

A NORMA FUNDAMENTAL NA OBRA DE HANS KELSEN

Alexandre Travessoni Gomes

Sumário

1. Introdução. 2. Ciência do Direito. 2.1. Histórico. 2.1.1. Breve introdução histórica à concepção de “Ciência do Direito” – O jusnaturalismo. 2.1.2. O positivismo jurídico. 2.2. Ciência do Direito na obra de Hans Kelsen. 3. Norma fundamental. 3.1. Norma fundamental na *Teoria Pura do Direito*. 3.2. Norma fundamental da *Teoria Geral das Normas*. 4. Sobre a alegada distinção entre os conceitos de norma fundamental nas duas obras. 5. Críticas à obra de Kelsen concernentes à norma fundamental. 6. Conclusão. 7. Fontes bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A obra de Hans Kelsen é leitura obrigatória para todo aquele que se debruce sobre o estudo das teorias jurídicas. Kelsen, embora muito criticado, na maioria das vezes, injustamente, desenvolveu, nas palavras de Larenz, a mais grandiosa tentativa de fundamentação da Ciência do Direito como ciência.¹

Um estudo um pouco mais aprofundado sobre a obra de Kelsen revela-nos que a maioria das críticas a ele dirigidas decorrem da incapacidade do próprio

1 LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 86.

crítico em captar o *espírito* de sua obra, ou ainda, o que é pior, da deturpação dos conceitos por ele adotados. Nesse sentido, *e.g.*, é freqüente no meio jurídico ouvir dizer que para Kelsen o Direito é a lei;² tal afirmativa, comum entre juristas tarimbados, revela não só uma posição simplista, unificando o pensamento kelseniano com outras vertentes do positivismo, mas também um certo desconhecimento. A confusão entre lei e norma poderia ser evitada por uma simples leitura dos textos de Kelsen, tão claros e elucidantes.

Neste trabalho, dedicar-nos-emos a um dos temas mais importantes da obra de Kelsen: o conceito de norma fundamental. Para tanto, é necessário primeiramente captar e tomar como verdadeiro o espírito de sua obra. Isto porque, se não o fizermos, não há crítica científica. Se negarmos previamente a *pureza* da ciência jurídica, se atacarmos o princípio metodológico fundamental da Teoria Pura, não precisaremos adentrar no seu estudo, pois já a teremos de antemão como falsa. É preciso, para um estudo científico, que nos tornemos kelsenianos, ainda que seja para ao final criticarmos sua obra.

O estudo da norma fundamental já seria interessante por si só, mas ganha ainda mais importância em face da afirmação, por parte de alguns autores, de que Kelsen teria mudado, na *Teoria Geral das Normas*, o conceito de norma fundamental adotado na *Teoria Pura do Direito*. Pretendemos analisar o conceito de norma fundamental em ambas as obras, apreciar as críticas da doutrina à obra de Kelsen (especialmente no que diz respeito à norma fundamental) e emitir uma opinião própria.

Como veremos mais detalhadamente, a norma fundamental não é posta, mas pressuposta. Tal pressuposição é realizada pelo cientista jurídico, e, por isso, um exame sobre o que é a Ciência do Direito, sua função e método, é indispensável para um melhor entendimento do tema proposto.

2 Um outro exemplo dessa deturpação nos dá Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Na sua *Introdução ao Estudo do Direito* (p.102), afirma que alguns juristas identificam a norma jurídica como uma proposição. Embora não coloque Kelsen expressamente nesse grupo, Tércio dá a entender que seria essa a posição do autor da *Teoria Pura do Direito*. Tal posição parece-nos absurda, pois uma das características marcantes da obra de Kelsen é a distinção entre ciência jurídica e Direito, entre proposição jurídica e norma jurídica.

2 CIÊNCIA DO DIREITO

2.1 Histórico

2.1.1. Breve introdução histórica à concepção de “Ciência do Direito”³ – O jusnaturalismo

Para uma melhor compreensão do conceito de ciência na obra de Kelsen, e, conseqüentemente, do tema proposto, faz-se necessário primeiramente uma breve análise do conceito de Direito adotado até então.

Desde os antigos, a idéia de Direito estava intimamente ligada ao dualismo direito positivo – direito natural. Na Grécia Antiga, antes mesmo do advento de Sócrates, já se falava em Direito natural.⁴

Durante a Idade Média, a produção intelectual foi dominada pela Igreja Católica, que conciliou o pensamento grego ao cristianismo. Tanto na Patrística quanto na Escolástica, a idéia de direito estava ligada a um direito natural de origem divina. Santo Agostinho considerava direito positivo aquele que refletisse o direito divino, contido nas Sagradas escrituras, interpretado pela Igreja. Em Santo Tomás de Aquino, há três espécies de lei: a *lex aeterna*, originada na razão divina; a *lex naturalis*, fruto da participação do homem na razão divina (razão humana por ser o homem semelhante a seu Criador); e a *lex positium*, o direito positivo, que só poderia ser considerado direito se concordante com a *lex aeterna* e com a *lex naturalis*, pois, do contrário, seria *legis corruptio*.⁵

O domínio da vida espiritual pela Igreja Católica foi atacado pelo Protestantismo no século XVI. No campo do Direito, os primeiros séculos da Idade Moderna

3 A introdução ora apresentada consistirá um breve resumo, mesmo porque uma análise aprofundada deste tema consumiria um trabalho inteiro. Embora não se pudesse falar na existência de uma ciência do direito autônoma na Antigüidade e no período medieval, uma visão histórica, ainda que superficial, do que era o direito nessas culturas pilares da civilização ocidental é de grande importância para o entendimento da concepção positivista, que rompeu com a idéia da existência de um ordenamento superior.

