pois uma Teoria Geral do Direito Civil,² que se diferencia, afastando-se do Direito enquanto princípios estruturantes e do dualismo de

² Porque estamos perante uma Teoria Geral, ainda que do Direito Civil, entendemos ser imperativo fazer algumas referências no âmbito da concepção de uma Teoria Geral. A primeira preocupação é saber o que se deve entender por uma “teoria” e depois, que ela seja “geral” e não meramente particular. Uma teoria poderá ser o conjunto científico, normativo e de princípios conexos, ainda que hierarquizados, de determinada área do saber. Sem princípios gerais, bem como sem o regime das matérias, não poderemos ter uma teoria. Ora, no caso em apreço, temos uma Teoria Geral do Direito Civil, abrangente; mas que não é o somatório de teorias particulares que respeitam a cada uma das matérias, áreas do conhecimento, ou mesmo partes do Direito Civil, tais como o Direito das Coisas, das Obrigações, da Família e das Sucessões. Numa teoria deve haver a sistematização de uma temática comum, à generalidade das normas do Direito Civil, à generalidade das relações jurídico-civis.

No âmbito metodológico temos de partir para a reflexão, e aí, podemos observar, em primeira análise, o aprofundamento dos conceitos, cada um de per si; para depois nos dedicarmos à tarefa de compreender e nos apercebermos dos elementos, dados e princípios comuns à sua existência, funcionamento e à necessidade de os tornar complexos e complementares entre si, para que não fiquemos por um conjunto de relações, sistemas autónomos; mas sim o sistema ou teoria geral que seja abrangente a todas as relações.

O pensamento jurídico, na sua actividade metodológica, encontra em primeira fase, os dados, os conceitos, definições ou meras ideias, de cada figura ou direito isolado; para numa segunda reflexão, tendente para a unidade, vir a construir o sistema, seja ele qual for, e no caso em apreço, o sistema ou ordenamento jurídico, ainda que por família do Direito, ou a sua natureza e depois, fazer o aprofundamento científico, desenvolvendo naturalmente a ciência e cada um dos ramos do Direito, no âmbito do mesmo sistema e enquadrado na respectiva natureza ou família do mesmo, ou seja, de Direito Privado ou Público.

sistemas ou ordenamentos jurídicos, tais como o Direito Internacional e o Direito Interno, acolhendo um único ordenamento jurídico e escalonando-o por hierarquia de valores de normas e consequentemente dos ramos do Direito.

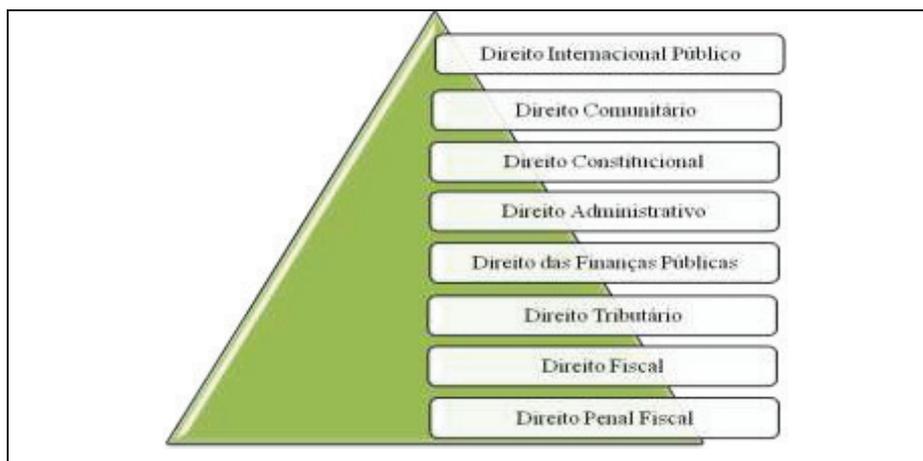
De igual modo, como a natureza constitui um mundo unitário; também o direito deve ser entendido como uma unidade, sistema ou ordenamento.

O método jurídico-científico é um: o normativo.

O objecto da ciência jurídica é um: o direito.

No mundo, haverá uma ordem jurídica que se manifesta em múltiplos “subsistemas” que formam parte da unidade superior, a qual tem no topo da pirâmide o Direito Internacional.³

2. A Pirâmide de Kelsen dos Ramos do Direito Público



Uma teoria geral implica um saber sistematizado de uma determinada unidade e, no caso em apreço, um saber do Direito Civil, sistematizada em Teoria Geral do Direito Civil, ou mesmo Teoria Pura do Direito, na terminologia da época e do mestre Hans Kelsen.

³ Kelsen, Hans; Teoria Pura do Direito; Editorial Trotta; Viena de Áustria; 2011.

