



Faculdade de Filosofia

Elina Fernando Magaia

**O Positivismo jurídico como teoria fundamental para a eficácia do ordenamento
jurídico: uma reflexão em Hans Kelsen**

Licenciatura em Filosofia

Maputo

2023

UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

Faculdade de Filosofia

Elina Fernando Magaia

**O positivismo jurídico como teoria fundamental para a eficácia do ordenamento
jurídico: uma reflexão em Hans Kelsen**

Licenciatura em Filosofia

Monografia Científica apresentada à Faculdade de Filosofia da Universidade Eduardo Mondlane, como um dos requisitos parciais para obtenção de grau académico de Licenciatura em Filosofia.

Tutor: Mestre Eugénio Feliciano Cossa

Maputo

2023

DECLARACAO DE HONRA

Eu, Elna Fernando Magaia, portadora do Bilhete de identidade nº 110501622668S, emitido pela Direção de Identificação Civil de Maputo, aos 24/03/2022, declaro que este trabalho é da minha autoria, sob a orientação do tutor, todas as fontes estão devidamente citadas ao longo do texto e constam da referência bibliográfica. Declaro ainda que este trabalho não foi apresentado em nenhuma outra instituição para a obtenção de qualquer grau académico.

Maputo, Dezembro de 2023

"Quando a si própria se designa como "pura" teoria do direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objecto. " (KELSEN, 1998:1)

Dedicatória

Aos meus pais, Fernando Vicente Magaia e Olga António Maduela por serem meus progenitores.

Agradecimentos

A Deus pela vida, saúde, e disposição para poder participar constantemente nas aulas durante o tempo do curso e força para ultrapassar todos os obstáculos encontrados.

Aos meus pais que me deram o dom da vida e apoio material, para que fosse possível a realização deste sonho.

Aos docentes pela disponibilidade, paciência e ajuda que tiveram durante o curso, em especial ao tutor, por aceitar fazer o acompanhamento da minha monografia e pela paciência que teve.

As minhas colegas Ilza Luísa Salomão Matola, Felismina Nataniel Conjo e Nilza Arlindo Mutemba, por estarem sempre comigo em todos momentos académico, pela força que sempre me deram, sempre que me encontrava afita, pelas criticas construtivas que me fizeram crescer e desenvolver durante o tempo do curso.

As minhas irmãs, pelo apoio moral e força em todos momentos. Ao meu Marido que sempre me apoiou desde o início até ao fim, dando força para não desistir mesmo que fosse difícil.

A todos que directa ou indirectamente contribuíram para a minha formação e a elaboração deste trabalho, muito obrigada.

Resumo

O presente trabalho pretende abordar sobre o positivismo jurídico como teoria fundamental, para o ordenamento jurídico numa reflexão feita em Hans Kelsen. Para isso falaremos de como o positivismo jurídico sendo uma teoria pode influenciar no ordenamento jurídico de uma sociedade ou país. Abordaremos os pressupostos que levam a norma jurídica a ser a fonte de validade de todas as normas pertencentes no mesmo ordenamento jurídico. Falaremos de como é feito o ordenamento jurídico. Por isso começamos por explicar o contexto no qual surge o positivismo jurídico. Exploramos a epistemologia do direito para através dele sabermos como acontece a validade da norma jurídica e qual o seu impacto na sociedade e no homem no caso do seu descumprimento. E no final fizemos a ponte entre o ordenamento jurídico de Kelsen para o ordenamento jurídico em Moçambique.

Palavras-chave: Direito, Positivismo jurídico, Normas jurídicas, Ordenamento jurídico.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	2
 CAPITULO I: CONTEXTUALIZACAO DO POSITIVISMO JURIDICO	
1. Bibliografia e influências de Hans Kelsen.....	4
2. O direito natural e o direito positivo.....	6
3. O positivismo jurídico.....	9
 CAPITULO II: ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO	
1. A Pureza do direito.....	14
2. A Norma jurídica.....	15
2.1 Características, estrutura e funções da norma jurídica.....	18
3. Validade das normas jurídicas.....	20
4. Direito e a moral.....	22
 CAPITULO III: DA NORMA AO ORDENAMENTO JURÍDICO	
1. A Norma Fundamental.....	25
2. O Ordenamento Jurídico.....	27
3. Estrutura escalonada da ordem Juridica.....	29
4. O ordenamento juridico em mocambique.....	33
Conclusão.....	37
Bibliografia	39

INTRODUCAO

O presente trabalho tem como tema *o positivismo jurídico como teoria fundamental para a eficácia do ordenamento jurídico: uma reflexão em Hans Kelsen*. Como o positivismo jurídico, sendo uma teoria seja fundamental no ordenamento jurídico de uma sociedade: o que faz a norma jurídica ser a fonte de validade de todas as normas pertencentes à mesma ordem jurídica: como é feito o ordenamento jurídico numa determinada sociedade ou país segundo Kelsen; qual e o ordenamento jurídico que vigora em Moçambique, será que tem alguma semelhança com o ordenamento que vimos em Kelsen.

A escolha do tema é para melhor entender, o funcionamento do ordenamento jurídico, ao nível internacional como também no meu país, visto que somos seres humanos e estamos sempre sujeitos a leis, o trabalho terá a sua relevância ao ajudar entender como funciona o ordenamento jurídico mesmo que a pessoa não tenha nenhuma noção dos assuntos jurídicos, do nosso país como internacionalmente tendo como base a teoria de Hans Kelsen.

Para a elaboração do presente trabalho foi usado o método bibliográfico e técnicas da hermenêutica, que facilita na interpretação e explicação de obras, para que os objetivos preconizados fossem alcançados.

O trabalho está organizado em três capítulos. No primeiro capítulo faremos uma contextualização do positivismo jurídico, para sabermos em que momento ele surgiu e quem foi considerado como o pai de positivismo jurídico. E para isso falaremos da negação do direito natural e aceitação do direito positivo. O direito natural é tido como aquele que existe em toda a parte, enquanto que o direito positivo tem a sua eficácia apenas nas comunidades política singulares em que é posto. A partir desta negação do direito natural, pelo direito positivo, surge o positivismo jurídico que tinha como pretensão transformar o estudo do direito, numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, sociais e naturais.

No segundo capítulo faremos uma análise epistemológica do direito, primeiramente faremos o estudo da norma jurídica que é tida como elemento base do direito e, portanto, a célula de cada

ordenamento jurídico é um imperativo de conduta, que coage os sujeitos a se comportarem da forma por ela esperada e desejada. Veremos as suas características, como se encontra estruturada e as suas funções. Falaremos também do direito e da moral, o que os une e o que os separa, a questão da validade da norma jurídica também será abordada neste capítulo.

No terceiro e último capítulo, falaremos de como se dá o processo do ordenamento jurídico, partindo da norma, onde a norma fundamental tem a sua importância neste processo pois ela é que vai gerir o esquema da pirâmide de Kelsen na estrutura escalonada da própria ordem jurídica. Por fim falaremos do processo de ordenamento jurídico em Moçambique, qual a sua relação com o ordenamento jurídico de Hans Kelsen.

Em seguida segue a conclusão e a bibliografia.

CAPITULO I :CONTEXTUALIZACAO DO POSITIVISMO JURIDICO DE HANS KELSEN

1. Biobibliografia e influências de Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista e filósofo Austro-Americano, considerado um dos principais teóricos do direito do sec. XX. Ele nasceu em Praga, então parte do império Austro-húngaro, e estudou Direito, Filosofia e Psicologia na Universidade de Viena, em 1906, ele se formou com uma tese sobre a natureza jurídica da sanção.

Durante a primeira guerra mundial, Kelsen serviu como oficial jurídico do exército Austro-Húngaro, após a guerra, ele retornou a universidade, onde leccionou direito constitucional e teoria do direito, em 1920 ele se tornou professor de direito da universidade de Viena.

Em 1933 com o aumento do nazismo na Alemanha e na Áustria, Kelsen foi forçado a deixar o país. Ele se mudou para Checoslováquia, onde lecionou na Universidade Charles em praga, em 1938 após a anexação da Checoslováquia pela Alemanha nazista, ele se mudou para suíça, e em 1940, para os Estados Unidos, onde leccionou na Universidade de Berkeley na Califórnia.

Estando nos Estados Unidos, Kelsen continuou a desenvolver sua teoria pura do direito, publicando vários livros e artigos sobre o assunto. Ele também trabalhou como consultor jurídico para as Nações Unidas, ajudando a redigir a carta da ONU. Em 1945 ele retornou a Europa e se tornou professor de direito internacional na universidade de Viena. Ele continuou a ensinar e a escrever até a sua aposentadoria em 1958.