4 Antígona, personagem de Sófocles, contra o direito do tirano alega um direito natural, superior ao positivo.

5 Bobbio identifica a existência de quatro tipos de lei na obra de Santo Tomás, enquanto outros autores apontam a existência de apenas três.

foram dominados por uma nova forma de filosofia do direito natural, que Bodenheimer denominou *Período Clássico do Direito Natural*⁶ e dividiu em três fases.

A primeira fase, representada pelas teorias de Grócio,⁷ Hobbes, Spinoza, Pufendorf e Wolff, tem na sabedoria dos governantes a garantia última da observância do direito natural.

A segunda fase foi marcada pelo liberalismo no campo da economia, tendo nas doutrinas de Montesquieu e Locke seus maiores expoentes. Tais doutrinas, pela separação de poderes, procuravam garantir os direitos naturais do indivíduo contra sua indébita usurpação pelo governo.

A terceira fase caracterizou-se por uma acentuada crença na soberania popular e na democracia. O direito natural foi confiado à vontade geral e à decisão majoritária do povo. O mais destacado representante desse período foi Rousseau.⁸

2.1.2. O positivismo jurídico⁹

O termo *positivismo* pode tanto significar o *positivismo sociológico* de Auguste Comte e seus vários seguidores, quanto o *positivismo jurídico*.¹⁰

6 BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*, p. 48.

7 Bobbio afirma ser Grócio o fundador da Escola Jusnaturalista Moderna. (*Dicionário de política*, p. 658.)

8 A sistematização operada por Bodenheimer foi aqui adotada por razões didáticas. Não entraremos no polêmico estudo e sistematização do Jusnaturalismo, pelos motivos já expostos (vide nota 2).

9 Poder-se-ia citar ainda a Doutrina do Direito de Kant. Embora aceitasse a existência de um direito natural, fundado basicamente na liberdade, Kant chegou a ser denominado por alguns como positivista. Joaquim Carlos Salgado, em *A idéia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade* (p.18), levanta esse problema. Não entraremos aqui na classificação dos diversos ramos do positivismo jurídico. Limitar-nos-emos a uma noção geral dessa escola.

10 Para Bodenheimer, *op. cit.*, p. 110, o surgimento do positivismo jurídico decorre diretamente do positivismo sociológico, e do sucesso que este alcançou. Segundo ele, os juristas empregaram os métodos do positivismo ao Direito, na tentativa de alcançar o mesmo êxito obtido em outras ciências. Norberto Bobbio (*Lições de filosofia do direito; o positivismo jurídico*, p. 15), entende que o surgimento do Positivismo Jurídico nada tem a ver com o Positivismo Sociológico, e busca as raízes daquele no decorrer da história, desde a Grécia Antiga.

Além da dificuldade em caracterizar essa doutrina, e advertindo que não se pode afirmar que há um pensamento juspositivista uno, podemos identificar alguns traços que lhe são comuns.

O Positivismo Jurídico recusa qualquer tipo de especulação metafísica, negando, portanto, a existência de um ordenamento superior. Nesse sentido é que muitos afirmam ser o método empírico sua característica marcante. Se, no dualismo jusnaturalista, o direito posto só era direito na medida em que concordasse com o direito natural, alguns positivistas chegaram a afirmar que só é justo aquilo que estiver no ordenamento positivo.¹¹

Pode-se ainda dizer que a maioria dos positivistas têm na lei o objeto da Ciência do Direito. Tal característica é trazida por Bobbio, que vê uma estreita relação entre o fortalecimento do Positivismo Jurídico e o movimento de codificação do Direito. Não se pode esquecer, entretanto, que esta não é uma posição comum a todos os positivistas. Kelsen vê o Direito como ordenamento normativo, e não como a lei simplesmente.

2.2 Ciência do Direito na obra de Hans Kelsen

Kelsen empreendeu uma separação completa entre Ciência do Direito e quaisquer fatores a ela alheios. No primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, ele expõe as bases da pureza de seu método:

“Quando designa a si própria 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 a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que

11 Esta concepção já havia aparecido na Grécia, quando, em *A República* de Platão, Trasímaco afirma ser a justiça aquilo que convir ao governante, identificando assim a idéia de justiça com o direito positivo. Não se pode dizer que esta seja uma característica comum a todos os juspositivistas. Norberto Bobbio (*op. cit.*, p. 236-238), afirma existirem outras correntes dentro do positivismo que não identificam a justiça com o ordenamento posto, e a elas se alinha. A posição de Kelsen não é nesse sentido, mas sim no de separar a Ciência do Direito de qualquer influência ideológica e política, e por ser a justiça um valor, de impossível definição e caracterização, deve estar separada do campo de estudo daquela.

ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”¹²

Kelsen mostra ainda que a ciência jurídica até então tinha se confundido com a psicologia ou a sociologia, com a ética e com a teoria política. Ele não nega que essas ciências têm conexão com o Direito, mas delimita o conhecimento jurídico em face delas para evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.¹³

Kelsen introduz a distinção, fundamental em sua obra, entre ser e dever-ser. Este corresponde ao mundo da normatividade, enquanto aquele ao mundo dos fatos. São coisas completamente diferentes dizer que um contrato é cumprido e dizer que ele deve ser cumprido. A primeira frase contém um enunciado sobre algo que se verificou, um juízo de fato; a segunda contém um enunciado sobre aquilo que deve ser. O objeto da ciência jurídica é o conjunto de normas¹⁴ de uma ordem jurídica que regulam a conduta humana,¹⁵ não sendo, pois, como a sociologia, uma ciência dos fatos.