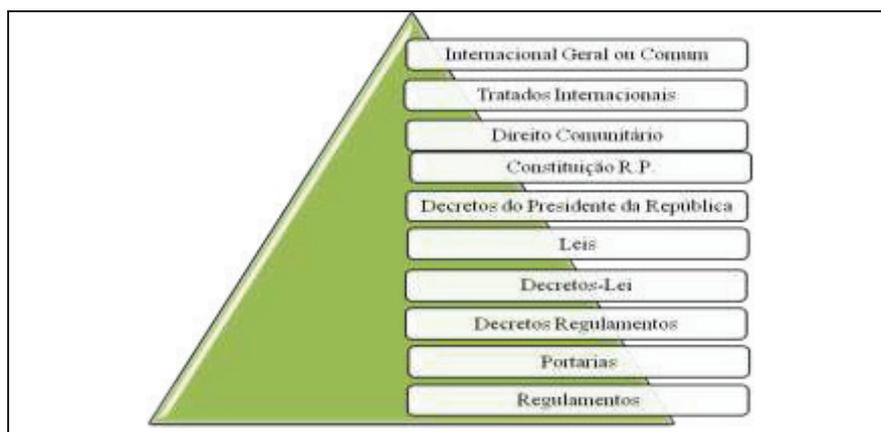
A doutrina positivista do Direito entende que o único direito existente é o direito positivo, ou seja, o ordenamento de normas que constituem um sistema, normas essas emanadas de um poder soberano.⁴

Neste sentido, o Estado, através do poder soberano de natureza legislativa, é a fonte de todo o Direito e o Direito será a pura criação do Estado.

A Escola de Direito Alemã, da qual Kelsen marcou posição, defende que o Direito é um sistema de normas hierarquizadas em que cada uma tira a sua força da conformidade a uma norma superior que se encontra na Constituição.

Para Kelsen, o Direito é entendível como uma pirâmide de normas hierarquizadas e sobrepostas, conduzindo-nos a um positivismo radical, que pode ser representado pela pirâmide apresentada e quanto aos ramos do Direito substantivo público que define os direitos e deveres, excluindo-se as normas instrumentais, procedimentais ou processuais.

3. A Hierarquia das Normas do Direito



A norma jurídica é, antes do mais, um modelo, uma fórmula ou uma regra de comportamento humano que se manifesta por sinais exteriores, que se impõe com carácter obrigatório, uma vez que o seu respeito pode ser exigido pela força democrática e organizada do Estado, nos termos da Constituição.

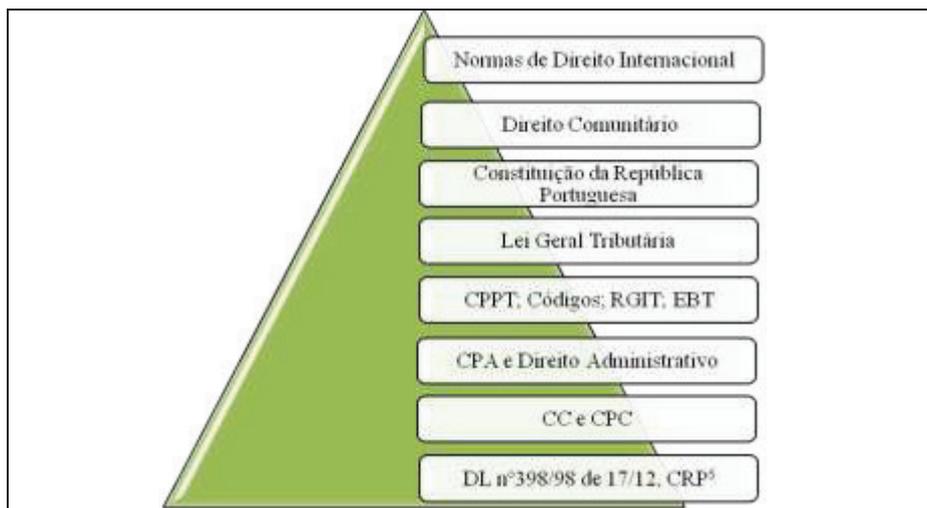
⁴ Marques da Silva, Germano; Introdução ao Estudo do Direito; 3ª Ed.; Universidade Católica; Lisboa; 2009.

As regras jurídicas caracterizam-se por serem “regras” do “dever-ser” e não do ser, o qual pertence à concepção da norma e conseqüentemente ao interesse que a mesma encerra.

Nesse sentido, as normas jurídicas consagram regras de comportamento que é dever geral e universal, observar, seja qual for o seu sentido, ditando o que deve ser e não o que é, distinguindo-se assim de outras normas de ética ou moral, uma vez que estas não merecem a tutela do Estado, a sua imposição pela força organizada do Estado.

De acordo com o positivismo jurídico difundido por Kelsen, com respeito pelo consagrado no artigo 8º da Constituição da República Portuguesa, teremos no topo da pirâmide, as normas e os princípios de Direito Internacional Geral ou Comum, uma vez que fazem parte integrante do ordenamento ou sistema jurídico nacional.

