

UMA BREVE ANÁLISE DA CRÍTICA DE MAHLMANN AO PADRÃO BÁSICO DA NORMA DE
KELSEN

Dr. Francisco José Mendes Vasconcelos

Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA)

Em que pese ser sempre relevante a discussão de temas da Filosofia do Direito, a reanálise da Teoria da Norma Fundamental, de Hans Kelsen¹, tão debatida e discutida na Ciência do Direito por seus arautos durante décadas, sempre merece uma nova síntese, advinda da relação dicotômica de sua tese e uma recente antítese (Kelsen *versus* Mahlmann); esta, última agora, promovida por Matthias Mahlmann². É o que sugere este simples editorial. Tudo em prol da boa Hermenêutica!

A teoria do Padrão Básico ou Teoria Pura do Direito (*Die Theorie der Grundnorm*) constitui um fundamento muito importante no sistema de idéias de Hans Kelsen. Neste sentido, reitera-se lembrar que a norma hipotética fundamental (norma básica), não é uma norma fixada e também não faz parte de um ordenamento jurídico, mas apenas uma "norma imaginada". Como Kelsen nos ensina, ela é um "requisito do pensamento lógico-transcendental" (KELSEN, 1960, p. 191). Quer dizer, sob a visão de Kelsen, o padrão básico da normatividade responderia a dois questionamentos: A sua validade e a sua unidade dentre uma imensidão de normas. (1) O questionamento de sua validade deve ser entendido como o problema do porquê um determinado padrão deve ser aplicado. É a questão do porquê devo me comportar de acordo com uma determinada norma. (2) O questionamento da unidade de uma multiplicidade de normas é o problema do porquê uma certa norma pertenceria a uma certa ordem. Conforme Kelsen, ambos os questionamentos são respondidos com a introdução do padrão básico. Veja-se: Uma norma é válida porque – a princípio – encontra-se fundamentada (validade) numa outra norma - superior. Contudo, porquanto a busca pelo fundamento da validade desta norma, segundo Kelsen, não pode durar *ad aeternum*, daí a presença de uma norma final e mais elevada - a norma Fundamental, básica – que *deve ser pressuposta em um ato de pensamento* (KELSEN, 1960, p. 197). A norma hipotética fundamental representaria a última e mais elevada matriz comum de todas as normas de um sistema jurídico. É ela a responsável pela reunião de um número infinito de normas jurídicas individuais em uma só unidade, trazendo harmonia para o sistema.

Em Kelsen, é importante que a norma hipotética fundamental proporcione unicamente a - *última e mais elevada* - razão de validade para todas as normas de um sistema jurídico. Não obstante, não determina nenhum conteúdo específico. "*Portanto, qualquer conteúdo pode estar certo*" (KELSEN, 1960, p.199). A famosa afirmação de Kelsen de que qualquer conteúdo pode estar certo leva inevitavelmente à questão do conteúdo da "norma fundamental pressuposta, meramente pensada". A resposta de Kelsen é: a norma básica é que se deve se comportar como a - historicamente a primeira – e que prescreve a Constituição (KELSEN, 1960, p. 201). A norma fundamental relaciona-se assim - e isso é que é mais importante para Kelsen - diretamente a uma certa - historicamente a primeira - Constituição e indiretamente a um certo sistema jurídico. Como norma (meramente pensada, imaginária), estipula que se deve comportar-se como prescreve a

¹ Pensador do Direito, pai da Teoria Pura do Direito e da Teoria da Norma Fundamental. Criador de uma genuína ficção no sentido da Filosofia pura no intuito precípua dá significado a validade das normas de Direito e a unicidade do sistema jurídico.

² Filósofo e jurista, Professor Universitário das disciplinas de Filosofia e Teoria do Direito, Sociologia Jurídica e Direito Internacional Público, Faculdade de Direito da Universidade de Zurique, Suíça.

Constituição. Para Kelsen, o primeiro criador da constituição histórica representa a autoridade legal máxima. A autoridade legal máxima, determina o conteúdo da constituição e do sistema jurídico. O padrão básico fornece apenas validade, justificando-a.

Em assim sendo, Kelsen se viu "intelectualmente compelido" a adotar uma norma suprema - a norma básica. Ela "deve" ser aceita, afirma o autor, se for possível interpretar certos atos da vontade não apenas num sentido subjetivo, como uma ordem (p. ex.), mas acima de tudo, num sentido objetivo como um dever-ser e, portanto, como uma norma (KELSEN, 1960, p.06). Para Kelsen, a necessidade de aceitar uma norma fundamental surge da própria compreensão do conceito de "norma". Para Kelsen, norma é o sentido de um ato de vontade. E, também, norma é esquema de interpretação (KELSEN, 1960, p. 3). Quer dizer, um determinado ato de vontade só pode ser interpretado como norma se já houver uma norma que permita essa interpretação. E uma vez que - reitera Kelsen - a busca por uma base de validade - e, portanto, a busca por um esquema de interpretação - não pode durar para sempre, uma norma final, mais elevada - a norma fundamental - deve ser pensada como pressuposto (KELSEN, 1960, p. 197).

CRÍTICA DE MAHLMANN³ À TEORIA DO PADRÃO BÁSICO

Mahlmann critica a concepção de uma norma fundamental. Conforme Mahlmann, Kelsen veria na norma fundamental o pressuposto para a normatividade jurídica. Em Mahlmann, Kelsen considera que a norma fundamental é um pré-requisito obrigatório, porque, de outra forma, a normatividade do sistema jurídico não teria razão lógica. O fato de que a normatividade é dada, é tacitamente assumido por Kelsen, conforme Mahlmann. É neste momento que Mahlmann vê o problema - no fato de que a normatividade pressuposta, no que lhe respeita, estaria em questão. De acordo com autor, não se pode derivar a normatividade de um sistema jurídico de uma norma "hipotética" fundamental em razão de que o sistema jurídico é normativo. Para Mahlmann, tal pressuposição ensejaria numa *discussão circular*. O que restaria numa tese obscura e frágil na pressuposição de uma normatividade. (MAHLMANN, 2012)

Bem, a crítica de Mahlmann à teoria do Padrão Básico (norma hipotética fundamental) não convence. Não convence por que Kelsen **não pressupõe tacitamente** a normatividade com intenção de justificar a normatividade jurídica e, por conseguinte, a validade do sistema jurídico - que de fato representaria um raciocínio circular - dessa normatividade pressuposta. Conforme se extrai do pensamento de Kelsen, o Padrão Básico não seria um padrão legal positivo. É uma "*norma pensada, imaginária*". É uma suposição lógico-mental. A norma Fundamental é, como Kelsen diz, um "*requisito de pensamento lógico transcendental*".

Portanto, não é verdade quando Mahlmann diz que Kelsen **tacitamente** parte de uma normatividade pressuposta. Pois, na realidade, Kelsen elabora e levanta uma questão - epistemológica - em que, sob condições lógicas transcendentais, se é possível interpretar certos atos da vontade como um "*dever objetivo*" (e, portanto, como uma "norma"). Kelsen, numa genuína ficção filosófica, afirma que a suposição de uma norma hipotética base, uma e que dar unicidade a todas as outras normas num sistema jurídico anônimo, certamente, justificaria assim a validade e a unidade de multiplicidade das normas de Direito.

A norma fundamental é um pré-requisito do pensamento que deve ser realizado. Sendo mais preciso: Conforme Kelsen, deve-se pressupor mentalmente a norma fundamental, e em assim sendo, pressupõe-se, também - se for possível, o sentido de certos processos externos, em particular o sentido de certos atos de vontade, não apenas em um aspecto subjetivo - por exemplo - como um comando e, portanto, como um dever subjetivo, **mas acima de tudo**, em um aspecto objetivo. Assim, deve-se interpretar a norma fundamental como um "*dever objetivamente vinculante*". Sem esta pré-condição da norma fundamental, uma interpretação do direito como "um dever objetivamente obrigatório" - e, portanto, como uma "norma" - não pode ser realizada.

Esse - e apenas esse - é o discernimento lógico de Kelsen.

³ MAHLMANN; M. Filosofia e Teoria Jurídica. Nomos, 2012.

REFERÊNCIAS

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAHLMANN; M. **Filosofia e Teoria Jurídica**. Nomos, 2012.

SOBRE O AUTOR

Francisco José Mendes Vasconcelos

<http://lattes.cnpq.br/2733192844449536>

Professor do curso de Direito da UNICATÓLICA de Quixadá das disciplinas de Estudo e Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica dentre outras disciplinas. Doutor e Mestre em Direito Internacional (UAA), Mestre em Economia (UFC), Especialista em Direito Penal (UECE/ESMP) e Planejamento Educacional (UVA), Bacharel em Direito (UFC) e Licenciado em Ciências Matemáticas (UECE). Advogado.

Contato: prof.vasco@unicatolicaquixada.edu.br