A ciência jurídica descreve seu objeto por meio da proposição jurídica.

“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

12 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1.

13 *Ibidem*.

14 Kelsen usa o dualismo *ser/dever-ser* para separar o âmbito real do normativo. No âmbito dos fatos, as coisas são. Assim, em face da existência de um fato concreto, usa-se a expressão *ser* para exprimir a idéia da existência desse fato. No âmbito da normatividade, as coisas não são, mas *devem ser*. Quando a norma prescreve uma sanção a quem infringir seu preceito, não o faz por meio da expressão *ser*, mas com o *dever-ser* (a norma do Código Penal que prescreve a pena de prisão para o infrator não prescreve que o mesmo é punido, mas que este deverá ser punido).

15 A conduta humana só é objeto da ciência jurídica na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas.

atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações construídas, 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.”¹⁶

Uma vez definidos método e objeto da ciência jurídica, Kelsen empreendeu a sua divisão em teoria estática e teoria dinâmica. A teoria estática dá ênfase às normas reguladoras da conduta humana, enquanto a teoria dinâmica dá ênfase à conduta humana regulada pelas normas. Na primeira, o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, tendo por objetivo o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito em seu momento estático. A segunda tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, isto é, o Direito em movimento. Kelsen observa que o próprio Direito regula seu processo de produção e aplicação, por meio de leis constitucionais e processuais.¹⁷

Ao afirmar que “a produção e aplicação somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam conteúdo de normas jurídicas”, Kelsen quer deixar bem claro que não é objetivo da ciência jurídica estudar fatores sociais, econômicos, morais ou quaisquer outros que influem na criação e na aplicação do Direito. Tal influência deve ser estudada por outras ciências, ficando a ciência do Direito, ou especificamente a teoria dinâmica, voltada apenas para o aspecto normativo dessas atividades.

A ciência jurídica descreve as normas jurídicas por meio da proposição jurídica, apreendendo a conduta humana contida nestas normas, constituindo, portanto, uma interpretação normativa desses fatos de conduta. Não se pode confundir a norma jurídica com a proposição jurídica. Estas são “juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento de-

16 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 78.

17 A aplicação é, para Kelsen, produção de norma individual.

terminadas”. Por sua vez, aquelas “não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento, são mandamentos, como tais, comandos imperativos, permissões e atribuições de poder e competência”. Normas não são ensinamentos; o Direito prescreve, permite, confere poder ou competência,¹⁸ não ensina nada.

O trabalho do jurista é diferente do trabalho do órgão aplicador. A função da ciência jurídica é conhecer, por fora, o Direito, e descrevê-lo com base em seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm, como autoridade jurídica, a missão de produzir o Direito para que ele possa ser conhecido e descrito pela ciência jurídica.¹⁹

Concluindo, podemos afirmar que a ciência jurídica tem, na obra de Kelsen, caráter meramente descritivo.²⁰ A descrição é feita através da proposição jurídica, que, embora seja uma proposição de dever-ser, não se encontra no campo normativo.²¹

3 NORMA FUNDAMENTAL

3.1 Norma fundamental na Teoria Pura do Direito

A norma fundamental foi introduzida como primeiro tópico no capítulo referente à dinâmica jurídica. As primeiras questões que surgem são as seguintes:

18 As funções da norma jurídica foram tratadas em profundidade por Kelsen na *Teoria Geral das Normas*. Afirmar que o Direito ensina é confusão entre norma jurídica e proposição jurídica, entre Direito e ciência jurídica.

19 Os órgãos aplicadores também conhecem o Direito, de dentro, para poderem aplicá-lo. O legislador, que aplica a Constituição, bem como o juiz, que aplica as leis, devem conhecê-lo. Neste caso o conhecimento não é a atividade principal, mas um estágio preparatório.

20 Elza Maria Miranda Afonso, mostra, em *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, p. 219, o caráter descritivo da Ciência do Direito na obra deste autor.

21 Embora seja a proposição jurídica uma proposição de dever-ser, não tem a mesma caráter normativo, pois não prescreve nem ordena, descreve.

“Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta dos homens [...] o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? [...] Por que é que uma norma vale, o que é que constitui seu fundamento de validade?”²²

“Como do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser, assim como do fato de algo dever ser não se pode seguir que algo é”, a resposta àquelas questões não pode ser um fato do ser, mas apenas a validade de uma outra norma.

Kelsen usa então um recurso presente em toda a *Teoria Pura do Direito*: a comparação da ordem jurídica com uma determinada ordem moral, a moral cristã.

O fundamento de validade da norma *amai o próximo* não é o fato de o Filho de Deus tê-la posto, mas a norma segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos do Filho de Deus. A competência de uma autoridade para estabelecer normas (no caso, a do Filho de Deus), só pode apoiar-se sobre uma norma que confira poder a essa autoridade. Há um silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior (devemos obedecer aos mandamentos do Filho de Deus), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior (*amai o próximo*). A proposição que afirma um fato da ordem do ser (o fato de o Filho de Deus ter estabelecido a norma “*amai o próximo*”) constitui, como premissa menor, um elo essencial. Ambas, premissa maior e menor, são pressupostos para a conclusão, porém só a primeira é o fundamento de validade da conclusão.