4. O Direito Fiscal e a Pirâmide de Kelsen⁵



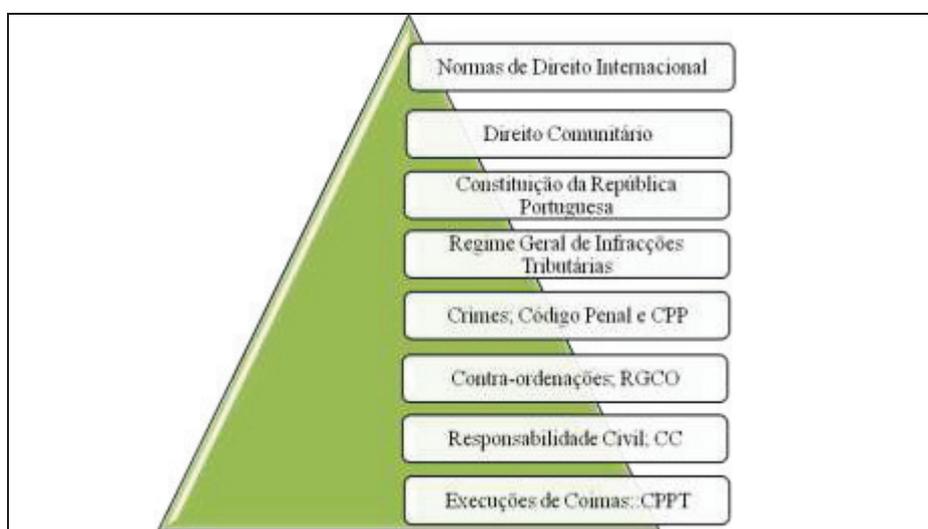
A Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-lei nº 398/98, de 17/12, veio clarificar, unificar e ampliar os princípios fundamentais do sistema fiscal, as garantias dos contribuintes e os poderes da Autoridade Tributária, concentrando e clarificando num único diploma as regras fundamentais do sistema fiscal, à semelhança do que tinha sido feito pelos sistemas fiscais dos países europeus, em especial de Espanha.

⁵ DL nº398/98, de 17/12, artºs 1º e 2º; CRP artº 8º; CRP artº 165º 1 i)

Sem prejuízo da força jurídica dos princípios e normas do Direito Internacional, das normas comunitárias, dos princípios e das normas da Constituição da República Portuguesa, de acordo com a natureza das matérias, aplicam-se hierarquicamente e por força do disposto no artigo 2º da Lei Geral tributária, as seguintes normas:⁶

- a) A Lei Geral Tributária
- b) O CPPT, Códigos fiscais, RGIT e EBF
- c) Código do Procedimento Administrativo
- d) Código Civil e Código do Processo Civil

5. O Regime Geral de Infracções Tributárias e a Pirâmide de Kelsen



O Regime Geral de Infracções Tributárias (RGIT) foi aprovado pela Lei nº 15/2001, de 5/6, considerando o regime aplicável no direito substantivo e instrumental, procedimental e processual, às infracções e respectivas sanções de natureza administrativa, contra-ordenacional, e às de natureza criminal, crimes fiscais.

O regime geral de Direito Fiscal sancionatório aplica-se às infracções das normas reguladoras das prestações tributárias, dos regimes tributários aduaneiros e fiscais, independentemente de regularem ou não prestações tributárias; dos benefícios fiscais

⁶ Artº 2º da LGT

e franquias aduaneiras e ainda das contribuições e prestações relativas à Segurança Social, regulados no Código Contributivo.

Sem prejuízo da força jurídica das normas do Direito Internacional, do Direito Comunitário e da Constituição da República Portuguesa, o RGIT aplica-se hierárquica e subsidiariamente, conforme dispõe o artigo 3º do RGIT:

- Quanto aos crimes e seus processamentos, as normas do Código Penal, do Código de Processo Penal e legislação complementar.
- Quanto às contra-ordenações e respectivo procedimento, o Regime Geral das Contra-ordenações.
- Quanto à responsabilidade civil, as normas do Código Civil e legislação complementar.
- Quanto à execução de coimas, o Código de Procedimento e de Processo Tributário.

6. Direito e Natureza

A Teoria Pura do Direito é uma teoria geral do direito positivo, escrito e formal e não de um sistema ou ordenamento determinado, não se preocupando com a interpretação das normas jurídicas em concreto, nacionais ou internacionais.

Porque se trata de uma teoria, propõe-se e tem por objecto exclusivo, o direito enquanto tal e na forma que se manifesta, sem se preocupar com a questão filosófica e essencial de saber como deve ser ou como se deve formar, uma vez que estamos perante uma ciência com o seu objecto e método próprios e não no âmbito da política jurídica.

Definido o objecto desta teoria “do Direito”, não pode o método de investigação científico aceitar a interferência ou influência de elementos sociológicos, éticos, políticos e teleológicos, nomeadamente quanto ao conteúdo, formação, oportunidade de entrada em vigor, respectiva interpretação e aplicação aos casos e situações no concreto.

Como primeira noção do “jusnaturalismo”, lembremos que Kelsen entendia que a “chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito”,⁷ que distingue o direito positivo, formal, criado pelo homem, e o direito ideal natural, imutável, que emerge do ser humano e se identifica com a verdadeira justiça e, como o seu nome indica, considera a “natureza” como a fonte das normas do direito ideal, do direito justo.

⁷ Kelsen, Hans; A Justiça e o Direito Natural; Editora Almedina; Coimbra; 2001; p.102

O poder de criar normas, para o jusnaturalismo, encontra-se e só na natureza em geral e do homem em particular, enquanto tal e não de órgão legislativo composto por homens que ponderam o interesse do homem em todas as suas vertentes sociais, humanas, éticas, religiosas e biológicas.

As normas que constituem e formam o direito natural divergem, pois, das normas do direito positivo, sendo que todas elas são direito e estas resultam de actos da vontade humana, arbitrárias, mutáveis, enquanto que as normas do direito natural são na sua essência invariáveis e imutáveis, sem prejuízo do seu conhecimento, à medida e no contexto das novas vivências humanas e percepção da natureza enquanto tal, com os seus fenómenos naturais.

Neste contexto, por “natureza” deve entender-se toda a realidade empírica do acontecer fáctico em geral ou a natureza particular do homem, tal qual ela se revela ou manifesta na sua conduta efectiva, interior ou exterior.