Em 1910, Kelsen publicou o seu primeiro livro, Teoria Geral do Direito e do Estado, neste trabalho ele desenvolveu sua teoria da Norma jurídica, na qual ele argumenta que as normas jurídicas são criadas por meio de uma hierarquia de fontes de direito, começando com a constituição e descendo através de leis ordinárias e regulamentos administrativos.

Em 1912, Kelsen casou-se com Margarete Bondi, com quem teve duas filhas.

Foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado muitos livros e artigos, com destaque para a teoria pura do direito pela difusão e influência alcançada.

Kelsen foi influenciado por Immanuel Kant, John Austin, Jeremy Bentham, David Hume, Hans Vaihinger e por sua vez Hans Kelsen influenciou Herbert Hart, Joseph Raz, Horst Dreier, Mattias Kumm, Hans Kochler.

Como foi dito acima Hans Kelsen publicou muitas obras e textos, agora mencionarei as que tiveram mais peso e principalmente as obras do autor que li para elaboração do presente trabalho e um breve resumo da própria obra:

Teoria geral do direito e do estado foi uma obra publicada em 1910, neste trabalho ele desenvolveu sua teoria da norma jurídica, na qual ele argumenta que as normas jurídicas são criadas por meio de uma hierarquia das fontes de direito, começando com a constituição e descendo através de leis ordinárias e regulamentos administrativos.

Teoria pura do direito foi publicada em 1939 nesta obra Hans Kelsen procurou lançar as bases de uma ciência do direito, excluindo do seu objeto quaisquer referências estranhas, especialmente aquelas de cunho sociológico e axiológico, que considerou, por princípio, como sendo matéria de estudo de outros ramos da ciência, tais como da sociologia e da filosofia. Assim Kelsen por meio de uma linguagem precisa e rigidamente lógica abstraiu do objeto do conceito do direito a ideia de justiça, porque a justiça está sempre invariavelmente imbricada com os valores adotados por aquele que a invoca, não cabendo, portanto, pela imprecisão e fluidez de significado, num conceito de Direito universalmente válido.

Teoria geral das normas foi publicada em 1979. Esta é uma obra póstuma, publicada depois da sua morte e foi confiada ao Senhor Rudolfo A. Metall.p pelos seus herdeiros, ele era discípulo de Kelsen e amigo. Hans Kelsen fez uma verdadeira revolução no vastíssimo campo do Direito, contrariando os pontos de vistas dos tradicionais da teoria e da práxis do versar jurídico ao tempo corrente.

Eis outro tema que Kelsen passou a tratar de modo inteiramente distante de tudo quanto escreveu sobre tão palpitante matéria. Kelsen, agora, se auto corrige, e o faz com a franqueza simples e direta que é atributo pessoal de todo cientista. Tanto quanto interessem conflitos entre normas

gerais, um conflito de normas que não podem ser resolvidos conforme ao princípio *lex posterior derogat legi priori*. Um dos pontos retificados por Kelsen, e de grande repercussão, refere-se a norma fundamental, porque muito já se explicitou sobre esta matéria.

O problema da justiça foi publicado em 1960 na segunda edição de *Teoria pura do direito*, publicada em 1960, Hans Kelsen inclui um grande ensaio sobre o problema da justiça. Incluiu-o naquele volume, porque o problema da justiça, enquanto problema valorativo situa-se fora de uma teoria do direito que se limita a análise do direito positivo como sendo a realidade jurídica. Ao considerar o tema da justiça Hans Kelsen aplica a teoria dos valores a mesma metodologia usada ao construir uma teoria pura do direito, no exame da justiça assim como no do direito, ele identifica cientificidade com não-valorização. Isso significa que, ao tratar de modo não-valorativo uma teoria do valor da justiça, ele se propõe a descrever todos os possíveis valores de justiça, sem propor um como preferível aos outros.

A justiça e o direito natural nesta obra Hans Kelsen fala da justiça e do direito natural, pois ele entende que um princípio de justiça do mais alto valor político e o que se apresenta com base num sistema moral em que a liberdade individual é tida como o valor supremo. A ideia originária de liberdade tem carácter puramente negativo. E o postulado individualista de que o homem deve ser livre, quer dizer, não estar submetido a qualquer ordem normativa que regule a sua conduta em face dos outros é limite, conseqüentemente a sua liberdade tem de sofrer transformação. A natureza em geral ou a natureza do homem em particular funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa os seus preceitos, isto é, as normas da conduta justa, são imanentes à natureza. Por isso, elas podem ser deduzidas da natureza através de uma cuidadosa análise. (METALL,1976:1-10)

2. O Direito natural e o direito positivo

Este tema serve como uma introdução ao positivismo jurídico que é a base deste trabalho, para chegarmos ao positivismo jurídico, precisamos saber quais eventos o antecederam e em que época também este se encontrava.

A expressão “positivismo jurídico“ não deriva daquela do positivismo em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa relação entre os dois termos, visto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas filosóficos, mas em suas origens, nada tem a ver com o positivismo filosófico. Enquanto o primeiro surge na Alemanha o outro surge na França.

Começaremos com o direito natural e direito positivo para os clássicos. Aristóteles usa dois critérios para distinguir o direito natural, do direito positivo.

O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachou) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei. (ARISTÓTELES *apud* BOBBIO, 1995:17).

Para Aristóteles o direito positivo estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Agora passaremos para o direito natural e direito positivo no pensamento dos jus naturalistas do século XVII e XVIII. No pensamento moderno, encontramos a definição de Grócio, considerado o pai do direito internacional, onde formula a distinção dos dois direitos.

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é em consequência disto vetado ou comandado por Deus enquanto autor da natureza. Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos. O direito civil e aquele derivado do poder civil, aquele que compete ao estado a associação perpetua de homens livres, reunidos em conjunto com o fim de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum. (GRÓCIO *apud* BOBBIO, 1995:20-21)

Segundo esta definição de direito positivo, entendemos que este é posto pelo estado e o estado no entender de Grócio é uma das três instituições que podem pôr o direito voluntário. As outras duas são, a família que é inferior ao estado que podemos também chamar de direito patronal, que é o direito posto pelo chefe da comunidade familiar,

também existe a comunidade internacional, que é superior ao estado este direito regula as relações entre os estados ou povos.

Para dar o último exemplo da distinção entre o direito natural e positivo, teremos Glück que é da época em que nasce o positivismo jurídico, nos finais do século XVIII.

O direito se distingue, segundo o modo pelo qual se advém a nossa consciência, em natural e positivo. Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos... chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que por aquela declaração, vem a ser conhecidas. (GLUCK *apud* BOBBIO,21).

Surge um outro critério distintivo que não se refere a fonte, o modo pelo qual o destinatário vem a conhecer as normas, o direito natural e aquele de que obtemos conhecimentos através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas, o direito positivo e aquele que que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador, Glück apresenta como exemplo de direito positivo a usucapião, porque não deriva da natureza das coisas más e determinado pelo legislador.

Destas várias definições entre o direito natural e o direito positivo encontramos seis critérios de distinção dos dois direitos segundo Bobbio 1995:

- a) O primeiro baseia-se na antítese universalidade ou particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda a parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares;
- b) O Segundo baseia-se na antítese imutabilidade ou mutabilidade, o direito natural e imutável no tempo, a positivo muda;
- c) O terceiro critério de distinção, um dos mais importantes refere-se a fonte do direito e funda-se na antítese;
- d) O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós e lastreia-se. O direito natural, conhecemos através da nossa razão, enquanto que o direito positivo é conhecido através de uma declaração de vontade alheia.

- e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes, os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos diferentes e assumem uma certa qualificação.
- f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações. O direito natural estabelece aquilo que é bom e o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

Para Thomas Hobbes na sua obra o leviatã, diferentemente dos outros autores jus naturalistas, o direito positivo não é supérfluo diante da existência de um ordenamento justo, presente nos homens, na condição do estado natural, ele reconhece a existência da igualdade no direito natural que tem a competência de legitimar o poder ilimitado para o homem em estabelecer o direito positivo. Para ele o direito da natureza, a que outros geralmente chamam jusnaturalé, e a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, de sua vida e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a este fim.

3. O Positivismo jurídico

O positivismo jurídico defende que o Direito é apenas aquilo que está positivado, ou seja, definido sacramentado e formalizado pela lei.

Hans Kelsen foi considerado o principal pensador do positivismo jurídico, ele entendia que somente o direito posto por seres humanos é direito positivo, não havendo normas justas ou injustas, mas válidas ou inválidas. Na sua grande obra *Teoria pura do direito*, Kelsen configurou o direito como sendo uma ciência exacta, aonde a norma jurídica deveria ser levada a risca, sem nenhuma interferência, seja ela econômica ou social.

Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1998:1)

A concepção da ciência do direito apresentada por Hans Kelsen é de uma ciência purificada de todos os valores, sejam eles sociais, éticos ou morais. Hans Kelsen iguala com os outros positivistas tradicionais, que afirmam que a análise do direito deve ser feita independentemente de qualquer juízo de valor ético ou político e de qualquer alusão à realidade social em que se opera. Mas ao insular o direito das outras ciências Kelsen não significa que ele esteja a ignorá-las, mas sim ele pretendia evitar que existe uma ambiguidade metodológica entre as ciências e o Direito que acabem por obscurecer a ciência jurídica, perdendo deste modo os limites que são impostos pelo seu objeto de estudo.

Ato jurídico e a denominação que se dá a todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Para um ato ser considerado como jurídico ele deve ter dois elementos fundamentais, que o farão diferente de outros fatos, que é a questão do tempo e do espaço e do significado que esse facto tem para o direito, pois não importa só ser um facto existe também a questão do significado do ponto de vista do direito. Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que tem qualquer conexão com o Direito - por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. -, poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma serie de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito. (KELSEN, 1998:2)

Os atos praticados na sociedade têm dois sentidos, que é o sentido objetivo, que podemos dizer que é a manifestação material, sensorialmente perceptível, e o sentido subjetivo, que nos remete a intenção pela qual o agente se manifestou.

Mas esta significação jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade, o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim. Se alguém dispõe por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato e de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito, não o é, por deficiência de forma. (KELSEN, 1998:2).

A intenção não é feita aleatoriamente, é feita usando parâmetros já existentes, o que o jurista faz apenas é uma comparação usando uma tabela de possíveis significados e é desta forma que o ato tem a sua auto explicação. E esta tabela de referência é a norma.

Fornece a norma, o esquema de interpretação do fato externo. O fato externo como puro e simples ato, conforme seu significado objetivo, não enquanto ato jurídico, mas apenas como parcela da natureza, regido pela lei da causalidade, não constitui objeto de conhecimento jurídico. Este objeto é a particular significação jurídica, qual seja, a correlação deste ato, a intenção nele explícita com a tabela de significação possível, a própria a norma é um ato jurídico que recebe sua significação de outro ato jurídico que lhe é superior.

O que transforma este fato jurídico num ato jurídico (licito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido subjectivo a que está ligado a esse ato, a significação que este possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. (KELSEN, 1998:3).

Para Hans Kelsen a norma é o objeto de estudo para o Direito, mais a frente veremos este assunto bem detalhado e explicado.

Norbert Bobbio também faz uma abordagem científica do direito. Para Bobbio o direito é considerado como um conjunto de fatos ou dados sociais, o jurista deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, abstendo-se de formular juízos de valor. Prioriza deste modo o aspecto formal e não o material jurídico, só assim é possível a construção de uma ciência do direito.

“O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências sociais físico-matemáticas, naturais e sociais.” (BOBBIO, 1995:135).

Isto significa que na definição do direito deve ser excluída toda a qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. Esta atitude vai se contrapor ao jusnaturalismo que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito também a sua valoração com base no direito ideal.

O juspositivismo elabora uma definição do direito centrada no seu aspecto coactivo, como meio de fundamentar o conhecimento jurídico numa base.

“O positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito.” (BOBBIO, 1995:147).

Esta teoria era, por só considerar o direito como fato, por isso se considera necessariamente direito o que vige como tal numa determinada sociedade, mas este não é somente uma característica do positivismo pois no jusnaturalismo também foi formulado. O direito surge quando se estabelecem as modalidades de exercício da força tendo referência 4 pontos fundamentais; quem deve usar a força, quando são cometidos atos ilícitos, como atos processuais, devido processo legal. E quanto quais atos de coerção podem ser exercidos, pois o objetivo e reduzir ao mínimo o exercício do poder arbitrário por parte do grupo monopolizador.

Para Bobbio, pode-se distinguir três aspectos diferentes da focalização do positivismo jurídico; como um modo de se encarar o estudo do direito; como uma determinada teoria ou concepção do direito; e como uma determinada ideologizada justiça. Como modo de encarar o estudo do direito, o positivismo jurídico se caracteriza por distinguir entre o direito real e o direito ideal. Faz essa distinção empregando expressões equivalentes, direito como fato e direito como valor, direito que é e direito que deve ser. O positivismo acha que o jurista deve ocupar-se do direito real, do direito que é. É um direito científico. E deve ser neutro sob o aspecto axiológico. Direito é o que formalmente for direito. O positivismo jurídico como teoria e a concepção particular do direito que vincula o fenômeno jurídico a formação de um poder soberano capaz de exercitar a coação, para Bobbio o positivismo jurídico representa a crença em certos valores, com base nessa crença, confere ao direito que é, pelo fato de existir, um valor positivo, prescindindo de toda consideração sobre sua correspondência com o direito ideal.

Segundo Bobbio, a lei é a única fonte do direito, ela é exclusiva daí surge a legislação, para o positivismo jurídico, a lei é a fonte que se encontra no plano hierarquicamente mais alto, sobrepondo-se às demais em possível conflito de fontes, pois representam a manifestação da soberania estatal. Dentro deste raciocínio, cria-se uma doutrina juspositivista das fontes, que entende que todas as demais fontes de direito são subordinadas a lei, através de um processo de reconhecimento e delegação.

Habermas em sua obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, desenvolveu a chamada teoria discursiva do Direito, na qual tem destaque a análise da legitimidade das normas jurídicas. Expõe que os proferimentos linguísticos são atos por meio do qual um falante pretende chegar a um entendimento com outro falante, sobre algo no mundo. Nesta teoria discursiva do direito concebe uma força normativa inerente a linguagem que se usada de forma comunicativa, e um meio eficaz de integração social, trata-se do agir comunicativo, assim entendido como a disposição dos particulares para, a partir do diálogo, se entender e alcançar um consenso sobre algo do mundo.

CAPITULO II: ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO

1. A pureza do Direito

Com a teoria pura do Direito, Kelsen propõe um novo paradigma epistemológico para a ciência do direito. A obra de Kelsen é uma epistemologia jurídica que pretende criticar e substituir o conhecimento jurídico científico que vigorava até então. A teoria pura procura responder a questão, o que é e como é o Direito? A sua preocupação era em relação a epistemologia do direito, lhe interessava saber, o que é o direito e como é possível se fundar o direito.

A teoria pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser ele feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN,1999:1)

A teoria pura é uma teoria do direito positivo e, segundo Kelsen, uma teoria geral do direito. Ela não se importa em como o direito deve ser, mas sim, em como ele é. Kelsen tinha como objetivo máximo a pureza metodológica, fazendo assim emergir uma ciência do direito sob um ponto de vista exclusivamente jurídico, fundado sob bases exclusivamente normativas. A teoria pura do Direito, como ciência específica do direito, trata das normas jurídicas. E vai fundar essa autonomia metodológica da ciência do direito a partir da distinção do ser e dever-se.

No entanto este dualismo de ser e dever-se não significa que ser e dever-se se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. (KELSEN,1999:5) Para Kelsen a ciência do direito não tem a ver com fatos , com a conduta efectiva dos homens(ser), mas com o prescrito juridicamente (dever ser).

2. A Norma Jurídica

Segundo a definição de Bartolomeu Varela (2011) a ordem jurídica se expressa através de normas jurídicas, e estas são regras de conduta social geral, abstratas e imperativas, adotadas e impostas de forma coercitiva pelo estado, através de órgãos ou autoridades competentes.

O estudo do direito, é mais especificamente dos fenômenos jurídicos, passa necessariamente pelo estudo das normas. Este estudo é fundamental na diferenciação dos fenômenos jurídicos e dos não jurídicos.

A ciência jurídica deve preocupar-se com as normas que possuem caráter de normas jurídicas, e que sejam capazes de conferir a determinados fatos a qualidade de atos jurídicos. Assim, o que interessa ao jurista é o ato, ou a conduta prescrita pela norma jurídica, não sendo objeto do seu estudo o ato em si, ou, igualmente, a conduta humana em si. Segundo BOBBIO o problema da definição do Direito se torna um problema de definição de ordenamento normativo e outro, não o de definição de um tipo de normas, nesse caso para Bobbio para definir a norma jurídica, bastara dizer que a norma jurídica é a que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado da norma para o ordenamento.