Se o fundamento de validade de uma norma só pode ser uma norma superior, é certo que a sua investigação não se pode perder no interminável. É necessário, portanto, pressupor uma norma como a última, e mais elevada. Como norma mais elevada, tem de ser pressuposta, pois se fosse posta por uma autoridade, a competência desta teria que se fundar numa outra norma superior. Essa norma pressuposta, cuja validade não pode ser derivada de uma norma mais elevada e cujo fundamento de validade não pode ser posto em questão, foi designada por Kelsen como norma fundamental.

22 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 205.

Kelsen distinguiu dois tipos diferentes de sistema de normas, de acordo com a natureza do fundamento de validade: estático e dinâmico.

No sistema de normas do tipo estático, a conduta é considerada como devida por força de seu conteúdo, e a norma fundamental fornece não só o fundamento de validade, como também o conteúdo de validade. Nesse sentido, as normas morais “não devemos mentir e não devemos fraudar” podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade, e esta pode se reconduzir a uma norma ainda mais alta e mais geral: estar em harmonia com o universo. Da norma geral “estar em harmonia com o universo”, podemos deduzir, portanto, não só o fundamento de validade das normas inferiores, mas também seu conteúdo. O princípio da validade das normas desse sistema é um princípio estático.

No sistema dinâmico de normas, a norma fundamental fornece somente o fundamento de validade das normas inferiores, e não o conteúdo. Ela atribui poder a uma autoridade legisladora, ou seja, institui uma regra que determina como devem ser criadas normas gerais e individuais do ordenamento. A validade da ordem dada por um pai a um filho vem da norma superior de origem divina que diz que os filhos devem obedecer aos pais, e a validade desta vem da norma que diz que devemos obedecer a Deus. Se colocamos em questão a validade desta última, a resposta é que “não podemos sequer pôr em questão tal norma, quer dizer, que não podemos procurar o fundamento de sua validade, que apenas a podemos pressupor”.²³

O princípio estático e o dinâmico podem estar reunidos na mesma norma. Os dez mandamentos instituem os pais como autoridade legislativa. Nesse caso, na fundamentação do mandamento “devemos obedecer aos mandamentos de Deus”, pela norma fundamental, aparece o princípio dinâmico. Mas os Dez Mandamentos também fixam normas gerais a partir de cujo conteúdo podem ser deduzidas logicamente normas particulares, e nesses casos aparece então o princípio estático.²⁴

23 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 209.

24 Isto ocorre quando, e.g., do mandamento do amor por Cristo deduzimos uma pluralidade de normas morais.

O sistema jurídico tem caráter dinâmico, pois uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque é criada de uma forma determinada por uma norma fixada pela norma fundamental pressuposta. Portanto, não há qualquer conduta humana que, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma ordem jurídica.

“A norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Nesse sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.”²⁵

O fundamento de validade de uma norma jurídica de um determinado ordenamento é a norma fundamental. A sentença penal (norma individual) tem seu fundamento de validade na lei penal, que por sua vez o tem na Constituição do Estado. O fundamento de validade dessa Constituição pode estar numa Constituição anterior, que determinava uma alteração constitucional. Quando se chega a uma Constituição que surgiu revolucionariamente, rompendo com uma anterior, e se pergunta qual o seu fundamento de validade, só podemos chegar à conclusão de que este fundamento é a norma fundamental. Se o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma, e se não podemos admitir uma norma posta superior a essa Constituição, essa norma tem de ser pressuposta.

A norma fundamental não afirma qualquer valor. A proposição que a descreve afirma “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve.” Quando a ciência jurídica a pensa, não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição, pois a ciência nada pode prescrever. A ciência jurídica não pode pôr essa norma, mas sim a pressupor.

25 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 213.

Ao argumento de que a eficácia é o fundamento de validade de uma ordem jurídica ou de uma norma singular, Kelsen opõe que ela é simples *condição de validade* dessa ordem ou dessa norma. Embora não se possa identificar o Direito com sua eficácia, não se pode tampouco afirmar que sua validade é dela completamente independente. A Teoria Pura fica no meio-termo. “Uma ordem jurídica como um todo ou a norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade.”²⁶

Em relação ao direito internacional, Kelsen admite duas possibilidades. Numa concepção, o direito internacional só vale em face de um Estado quando é reconhecido por este, com base em sua Constituição, e então a hipótese da norma fundamental permanece válida. Quando, porém, se considera o direito internacional como uma ordem soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estaduais e delimitando-as,²⁷ o fundamento de validade de uma ordem estatal não é mais uma norma fundamental pressuposta, mas uma norma posta do direito internacional. Essa norma jurídico-positiva é apenas o fundamento imediato de validade da ordem estatal, e não seu fundamento último. “Este fundamento apenas pode, então, ser a norma fundamental do Direito internacional que, portanto, é o fundamento mediato de vigência da ordem jurídica estadual.”²⁸

A Teoria Pura do Direito não oferece, portanto, um fundamento de validade por meio de uma justificação ético-política. O conteúdo de uma determinada ordem jurídica é independente de sua norma fundamental. As teorias do Direito natural vêem o fundamento de validade do Direito positivo numa ordem posta pela natureza como autoridade superior ao legislador humano. A norma fundamental do Direito natural seria então: devemos obedecer aos comandos da natureza. Esta norma não é, no entendimento de Kelsen, imediatamente evidente. Assumir normas como imanescentes à natureza significa admitir que, na natureza, está a vontade de Deus, o que é incompatível com o conhecimento científico, que não pode ter por objeto qualquer processo afirmado para além de toda experiência possível.