Actos ou factos naturais, ou seja, a realidade e o seu valor, pertencem, para nós, a domínios diferentes. A natureza é um conjunto de factos interligados uns aos outros segundo o princípio da causalidade, ou seja, como causa e efeito, sem esquecer o lugar e o papel do homem na existência ou aparecimento de tais factos.

Deste modo, ao ser não pode estar imanente qualquer dever-ser, ou seja, aos factos não pode estar subjacente a existência de normas com validade de direito, que a todos se impõe e exige o seu respeito e o seu cumprimento, pelo que atribuir valor à realidade empírica, natural, é valorar e tornar imperativo o que de natural possa acontecer.

O valor ou atribuição valorativa aos factos naturais como normas de direito natural só poderá entender-se e aceitar-se quando confrontarmos o ser com o dever-ser, ou por outras palavras, confrontar os factos com as normas e não aceitar aqueles factos como normas do direito natural.

Como diria Kelsen, “quem julgue encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos factos, valor na realidade, engana-se a si próprio”.⁸

7. Direito, Moral e Ética

A ciência jurídica é uma ciência do espírito e não uma ciência da natureza, pelo que a Teoria Geral do Direito ou Teoria Pura do Direito delimita o Direito perante a natureza, procurando contrapor esta ao espírito.

⁸ Kelsen, Hans; A Justiça e o Direito Natural; Editora Almedina; Coimbra; 2001; p.103

O Direito considerado como norma é uma realidade espiritual e não uma realidade natural. Neste sentido, é fácil estabelecer a dualidade entre natureza e espírito; entre realidade e valor; entre ser e dever-ser; entre lei natural e norma jurídica; e ainda se o âmbito do espírito é maior do que o que corresponde ao valor da norma.

Concebendo o direito como parte da moral, ou seja, que todo o direito enquanto tal tenha algum sentido e algum grau de moral, temos o direito como expressão normativa da moral; devendo aquele ser criado e corresponder aos princípios e regras que só à moral dizem respeito.

Considerando o Direito ou norma legal, como categoria moral, o Direito equivale à justiça, sendo esta tão só uma expressão do ordenamento social correcto e entendendo a “justiça” como a felicidade social global e total.

Na verdade, a palavra “justiça” também é utilizada e frequentemente usada no sentido de adequação ao direito positivo ou propriamente à legalidade, entendendo esta como situação enquadrável nas normas do direito positivo. Nesse sentido, a palavra “injusto” tem sido utilizada quando a decisão ou situação está desconforme as normas do direito positivo, em sentido mais favorável.

Desta forma, o uso do termo “justo”, quanto à ideia da justiça ou da injustiça, só expressa o valor relativo de adequação à norma legal ou ordenamento jurídico de direito positivo.

Claro está que a palavra “justiça” não é exclusiva do direito positivo nem do direito natural, não sendo um valor absoluto.

A Teoria Pura do Direito não tem forma de definir o pleno conteúdo do termo “justiça”, havendo que o entender como uma ordem superior do direito positivo, ainda que diferente dele.

O dualismo dos conceitos de Justiça e Direito tem mesmo carácter metafísico, o que os torna com sentidos ideais e mais amplos que o ordenamento jurídico positivo ou natural lhes reconhece.

Perante a questão de saber qual o âmbito científico da justiça, não é obtida resposta satisfatória através do conhecimento científico orientado pela experiência comum. Também pelo conhecimento racional não é possível obter a resposta pronta e satisfatória da ideia de justiça.

A ciência jurídica é ainda hoje dominada por tendências ideológicas, sendo evidentes as relações do poder político com as intenções e posições políticas, pelo que se

torna mais difícil e subjectiva a análise puramente jurídica dos conceitos de Justiça e em especial da identificação e separação do Direito com a moral e vice-versa.

À Teoria Pura do Direito ou Teoria Geral do Direito Civil cabe a difícil função de superar as dificuldades científicas para a separação dos conceitos jurídicos dos conceitos da moral e outros, como por exemplo da justiça.

A Teoria Geral, como ciência do Direito que é, não se considera obrigada a mais do que seja apreender o direito positivo e a sua razão essencial, analisando-o e criando a respectiva estrutura, independentemente dos interesses que serve, se políticos ou mesmo sociais e ideológicos.

Em regra, os fins e interesses ideológicos subjacentes ao Direito, não podem determinar a sua criação e a sua aplicação, a menos que esteja em causa a regulamentação de interesses específicos; uma vez que, para nós, a ideologia esconde a realidade e o Direito deve ter por fim as situações ou realidades no concreto. A Teoria Pura do Direito não pode pretender mais do que conhecer a ciência jurídica.

Para Kelsen, a norma jurídica deve ser entendida como numa posição de “ordem”, “comando”, “disciplina”, que consagra o “dever-ser” de todos os interesses reconhecidos pela vontade do legislador, ou melhor, pelo “ser”.

A norma jurídica será o lugar da valoração da conduta, que conduzirá obrigatoriamente a um ordenamento da mesma e consequentemente ao denominado “positivismo jurídico” ou sistema normativo.

A vontade do legislador como manifestação do “ser” transmite à norma jurídica o seu princípio retributivo, ou seja, a sanção, entendendo esta como consequência e coactividade que a norma, o sistema e o Direito deve integrar, independentemente de se tratar do direito privado, público, ou mesmo sancionatório penal e administrativo.