Assim transfere o estudo da juridicidade, ou não, das normas ao estudo do conjunto de normas, ao qual denomina ordenamento. Sendo este jurídico, serão jurídicas as normas que o integrem. As normas que, segundo Bobbio, integram ordenamentos não jurídicos, não são normas jurídicas e o caso das leis da física, ou da química e, portanto, não interessam ao estudo do jurista.

O sentido da norma contém um significado de como algo deve ser ou como deve acontecer. Uma prescrição de como se quer ou pretende que algo seja. *A Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra norma indique uma prescrição ou mandamento.* (KELSEN 1986:3)

Para Kelsen o dever-ser a norma é o sentido de um querer, de um ato de vontade e se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento, e o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro deve conduzir-se de determinado modo. Em outras palavras, é a prescrição de como, ou de que maneira o homem deve se conduzir em cada situação concreta, independentemente de saber se a conduta efetivamente ocorre da maneira prescrita.

Para Kelsen o dever ser não apresenta sentido apenas de obrigação, mas, mais amplamente uma norma pode não só comandar, mas também permitir, e, especialmente, conferir competência ou poder de agir de certa maneira.

O direito se preocupa com o *dever-ser* e não com o *ser* ou fatos, a interpretação vai regulamentar o que dever ser é o ser que é aplicado somente se ele se enquadrar no dever ser.

A norma jurídica é um dever-ser e o ato humano ao qual ela atribuí significado e um ser, sendo que esse ato será conforme o Direito se coincidir, em seu conteúdo, com o conteúdo da norma. O conteúdo da norma pode ser um comandar, um permitir e um confereir competências, e eventual divergência entre o ato e o conteúdo da norma, implica na incidência de uma sanção.

A norma, pois é a, que interessa ao objeto de estudo do jurista, e segundo Kelsen, aquela que prescreve um dever-ser, ou seja, prescreve como as coisas devem ser ou devem acontecer. Por outro lado, o modo como as coisas efetivamente são, ou como acontecem, pertence ao mundo do ser, que é representado pelo mundo dos fatos, não interessando ao estudo do Direito.

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não-de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados.

As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica nacional ou internacional dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido mandamentos e, como tais comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. (KELSEN, 1998:51)

Para Kelsen a proposição jurídica é uma descrição científica da norma jurídica. Uma norma jurídica é um enunciado de dever-ser acerca da conduta humana, tornando esta conduta

obrigatória, permitida ou proibida. Uma norma dirá, por exemplo: “é proibido furtar, sob pena de prisão”, fazendo com que a conduta em questão (furto) se torne proibida e ligando a ela uma sanção (prisão). Uma norma jurídica não pode ser verdadeira nem falsa. Uma norma jurídica não se refere a fatos no mundo, e sim à valoração jurídica ou sentido jurídico atribuído a certos fatos. Já uma norma jurídica é um enunciado sobre uma norma jurídica, um enunciado que pertence a ciência do direito e que descreve cientificamente o conteúdo de uma norma, ou seja, a proposição jurídica se refere ao que diz uma norma. As normas jurídicas como prescrições, ou seja, como comandos, não podem ser verdadeiras nem falsas, surge uma inquietação de como os princípios lógicos, particularmente o princípio da não-contradição podem ser aplicados à relação entre normas, quando de início estes princípios apenas são aplicáveis a proposições ou enunciados que

Possam ser verdadeiros ou falsos.

O jurista deve partir de uma norma jurídica dada, para chegar à própria norma jurídica. A norma jurídica é o começo e o fim de todo o sistema, o Estado é composto por um ordenamento de normas jurídicas de impor condutas. Mesmo assim o jurista pode produzir normas individuais aplicando e interpretando uma norma geral. Por isso podemos afirmar que a norma jurídica possui vários sentidos, daí podemos entender a liberdade do juiz ao determinar qual dos sentidos é o mais adequado, impossibilitando o direito positivo de apontar a escolha melhor. Jamais se pode acreditar que uma norma jurídica possa permitir apenas uma interpretação correta para todos os casos.

A norma para ser eficaz, não precisa necessariamente ser aplicada, devido que indivíduos

Subordinados a ordem jurídica respeitem a norma adotando a conduta pela qual se evita a sanção. A norma positiva é a norma posta por autoridade competente, procedimento previsto legalmente, limitada de espaço dentro de uma sociedade de direito. A norma válida não depende do seu conteúdo, do que trata, se é moral ou imoral, se é justa ou injusta, boa ou ruim, ela é preferível que seja imoral, o que interessa é a forma, se passou pelos procedimentos corretos e se entrou de forma válida no sistema, sendo assim terá que ser obedecida. A norma tem força retroativa, ela pode ser aplicada a certo indivíduo que tenha cometido um delito não só no futuro como também no passado.

Uma norma posta na realidade dos ser por um realizante ato de vontade e uma norma positiva. Do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico interessam como objeto do conhecimento apenas normas positivas fixadas, e estabelecidas por atos de vontade humana. (KELSEN, 1986:6)

As normas jurídicas também podem ser categóricas e hipotéticas. São normas categóricas as que não fixam pressupostos para a prescrição de certa conduta humana, e são normas hipotéticas as que ligam a consequências a determinados pressupostos. Como não existem normas, nem as de omissão, que prescrevam certa conduta incondicionalmente, as normas categóricas apenas podem ser individuais, como é o caso das decisões judiciais. Contudo, as normas individuais também podem ser hipotéticas, quando, por exemplo, fixam a pena sob a condição de certo pressuposto.

A distinção entre normas categóricas e normas hipotéticas significa a distinção entre normas que estabelecem uma certa conduta incondicionalmente as que estabelece, como devida, uma certa conduta apenas sob determinadas condições. Esta distinção é aplicada as normas individuais, assim como as gerais. (KELSEN,1986:25).

2.1 Características, Estrutura e Funções da Norma

Segundo a definição das normas jurídicas mencionada no início do nosso capítulo podemos verificar a existência de quatro características que são: a generalidade, abstração, imperatividade e a coercibilidade, agora abordaremos sobre estas quatro características:

- a) Generalidade: todos os cidadãos são iguais perante a lei, razão por que a norma jurídica se aplica a todas as pessoas em geral. As normas jurídicas são validas para todos e a todos obrigam de igual forma;
- b) Abstração: as normas jurídicas aplicam-se a um número abstrato de situações, a situações hipotética em que poderão enquadrar-se as condutas sociais e não a um indivíduo ou facto concreto da vida social;
- c) Imperatividade: as normas jurídicas são de cumprimento obrigatório;
- d) Coercibilidade: as normas jurídicas podem impor-se mediante o emprego de meios coercivos (ou da força) pelos órgãos estaduais competentes, em caso de não cumprimento voluntario. (VARELA, 2011:33)

Cada uma destas características tem o seu papel importante na observância do cumprimento da norma jurídica. Na generalidade e preceito de ordem geral obrigar a todos as que se acham naquela situação devida, sem individualizar uma certa pessoa, assim a norma que regula as faltas disciplinares dos policias, militares e a prescrição geral. A norma é abstrata em razão do seu comando dirigir-se a uma categoria de fato ou instituto jurídico, sem destacar qualquer fato que já tenha acontecido. Assim as normas relativas a casamento no código civil são comandos abstratos. Todavia, a sentença que anula o casamento é um comando concreto. A imperatividade é um dever ser, assim seu enunciado tem um sentido de impositivo, não se trata de simples conselho ou recomendação, mas de uma prescrição. Na coercibilidade a imperatividade da norma jurídica é frequentemente garantida pela coerção, que estimula a observância da norma, a norma jurídica possibilita que o estado utilize mecanismos de intimidação, por meio da sanção, punitiva ou premial.

Na concepção de Varela (2011) a norma jurídica, ao revestir as características de imperatividade e coercibilidade, limita a liberdade do indivíduo, impelindo-o a conter os impulsos pessoais e a eleger as condutas a seguir de modo a não pôr em causa a liberdade dos outros e as bases de convivência social. Assim, para que a norma jurídica possa ser observada efetivamente, a par da sua justiça intrínseca, joga um papel importante a responsabilidade do indivíduo, que pode levá-lo a ter uma conduta conforma ao direito. O cumprimento voluntário ou natural dos deveres jurídicos, afasta a necessidade de coerção na aplicação da norma jurídica.

A norma Jurídica tem uma estrutura interna constituída, amiúde, por três elementos, a saber:

- a) Previsão: a norma jurídica regula situações ou casos hipotéticos da vida que se espera venham acontecer (previsíveis), isto é, contem, em si mesma, a representação da situação futura;
- b) Estatuicao: a norma jurídica impõe uma conduta a adoptar quando se verifique, no caso concreto, a previsão da norma;
- c) Sanção: a norma jurídica dispõe os meios de coação é que fazem parte do sistema jurídico para impor o cumprimento dos seus comandos.

Nem sempre encontramos na estrutura de uma norma jurídica, simultaneamente, os três elementos referidos, que podem apresentar-se de forma dispersa em diferentes normas do mesmo diploma legal ou mesmo de distintos diplomas legais. Assim há diplomas legais em que a parte sancionatória é encontrada no fim, precedendo-a as normas de previsão ou estatuição.

Outros autores apenas consideram, na estrutura da norma jurídica, dois elementos. A previsão e a estatuição fundem-se num só elemento, que costumam tomar diferentes designações mantendo-se sempre a sanção com a ressalva referida no parágrafo precedente. O incumprimento da norma jurídica implica a aplicação de sanções.

Na sua obra de 1960, Kelsen reconheceu 3 funções à normas jurídicas, a saber, *prescrever condutas*, ou comandar, ordenar; *permitir condutas* e *atribuir poder jurídico*.

A função prescritiva considerada, desde logo, a função mais importante de uma norma jurídica. Aliás todas as demais funções estão conectadas com esta função. Para Kelsen comandar e sinônimo de prescrição, descrever e um ato de conhecimento, por isso não haveria diferença substancial entre uma prescrição e uma proibição. Na verdade, ambas denotam uma mesma função, só que relativas a condutas diversas, a saber: a uma ação e a omissão, respectivamente. De outro lado, toda proibição pode ser representada gramaticalmente como uma prescrição, e vice-versa. Por exemplo, a proibição “e proibido mentir” pode ser reformulada nos termos da prescrição “ a verdade deve ser dita”. Em última análise, a proibição de uma conduta sempre representa a prescrição de uma omissão e a prescrição encerra uma proibição de uma ação contrária àquela prescrita.

Na função permissiva, a permissão ocorre quando há a ausência de um dever, podendo ser de dois tipos, negativa quando não há uma norma proibindo uma determinada conduta, ou positiva, quando a proibição é limitada por uma norma permissiva específica.

Na função de autorizar a criação de outras normas jurídicas, conferindo um poder jurídico a determinada pessoa, de criar normas onde os outros apenas devem cumprir.

3. Validade das Normas Jurídicas

A norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser “verdadeira” ou “falsa”... uma norma é válida ou não válida, o fundamento para a validade de uma norma não é como o teste de veracidade de um enunciado do “ser” a sua conformidade a realidade. Como já dissemos uma norma não é válida por ser eficaz. (KELSEN, 2000b:115)

Kelsen começa o tema sobre a validade da norma jurídica em uma norma hipotética fundamental, norma suprema que comanda a obediência do direito baseado na sua própria pressuposição de obediência. Ao começar com seus estudos sobre a validade das normas, Kelsen afastou-se das concepções do jusnaturalismo que colocava o fundamento de validade do direito na religião ou na natureza e também afastou-se da fundamentação fática, pois ele fez uma distinção entre o mundo do ser e do dever ser.

A validade de uma norma é que faz com que ela exista, neste sentido específico, objetivo significa dever-ser obedecido. Esta validade de uma norma e a sua existência específica ideal. Que uma norma vale, significa que ele existe, uma norma que não vale, não é norma, porque não existe. *Uma norma vale para determinados indivíduos, para um espaço fixado de tempo marcado. Eis seu âmbito de validade pessoal, territorial e temporal. Este pode ser limitado ou ilimitado.* (KELSEN 1986:36) É inexacto pressupor que uma norma moral, segundo sua natureza, tivesse de valer para todas as pessoas, relativamente ao âmbito de validade temporal e de notar que normas valem apenas para o futuro, quer dizer, referem-se a questões que de fato surgem somente depois da entrada em vigor.

Mas as normas, principalmente normas jurídicas que ligam a um certo fato uma determinada consequência do ilícito podem valer também com a chamada força retroativa, quer dizer, referem-se a fatos que já se realizara antes da entrada em vigor da norma geral. Este é mesmo necessariamente sempre o fato das normas individuais que representam uma decisão judicial.

Por outro lado, a resultante aprovação ou desaprovação de uma conduta concreta de um determinado indivíduo em aplicação de uma norma moral geral, que também implica uma norma individual, vale com força retroativa, porque ela se refere também a um fato que se realizou antes da entrada em vigor dessa norma individual.

Que uma norma é dirigida a uma pessoa, de modo algum significa outra coisa senão que a conduta humana, é devida. Não é o ser humano como tal, na totalidade de sua existência, é sim uma certa conduta humana, a qual a norma se refere. *A norma dirige-se a uma pessoa quando fixa uma determinada conduta de uma pessoa ou de um determinado ou indeterminado número de seres humanos.* (KELSEN, 1986,12) O destinatário da norma é só uma expressão para saber,

como toda certeza, que a conduta estatuída como devida na norma e uma conduta humana, a conduta de uma pessoa.

Uma ordem, é principalmente uma ordem que se qualifica como norma, pressupõe dois indivíduos, um que ordena, que dá a ordem, fixa a norma e um outro ao qual a ordem é dirigida, ao qual alguma coisa é imposta, um indivíduo cuja conduta a norma prescreve, estabelece como devida. *Aquele que ordena algo fixa uma norma, quer algo, aquele ao qual algo é imposto, cuja conduta é fixada como devida numa norma deve algo.* (KELSEN, 1986:37) por isso uma norma pressupõe duas pessoas, e cada uma delas tem o seu papel, a ordem expressa é o imperativo.

Uma norma também pode ter um caráter individual ou geral. Uma norma tem caráter individual se uma conduta única e individualmente obrigada, p ex. a decisão judicial de que o ladrão Schulze deve ser posto na cadeia por um ano. Uma norma tem caráter geral se uma certa conduta universalmente e posta como devida, como, p. ex. a norma de que todos os ladrões devem ser condenados à prisão. (KELSEN, 1986,10)

O caráter individual ou geral de uma norma não depende se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homem, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas de certas pessoas de modo geral. Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada, não apenas uma conduta única.

4. O Direito e a Moral

É compreendido que o Direito e a Moral andam juntos, porém vale destacar as diferenças de cada norma, a moral antecede o direito. É a partir da moral que as normas morais surgem e assim as sanções morais, em caso de descumprimento das respectivas normas.

Ao definir o Direito como uma norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitando-o em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural. Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e a descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a justiça e uma exigência da moral, na relação entre o a Moral e o Direito está contida a relação entre a justiça e o Direito. (KELSEN,1985:42)

Assim podemos afirmar, de forma reduzida, que as normas morais são comportamentos redigidos por regras e valores morais ligados a uma sociedade, desta forma pode-se compreender que as normas morais estão diretamente ligadas à conduta de cada um. Vale salientar que a norma moral não está prevista em nenhum código ou diploma legal, ou seja, não é previsto no ordenamento jurídico, mas somente no comportamento de uma comunidade, sociedade, ou grupo social.

Para Kelsen uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas nas como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana.

O Direito para Kelsen é tido como parte da Moral, pois o que a norma jurídica proíbe, também a norma moral proíbe.

Estabelecido que o Direito e a moral constituem diferentes espécies de sistemas de normas, surge o problema das relações entre o Direito e a Moral. Esta questão tem um duplo sentido. Pode com ela pretender-se indagar-se qual a relação que de fato existe entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que deve existir entre os dois sistemas de normas. Estas duas questões são confundidas uma a outra, o que produz a equívocos. A primeira questão responde-se por vezes que o Direito e por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também e prescrita e proibida pelas normas da Moral. (KELSEN, 1985:45)

Diferente do direito, que carrega consigo as normas jurídicas, que nada mais é que normas morais impostas energeticamente, entretanto, tais normas são dotadas de sanção exterior, além de mais o Direito só pode aperfeiçoar-se, continuamente, recebendo influência da moral, no qual é sua origem e pode servir de fundamento.

Para além das normas jurídicas e morais têm-se também as normas de justiça. A justiça está dentro do campo da moral, e é sempre relacionada como uma virtude individual, vinculada a um sujeito. Isto porque se um indivíduo age de acordo com a moral ou com a norma jurídica, este indivíduo está sendo justo ou injusto se assim não o fizer.

A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral. Mas a qualidade ou a virtude da justiça atribuída a um indivíduo exterioriza-se na sua conduta, em face dos outros indivíduos, isto é, na sua conduta social. A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a

põe como devida e, assim constitui o valor da justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. (KELSEN, 2003:3).

A justiça é verificada sempre na aplicação de uma norma, jurídica ou moral, por uma pessoa ou instituição, em face de outra pessoa. Isto porque prever uma norma genérica, sem aplicação a um alguém, não é um julgamento justo ou injusto, ao passo que este julgamento ocorrerá somente quando verificado a imposição de uma condição ou até uma sanção a alguém.

A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. (KELSEN,2003:4)

Neste contexto, a justiça é verificada como um valor intrínseco ao ser de cada indivíduo, uma análise valorativa individual, assim como a moral. E, por circundar na seara do ser, confronta diretamente as normas jurídicas que estatuem o dever-ser.

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta moral absoluta, única válida, da moral por excelência, da moral. A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas da moral não é a relação entre aquela e a moral.

Uma teoria de valores relativos nos remete a não existência de valor e, especialmente, que não haja qualquer justiça. Significa que não há valores absolutos, mas apenas valores relativos, que não existe uma justiça absoluta, mas apenas uma justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.

CAPITULO III: DA NORMA AO ORDENAMENTO JURIDICO

1. A Norma Fundamental

O estudo da norma é tido como a prescrição de um dever-ser, passa necessariamente pela busca da sustentabilidade desta, no sentido de saber se a mesma, além de existir, também é válida. É preciso saber se e valida e de que forma a norma jurídica encontra a sua validade.

Ao estudar a questão da validade da norma jurídica, Kelsen procurou afastar as alternativas postas pelo jusnaturalismo, retirando as fundamentações metafísicas que colocavam o fundamento de validade do direito na Religião ou na Natureza. Igualmente procurou afastar-se da fundamentação fática, porque queria fazer uma distinção nítida entre o mundo do ser (fatos) e o do dever-ser (direito). Tendo afastado dos seus estudos o mundo dos fatos, Kelsen teve que afastar de si também os preceitos de investigação das ciências da natureza.

Kelsen inicia seu estudo sobre o fundamento de validade da norma questionando qual seria o fundamento de validade da norma jurídica. Para tal constrói seu trabalho a partir da hierquizacao das normas, onde qualquer norma, para integrar um sistema ou ordenamento jurídico, deve encontrar seu fundamento de validade em alguma norma hierarquicamente superior.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental e a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade e a norma fundamental desta ordem. E a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluridade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN,1998:136)

O fundamento de validade de uma norma e sempre uma norma, não um fato. A procura de fundamento de validade de uma norma reporta-se, não a realidade, mas a outra norma.

Na estrutura hierarquizada, Kelsen parte da norma individual para a norma superior, onde, de nível em nível, chega ao topo do ordenamento positivo. A busca deste topo, não pode perpetuar-se nem perder-se no interminável. Deve, pois parar em alguma norma que se pressuponha ser a

mais elevada. O próprio termo constituição, visto como cume do ordenamento positivo, é relativo porque no entender de Kelsen, qualquer norma superior possui, em relação a norma inferior, um caráter de constituição. Assim cada norma constitui-se em fundamento de validade das normas que lhe são inferiores, enquanto que a constituição somete define como e a quem a compete estabelecer as normas inferiores.

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma e figurativa chamada de norma superior, por confronto com uma norma que e, em relação a ela, a norma inferior. (KELSEN, 1998:135)

A validade de uma norma fundamenta a validade de outra norma, de um modo ou de outro, constitui a revelação entre uma norma superior e uma inferior, uma norma está em relação com uma outra norma, a superior em relação com uma inferior, se a validade desta é fundamentada pela validade daquela. A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação a norma inferior, tem o caráter de constituição, porque a natureza da constituição existe na regulação de normas.

A norma fundamental de Kelsen atribui o fundamento de validade de toda e qualquer norma jurídica, é hipotética e exterior ao ordenamento jurídico, sendo, portanto, a norma que confere validade à norma máxima positivada. A constituição é vista como a norma máxima de um ordenamento positivo, é válida porque foi criada por um poder constituinte outorgado por uma constituição anterior, a função da norma fundamental é de fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas postas através de atos de vontade humana

Então, a lei, a qual regula o processo, em que o órgão aplicador do direito, especialmente os tribunais, produzem normas individuais, e a “Constituição” na relação com o processo desses órgãos, como a “Constituição “no sentido específico mais restrito da palavra, isto é, na relação com o processo legislativo de produção de leis, e a Constituição no sentido logico-transcendental na relação com historicamente primeira Constituição, com a constituição no sentido jurídico positivo. Assim, o conceito de constituição é relativo, visto a partir da constituição, tanto uma ordem moral positiva quanto um ordenamento jurídico, são um concatenamento de produção, porquanto a norma fundamental só determina por quem as normas da ordem moral ou jurídica devem ser estabelecidas, quer dizer, apenas a suprema autoridade ponente de uma norma é determinada, sem fixar o conteúdo das normas que devem ser estabelecidas por esta autoridade autorizada. (KELSEN 1986:330)

De todas as leis que existem em um país, a Constituição é a mais importante delas. É a norma que trata da elaboração das outras leis, como devem ser feitas, por quem e do conteúdo mínimo que essas outras normas devem ter, a Constituição organiza o estado, estabelecendo a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e judiciário.

2. O ordenamento Jurídico

Onde existe o homem existe sociedade e onde houver sociedade haverá Direito. Com isso podemos entender que a sociedade é indispensável na vida do homem. A convivência humana em sociedade exige que se defina e prevaleça uma ordem, a que todos se submetam, isto é, um conjunto de regras gerais e padrões que orientam de forma imperativa o comportamento do homem e estabeleçam as regras de organização dessa sociedade bem como as instituições que dela fazem parte. Dessa ordem social destaca-se a ordem jurídica.

A ordem jurídica é, pois, a ordem social regulada ou constituída pelo Direito. Ou seja, por um conjunto de normas gerais, abstratas e imperativas, cuja observância pode ser assegurada de forma coerciva pelo estado.

A sociedade é, ao mesmo tempo, a forma de vida por excelência do homem é uma realidade ordenada pelo Direito. O meio social em que vive o homem e instituído pelo Direito, através da definição de regras de conduta e padrões de comportamento individual e colectivo e de um sistema organizado em que se estrutura e funciona a sociedade.

Ao contrário da ordem natural, em que os fenômenos acontecem segundo uma sucessão invariável, a ordem social é constituída por uma rede complexa e imutável de regras provenientes de ordens normativas.

Como vimos anteriormente, Kelsen elabora um sistema hierárquico que concatenadamente delega formalmente validade jurídica de um grau a outro do ordenamento jurídico, formando assim a imagem de uma pirâmide normativa. Desta forma a norma é válida porque foi produzida da maneira estabelecida por uma norma superior a ela, que é o seu fundamento de validade,

formando nessa relação à imagem da ordem, pois a ordem jurídica é uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas.

Essa estrutura escalonada que se desdobra de grau em grau, encontra no topo da pirâmide a Constituição e acima dela uma norma denominada de norma fundamental hipotética, como vimos anteriormente, que consiste em uma norma pressuposta e não posta como as demais. A norma fundamental é a norma Mãe, pois é dela que derivam todas as demais normas.

Com esta explicação sobre a estrutura do ordenamento jurídico, fica claro que um dos elementos caracterizadores do sistema é a unidade, que juntamente com a ideia de coerência e completude, fecham a teoria do ordenamento. “*Como a norma fundamental e o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas*” (KELSEN,1938:199)

Norberto Bobbio inicia seu pensamento tratando das fontes do direito. *São fontes do direito aqueles fatos ou atos dos quais as o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas.* ” (BOBBIO,1995:46). Para que haja um ordenamento jurídico deve existir uma fonte de direito superior que a outra, não estando todas no mesmo nível. No ordenamento jurídico o que interessa não é quantas e quais as fontes do direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o facto de que no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas, reconhece-se que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras.

Como a doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito que é a lei, sobre todas as outras, na concepção de Bobbio para que tal aconteça, são necessárias duas condições:

A primeira condição é que o ordenamento jurídico em questão seja um ordenamento complexo. Chamamos de ordenamento jurídico simples aquele no qual existe uma única fonte do direito e complexo aquele no qual existem várias fontes. Os ordenamentos jurídicos historicamente conhecidos são geralmente ordenamentos complexos. Mesmo um ordenamento normativo rudimentar como o familiar é geralmente um ordenamento complexo; seria simples se todas as suas normas fossem diretamente colocadas pelo pai, mas, ao contrário, este muitas vezes delega a mãe a disciplina de certas matérias e outras vezes as normas derivam dos usos do meio social ao qual pertence a família. Mas o ordenamento deve ser, além de simples, também hierarquicamente estruturado. Chamamos de paritário o ordenamento onde existem várias fontes colocadas no mesmo

plano, o que significa, sem metáfora, várias normas que tem o mesmo valor; chamamos de hierárquico ou hierarquizado o ordenamento no qual há várias fontes não colocadas no mesmo plano, mas colocadas em planos diferentes, isto é não tem o mesmo valor, mas sim um valor diferente, maior ou menor, visto que são hierarquicamente subordinadas uma a outra. (BOBBIO, 1995:162).

Bobbio aceita a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen e sua norma fundamental.

Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborado por Kelsen. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. (BOBBIO, 1982:49)

O acolhimento da tese da norma fundamental, externa e superior ao ordenamento positivado, vem servir de base a que seja admitido como válido o ordenamento jurídico operado pelo jurista, evitando que a todo momento seja questionada a validade do próprio ordenamento, pois a norma fundamental, unifica as normas que compõem um ordenamento jurídico.

3. Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica

Como foi mencionado anteriormente que na ordem jurídica, Kelsen faz uma pirâmide, que é designada de pirâmide de Kelsen, no qual cada norma busca sua validade na outra, ou seja, a norma inferior busca a sua validade na norma superior, na pirâmide seria de baixo para cima. Situada em plano mais elevado, a norma constitucional situa-se no topo da pirâmide, caracterizando-se como-origem, porque não existe outra que lhe seja superior.

A Constituição no alto deste edifício, desta pirâmide jurídica, encontra-se a regra fundamental ou primária que assegura a unidade do sistema jurídico no seu movimento de criação, mais precisamente, a regra fundamental do direito internacional ou a do direito interno nacional, conforme se admita a primazia de um ou do outro direito. Esta regra tem por função insistir em primeiro órgão de criação do direito, e forma, neste sentido, a Constituição no significado teórico ou ideal da palavra, aquilo a que chamaremos a Constituição hipotética.

O legislador assim designado estabelece as regras da legislação, por outras palavras, da criação das normas gerais: é a Constituição positiva outras normas. Num sentido mais restrito, só nela se compreendem as regras sobre a criação das normas jurídicas dos graus superiores, especialmente das leis. Neste sentido, a Constituição é apenas a escorva da criação do direito, por assim dizer; e um simples quadro, que só recebe um conteúdo positivo por meio das leis, elaboradas de acordo com as suas prescrições. (KELSEN, 1938:111-112)

Constituição

É na *Constituição* que encontramos regras sobre como devem ser feitas as leis e como devem funcionar os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além de outros órgãos que atuam conjuntamente com esses poderes ou seja a Constituição é a lei máxima de um país, pois traça os parâmetros do sistema jurídico, define os princípios e diretrizes que regem uma sociedade. Acima da constituição encontramos a norma fundamental, ela não é jurídica por isso podemos designar como uma norma fictícia, ela existe para poder fechar a teoria de Kelsen não deixar em aberto a questão seguinte, onde a Constituição busca o seu fundamento. A Constituição regula a produção de normas gerais, e também pode determinar o conteúdo das futuras leis.

Depois da constituição encontramos a Legislação e costume. *Legislar é, no significado próprio, estabelecer regras jurídicas gerais, seja qual for o órgão legislativo, órgão democrático ou autocrático; parlamento, monarca e parlamento ou só monarca.* (Kelsen, 1938:114)

As constituições dos estados modernos instituem sempre especiais órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridade administrativas, por forma tal que ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e a este escalão do processo judicial e administrativo.

As normas jurídicas gerais criadas pela via legislativa são normas conscientemente postas, quer dizer, normas estatuídas. Os atos que constituem o fato legislação são atos produtores de normas, ou seja, atos instituidores de normas pois o seu sentido subjetivo e um dever-ser.

Lei e decreto

O escalão da produção de normas gerais – regulada pela constituição – e por sua vez geralmente subdividido, na conformação positiva das ordens jurídicas estaduais, em dois ou mais escalões. Aqui poremos em destaque a apenas a distinção entre lei e decreto, que e de particular importância onde a constituição atribui fundamentalmente a produção de normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porem a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde , para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provem não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas de decretos. Que podem ser decretos regulamentares e decretos-leis. Estes últimos são também chamados de decretos com o uso da força. (KELSEN, 1999:160)

O decreto não tem natureza jurídica de lei, mas é expedido por uma autoridade competente por via judicial. O decreto encontra-se abaixo da lei, os decretos são usados para a exoneração ou nomeação de servidores públicos.

Direito material e direito formal

Por direito material entende-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designadas como Direito civil, Direito penal e Direito administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não sejam menos direito civil, Direito penal e Direito administrativo. Enquanto que o direito formal, é o direito pelo qual e regulado o processo em que é aplicado o direito material civil, penal e administrativo, o processo em que o ato administrativo é posto. Por isso o direito material e o direito formal, estão ligados.

As fontes de Direito

Legislação e costume são frequentemente designados como as duas fontes do Direito, entendendo-se aqui por Direito apenas as normas gerais do Direito estadual. Mas as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas. E, se tomarmos em linha de conta o Direito internacional geral, então não poderemos considerar como “fontes” deste Direito a legislação, mas somente o costume e o tratado. Fontes de direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos, mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação a norma inferior cuja produção ela regula.

Criação do Direito, aplicação do Direito

Uma ordem jurídica e um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo facto da criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porquê é estabelecida de conformidade por outra norma desta mesma ordem jurídica. Podemos também dizer que uma norma jurídica pertence a uma

determinada ordem jurídica se foi criada por um órgão da respectiva comunidade, mas o indivíduo que cria a norma e como já notamos órgão da comunidade jurídica a que a norma foi criada. Uma norma que regula a produção de outra norma e aplicada na produção que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito e simultaneamente produção do Direito.

A criação e aplicação do Direito devem ser distinguidas da observância do Direito. Observância do Direito e a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que está ligado o ato coercitivo da sanção. E antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção.

Jurisprudência, aqui encontramos: o caráter constitutivo da decisão judicial; a relação entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar; as chamadas lacunas do Direito; criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do Direito e segurança jurídica;

O negócio jurídico encontramos o negócio jurídico como fato criador de Direito e o contrato.

Administração ao lado da jurisdição e da legislação, também é mencionada à administração como uma das três funções que, na teoria tradicional, são consideradas as funções essenciais do Estado.

Conflito de normas de diferentes escalões onde encontramos a decisão judicial ilegal e a lei inconstitucional.

E por fim encontramos a *Nulidade e anulação*. Dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertence a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável

Hans Kelsen foi criticado por alguns

4. O ordenamento Jurídico em Moçambique

Depois de nos debruçarmos da teoria de Hans Kelsen que começou com o surgimento do positivismo jurídico ao ordenamento jurídico, chegou o momento de falarmos de como está estruturado ou organizado a ordem jurídica em Moçambique, para tal usei a constituição da república que é o manual onde encontramos tudo que tem a ver com o nosso país em relação a legalidade.

Atualmente a constituição vigente em Moçambique é a CRM2004, aprovada na Assembleia da república em 16 de novembro de 2004, e que tem como objetivo principal desenvolver e aprofundar os princípios fundamentais do Estado Moçambicano.

A constituição Moçambicana nos seus artigos 212 e 213 prescrevem a função jurisdicional e função educacional da seguinte forma:

Artigo 212 da CRM: “Os tribunais têm como objetivo garantir reforçar a legalidade como fator de estabilidade, jurídica, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal”.

Artigo 213 CRM: “Os tribunais educam os cidadãos e a administração pública no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social”.

“O artigo descreve a organização judiciária como sendo composta por quatro graus, como órgão máximo o Supremo Tribunal, os Tribunais superiores de recurso, os Tribunais judiciais de província e os Tribunais judiciais. ”

Para melhor entender e apreender a estrutura orgânica e funcional dos tribunais Moçambicanos analisamos, em separado cada um deles:

Tribunal Supremo

“No topo da hierarquia da organização judiciária encontra-se o Tribunal supremo, tendo jurisdição em todo território do estado Moçambicano, garantindo a aplicação uniforme da lei na esfera da sua jurisdição, ao serviço dos interesses do povo, e incumbindo ainda a direção do aparelho judicial. Encontra-se sediado em Maputo, capital da república de Moçambique. O

tribunal supremo é composto por juízes conselheiros, sendo o presidente da República que nomeia o presidente e o vice-presidente, ouvido o Concelho Superior de Magistratura.

Tribunal Superior de Recurso

Trata-se de tribunais de recurso, de terceiro nível na hierarquia judiciária. Nasceram com o objetivo de responder a preocupação de tornar a justiça mais célere e eficiente, combatendo assim a passividade e morosidade dos tribunais de recurso. Tem sede numa das capitais administrativa incluídas na área da sua administração, neste caso, em Maputo, Nampula e Beira. Sempre que funcione como tribunal de segunda instância, o tribunal superior de recurso é composto por três juízes desembargadores; e por um só juiz desembargador e dois juízes eleitos, quando opere como de segunda instância.

Tribunais Judiciais de Província

No segundo patamar encontram-se os Tribunais Judiciais de Província, existindo um em cada província, e um na cidade de Maputo, sendo no total 11. O tribunal de província organiza-se em secções de competência genérica ou especializada, a qual será estabelecida por despacho do presidente do tribunal supremo. Pode funcionar em primeira instância, sendo composto por um juiz profissional, quando funcione como tribunal colegial e apenas o juiz profissional em tribunal singular. Poderá igualmente funcionar em segunda instância, sendo constituído por três juízes profissionais com competência para conhecer os recursos interpostos das decisões dos tribunais distritais; conhecer os conflitos de competência entre os tribunais judiciais de distrito; julgar os recursos interpostos de decisões emanadas dos tribunais arbitrais e conhecer os pedidos de *habeas corpus*, que lhe sejam remetidos.

Tribunais Judiciais de Distrito

Os tribunais judiciais de Distrito estão no primeiro patamar da organização judicial da República de Moçambique. A sua implementação geográfica ideal seria um tribunal distrital por cada distrito (em Moçambique existem 124 distritos), mas na realidade local só existem tribunais distritais em 93 deles. Os tribunais Judiciais têm competência genérica, sendo compostos por um juiz profissional, o qual deverá ser o presidente, e por juízes eleitos.

Ao juiz presidente dos Tribunais Judiciais Distritais compete, para além das demais atribuições previstas por lei, dirigir e representar o tribunal, supervisionar a secretaria judicial e os demais serviços de apoio, presidir e dirigir as secções de distribuição de processos, presidir o ato de investidura dos juízes eleitos do tribunal, distribuir os juízes eleitos pelas secções, prestar informação sobre a atividade judicial do tribunal, dar posse, prestar informações de serviço e proceder disciplinarmente sobre os funcionários de tribunal e controlar a gestão do patrimônio afeto ao tribunal, conforma o estipulado.

Tribunal Administrativo

O artigo 228 da CRM2004 define o Tribunal Administrativo como o órgão superior na hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais e aduaneiros, o qual tem a competência de controlo da legalidade dos atos administrativos, da aplicação das normas regulamentares emanadas pela administração pública e a fiscalização da legalidade das despesas públicas. Compete ao tribunal administrativo julgar os recursos interpostos das decisões dos órgãos do estado e conhecer os recursos interpostos das decisões proferidas pelos tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros. Também compete a este tribunal emitir relatório e um parecer sobre a conta geral do estado, fiscalizar previamente a legalidade e a cobertura orçamental dos atos e contratos, fiscalizar sucessivas e concomitantemente os dinheiros públicos e a aplicação de recursos financeiros obtidos no estrangeiro.

Tribunal comunitário

Além dos tribunais acima elencados, a lei de organização judiciária prevê ainda os tribunais comunitários, os quais são instâncias institucionalizadas não judiciais de resolução de conflitos, independentes, que julgam de acordo com o bom senso e a equidade e de modo informal. Estes tribunais funcionam nas sedes dos postos administrativos ou de localidade, nos vários bairros ou aldeias, e julgam conflitos de menor importância. Por estarem instalados nas localidades e próximos das populações estes tribunais constituem-se como ferramentas muito úteis na resolução de pequenos conflitos.”

Fonte Constituição da República de Moçambique

Assim podemos perceber que o ordenamento jurídico de Moçambique tem alguma semelhança com o ordenamento jurídico de Kelsen que nos foi apresentado pois nele existe uma constituição que no caso seria a norma fundamental, que está acima de todas as normas que fazem parte do ordenamento jurídico. No topo encontramos o Tribunal Supremo que é o órgão máximo desta hierarquia, onde na base encontramos os tribunais comunitários, cada um possui as suas funções e a norma inferior procura a sua legitimação nas normas superiores, mas todos obedecendo a norma mãe que é a constituição.

Conclusão

O trabalho apresentado teve como tema central, O positivismo jurídico como teoria fundamental para a eficácia do ordenamento jurídico uma reflexão em Hans Kelsen. O positivismo jurídico é uma teoria fundamental na eficácia do ordenamento jurídico, pois através da norma jurídica podemos validar outras normas e assim chegarmos ao ordenamento jurídico usando uma estrutura escalonada, onde a norma inferior é validada pela norma superior.

O positivismo jurídico defende que o Direito é apenas aquilo que está positivado, definido e formalizado pela lei. Hans Kelsen foi considerado o pai do positivismo jurídico pela sua contribuição nesta área e para ele, somente o direito posto pelos seres humanos é direito positivo, não havendo normas justas ou injustas, mas válidas ou inválidas. Na sua obra teoria pura do direito, Kelsen configurou o direito como sendo uma grande ciência exacta

Para Bobbio, o direito é considerado um conjunto de fatos ou dados sociais, o jurista deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, abstendo-se de formular juízos de valores, ele dá prioridade ao aspecto formal e não material jurídica, só assim é possível a construção de uma ciência do direito.

A teoria pura é uma teoria do direito positivo, e para Kelsen uma teoria geral do direito positivo em como o direito deve ser, mas sim em como ele é. Para Kelsen o seu maior objetivo era a pureza metodológica, fazendo assim emergir uma ciência do direito sob o ponto de vista exclusivamente normativo.

O estudo do direito é mais especificamente dos fenômenos jurídicos, pois passa pelo estudo das normas. Este estudo é fundamental na diferenciação dos fenômenos jurídicos e não jurídicos.

Concluimos que o sentido de uma norma contém um significado de como algo deve ser ou como deve acontecer. Uma prescrição de como se quer ou pretende que algo seja. O dever ser da norma é o sentido de um querer, de um ato de vontade e se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento e sentido de um ato dirigido à conduta de outrem. O direito vai se preocupar com o dever ser e não com o ser, ou fatos, a interpretação vai regulamentar o que dever ser é e o que é aplicado somente se ele se enquadra no dever ser.

No direito também vimos o estudo dos fenômenos jurídicos, que é fundamental na diferenciação dos fenômenos jurídicos e não jurídicos. O sentido de uma norma contém um significado de como deve ser o acontecer ou como deve acontecer. Uma prescrição de como se quer ou pretende que algo seja. O direito se preocupa com o dever ser e não com o ser, ou fatos, a interpretação vai regulamentar o que dever ser é e o que é aplicado somente se ele se enquadra no dever ser.

O ordenamento jurídico é a ordem jurídica do sistema jurídico e sua dimensão hierárquica das normas do direito de um estado, dotada de unidade, coerência e completude.

No final se fez uma abordagem acerca do ordenamento jurídico em Moçambique, onde encontramos a constituição da república a tomar o papel da norma fundamental defendida por Hans Kelsen. No topo encontramos o Tribunal supremo, seguido pelo Tribunal de recurso, Tribunal provincial, Tribunal distrital, Tribunal administrativo e por fim os tribunais comunitários.

Deste modo notou-se a existência da influência da estrutura escalonada de Hans Kelsen, no sentido de as normas inferiores são legitimadas pelas normas superiores e a constituição vai ser a norma mãe que gere todas as normas num ordenamento jurídico.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia de direito*. Trad. Marcio Pugliese, Itália, Ícone, 1999.

———. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed., Brasil, Universidade de Brasília, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ed., São Paulo, Atlas S.A, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao Estudo do direito*. 4ed., São Paulo, Tribunais, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuição para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Trad. Felipe Gonsalves Silva, São Paulo, Unesp, 2020.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Joao Paulo Monteiro e Maria Biatriz Nizza da Silva.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos. E Alexandre Fradique Morujão. 5 ed., Lisboa, Fundação Calouste Gubenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Joao Baptista Machado. 3ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999.

———. *Teoria geral das normas*. Trad. Jose Florentini Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

———. *A justiça e o direito natural*. Joao Baptista Machado. 2 ed. ,Coimbra Almedina, 2001.

———. *O Problema da justiça*. Trad. Joao Baptista Machado. 3 ed. , São Paulo, Martins Fontes, 1998.

———. *Teoria geral do estado*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo, Saraiva, 1938.

METALL, Rodolf Aladar. *Hans Kelsen vida y obra*. México, Instituto de investigações jurídicas,1976.

PRADO, Luiz Regis; e KARAM, Munir. *Estudos de filosofia de direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo, Revista dos Tribunais,1985.

VARELA, Bartolomeu. *Manual de introdução ao Direito*. 2 ed. , Praia, 201.

Constituição da república de Moçambique. Imprensa nacional de Moçambique, Maputo 2018.