26 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 230.

27 *Ibidem*, p. 232.

28 *Ibidem*, p. 234.

3.2 Norma fundamental na Teoria Geral das Normas

O conceito de norma fundamental na Teoria Geral das Normas é de suma importância, em face da afirmação de que Kelsen teria ratificado seu pensamento já apresentado na Teoria Pura do Direito.

Kelsen reafirma a idéia, já contida na Teoria Pura do Direito, de que

“uma norma não é todo sentido de um ato de vontade dirigido à conduta de um outro, que uma norma, i.e., um dever-ser obrigatório para o destinatário só existe se o sentido subjetivo do ato de vontade dirigido à conduta de outrem for também o sentido objetivo daquele”.²⁹

Para explicar a fundamentação de validade das normas individuais, Kelsen recorre, como na Teoria Pura do Direito, a um silogismo:

- “1. O sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de um outro é também seu sentido objetivo, e isto significa uma norma válida, obrigatória, se esse ato é autorizado pela norma válida de uma ordem moral ou jurídica.
2. Vale a norma geral: ‘Todas as pessoas devem cumprir suas promessas feitas a outras pessoas.’
3. ‘Maier prometeu ao Schulze pagar-lhe 1.000.’
4. ‘De Maier ou de um outro membro da comunidade foi estabelecido um ato de vontade, cujo sentido subjetivo é que Maier deve pagar 1.000 ao Schulze.’
5. A proposição conclusiva reza: ‘o sentido subjetivo sob (4) do ato de vontade indicado é também o seu sentido objetivo, quer dizer, uma norma válida, obrigatória’.”³⁰

Este silogismo não é normativo, mas teórico, pois a premissa maior (1) e as premissas menores (2) e (3) são enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, e a proposição conclusiva só é verdadeira se as premissas também o são.

29 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 324.

30 *Ibidem*.

Kelsen usa então, como na Teoria Pura do Direito, uma ordem moral como exemplo:

“Paul volta da escola para casa e diz para seu pai: ‘Meu discípulo Hugo é meu inimigo, eu o odeio.’ Depois disto, o pai dirige a Paul a norma individual: ‘Tu não deves odiar teu inimigo Hugo, senão amar.’ Paul pergunta ao pai: ‘Por que devo eu amar meu inimigo?’ Quer dizer, ele interroga por que o sentido subjetivo do ato de vontade de seu pai é também o sentido objetivo daquele, é uma norma obrigatória para Paul, o que significa o mesmo: o que é o fundamento de validade desta norma. A seguir, o pai: ‘Porque Jesus impôs: ‘Amai vossos inimigos’. Após o que, o filho indaga: ‘Por que se deve obedecer ao mandamento de Jesus?’ o que significa tanto quanto: por que é o sentido subjetivo desse ato de vontade de Jesus também seu sentido objetivo, i.e., uma norma válida, ou o que significa o mesmo: o que é o fundamento de validade dessa norma geral? Sobre esse problema, a resposta unicamente possível é: porque, como cristão, se pressupõe que se deve obedecer ao mandamento de Jesus. É o enunciado sobre a validade de uma norma que tem de ser pressuposto no pensamento de um cristão para fundamentar a validade das normas da Moral cristã. É a norma fundamental da Moral cristã que fundamenta a validade de todas as normas da Moral cristã, uma norma-‘fundamento’, porque acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagado. Não é norma positiva, i.e., nenhuma norma fixada por um real ato de vontade, senão uma norma pressuposta no pensamento do cristão, quer dizer, uma norma *fictícia*.³¹ (Grifo Nosso.)

No campo do Direito, quando se pergunta qual o fundamento de validade de uma norma posta pelo legislador, a resposta é: porque esse ato é autorizado por uma norma da Constituição. Esta, historicamente, é a primeira Constituição, e pergunta-se qual seu fundamento de validade, então a resposta é: porque, como jurista, se pressupõe que se deve conduzir como historicamente prescreve a primeira Constituição.

31 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 326.

A norma fundamental é, portanto, uma norma pressuposta. Não é norma positiva, estabelecida por um ato de vontade, mas pressuposta no pensamento jurídico. Nesse sentido é que ela é uma norma fictícia.

Kelsen afirma que a norma fundamental pode, mas não precisa ser pressuposta, entretanto, somente se ela é pressuposta o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos à conduta de outrem pode ser interpretado como também seu sentido objetivo, ou seja, como normas jurídicas ou morais obrigatórias.

A norma fundamental, fictícia, é, no sentido da vaihingeriana filosofia do como-se, contraditória à realidade e em si mesma. Contraditória à realidade por não existir como sentido de um real ato de vontade, e contraditória em si mesma porque descreve a atribuição de poder de uma suprema autoridade, e com isto parte de uma autoridade ainda superior, apenas fictícia. Não é hipótese, como o próprio Kelsen admite tê-la definido anteriormente, mas ficção que deve vir acompanhada da consciência de que não corresponde à realidade.