De tal conceito de norma, que parte do ser para o dever-ser, fica evidente a necessidade da evolução do direito, que se deve ajustar permanentemente ao espírito e vontade do legislador, que varia e muda em função do lugar, do tempo e do estágio de pensamento e conhecimentos individuais e/ou colectivos do titular do poder soberano de “ditar” e “conceber” a norma e o Direito.

O Direito, a Moral e a Ética são áreas científicas do conhecimento, que se entrelaçam; mas não podem ser confundidos nem unificados numa área, sendo certo que estão muito próximos. Desde logo, a Ética era uma disciplina que estudava a moral, ou melhor, uma ciência da moral com objectivo e método próprio. Por sua vez, a Moral tem por objectivo o estudo do direito, ou melhor, da intenção e condutas, impondo-se na génese do direito e determinando-o, para além de o pautar e justifi-

car, até porque o direito analisa e regula o facto ou acontecimento de relevância jurídica e de forma externa, aplicada ou enquanto realidade que de factual se converte em jurídica e ciência.

Nem sempre a Moral se autonomiza do Direito, sendo aquela mais abrangente do que este, uma vez que o Direito é coactivo pelas suas sanções, reprovações comportamentais, e a Moral se impõe por uma mera aprovação ou desaprovação factual. A ciência do Direito enquadra-se na ciência da Moral, é uma parte dela, sem que haja fusão no espaço e âmbito comum. A Moral é sempre aferidora da norma, do Direito, ainda que aquela varia em função de diversos factores que vão influenciar o Direito.

Poderemos entender que a Ética analisa a Moral como ciência e não meramente comportamental e a ciência jurídica analisa o Direito como ordem social e tutelada, plasmada na norma jurídica.

Tanto a Moral, como a Ética e o Direito se preocupam e têm por objecto o estudo dos comportamentos humanos e sociais. No entanto, a Ética procura estabelecer princípios e regras básicas a todos os cidadãos, impondo condutas ideais e gerais. A Moral cria regras costumeiras, variáveis no tempo e no espaço e não tem aplicação à generalidade da sociedade. Por outro lado, o Direito, através da norma, impõe condutas sob pena de sanção.

Dever jurídico e conduta ética não se equivalem. No âmbito da ciência da Ética estudam-se as boas intenções, a boa-fé e os princípios de honestidade, até porque o termo “ÉTICA” é proveniente do “ETHOS”, que se equivale a “comportamento ideal”. Nesse sentido, toda a norma de Direito deve ser ética, providenciando a organização sistemática de regras éticas em códigos de ética ou de comportamento.

8. O Conceito de Direito e a Teoria da Proposição Jurídica

A Teoria Tradicional do Direito, ainda hoje, numa profunda influência do jusnaturalismo conservador, assenta no carácter ideológico e metafísico da filosofia na época do apogeu da doutrina do direito natural, o qual coincide com o desenvolvimento do Estado polícia, típico das monarquias e regimes de poder absoluto.

No século XIX, com o emergir do neo-liberalismo, a Teoria Geral do Direito afasta-se das ideias e conceitos metafísicos e da Teoria do Jusnaturalismo, progredindo no sentido do positivismo jurídico, sem deixar de acolher forte carga ideológica, social e metafísica que a norma do direito encerra, sendo disso exemplo a ideologia religiosa, ter sido substituída pela ciência jurídica burguesa.

A ciência do Direito sofre naturalmente influências de diversa natureza e fontes, até porque a norma é concebida por órgão legislativo com poder de soberania nessa matéria e composto pelos deputados em número muito elevado, que provêm de inúmeras tendências políticas e ideológicas e até as pretendem representa e fazer valer.

Não obstante as influências para a criação da norma jurídica, a sua ideia de valor absoluto imposto, coactivo, não sofre abalo, mantendo-se não só quanto ao direito material, substantivo; mas também quanto às normas instrumentais, procedimentais ou processuais, onde se impõem os meios próprios para que o poder judicial ou administrativo profira as decisões da sua competência.

9. O “Dever” como categoria do Direito

O conceito de direito positivo assenta na norma ou no “dever-ser”, partindo do “ser” ou concepção dessa mesma norma, núcleo do direito ou ordenamento jurídico, afastando-se assim da ideia das normas morais, sem prejuízo da valoração e força destas.

O objectivo da Teoria Pura do Direito é libertar o conceito do direito da componente ideológica, separando radicalmente o conceito de norma jurídica da norma moral, para diferenciar o Direito da Moral e vice-versa.

A norma de direito transforma-se em proposição jurídica, a qual, por sua vez, concede a forma estrutural da lei, e que vai tutelar e vincular a condição ou consequência jurídica. Tal como o afecto é atribuído à causa da norma moral, também a consequência jurídica é imputada à condição de norma jurídica.

O “dever” é uma normal e comum expressão do vínculo de imputação da norma, do direito, do ordenamento ou positivismo jurídico. No ordenamento moral, a figura do “dever” não tem a tutela, antes e tão só manifestação de agrado ou desagrado, ou se quisermos, manifestações de bem e do mal, segundo a concepção do momento, da época histórica e em função de todo o subjectivismo que tal manifestação ou expressões encerram.

Quando se afirma, por exemplo, que o acto, facto ou mesmo o direito como norma, é ilícito ou encerra uma ilicitude, há lugar a uma consequência jurídica, pois este “dever”, como categoria do direito, só significa o sentido específico da proposição jurídica.