Uma norma superior pode determinar somente o ato de estabelecimento da norma inferior, e então não determina o conteúdo dessa norma, ou pode também, como o faz muitas vezes a Constituição, determinar, no mínimo negativamente, o conteúdo de futuras normas inferiores. A relação entre a norma fundamental e as normas de um ordenamento positivo, da Moral ou do Direito, não contém qualquer determinação de conteúdo. A norma fundamental determina somente que as normas inferiores têm de ser estabelecidas.

4 SOBRE A ALEGADA DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE NORMA FUNDAMENTAL NAS DUAS OBRAS

Podemos concluir, por uma análise comparativa dos textos da *Teoria Pura do Direito* e da *Teoria Geral das Normas*, que não houve mudança, nesta, do conceito de norma fundamental adotado naquela.

Segundo a *Teoria Pura do Direito*, uma norma só pode ter em outra norma seu fundamento de validade, pois de algo ser não implica que algo deva ser, e vice-versa. A validade de uma sentença penal deriva da norma penal, que tem, por sua vez, na Constituição (no sentido jurídico-positivo) seu fundamento de validade. A Constituição pode ter sido reformada de acordo com normas estabelecidas numa Constituição anterior, e então aquela tem nesta seu fundamento de validade. Quando se chega à primeira Constituição, estabelecida revolucionariamente, não se pode

buscar sua validade numa outra norma posta, mas somente pressupor uma norma. Tal norma pressuposta não estabelece o conteúdo da ordem jurídica, mas que devemos obedecer às normas postas pela autoridade legislativa.

Na Teoria Geral das Normas, o conceito de norma fundamental não é outro. Uma norma só pode ter em outra norma seu fundamento de validade. Assim sendo, só pode uma ordem positiva retirar sua validade de uma norma. A norma fundamental é uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico, não determinante do conteúdo das normas inferiores, que determina somente que uma norma, ou uma ordem normativa, deve ser posta. Ao afirmar que a norma fundamental não tem necessariamente de ser pressuposta, mas deve ser para que possamos dar ao sentido subjetivo dos atos de vontade do legislador o seu sentido objetivo, Kelsen não está afirmando a desnecessidade dessa pressuposição. O que ele quis dizer foi que, para se dar uma interpretação normativa a esses atos de vontade, para se fazer ciência do Direito, é tal pressuposição necessária. A condicionalidade afirmada por Kelsen reza: se quisermos fazer ciência jurídica, isto é, se quisermos dar a estes atos de vontade uma interpretação normativa, temos que pressupor tal norma fundamental.

Em ambas as obras, Kelsen recorre a um silogismo para explicar a validade de uma ordem, seja ela jurídica ou de uma moral positiva. Resumidamente, pode-se dizer que a premissa maior desse silogismo diz que *devemos obedecer ao legislador constituinte*, a premissa menor afirma que *o legislador estabeleceu certas normas eficazes*, e a conclusão só pode então ser que *devemos obedecer às normas postas pelo legislador*.

Esse silogismo é, na *Teoria Pura do Direito*, normativo, e por sua vez, na *Teoria Geral das Normas*, teorético. Tal aparente contrariedade não invalida a identidade do conceito de norma fundamental entre as obras, significando nada mais que um aperfeiçoamento. Kelsen afirma, na Teoria Geral das Normas, que esse silogismo é teorético, e não normativo, por serem suas premissas enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos. Essa afirmativa reafirma o caráter descritivo (e não normativo) da ciência jurídica. A melhor interpretação para o fato de Kelsen ter dado ao silogismo, anteriormente, um caráter normativo, é, provavelmente, a de que ele quis mostrar tratar-se de um silogismo que descreve uma relação normativa. Assim como a proposição jurídica, com seu caráter descritivo, é uma proposição *de dever-ser* (e por isso não se confunde com um *dever-ser*), o silogismo “normativo” só o é, como tal, na medida em que descreve essa relação normativa, nada

prescrevendo. Nesse sentido, a correção efetuada por Kelsen é positiva, pois redefinir o silogismo como teorético tornou mais coerente sua obra. Não é, porém, suficiente para impor a conclusão de que houve mudança no conceito de norma fundamental.

Na Teoria Geral das Normas, a norma fundamental é uma ficção, no sentido de não existir como norma posta, mas como norma pensada. Por ser uma norma fictícia, é contraditória à realidade e em si mesma. Contraditória à realidade por não existir, pois é meramente pensada, e contraditória em si mesma por admitir uma autoridade superior da qual retira sua validade. Tais características não contradizem o conceito anterior de norma fundamental. Na Teoria Pura do Direito a norma fundamental já era considerada norma pensada, e não posta. Ao apresentar a idéia de norma contraditória no sentido da filosofia vainhegeriana do *como-se*, Kelsen não está contradizendo a Teoria Pura do Direito, senão acrescentando uma idéia nela potencialmente presente. Pode-se dizer que, já na Teoria Pura do Direito, a norma fundamental é contraditória à realidade, pois não é norma posta (e portanto não existente na realidade), e que também é contraditória em si mesma, por ser a última e mais elevada norma, pressuposta para se evitar um *regressus in infinitum*, que então, teria que pressupor a existência de uma autoridade ainda superior.