A categoria do direito tem um carácter puramente formal e distingue-se da ideia transcendente do mesmo direito, porque se aplica com o carácter de abstracção e independência, aos actos, factos e situações reais.

A concepção jurídica de Kelsen expurga da norma toda e qualquer carga ou força ideológica, ao contrário da filosofia Kantiana que encara a norma na vertente social, humana e ideológica.

10. O Direito como Norma Coactiva

Pensando na “norma jurídica” ou no sentido do “dever”, estamos no mesmo âmbito, porquanto não há diferença entre si, antes este “dever” está implícito na “norma jurídica”, sem o qual a norma deixará de ter a natureza de direito.

A Teoria Geral do Direito desde o século XIX que vem entendendo que o direito é em si uma “norma coactiva”, implicando por isso que esse comando ou norma seja tutelar de interesses dignos de tal tutela e, por isso, o seu incumprimento imponha ao sistema, ao Estado, o dever de disponibilizar meios, tipos e formas de garantir tais interesses, tais direitos.

Para a Teoria Pura do Direito ou Teoria Geral do Direito Civil, o acto ou força coactiva é uma consequência que advém da natureza da norma, por força do direito. Nesse sentido, e para melhor exemplificação, entende Kelsen que “ao qualificar como ilícito um acto condicionante, tem como consequência do acto ilícito, o acto condicionado”.⁹

11. O Conceito de Ilícitude

Para a Teoria Pura do Direito, o conceito de acto ilícito tem sentido próprio que não advém da própria norma; mas sim dos factos reais e em comparação com o “dever” da norma, socialmente e o intérprete o consideram prejudicial. Assim, o legislador não tem que dividir, antes o deve fazer o agente dos factos.

O acto ilícito ou que encerra ilicitude é o comportamento de uma pessoa tomando como referência ou padrão, comportamental condicionante, a norma jurídica.

Enquanto o comportamento do destinatário do acto coactivo é pressuposto de acto ilícito, difere de todas as demais condições da consequência jurídica. Por exemplo, como acontecia nos ordenamentos jurídicos primitivos ou das pessoas jurídicas, ao imputar um acto ilícito, a consequência jurídica dirigida ao autor do acto, é a aplicação de uma sanção, de natureza civil, administrativa ou, mais comum, de natureza sancionatória penal.

⁹ Kelsen, Hans; obra citada, p.57

Assim e por isso, a família de um autor de crime, ficará responsável pelo acto ilícito cometido, de acordo com o princípio da responsabilidade por actos ilícitos ou delituosos cometidos por um dos seus membros. O sistema jurídico à época, ao imputar a responsabilidade dos ilícitos a todos os membros da família, quis impor a este núcleo social, “a família”, o dever de prevenir tais actos, já que a prevenção geral pública e particular pela sanção, não seria eficaz.

12. O Sentido Normativo do Direito

Tem sido defendido que a norma jurídica, na sua pureza e essência, deve estar afastada dos fenómenos sociais, da carga subjectiva de outras ciências, tais como a moral e a ética.

Não obstante, não podemos afirmar que essa visão de independência da norma jurídica pode e deve ser entendida e defendida sem o contexto social, directa ou indirectamente, no direito.

Se o direito, norma e o seu sentido do “dever” como elemento coactivo é consagrado e vigora em termos gerais e abstractos, esse comando tem por destinatário a pessoa ou o ente com personalidade e consequentemente vontade singular ou colectiva a quem se imputam os factos e o “dever” se dirige, cujo incumprimento ou menor respeito, conduzirá a aplicação do sentido da estatuição da norma.

13. A Redução do Direito Subjectivo a Objectivo

A Teoria Pura do Direito, entendendo a norma como dever jurídico, limita-se a ver o “dever” jurídico da norma numa relação concreta do indivíduo para com determinada norma, ou seja, limita-se a observar o dever jurídico da norma individualizada, autonomizando esse dever da sanção de aprovação ou desaprovação da norma moral.

Vejamos a presente situação: uma pessoa está juridicamente obrigada a realizar ou ter uma determinada conduta e na medida em que o comportamento se desvia da previsão normativa, o direito impõe a essa pessoa que ajuste esse comportamento à previsão legal, em função da natureza do acto e do direito, ou seja, no âmbito do Direito civil ou mesmo Direito sancionatório, contra-ordenacional ou penal, accionando as garantias procedimentais ou processuais previstas e em face de todas as circunstâncias pessoais ou subjectivas e reais ou objectivas.

Nesse sentido, temos que reconhecer que a principal ou mesmo única função essencial do direito objectivo é impor deveres jurídicos e toda a proposição jurídica esta-

belece necessariamente um dever jurídico e é possível que sejam consagradas e concedidas faculdades, direitos subjectivos.

O direito subjectivo será, pois, a norma jurídica como faculdade e estaremos perante uma faculdade (direito subjectivo) quando entre as condições da consequência jurídica do ilícito está implícita a vontade do autor ou agente do facto.

O direito subjectivo será o direito de uma pessoa, que é titular e detém à sua disposição esse mesmo direito.

O direito subjectivo não é uma espécie de direito diferente do direito objectivo; mas será o direito enquanto se dirige a um sujeito concreto, reduzindo-se assim o direito subjectivo, ao objectivo.

14. O Conceito Jurídico de Pessoa

O conceito de pessoa ou sujeito jurídico, titular de direitos e/ou deveres, sujeito activo ou passivo da relação jurídica, surge como um “artifício do pensamento”, como forma de ter uma representação expressiva que personifique os deveres jurídicos, os deveres subjectivos ou faculdades, o que equivale a dizer que personifique unitariamente um conjunto de normas e entender o direito enquanto objecto do conhecimento científico.

Sem o conjunto jurídico de “pessoa”, singular ou mesmo colectiva, não seria possível construir a estrutura fundamental da relação jurídica e sem esta não poderia ser investigada a matéria inerente a cada um desses elementos (sujeito activo, sujeito passivo, facto constitutivo, objecto e conteúdo e as garantias do sujeito activo) e consequentemente, dificilmente o académico poderia sistematizar tais matérias para metodologicamente as possa transmitir aos alunos, à comunidade académica jurídica.

A “Teoria Pura do Direito” centra a sua base de investigação e do pensamento, na pessoa física, para encontrar a pessoa jurídica. A pessoa física não é o homem, tal como resulta da doutrina tradicional. O homem não é um conceito jurídico; mas sim bio-psicológico e não revela uma unidade do direito ou do conhecimento jurídico, uma vez que o direito não toma a parte do homem, com todas as suas funções corporais e espirituais.

Por outras palavras, o homem (ser humano) não pertence na sua totalidade ao ordenamento jurídico, à norma; mas sim enquanto agente de determinadas ações, remissões de comportamento, sem prejuízo de se entender o direito como meio e fim da

realização do homem e ainda sem prejuízo também dos direitos inerentes à condição do ser humano.

Perante o exposto, torna-se necessário diferenciar a pessoa humana no conceito científico-natural e do conceito jurídica para o Direito.

A pessoa como sujeito do direito, expressa unicamente a unidade ou pluralidade de normas que impõem direitos ou deveres, ditos em conjunto, direitos porque emergem da norma jurídica.

Neste sentido, a pessoa como sujeito jurídico será o centro do ordenamento jurídico, cujas normas consagram os seus direitos e deveres e cuja concretização provém da sua relação com a conduta do mesmo ser humano, tomando este como uma realidade natural. A pessoa jurídica é o bem natural que polariza e é a base do ordenamento jurídico, de um conjunto de normas conexas entre si, pelos princípios e que se completam entre si, no mesmo regime legal.

Podemos, pois, afirmar que a “pessoa jurídica” possui menos vida real, natural, que a “pessoa física” e que aquela radica nesta, não sendo complementares nem uníssonos em toda a sua plenitude. A pessoa jurídica é uma parte da pessoa real, natural, pois se torna esta no Direito e não na sua vertente de bio-diversidade e psicológica. Nem a pessoa física é um ser humano exclusivo; nem a pessoa jurídica é um super-homem.

15. O Ordenamento como Sistema de Norma

O ordenamento jurídico ou direito como ordem, é, em boa verdade, um sistema jurídico, onde as normas se interligam pelos princípios e pela natureza das mesmas, daí que se agrupam tais normas em famílias e posteriormente em ramos do Direito.

A pluralidade das normas não forma um sistema, só por si, pelo que devem estar interligadas e terem a mesma natureza, independentemente da sua hierarquia e força vinculativa. Assim, podemos ter uma ordem de normas de natureza constitucional que se sobrepõem a quaisquer outras normas do ordenamento ou sistema jurídico nacional, sem prejuízo do seu vínculo e respeito aos princípios e normas de direito internacional geral ou comum e no caso dos países membros da União Europeia, sem prejuízo às normas de direito comunitário.

O direito vale tão só como direito positivo, formal, escrito, isto é, como direito que é imposto e com carácter coactivo. É na força coactiva que reside a diferença do direito positivo e do denominado direito natural, cujas normas, iguais às da moral, emanam da vertente divina, da natureza ou da razão pura.

As normas jurídicas não têm todas o mesmo valor, havendo que diferenciar as normas jurídicas fundamentais, tais como, por exemplo, as de natureza constitucional ou mesmo as normas de base de qualquer situação jurídica; para depois surgirem as normas que irão regulamentar em pormenor a execução do seu cumprimento ou que viabilizam a concretização do fim a que se destinam.

Assim, a norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo não é mais do que a consagração de uma regra física, estruturante desse mesmo sistema ou ordenamento.

É, no dizer de alguns autores, o ponto de partida de um procedimento e tem o carácter dinâmico, de impor a criação do direito.

A título meramente exemplificativo, se refere que o actual artº 65º nº1 da Constituição da República Portuguesa consagra que “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.”

Para a concretização de tal direito à habitação, o Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria. Resulta de tal norma fundamental, que deve ser legislado para o desenvolvimento e concretização desse direito, através de outras leis, decretos-lei, decretos regulamentares e mesmo portarias.

A Teoria Pura do Direito entende a norma fundamental como a consagração de um fundamento do ordenamento, atribuindo a tal norma um sentido de dever estruturante, que se impõe às demais normas e a todos os órgãos e cidadãos, tutelando esse interesse maior, nomeadamente através dos mecanismos e formas de invalidar normas que ofendam tal direito, pela inconstitucionalidade ou mesmo violação de norma hierarquicamente superior, invalidando a norma de grau inferior.

A norma fundamental não será mais do que um pressuposto necessário da concepção positiva do ordenamento jurídico.

A norma jurídica fundamental para a doutrina impõe-se na lógica e estrutura do pensamento jurídico e no fim do ordenamento, ao mesmo tempo que exige o desenvolvimento do princípio e do direito que a norma fundamental encerra, impondo-se mesmo ao legislador, que a deve desenvolver.

16. A Estrutura Hierárquica do Ordenamento Jurídico

A Teoria Pura do Direito ou positivismo jurídico de Kelsen, aceita e parte da diferenciação de normas e é nesse sentido que surge a norma fundamental ou estruturante do ordenamento jurídico.

Resulta daqui que, à partida, devemos encarar de pelo menos duas normas jurídicas, valoradas diferentemente e em que uma dela se subordina à outra. Nesse sentido, uma norma jurídica regula o procedimento de criação de outra norma, bem como o seu conteúdo que é o desenvolvimento de outra norma considerada fundamental ou hierarquicamente prevalente.

Dado o carácter dinâmico do direito, a validade de uma norma assenta e pressupõe a existência de outra, hierarquicamente superior, havendo uma conexão de regime entre elas, que se completam entre si.

Desta forma, e segundo este critério, o ordenamento jurídico é concebido como um sistema de normas situadas umas a par das outras, quer ao mesmo nível ou força jurídica, ou mesmo hierarquizando-as, criando uma unidade, sistema ou ordenamento.

A estrutura hierárquica do sistema jurídico pode representar-se de forma esquemática, partindo da norma fundamental e representando-a num escalão superior do direito positivo, para não dizer no topo da pirâmide conhecida por pirâmide de Kelsen.

Na medida em que se vai descendo na pirâmide, alarga-se o sistema, o conhecimento, as normas, à medida do desenvolvimento científico do Direito, dando origem a novas áreas, novos ramos do Direito, com objectivos e métodos próprios, independentemente de, a par da norma positiva, objectiva, que consagra os direitos e os deveres dos sujeitos, surgirem também as normas instrumentais, procedimentos e processos que irão permitir o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres jurídicos.

Para o positivismo jurídico de Kelsen, as normas constitucionais estão no topo da pirâmide, com todas as normas fundamentais. O escalão hierarquicamente inferior ao ocupado pelas normas constitucionais, é composto pelas normas criadas pelo poder legislativo, com as características da generalidade e abstractas, cuja função é desenvolver o regime legal dos direitos fundamentais.

O Direito que se manifesta sob a forma de leis é o direito material e direito formal. Próximo do direito civil e do código penal, encontram-se as normas processuais civis e penais e próximo das normas administrativas temos os procedimentos e contencioso administrativo, já que e quando o pedido é judicial, enquadra-se no proces-

so judicial como normas instrumentais, que não consagram direitos nem deveres, antes e tão só permitem o seu exercício ou mesmo o cumprimento dos deveres e obrigações.

A norma jurídica é em si geral e abstracta, respeitando o princípio da igualdade das partes e de tratamento na sua aplicação, administrativa ou norma judicial. Porém, é necessário dispor de um acto, facto ou situação em concreto, para aplicação da lei geral e abstracta. Esta função não possui um carácter ou actividade meramente declarativa, como poderia resultar das palavras proferidas anteriormente. Tal actividade, de aplicar a lei aos factos é a de julgar ou “dizer o direito” aplicável aos casos concretos, não podendo ser entendida como fonte do direito, no sentido de criar normas jurídicas.

Tal como acontece na actividade de “dizer o direito”, ou julgar factos e pessoas, a administração pública tem necessidade e é chamada a “dizer o direito” aplicável a situações de natureza administrativa, pelo que de igual modo se trata de aplicar o direito e não criá-lo, não sendo por isso fonte de lei ou de direito.

Conclusão

O positivismo jurídico difundido por Kelsen, assente no monismo das normas para criar o ordenamento ou sistema jurídico e hierarquizando as normas, definindo o seu valor pela posição hierárquica, trouxe um forte contributo ao desenvolvimento da ciência do Direito, permitindo uma melhoria no ensino, na sua aplicação pelos tribunais e pela administração pública, sem prejuízo da existência da norma fundamental nacional e internacional e aceitando a existência de princípios supra positivos que determinam a criação de todas as normas, princípios esses que radicam na moral e se enquadram no direito natural, o que o positivismo jurídico não exclui, sendo certo que o Direito é e deve ser formal, escrito.

Bibliografia

- Kelsen, Hans; Teoria Pura do Direito; 1ª Edição de 1934; Reine Rechtslehre, 1º Auflage, Viena de Áustria; reeditada pela Editorial Trotta; Viena de Áustria; 2011.
- Kelsen, Hans; A Justiça e o Direito Natural; Editora Almedina; Coimbra; 2001.
- Marques da Silva, Germano; Introdução ao Estudo do Direito; 3ª Ed.; Universidade Católica; Lisboa; 2009.
- Moncada, Luis Cabral; Filosofia do Direito e do Estado; Volume I; 2ª Ed.; Editorial Coimbra; Coimbra; 1965.

Siglas e abreviaturas

- C.C. – Código Civil
- C.P. – Código Penal
- C.P.P. – Código de Processo Penal
- C.P.P.T. – Código de Procedimento e Processo Tributário
- C.P.A. – Código do Processo Administrativo
- C P C – Código do Processo Civil
- C.R.P. – Constituição da República Portuguesa
- D.L. – Decreto-Lai
- E.B.F. – Estatuto de Benefícios Fiscais
- ISMAT – Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
- L.G.T. – Lei Geral Tributária
- R.G.C.O. – Regime Geral das Contraordenações
- R-G.I.T. – Regime Geral de Infrações Tributárias