Concluindo, não se pode dizer que Kelsen tenha mudado, na Teoria Geral das Normas, o conceito de norma fundamental adotado na Teoria Pura do Direito. Os conceitos são harmônicos, não se excluindo, mas se completando. A distinção mais freqüentemente alegada, a da norma fundamental como ficção, já está presente, potencialmente, na Teoria Pura do Direito. Ainda que não se admita essa tese, não haveria a suposta mudança. Se pensássemos que essas idéias ainda não estavam presentes na obra anterior, teríamos então que a Teoria Geral das Normas acrescenta à Teoria Pura do Direito, mas não a nega.

A existência de textos literalmente diversos não implica diversidade de idéias. Obviamente, ao apresentar dois textos tratando do mesmo tema, Kelsen, com sua grandeza, não se limitaria a copiar um do outro. Se assim o fizesse, um deles seria inútil. Isso quer dizer que, num texto posterior, pode-se acrescentar e desenvolver idéias já presentes num texto anterior, sem porém contradizê-las. É verdade que, muitas vezes, se pode, num texto posterior, rever e até modificar conceitos anteriormente adotados. Tal fato é comum entre juristas e filósofos que, quando mais maduros, modificam posturas adotadas previamente. Isto porém, como demonstrado acima, não foi o que fez Kelsen.

5 CRÍTICAS À OBRA DE Kelsen, CONCERNENTES À NORMA FUNDAMENTAL

No que diz respeito à norma fundamental, a principal objeção levantada pela doutrina é que Kelsen não teria conseguido manter a disparidade absoluta entre ser e dever-ser, por ele defendida. Tal crítica é apresentada por Larenz, e no Brasil adotada por Goffredo Telles Júnior, dentre outros.³²

Concentrar-nos-emos na crítica de Larenz, visto que as demais dela não diferem. Para ele,

“a mais importante objeção que tem de consentir a teoria pura do Direito é a de que Kelsen não consegue manter a disparidade absoluta entre ser e dever-ser que toma como ponto de partida. O que não seria objeção alguma se Kelsen pensasse dialecticamente, em termos de filosofia hegeliana, ou seja, se as distinções que faz se vissem como distinções transitórias, destinadas a ser transcendidas pela progressão do pensamento para a unidade concreta. Ora, ninguém mais longe dessa atitude do que Kelsen. Para ele, trata-se exclusivamente de estabelecer linhas divisórias que inalteravelmente se mantenham e cujo menosprezo lhe merece sempre a censura de sincretismo metodológico. Um dever-ser só pode reconduzir-se a outro dever-ser, uma norma só pode reconduzir-se a outra norma superior da qual e apenas da qual dimana o peculiar sentido *jurídico* de um evento, como, por exemplo, um contrato, um acto administrativo ou um decreto [...] uma norma fundamental, na medida em que constitui o *último* alicerce da validade objectiva, da qualidade de dever-ser de uma ordem jurídica positiva, não pode ser estabelecida, por sua vez, por uma autoridade cuja competência teria de se fundar em uma norma ainda mais elevada (RR, p. 197). Não é, portanto, uma norma *posta*, mas uma norma necessariamente *pressuposta* [...] Porém, como é que vimos a saber que certos actos, nomeadamente os de legislação, têm de ser interpretados como actos produtivos de normas? Responde o próprio

32 Larenz aponta, ainda, como autores da mesma objeção Erich Kaufmann, Siegfried Marck e Hans-Ludwig Schreiber.

Kelsen, que uma ordem normativa tem de ser interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas, e tem de admitir-se uma norma fundamental correspondente, quando se trata no seu conjunto, de um ordenamento coercivo eficaz (RR, p. 204 e 208). O acto do pensamento que legitima a ordem jurídica (RR, p. 206), a postulação da norma fundamental, encontra assim, em último termo, a sua verdadeira justificação no facto de funcionar como tal um certo ordenamento coercivo: isto é, o *dever-ser* resulta efectivamente, pela via travessa do postulado teórico da *norma-fundamental*, de um ser, que, como tal, é para Kelsen alheio ao sentido e ao valor da (mera) facticidade!”³³

Embora Larenz afirme que essas objeções nunca foram respondidas, a resposta está na própria obra de Kelsen, especificamente no silogismo da norma fundamental, apresentado tanto na Teoria Pura do Direito quanto na Teoria Geral das Normas.

Antes de apresentá-lo, porém, devemos observar que, ao contrário do que afirma Larenz, Kelsen não prega a disparidade absoluta entre ser e dever-ser. Na Teoria Pura do Direito ele deixa claro que este dualismo ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro, sem qualquer relação.³⁴

Larenz afirma que, na pressuposição da norma fundamental, um dever-ser resulta efetivamente de um ser, pois a sua postulação encontra a verdadeira justificação no fato de funcionar como tal um certo ordenamento coercivo. Como nos mostra Kelsen, o fato (da ordem do ser) de existir uma ordem coerciva não é o fundamento de validade dessa ordem. No silogismo apresentado na Teoria Pura do Direito tem-se:

1. “Devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz” (um dever-ser).
2. “A Constituição foi posta e é eficaz.” (um ser).
3. “Devemos conduzir-nos em harmonia com a ordem jurídica.” (um dever-ser).

33 LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 87-88.

34 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 6.

Ora, o fato de o legislador constituinte ter posto uma Constituição e esta ser eficaz, ou, o que é o mesmo, o fato de existir uma ordem coerciva, não implica ser esse fato o fundamento de validade dessa Constituição, ou dessa ordem. Como afirma Kelsen, esse fato é *conditio sine qua non*, mas só a pressuposição dessa norma é a *conditio per quam*, em relação à conclusão (a conclusão de dever-ser: devemos obedecer à ordem jurídica).

Uma ordem jurídica retira de uma norma fundamental pressuposta seu fundamento de validade. Segundo Larenz, a justificação da postulação dessa norma fundamental seria a existência dessa ordem coerciva. Poder-se-ia concluir então que a existência de uma ordem coerciva é o fundamento de validade mediato de sua existência, o que é absurdo.

Obviamente, é necessário que exista essa ordem coerciva para que possamos pressupor a norma fundamental. Se ela não existisse, não haveria realmente razão para que o fizéssemos. Isso não implica, entretanto, a afirmação de que essa existência é o próprio fundamento de validade dessa ordem.

Kelsen não negou que a existência de uma ordem coerciva (um fato da ordem do ser) é condição para pressupormos a norma fundamental. Kelsen não pregou, portanto, a disparidade absoluta entre ser e dever-ser. A presença, no silogismo, de um ser se relacionando com um dever-ser é a prova maior disso. Esse fato, a existência dessa ordem (um ser), não é, entretanto, como demonstrado, a “justificativa” da norma fundamental. Ele (esse fato) está, no silogismo, abaixo da norma fundamental. Esta é o fundamento de validade de uma determinada ordem, aquele é condição para que possamos pressupor esse fundamento de validade.

A objeção levantada por Larenz e outros não está, portanto, sem resposta. A resposta já estava no texto, bem antes de existir a crítica.

6 CONCLUSÃO

Concluimos, portanto, que a pressuposição de uma norma fundamental é coerente com a postura adotada na obra de Kelsen. O Positivismo caracteriza-se justamente por negar, como já notado, qualquer resposta que transcenda à experiência. Nesse sentido, Kelsen jamais acataria, como não o fez, a solução de uma norma oriunda da natureza, ou de uma vontade divina.

O próprio Kelsen afirma que a postulação de uma norma fundamental não é inovação sua. Os juristas assim já faziam, ainda que de forma inconsciente. De fato, ao analisarmos uma ordem jurídica positiva, buscamos na norma superior o fundamento de validade da norma inferior. Ao chegarmos à Constituição, o que afirmamos é: ora, devemos obedecer à Constituição. Não indagamos por que devemos obedecê-la, pois pressupomos que devemos fazê-lo.

Kelsen pode ser criticado sobre muitos outros aspectos, mas quanto à coerência de sua teoria, ao adotar uma norma fundamental, não há o que contestar. Como nos mostra Miguel Reale, “o rigor e o travamento interno de seu raciocínio são de tal ordem que, quando aceitamos os seus pressupostos, somos fadados a acompanhá-lo, *pari passu*, até mesmo nas vacilações do seu pensamento.”³⁵

Ademais, é preciso, como clama Giacomo Gavazzi, na introdução de *A Democracia de Kelsen*, separar o Kelsen jurista do Kelsen filósofo político. “As teses da Teoria Pura do Direito não valem para o Kelsen filósofo da política. É lamentável constatar que muitas vezes as teses da *Reine Rechtslehre* foram lidas, sobretudo pelos detratores, como teses de filosofia política, com todas as instrumentalizações e os equívocos que disso poderiam derivar.”

Talvez a razão pela qual Kelsen tenha sido tão excessivamente, e indevidamente, combatido, seja aquela que ele próprio, no prefácio da *Teoria Pura do Direito*, aponta: a neutralidade axiológica de sua obra incomoda muitos, pois impossibilita a ciência jurídica de justificar determinados ordenamentos positivos, e, ao mesmo tempo, invalidar outros.

7 FONTES BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. UFMG, Belo Horizonte, 1984.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, 7. ed. Editora Universidade de Brasília.

³⁵ REALE, Miguel. *Estudos de filosofia do direito*. Uma visão integral da obra de Hans Kelsen. p. 20.

- BOBBIO, Norberto. *Lições de filosofia do Direito*. O Positivismo Jurídico. Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito, filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro. Forense.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira, 1987. São Paulo: Martins Fontes.
- . *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- . *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MAINEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. México- DF: Editorial Porrúa.
- PLATÃO. *A república*. 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- REALE, Miguel. *A visão integral do direito em Kelsen*. Estudos de filosofia do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant, seu fundamento na igualdade e na liberdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da antigüidade clássica*. Os mitos da Grécia e de Roma. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

EFEITOS DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO ESPECÍFICA DO ACORDO DE ACIONISTAS

Celso Barbi Filho*

Sumário

1. Introdução. 2. Teoria das obrigações e execução específica. 3. Tutela específica das obrigações de fazer juridicamente infungíveis na reforma do CPC. 4. Natureza cognitiva do processo de execução das obrigações de contratar e declarar vontade – caráter constitutivo de sua sentença. 5. O acordo de acionistas como título executivo extrajudicial. 6. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer relativas a contratar e a emitir declaração de vontade no acordo de acionistas. 7. Tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer relativas a contratar e a emitir declaração de vontade no acordo de acionistas. 8. Tutela cautelar das obrigações de fazer e não fazer relativas a contratar e a emitir declaração de vontade no acordo de acionistas. 9. Aplicação da nova disciplina das tutelas específica e antecipada do acordo de acionistas perante a companhia. 10. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Vigentes a partir de 13/2/95, as Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13/12/94, promoveram algumas reformas no Código de Processo Civil brasileiro, alterando

* Professor Assistente, Mestre e aluno do Curso de Doutorado em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais.