

A TEORIA DA ATRIBUIÇÃO ALTERNATIVA DE PODER: o resultado de uma colaboração entre Kelsen e Merkl

THE THEORY OF ALTERNATIVE EMPOWERMENT: the result of a collaboration between Kelsen and Merkl

Matheus Pelegrino da Silva¹

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e UNISINOS

Resumo:

O artigo investiga a origem e os desenvolvimentos da teoria da atribuição alternativa de poder. O método empregado consiste na pesquisa bibliográfica dos escritos de Kelsen e Merkl sobre o tema. A análise dos textos desses autores sustenta a concepção de que a teoria da atribuição alternativa de poder é o produto de uma colaboração entre eles e apresenta os passos realizados para a formulação da versão definitiva desta teoria.

Palavras-chave:

Atribuição alternativa de poder. Kelsen. Merkl.

Abstract:

The article investigates the origin and developments of the theory of alternative empowerment. The employed method consists in the bibliographical research of Kelsen's and Merkl's writings on the subject. The analysis of these author's texts supports the view that the theory of alternative empowerment is the product of a collaboration between them and present the steps that were taken to the formulation of its definitive version.

Keywords:

Alternative empowerment. Kelsen. Merkl.

1 INTRODUÇÃO

Um dos desdobramentos fundamentais da ideia de estado de direito é que a aplicação do direito por parte de autoridades e órgãos estatais deve ocorrer dentro de limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Contudo é necessário reconhecer que em certas ocasiões tais sujeitos irão praticar atos, criar normas, as quais se encontram fora dos limites referidos, porém ainda assim tais normas serão consideradas válidas, produzirão efeitos idênticos ou muito semelhantes aos efeitos produzidos por normas que se encontram dentro dos parâmetros pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Essa espécie de problema foi tratada por Hans Kelsen e Adolf Julius Merkl em uma série de escritos de teoria do direito, os quais possuíam por referência básica o reconhecimento da necessidade de oferecer uma

¹ Doutor em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e doutor em Filosofia pela UNISINOS. Concluiu um pós-doutorado no exterior junto à Faculdade de Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2018-2019) e anteriormente outro pós-doutorado, desta vez junto ao PPG Direito UNISINOS (2016-2018). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), Bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010) e mestrado em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2015). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5182-1982>

explicação teórica quanto às razões que tornam possível a existência de tais fenômenos jurídicos. O presente texto possui por objetivo indicar o que provocou o interesse nesse tema e de que forma ele foi abordado por ambos os autores.² Será indicado que o movimento inicial para a formulação de uma teoria que explique tais fenômenos partiu de Kelsen, sendo esta matéria posteriormente desenvolvida por Merkl e depois mais uma vez trabalhada por Kelsen. Desse modo este artigo visa explicar e fundamentar por quais motivos a teoria da atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*) de Kelsen, assim como a versão de Merkl, a teoria da previsão de falhas (*Fehlerkalküllehre*), consistem no produto de uma série de análises e aperfeiçoamentos desenvolvidas por ambos os autores.

2 ÜBER STAATSUNRECHT

Em um de seus primeiros escritos, *Sobre o ilícito do estado: simultaneamente uma contribuição para a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas e sobre a doutrina do ato estatal defeituoso* (2010), Kelsen oferece uma monografia que trata da natureza jurídica dos atos estatais que contrariam normas jurídicas gerais, ao mesmo tempo em que ele aborda o problema da prática de atos ilícitos por agentes estatais, por indivíduos e órgãos que estariam agindo em nome do estado. É preciso destacar que esse problema não é apenas importante para áreas do direito como direito administrativo e direito constitucional, mas também para uma teoria do direito como aquela defendida por Kelsen, uma teoria que sustenta a identidade do direito com o estado. Se o estado é o mesmo que o ordenamento jurídico, tal como afirma Kelsen (2017, p. 499), então como é possível que o estado (os indivíduos e órgãos que agem em nome do estado) seja observado como autor de um ilícito, tendo em conta que o estado seria o mesmo que o conjunto das normas jurídicas, o conjunto daquilo que é o lícito? Com o escrito *Sobre o ilícito do estado* Kelsen desenvolverá uma resposta a essa questão, a qual opera através do tratamento da noção de vontade em sentido jurídico, assim como das noções de causalidade e imputação.

Um dos pontos centrais da explicação oferecida por Kelsen para a possibilidade de ilícitos serem praticados *em nome* do estado está relacionado ao modo como o direito torna possível vincular atos a pessoas físicas ou jurídicas. Em *Sobre o ilícito do estado* Kelsen

² O presente artigo visa preencher uma lacuna, visto que apesar de o tema da atribuição alternativa de poder e da previsão de falhas ter sido analisado em vários escritos e, cabe apontar, cada vez de modo mais frequente, é necessário notar que ainda não existe um trabalho dedicado ao estudo da origem destas teorias. Quanto às análises da referida temática cumpre referir os seguintes escritos: Buchheim (2014), Cadore (2013), Kletzer (2005), Lippold (1990, 2000), Reimer (2014) e Silva (2016, 2019b).

explica de que maneira se pode observar certos atos como atos estatais, isto é, como atos praticados não *por* pessoas físicas, mas sim, em certo sentido, praticados *por* pessoas jurídicas (e especialmente pelo estado) *através* de pessoas físicas. É por meio do reconhecimento do fato de que certos atos são *imputados* ao estado, mas *praticados* por pessoas físicas, seus representantes (seja diretamente, através de funcionários do estado, ou de modo mediado, através de órgãos do estado), que se torna possível para Kelsen afirmar que o estado como tal, enquanto idêntico ao ordenamento jurídico, não pratica ilícitos, porém os agentes do estado, por conta de normas de imputação que afirmam que os atos destes agentes são atos do estado, podem praticar ilícitos em nome do estado. Isso significa que por um lado se pode vincular certo ato ilícito ao estado, porém, por outro lado, é possível negar que tal ato seja um ato do estado, pois tal ato apenas é vinculado ao estado graças ao fato de que o autor do ato em questão agiu em nome do estado, como seu representante, *ainda que* ele não tenha agido conforme o que as normas gerais do estado determinam como os limites de sua atuação.

Mas se por um lado não é possível falar em ilícitos do estado em sentido estrito, ou seja, como ilícitos que foram praticados pelo estado, Kelsen observa que é possível, sob certas condições, estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico, falar em uma responsabilização do estado por atos praticados por indivíduos e órgãos que agiram em nome do estado. É precisamente o fato de Kelsen apontar as normas que regulam a responsabilização do estado por atos praticados por seus representantes que constitui o primeiro passo rumo à formulação da teoria da atribuição alternativa de poder. Nesse sentido Kelsen afirma:

Apenas quando o ordenamento jurídico *não* delimita a imputação de fatos constitutivos estabelecidos dentro da competência ou da procuração à pessoa jurídica, o que de outro modo é possível, a imputação pode compreender também a antijuridicidade. Aí se encontra, que seja notado, o levar em conta a boa-fé e a preservação do princípio da segurança nas relações [jurídicas], [a saber] que o ordenamento não apenas permita que sejam válidas as ações e omissões da pessoa jurídica ou do procurado [que está] representado e que foram estabelecidas pelos órgãos ou [pelo] procurador dentro de sua competência ou procuração, mas também aquelas [ações e omissões] que se encontram fora da esfera da competência ou da procuração [em questão], caso elas exibam certos outros critérios independentes objetivos e relativos à relação interna entre a pessoa jurídica e o órgão, [entre] o representado que deu a procuração e o procurador. (2010, p. 464-465. Todas as traduções são originais, exceto aquelas em que a tradução para o português for empregada)

Um dos pilares centrais da concepção kelseniana do direito, o qual se encontra presente ao longo de toda sua obra, consiste na ideia de que apenas as normas positivas, postas, podem ser normas válidas. A prática de atos ilícitos por parte de agentes do estado teria a capacidade de colocar em questão a defesa da natureza positiva do direito, não fosse o

fato de ser possível identificar a natureza jurídico-positiva de tais atos graças à circunstância de o próprio ordenamento jurídico antever a possibilidade de atos desta natureza e pré-estabelecer consequências para a sua existência. Essa situação é destacada por Kelsen com as seguintes palavras:

Caso o comportamento antijurídico de um órgão da pessoa jurídica precise ser imputado tendo por base o ordenamento jurídico, então um tal comportamento se encontra sempre e de modo conceitualmente necessário fora da competência do órgão, contudo o órgão também será visto “como tal”, i. e., como órgão, precisamente porque seu comportamento não será imputado a ele mesmo, mas sim à pessoa jurídica. Agora seria muito equivocado concluir [o seguinte]: a antijuridicidade tem de ser imputada à pessoa jurídica, porque ou na medida em que o órgão “como tal” agiu, pois precisamente o contrário precisa ser concluído: apenas porque e na medida em que também o comportamento antijurídico do órgão precisa ser imputado à pessoa jurídica [é que o órgão] terá agido “como tal” também com [respeito a] este seu comportamento antijurídico. (2010, p. 465)

É a existência de normas que disciplinam as situações em que agentes estatais atuam ultrapassando os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico o que torna possível perceber tais atos como atos antijurídicos *de agentes estatais* e não como atos antijurídicos de pessoas físicas que são agentes do estado. Ao identificar o modo como o estado pode ser responsabilizado por atos de seus agentes – a saber, em virtude do apontar as normas que disciplinam as situações de ultrapassamento dos limites jurídicos positivados – Kelsen desenvolve o passo inicial no sentido de explicar a natureza jurídica dos atos de agentes estatais que se encontram fora dos limites da moldura jurídica, fora dos limites apresentados a tais agentes por parte do ordenamento jurídico.

3 A TEORIA DA PREVISÃO DE FALHAS DE MERKL

Antes de Kelsen ter apresentado de modo sistemático a sua teoria da atribuição alternativa de poder, o que apenas ocorreu com a publicação da primeira edição da *Teoria pura do direito*, conforme apontado abaixo, Merkl já havia formulado a sua proposta teórica para explicar a natureza jurídica de atos estatais praticados fora dos limites da atribuição de poder concedida, a sua teoria da previsão de falhas (*Fehlerkalkül*) (SILVA, 2019a, 2019b). Conforme será abaixo apontado, a teoria de Merkl pode ser vista como o resultado da adoção e desenvolvimento subsequente da teoria apresentada por Kelsen em *Sobre o ilícito do estado*, sendo que tal teoria foi gradualmente formulada e apenas em um segundo momento resultou na exposição e identificação categorial do fenômeno analisado.

3.1 Primeira fase – observações tópicas sobre o tema

Desde seus primeiros escritos Merkl já se ocupou da análise de atos estatais que se mostravam em conflito com as normas gerais que disciplinavam os limites para tais atos, ainda que em um primeiro momento ele não tenha tratado deste tema por meio do emprego da teoria que ele apenas posteriormente formulou, a teoria da previsão de falhas.

Um dos primeiros passos dados por Merkl para a compreensão e explicação da natureza jurídica dos atos de agentes do estado que se encontram fora da moldura é identificado em seus comentários a uma patente imperial, a denominada “patente imperial de 26 de julho de 1913” (*kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913*), a qual foi problematizada em virtude da matéria tratada, tendo-se discutido naquele então a natureza da patente, se ela seria uma lei ou um decreto, ou, expresso de outro modo, foi discutido se o governo poderia tratar do tema em questão através de uma patente (MERKL, 2006, p. 3-4).

No contexto dessa discussão Merkl irá oferecer uma observação, a qual contém um elemento daquilo que posteriormente virá a ser a teoria da previsão de falhas. A fim de afirmar (em certa medida) a natureza jurídica e vinculativa da patente, Merkl emprega um raciocínio lógico, o denominado *argumentum a contrario*, o qual é expresso da seguinte maneira: uma vez que o ordenamento jurídico prevê a liberdade dos juízes com respeito ao exercício de sua função, é de se concluir por *argumentum a contrario* que os demais agentes estatais, para os quais o ordenamento jurídico não prevê tal liberdade, estão obrigados a executar as determinações oriundas de autoridades superiores.

Quanto a lei afirma: “O imperador exercita o poder de governo”, deste modo ele é tornado chefe do executivo por meio de um ponto de cruzamento da imputação ao estado de todos os outros órgãos executivos, e em oposição a isto a muito repetida afirmação “O juízes são quanto ao exercício de sua função judicial autônomos e independentes” oferece a informação de que a imputação a partir do judiciário ocorre de modo direto em relação ao estado. Já o destaque especial da independência judicial, o qual exclui que existam indicações vinculantes aos juízes para o tratamento do caso particular (p. ex. a condenação de um alto-traidor a uma punição severa bem precisa) ou de determinações gerais (p. ex. o tratamento indulgente do duelo), permite concluir a contrario – isto também resulta positivamente, a propósito, a partir de outros motivos – que frente ao funcionário administrativo tais diretivas individuais e gerais sejam juridicamente possíveis com respeito a sua incumbência funcional. (MERKL, 2006, p. 5. Veja ainda MERKL, 2006, p. 13-14).

A importância desse argumento de Merkl se encontra no fato de que por meio de um raciocínio lógico se torna possível, em certo número de casos, explicar por qual motivo autoridades estatais são juridicamente capazes de criar normas jurídicas *também* quando elas

atuam fora dos limites jurídicos estabelecidos. Tais autoridades possuem esta capacidade, assim argumenta Merkl, pois o ordenamento determina – esta conclusão é obtida por meio de um raciocínio lógico, o *argumentum a contrario* – que certos indivíduos devem observar o determinado por estas autoridades, em virtude do fato de que eles não possuem a *capacidade jurídica* para deixar de observar tais normas.

Em outro escrito do mesmo ano, “O poder [de emitir] decretos durante a guerra” [*Die Verordnungsgewalt im Kriege*], Merkl lida com o problema de um decreto que determinava a suspensão dos tribunais com júri por um período de mais de um ano (o decreto imperial de 7 de julho de 1915), apesar de o ordenamento jurídico em questão limitar os efeitos de tais decretos a no máximo um ano (MERKL, 1999b, p. 7-8). Nesse texto Merkl menciona que patentes poderiam ser observadas como juridicamente válidas em virtude do instituto da “imodificabilidade jurídica” (*Rechtskraft*), pois o ordenamento jurídico teria previsto que certos agentes do estado se encontravam obrigados a observar e aplicar tais patentes, pois eles não teriam a capacidade jurídica de declarar tais patentes antijurídicas – pensando no termo “antijurídico” como expressão geral da ideia de que uma norma se encontra em conflito com outra norma de maior hierarquia, tal como, por exemplo, quando se está frente a uma norma inconstitucional ou ilegal.

O princípio da imodificabilidade jurídica – expresso de modo bem geral – afirma que fenômenos jurídicos de natureza inferior, os quais são determinados juridicamente através da [fenômenos jurídicos] de natureza superior, tem de valer como direito, independentemente de serem aqueles [os fenômenos jurídicos] determinados por estes, portanto, que eles também valem – este é o ponto crucial – quando eles não são logicamente dedutíveis dos princípios jurídicos superiores. Falando em termos concretos: uma lei, a qual ultrapassou os limites da constituição, vale apesar disto como direito (como se ela correspondesse ao princípio jurídico, à constituição). Um caso de imodificabilidade jurídica, caso se queira, de ‘imodificabilidade constitucional’, o qual, tal como destacado corretamente por *Verdroß*, não passou despercebido pelo ordenamento jurídico austríaco, é [o seguinte]: de acordo com o art. 7 da lei fundamental do estado sobre o poder judicial de 21 de dezembro de 1867, Nr. 144 RGBL., conforme a qual os juízos não são competentes para a verificação da validade das leis publicadas, possuem as assim chamadas ‘leis’ ‘força de lei’ ou, conforme o princípio delegante da lei, a constituição, possui a denominada força de constituição, quer tenham elas satisfeito as exigências da constituição, observado seus limite ou não; por conta da não-verificabilidade (e de fato uma não-verificabilidade por conta da determinação constitucional) elas são juridicamente imodificáveis. Da mesma maneira os decretos se encontrariam em relação às leis, ainda que o poder de elaborar decretos seja delegado por lei, dotados de força de lei (uma variedade da imodificabilidade jurídica), caso a verificação dos decretos pelo aplicador do direito fosse excluída; é precisamente junto a esta situação que o desvio em relação à instância delegante por parte da instância delegada é incorrigível”. (MERKL, 1999b, p. 10-11)

Nesse texto Merkl inicia o processo de definição da maneira como ele posteriormente explicará a natureza jurídica das normas criadas fora da moldura normativa, fora da atribuição de poder conferida, pois é aqui que ele vincula pela primeira vez a natureza jurídica de tais normas com o instituto da imodificabilidade jurídica. Merkl aponta a imodificabilidade jurídica como aquele “ponto [...] onde a verificação, o controle, a aplicação do direito em oposição a à aplicação do direito [hierarquicamente] inferior [a este] acaba; [ele] consiste no ponto em que será dita a última palavra sobre o processo de realização da manifestação jurídica” (1999b, p. 12). E logo após essa observação Merkl complementa o raciocínio apontando o vínculo entre a imodificabilidade jurídica e a ausência de meios recursais disponíveis, em uma passagem na qual ele emprega um par de conceitos posteriormente presentes em sua teoria da previsão de falhas, aqueles do falso e do correto: “*A decisão falsa goza de tanta imodificabilidade jurídica quanto a correta. Que ela venha a ser juridicamente imodificável, isto é provocado pela lei na medida em que ela torna a decisão inapelável, definitiva, na medida em que ela exclui qualquer recurso jurídico subsequente*” (1999b, p. 13).

Em “O direito à luz de sua aplicação”, por sua vez, Merkl se concentra nos problemas relacionados com a aplicação e a interpretação do direito, dentre os quais se pode listar aquele dos casos em que autoridades ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Nesse contexto Merkl aponta que o direito a ser aplicado deve ser pensado como consistindo em certo número finito de possibilidades, de tal modo que se pode apontar como “falsa”, “incorreta” (*unrichtig*), aquela norma criada fora de tal grupo de possibilidades.

Essa ciência da lei não pode conter mais do que a lei contém. Esse conhecimento da lei pode transcrever a lei com uma formulação mais fácil e melhor, pode trazer o conteúdo da lei para um sistema bem construído, porém nunca pode nos dizer o que seja, no caso particular, sob esse sistema, de modo exclusivo, o direito, pois temos de deixar que esse caso particular seja posto a nós e precisamos aguardar a decisão do juiz sobre qual [é a] proposição jurídica e de que modo especial ele subsume esse caso particular. Frente a essa solução particular, a ciência do direito também pode se dar conta de que ela [a solução particular] está incorreta – em outras palavras, que ela é indedutível a partir da norma abstrata e geral. Assim, por exemplo, pode-se a partir da lei tornar disponível o conhecimento de que a solução *n*, por não estar contida sob as possibilidades de solução *a* até *m*, é incorreta. (MERKL 2018c, p. 114)

Essa impossibilidade de deduzir a norma criada a partir do direito a ser aplicado é a razão para que Merkl afirme o seguinte: “Caso uma sentença, a qual o juiz considera plenamente correta, seja logicamente não dedutível da lei, então ela é logicamente falsa, contanto que a lei seja a forma necessária para a transição ao direito, [e] em princípio [tal sentença] não é de modo algum direito” (2018c, p. 115). E na nota de rodapé ao final da

passagem citada Merkl acrescenta: “A *posteriori*, também uma decisão ou disposição não-legal pode tornar-se direito por meio do instituto da imodificabilidade jurídica” (2018c, p. 115, n. 12).

No mesmo “O direito à luz de sua aplicação” Merkl também menciona brevemente outra via normativo-positiva para justificar a existência de normas válidas que foram criadas para além dos limites da atribuição de poder conferida, a saber, a previsão da possibilidade de empregar um meio jurídico, qual seja, um recurso jurídico, para colocar em questão a validade da decisão tomada, da norma criada através de tal decisão.

Sim, o denominado recurso jurídico, disponibilizado para a afirmada inconformidade jurídica no caso de aplicação do direito não-conforme ao direito (em oposição à não-conformidade ao fim), pode dizer respeito aos fundamentos para a nulidade ou impugnação e, compreendido corretamente, nunca conseguiu excluir do mundo um ato estatal dado, porém “dotado de falha” (uma não-coisa [considerando-se a perspectiva] lógica), e no máximo dá vida a um ato estatal nulo; [é de se reconhecer] que não se almejou o resultado ao qual ele [o recurso jurídico] conduziu – por meio do recurso jurídico será decretado que o ato impugnado {nulo ou impugnável} não {é} de modo algum um ato estatal –, mas sim que [tal resultado], por meio dele, *faltou* [não se fez presente]. {O mesmo resulta, pois ele} admite que [o recurso jurídico] *não seja aplicado* dentro de um determinado prazo. Pois essa é certamente uma função muito extraordinária do recurso jurídico, [o fato de] que em sua exteriorização, em certa medida negativa, encontre-se presente seu feito altamente positivo na condição de realizador do direito. Tendo em vista nossa afirmação paradoxal, alguns brilhantes modos de pensar se mostrarão inadequados. O estabelecimento do recurso jurídico será tão comum em relação à concepção equivocada como quanto à [concepção] corrente, conforme a qual certos desvios com respeito ao direito seriam *a priori* tolerados e, conseqüentemente, quando não devessem ser admissíveis, precisariam ser expressamente excluídos; sua exclusão deve ser causada pelo recurso jurídico. (MERKL 2018c, p. 128-129)

Mais adiante, no mesmo escrito, Merkl ainda refere outro aspecto eventualmente presente em um ordenamento jurídico, o qual pode ser apontado como o fundamento de direito positivo para afirmar a natureza jurídica de uma aplicação do direito que ultrapassa os limites do direito a ser aplicado, a saber, a ratificabilidade das normas criadas fora de tais limites: “os atos inválidos, os quais de certo modo se aproximam dos atos válidos [...], serão sob certas condições, subsequentemente ratificados, o que, a propósito, já está antecipadamente previsto no plano jurídico.” (2018c, p. 130. Veja ainda 2018c, p. 135-136).

Em “A dupla face do direito” Merkl retorna ao problema das decisões judiciais que contrariam o direito a ser aplicado, apontando um elemento que será importante e ao mesmo tempo um dos eventuais obstáculos para a possibilidade de sustentar que o direito sempre se encontra caracterizado pela positividade, que todo fenômeno jurídico pode ter sua natureza jurídica justificada por ser ela decorrente de normas positivas. Em uma passagem desse texto Merkl destaca que o simples fato de uma autoridade estatal manifestar algo que ela afirma ser

uma sentença, por si só, por ser tal manifestação oriunda de uma autoridade estatal, não implica na necessidade de observar tal norma como uma norma jurídica válida. A afirmação da validade de uma norma em geral, assim como da natureza jurídica de uma sentença, especificamente, não é o produto da imodificabilidade jurídica como tal, pois conforme observa Merkl é preciso que o ordenamento jurídico em questão deixe claro que aquela atividade praticada pela autoridade pode vir a se tornar imodificável. Em outros termos: a imodificabilidade é fonte explicativa da natureza jurídica das normas criadas, porém a capacidade de tais normas de virem a ser imodificáveis precisa estar prevista, estar positivada pelo ordenamento jurídico, ela não pode ser o resultado de uma pressuposição, é preciso que exista um fundamento de direito positivo para afirmar que se está diante de uma norma e não de algo que se apresenta como se fosse uma norma. É precisamente por esse motivo que Merkl afirmará:

Nesse momento, gostaria apenas de estabelecer que a ideia da imodificabilidade jurídica como atuando em função do sancionar [do ratificar] direito incorreto, atos estatais dotados de falhas, a fim de legitimar órgãos estatais equivocados, conforme a impressão que tenho, será amplamente exagerada. A imodificabilidade jurídica, tal como ela será compreendida atualmente – em certa medida como um princípio jurídico, o qual semelhantemente à proposição da *lex posterior* ultrapassa conflitos na esfera jurídica –, é um meio confortável, porém infelizmente inadequado, relativamente a um acontecimento pseudojurídico, o qual de qualquer modo é levado a cabo a fim de assimilá-lo ao direito, a fim de ultrapassar [o problema] relativo à discrepância entre efetividade e valor. Entretanto, o princípio da imodificabilidade jurídica *não* se encontra reconhecido pelo direito positivo com um escopo tão amplo, e isso é de tal modo, quanto a como ele será aplicado, que ele em boa parte terá uma origem jusnaturalista. Imodificabilidade jurídica no sentido de um poder conforme o qual também um *a priori* não-direito se transforma *a posteriori* em direito – esse não é o sentido original e não é um sentido necessário da imodificabilidade jurídica –, isso me parece estar condicionado por uma *determinação expressa do direito positivo* que o tenha como fim. (2018a, p. 160-161)

3.2 Segunda fase – formulação da teoria da previsão de falhas

A teoria da “previsão de falhas” é exposta por Merkl de modo direto e através do emprego desta expressão em seu livro “A teoria da imodificabilidade jurídica: desenvolvida a partir do conceito jurídico” (*Die Lehre von der Rechtskraft: Entwickelt aus dem Rechtsbegriff*). Nessa obra Merkl apresenta a teoria em questão como se encontrando em uma conexão não necessária com o instituto da imodificabilidade jurídica e consistindo na via por meio da qual se pode explicar a natureza jurídica de um direito criado que se encontra em contradição com o direito já existente. Inicialmente Merkl aponta que “o manifestar a aparente *transformação do ilícito em lícito* [*von Unrecht in Recht*] [...] é a função [...] da por

mim denominada teoria da *previsão de falhas*, a qual *apenas técnico-juridicamente* tende a ser *vinculada com a normatização da imodificabilidade jurídica*”, e logo a seguir ele observa que “conforme minha compreensão a imodificabilidade jurídica dos atos contrários ao direito está condicionada por uma previsão de falhas de direito positivo [positivrechtlichen Fehlerkalkül]” (1923, p. 277).

O critério empregado por Merkl para justificar o emprego do termo “falha” consiste naquele da identificação do que seria o conforme ao direito. É a conformidade ao direito (*Rechtmäßigkeit*) o que opera como parâmetro para afirmar o que é correto ou não em termos de atos praticados, como indicador para determinar onde está a “falha” prevista pela teoria da previsão de falhas.³ Será tendo em conta essas considerações que Merkl irá oferecer uma definição de previsão de falhas nos seguintes termos:

Previsão de falhas [Fehlerkalkül] é [toda] aquela determinação de direito positivo que torna juridicamente possível imputar ao estado aqueles atos que não preenchem a soma dos pressupostos de direito positivo estabelecidos em outro lugar quanto ao seu surgimento, e deste modo de sua validade, [é] aquela [determinação] que permite conhecer tais atos como direito apesar de sua deficiência. Deve-se destacar que uma tal possibilidade apenas pode ser estabelecida por meio de uma determinação expressa de direito positivo, com outras palavras, que em caso de dúvida toda deficiência com respeito ao máximo, em termos de exigências de um ato, tratado [no contexto] como o mínimo, precise se encontrar coberta pelo direito positivo. (1923, p. 293. Veja também MERKL, 2018b, p. 213-214)

Após a apresentação de uma definição de “previsão de falhas”, a qual, cumpre apontar, enfoca no aspecto da necessidade de um fundamento de direito positivo para explicar a natureza jurídica, a validade da norma criada em contrariedade com o direito a ser aplicado, Merkl oferece um exemplo de previsão de falhas que não diz respeito a atos de aplicação do direito em que se cria uma norma individual, mas sim onde ocorre a criação de uma norma geral, bem como a indicação de como se pode identificar em um ordenamento jurídico normas que positivam a previsão de falhas:

³ Nesse sentido Merkl afirma: “deste modo a ciência do direito está autorizada e precisa verificar se os atos dados na ‘experiência’ do direito [...] são lógicos e ao mesmo tempo juridicamente corretos, sendo que a conformidade ao direito [Rechtmäßigkeit] é tomada em consideração como a medida do ‘correto’” (1923, p. 287). A respeito do emprego do termo “falha” em conexão com o emprego da teoria da previsão de falhas é necessário registrar que o próprio Merkl estava consciente da possibilidade de uma norma ser criada fora dos limites do direito a ser aplicado não em decorrência de um erro, de uma falha, mas sim intencionalmente. Desse modo ele afirma que a “origem do ilícito [praticado por um] órgão não demanda o erro, mas provavelmente também pode ser intencional, quando mesmo tendo em conta os casos de erros inconscientes por parte de órgãos do Estado, cuja profissão consiste na realização do direito no sentido mais amplo, os casos de desvio consciente e intencional em relação às normas se constituem em um número significativamente preponderante.” (MERKL, 2018, p. 209)

Uma típica formulação de direito constitucional da previsão de falhas com respeito a leis ocorre quando não se atribui a verificação de leis propriamente publicadas a determinados órgãos. Essa é sempre uma expressão suficientemente clara de que a constituição, sob certas circunstâncias, conta com a possibilidade da não-satisfação dos pressupostos indicados por ela para as leis, sem que tais leis aparentes devam ser consideradas nulas. Além disso, a previsão de falhas vem a ser expressa por meio da disponibilização de recursos jurídicos contra leis ‘inconstitucionais’, na possibilidade de sua suspensão por meio de juízos em virtude [de sua] inconstitucionalidade. (1923, p. 293-294)

Dois anos após *Die Lehre von der Rechtskraft* Merkl voltou a analisar o problema da aplicação do direito fora dos limites estabelecidos pelas normas a serem aplicadas. Em seu artigo “Erro judicial e verdade jurídica” (*Justizirrtum und Rechtswahrheit*) é inicialmente oferecida uma definição do que seria um erro judiciário:

[...] no que toca ao erro judicial não será de nenhuma maneira compreendido todo erro que ocorre por meio do exercício da jurisdição, mas pensa-se muito mais em certos deslizes da *jurisdição penal*, os quais consistem em um *juízo* que imputa um fato punível que de nenhuma maneira foi legalmente estabelecido, ou um *fato punível imputado a outra pessoa* que não aquela que o praticou; ou seja, trata-se do erro do juízo quanto à pessoa do autor [do fato], à condenação de um ‘inocente’. Além disso, como é bem sabido, o erro também pode residir em uma qualificação jurídica equivocada do ato ou em um manejo equivocado do direito processual. (MERKL, 2018b, p. 208)

Logo após essa passagem Merkl aponta que existem três espécies de erro com respeito à aplicação do direito, a saber, erros praticados pelo judiciário, pela administração e pelo legislativo:

Erros análogos àqueles da esfera do judiciário podem também ter lugar na esfera da administração, de tal modo que o erro judicial se depara – o que de acordo com o uso linguístico é totalmente incomum – com o erro administrativo como análogo [a ele]. Além disso, certos casos de erro são possíveis na esfera da legislação, terceira e mais elevada função estatal, na medida em que – em essência, não diferentemente do que ocorre em relação ao juiz [que ultrapassa] o direito material e formal que deve empregar – o legislador estabelece a constituição como uma moldura intransponível, a qual, ainda assim, não raramente será ultrapassada por leis específicas. (2018b, p. 208-209)

Merkl inicia a análise a respeito do erro judiciário, objeto de estudo do artigo em questão, por meio da colocação da seguinte questão: “O que justifica nesse caso a afirmação estereotipada, tal qual em todos os [casos] essencialmente semelhantes a ele, também quando não tão crassos: o *juízo* se equivocou?” (2018b, p. 210) A resposta dele a essa questão consiste em apresentar a atribuição de poder para decidir como o fundamento da natureza jurídica de tais atos. Dessa forma, é em virtude da atribuição de certa competência a determinado órgão ou agente do estado que se pode considerar jurídica não apenas a decisão

que envolve a aplicação de um direito existente, mas também, excepcionalmente, aquela decisão que deixa de aplicar tal direito, que se encontra fora dos limites do direito a ser aplicado no caso em questão. Merkl argumenta precisamente nesse sentido ao afirmar:

Como órgão, costuma-se indicar de modo aproximado uma pessoa ou uma pluralidade de pessoas, a qual age *regularmente* de modo competente em nome do Estado, na medida em que se comporta com a reivindicação de agir em nome do Estado. Se também cada uma dessas ações do órgão é conforme ao direito e nessa medida pode ser imputada ao Estado, isso não depende de tal terminologia. Ao contrário, as múltiplas formas de equívoco do ato conforme ao direito do órgão serão toleradas, [isso] no sentido de que as ações desse modo viciadas, apesar de sua deficiência, serão qualificadas como atos do órgão e os agentes, como [agindo na condição de membros de] órgãos. O caso do assassinato judicial mostra que o ato do órgão pode falhar completamente em sua meta, sem que isso gere qualquer registro na qualificação da ação como ato do órgão. Pois também o assassinato judicial deve, conforme as palavras que determinam esse termo, ser um ato judicial, mas um [ato] radicalmente viciado. Todavia, em sentido contrário, é necessário pressupor que o [agente] *competente* atue nos locais que lhe competem. (2018b, p. 210)

Merkl destaca que a identificação da autoridade competente não consiste no produto de observações externas à perspectiva jurídica, as quais atentam para aspectos formais como vestimentas ou locais, mas sim às determinações de direito positivo que atribuem competência, poder (em sentido jurídico) a determinados indivíduos.⁴

Também cumpre destacar que quanto à positivação da previsão de falhas Merkl observa novamente que ela não necessariamente decorre da previsão do tornar-se imodificável de um ato, eis que a previsão da possibilidade de um recurso com respeito a determinado ato já torna o ato em questão algo com significado jurídico, um ato jurídico e não um ato que parece possuir tal natureza.

A mais típica e mais disseminada previsão de falhas é o *recurso jurídico*. Aqui se deve somente pensar no recurso jurídico que está a serviço do controle jurídico – em oposição ao controle da finalidade –, o qual visa à correção de falhas jurídicas de uma ação que se estabelece sob o pretexto de agir em nome do Estado. Não é primeiramente com o uso [que a deficiência é sanada], pois já com a preparação de tal recurso jurídico sana-se naquilo que é essencial a deficiência que ele deveria corrigir. Pois ainda que seja possível que primeiramente com o uso do recurso jurídico se obtenha uma correção definitiva, ainda assim já existe uma correção provisória no mero possibilitar o recurso jurídico. O ato contra o qual a ordem jurídica disponibiliza um recurso jurídico será por isso dotado de relevância jurídica, será posto pela ordem jurídica como dotado de validade, mesmo que condicionada. [...] Exatamente na medida em que a ordem jurídica torna disponível, por meio do

⁴ “O disfarce da toga e da boina, o disfarce do uniforme, induziu a erro não somente os leigos em relação à prática [judicial], mas também, e muito frequentemente, os juristas com formação teórica. Não é o uniforme de funcionário e não é o prédio oficial que fazem o encarregado de uma função, e também não é a satisfação das condições de competência o que faz com que o agente se apresente como órgão competente, pois o órgão competente se manifesta a nós, primeiramente, muito mais na ação jurídica e incondicionalmente imaculada do órgão [estatal].” (MERKL, 2018b, p. 211-212)

recurso jurídico, uma possibilidade jurídica que permite eliminar um ato como [ato] contrário ao direito, ela cria a possibilidade de tratá-lo como ato jurídico com baixo grau de perfeição jurídica, podendo-se inclusive dizer: esse ato será conhecido como condicionalmente lícito até sua eventual suspensão em virtude do uso do recurso jurídico. No recurso jurídico se revela de maneira especialmente clara a função *homologatória* da previsão de falhas: a falha será, dessa maneira atenuada, na medida em que será prevista, pressuposta e, em certa medida, incluída no plano jurídico. (MERKL, 2018b, p. 214-215)

Por fim cabe referir que em uma de suas principais obras, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Merkl analisa novamente a questão de atos de aplicação do direito que ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Será no contexto da análise dessa temática que ele oferecerá outra formulação para a definição de uma previsão de falhas.

Por vezes denominei uma tal ratificação ou [um tal] tolerar jurídico-positivo de certos desvios do direito positivo *previsão de falhas* [*Fehlerkalkül*]. Desse modo se minimiza à condição de *ius dispositivum* as determinações *violadas* quanto às *condições* de um determinado ato válido a meros desejos com respeito a um ato ideal, sob certas circunstâncias, a saber, quando o desvio quanto ao que foi indicado juridicamente ao órgão de nenhum modo pode possuir as consequências jurídicas disciplinares. A ratificação do ato eivado de falha por parte do direito cria uma situação jurídica, tal como se o órgão houvesse desde o início antevisto a liberdade de escolha entre o expressamente previsto e o ato desviante do direito positivo [que foi] estabelecido pelo órgão, ou até mesmo como se ele possuísse a sua discricionariedade um outro ato. (MERKL, 1999, p. 196)

4 A TEORIA DA ATRIBUIÇÃO ALTERNATIVA DE PODER DE KELSEN

Tal como apontado na primeira seção deste texto, Kelsen foi responsável pelo primeiro passo dado na direção da formulação de uma teoria normativo-positivista que possuísse a capacidade de explicar a natureza jurídica dos atos de aplicação do direito que ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Foi partindo da identificação do problema, realizada por Kelsen, que Merkl teve a possibilidade de inicialmente oferecer observações pontuais sobre o tema e, posteriormente, formular uma teoria explicativa do tema, a teoria da previsão de falhas. A presente seção irá apontar de que maneira Kelsen analisou o tema em questão, indicando ao mesmo tempo os reflexos na teoria da atribuição alternativa de poder de Kelsen da teoria formulada por Merkl, bem como em que medida Kelsen ofereceu avanços e formulações explicativas adicionais sobre o tema.

Na primeira edição da *Teoria pura do direito* Kelsen trata do tema da aplicação do direito para além dos limites do direito a ser aplicado em uma seção dedicada ao estudo do “conflito entre normas de diferentes degraus” (2008, p. 94) da construção escalonada do direito, entre normas que possuem formas distintas, por exemplo, entre normas

constitucionais e leis, ou, empregando uma expressão de Kelsen, trata-se do “problema da norma contrária à norma, [...] da lei contrária à constituição, do decreto contrário à lei, da sentença ou ato administrativo contrário à lei ou ao decreto” (2008, p. 94). Seguindo Merkl com respeito à ideia de que a previsão de meios impugnatórios seria um fundamento normativo-positivo para a existência de normas que contrariam o direito a ser aplicado, tal como apontado acima, Kelsen destaca que a existência de tal espécie de normas válidas é o resultado de várias medidas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico para evitar ou restringir a criação de normas contrárias ao direito.

[...] o direito positivo [...] prevê [a existência de um] direito contrário ao direito [*rechtswidrigem Recht*] e confirma sua existência precisamente na medida em que ele adota uma série de medidas a fim de evitá-lo ou limitá-lo. Porém, na medida em que ele faz isso, na medida em que por algum motivo ele também permite que uma norma indesejável seja válida, ele retira desta o caráter de contrariedade ao direito. (2008, p. 94)

Kelsen observa que a denominada “contrariedade ao direito” não implica uma contrariedade a todo o direito, ou seja, não implica na existência de uma situação na qual não existiria qualquer fundamento jurídico que justificasse a validade da norma que está em contradição com uma norma hierarquicamente mais elevada. Ao invés disso, tal “contrariedade ao direito” é restrita e se encontra combinada com uma conformidade ao direito, pois existem normas de direito positivo, por exemplo, normas sobre a possibilidade de recorrer da criação de uma norma da espécie analisada, as quais justificam a relativa conformidade da norma criada com o ordenamento jurídico, entendendo-se aqui por conformidade o fato de a norma criada poder ser objeto de um recurso, o fato de tal norma produzir efeitos jurídicos e possuir um significado para o direito. Nesse sentido Kelsen afirma:

Quando, por exemplo, uma lei inconstitucional, i. e., uma lei válida é possível, a qual, seja através da espécie de seu vir a existir ou através de seu conteúdo, contraria a constituição válida, então esta situação não pode ser indicada de nenhuma outra maneira, do que de tal forma que a constituição não apenas quer a validade da lei constitucional, mas também – em algum sentido – da lei “inconstitucional”. (2008, p. 95)

Após observar a possibilidade de que uma “norma de um degrau inferior [da construção escalonada do direito] permaneça válida apesar de seu conteúdo ir de encontro com aquele [conteúdo] da norma do degrau superior” (2008, p. 97), Kelsen emprega uma expressão para tratar deste tema, a qual pode ser vista como a forma intermediária entre a

expressão “previsão de falhas” de Merkl e a noção posteriormente utilizada por Kelsen, aquela de uma atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*), tal como se pode observar na seguinte passagem: “Desse modo a determinação da norma inferior através da norma superior possui – também na relação entre lei geral e ato judicial ou administrativo individual – o caráter de uma prescrição-alternativa [*Alternativ-Vorschrift*].” (2008, p. 97-98)

Com respeito ao tratamento dado por Kelsen à temática da aplicação do direito fora dos limites do direito a ser aplicado também cumpre notar que já na primeira edição da *Teoria pura do direito* a imodificabilidade jurídica e a possibilidade de impugnação são apontadas como as duas vias de direito positivo para que se reconheça a natureza e o significado jurídico das normas criadas fora dos limites do direito a ser aplicado na situação em questão (2008, p. 97 e 2017, p. 474-475).

Kelsen irá retornar ao tema da atribuição alternativa de poder na *Teoria geral do direito e do estado* e na segunda edição da *Teoria pura do direito*, sendo oportuno referir neste contexto duas passagens de sua autoria nas quais são oferecidas observações sobre a situação em que uma norma individual criada se encontra em conflito⁵ com uma norma geral já existente.

A corte está autorizada pela ordem legal a decidir o caso de acordo com sua própria discricção, a condenar ou absolver o acusado, a decidir-se contra ou a favor do demandante, a ordenar ou a recusar-se a ordenar uma sanção contra o acusado ou defendido. A corte está autorizada a ordenar uma sanção contra o acusado ou defendido apesar da ausência de uma norma geral violada pelo último, contanto que a corte entenda ser a ausência de uma tal norma estipulando a obrigação do acusado ou defendido afirmada pelo promotor ou demandante insatisfatória, injusta ou não-equitativa. Isso significa que *a corte está autorizada a criar para o caso concreto a norma de direito substantivo* que ela considera satisfatória, justa ou equitativa. A corte funciona então como um legislador. (KELSEN, 1945, p. 145, grifos nosso)

O fato de que a ordem jurídica não contém qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de eletricidade pode igualmente ser visto enquanto iníquo ou errado, [tal qual ocorre quando se observa] o fato de que uma ordem jurídica contenha uma norma jurídica, a qual deve ser igualmente aplicada para o latrocínio quanto para o caso no qual um filho mata seu pai, o qual padece de uma doença incurável e atendendo a seu desejo. (KELSEN, 2017, p. 439)

Os dois textos acima citados destacam que decisões judiciais podem ser válidas não apenas quando elas aplicam certas normas gerais, mas também quando elas contrariam estas normas. Em uma reflexão sobre os temas do estado de direito e da separação dos poderes Kelsen comenta que tais situações de fato podem ser observadas como casos nos quais a

⁵ A afirmação de que as normas em questão estariam em conflito é aceita por Kelsen em algumas de suas obras, porém rejeitada em outras, o que é consequência de certa variabilidade quanto à posição adotada por ele a respeito da possibilidade de existirem conflitos entre normas. A esse respeito, cf. PAULSON, 1986, p. 229-247.

legitimidade democrática da aplicação do direito pode sofrer um impacto negativo. Nesse sentido Kelsen escreve:

O fato de que a norma geral a ser aplicada pelos órgãos administrativos e judiciários pode ser interpretada de diferentes maneiras por estes órgãos é uma das razões para a estrutura hierárquica dos processos administrativo e judicial, dentro da qual os sujeitos têm a possibilidade de apelar de uma autoridade administrativa ou judiciária inferior para uma superior, se eles consideram a decisão da autoridade inferior como não estando em conformidade com a norma geral a ser aplicada. Mas uma vez que esse apelo precisa chegar a um fim, a decisão da autoridade suprema precisa ser dotada de força de lei, independentemente dela se conformar com a norma geral a ser aplicada pela autoridade. *Não existe praticamente nenhuma possibilidade de limitar o poder discricionário de um órgão supremo administrativo ou judiciário*, cujas decisões têm força de lei. Essa instituição, geralmente aceita por todos os sistemas legais, incluindo aqueles das democracias mais radicais, pode debilitar o princípio do estado de direito onde – tal qual em uma democracia – os órgãos supremos do [poder] administrativo e judiciário não são idênticos com o órgão supremo legislativo, i.e., onde o princípio da separação dos poderes prevalece. (2006, p. 363, grifos nosso)

Quanto ao tema objeto da análise no presente artigo é de se observar, por um lado, que tanto na primeira edição da *Teoria pura do direito* quanto na *Teoria geral do direito e do estado* Kelsen não dedicou muito espaço ao tratamento do problema da criação de normas que se encontram fora da moldura das normas a serem aplicadas, mas por outro é preciso reconhecer que na segunda edição da *Teoria pura do direito* o tema recebeu um tratamento detalhado que pode ser comparado àquele desenvolvido por Merkl, estendendo-se por mais de uma dezena de páginas (KELSEN, 2017, p. 472-487).

Na segunda edição de sua grande obra Kelsen irá novamente analisar o problema da criação de normas fora dos limites estabelecidos pelas normas a serem aplicadas na circunstância em questão. Em uma observação geral prévia sobre essa abordagem de Kelsen cumpre apontar que diferentemente do que ocorre na maior parte dos textos de Merkl e do próprio Kelsen a respeito do tema, na segunda edição da *Teoria pura do direito* são oferecidos vários exemplos detalhados quanto às maneiras como o fenômeno que dá lugar ao emprego da previsão de falhas/atribuição alternativa de poder pode se manifestar no mundo dos fenômenos jurídicos.

Deixando de lado esse elemento geral é de se notar que em sua abordagem Kelsen divide a análise em duas partes, uma dedicada à explicação da natureza jurídica das decisões judiciais contrárias ao direito (2017, p. 472-478) e a outra relativa às leis contrárias à constituição (2017, p. 478-487), sendo que quando se compara as observações de Kelsen com aquelas previamente oferecidas por Merkl, o resultado a que se chega é que não ocorreram acréscimos ou alterações com respeito às ideias centrais sobre o tema que já haviam sido

expostas por Merkl, visto que assim como Merkl (e conforme acima apontado) também Kelsen identifica a existência de previsões normativas sobre impugnação (sobre o emprego de meios recursais) e sobre a imodificabilidade jurídica como fontes normativo-positivas para a afirmação da natureza jurídica de uma norma que é criada fora dos limites estabelecidos pelas normas a serem aplicadas no caso em questão.

Um dos poucos acréscimos oferecidos por Kelsen em relação aos comentários elaborados por Merkl consiste em uma análise em certa medida mais detalhada das leis contrárias à constituição, relativamente às quais Kelsen observa de modo apropriado que o controle da constitucionalidade das normas possui em geral um limite, com a consequência que leis (em realidade) inconstitucionais podem ser consideradas de modo provisório ou permanente como constitucionais, sendo que são as previsões normativas sobre a possibilidade de serem realizadas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade o que torna possível às leis inconstitucionais serem (ao menos temporariamente) observadas como normas válidas (KELSEN, 2017, p. 470-480). Sobre tais normas Kelsen também observa – retornando e retrabalhando uma ideia que já estava presente em *Sobre o ilícito do estado*, conforme já apontado – que uma das vias para se identificar a existência de uma atribuição alternativa de poder consiste na exclusão, em um ordenamento jurídico, da possibilidade de que outras autoridades que não o legislador controlem a constitucionalidade das leis criadas. Em tais situações é preciso reconhecer que o “o órgão legislativo encontra-se então em uma situação análoga àquela de um tribunal de última instância, cujas decisões possuem [a propriedade de serem] juridicamente imodificáveis” (KELSEN, 2017, p. 481).

É no contexto da discussão sobre a possibilidade de leis inconstitucionais que Kelsen expressa a ideia de uma atribuição de poder de natureza “alternativa” por meio da seguinte formulação:

A constituição atribui poder para o legislador também por meio de um outro procedimento do que aquele que está determinado diretamente pelas normas da constituição, a fim de criar normas, e também para dar a estas outro conteúdo do que aquele determinado diretamente pelas normas da constituição. Portanto essas normas da constituição apresentam apenas uma de duas possibilidades criadas pela constituição. As determinações constitucionais reguladoras do legislar possuem o caráter de determinações alternativas [*Alternativbestimmungen*]. A constituição contém uma regulamentação direta e uma [regulamentação] indireta do legislar; e o órgão legislativo possui a escolha entre ambas. (2017, p. 482)

Tendo em conta as observações acima apontadas sobre a criação de normas fora dos limites das normas a serem aplicadas cabe apontar que a escolha terminológica de Kelsen se

mostra mais adequada do que aquela realizada por Merkl. É mais adequado falar em “determinações alternativas” com respeito à atribuição de poder, pois não necessariamente a aplicação do direito que ocorre fora dos limites do direito a ser aplicado é o resultado de uma falha, de um erro de interpretação dos fatos ou das normas jurídicas a serem aplicadas, pois tal aplicação também pode ser o produto de uma decisão consciente de não aplicar as normas que regulam o tema em questão de certa maneira – esta situação é reconhecida por Merkl, tal como apontado acima (2018b, p. 209). Uma vez que não se mostra gramaticalmente adequado falar em um erro intencional, em um erro que foi praticado de modo proposital, mas apenas em uma norma que estaria “errada” (“errada”, pois em conflito em relação ao direito a ser aplicado), cumpre reconhecer o maior grau de precisão e clareza contido na noção proposta por Kelsen, na ideia de uma atribuição *alternativa* de poder, em relação à ideia de uma previsão de falhas, de uma previsão de erros, tal como proposto por Merkl.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apontado, o movimento inicial para a formulação da teoria da previsão de falhas/da atribuição alternativa de poder pode ser encontrado em um escrito de Kelsen onde ele procurou esclarecer a natureza jurídica dos atos praticados por agentes estatais que estariam em contrariedade com respeito ao direito a ser aplicado. A natureza jurídica e normativo-positiva de tais atos foi explicada por Kelsen por meio da identificação do fato de que em tal ordenamento jurídico determinados agentes estatais não possuiriam qualquer outra alternativa a sua disposição, outra que a alternativa que envolve a necessidade de tratar tais atos, tais normas, como normas válidas. O grande passo dado por Merkl consistiu em observar que tal impossibilidade de ignorar tais normas, de deixar de considerar tais normas válidas, era decorrente do fato de que o direito trata tais atos criadores de normas como dotados de significado jurídico precisamente na medida em que o direito estabelece meios jurídicos para por em questão a validade de tais atos e, junto a isto, também estabelece que tais atos podem eventualmente se tornar juridicamente imodificáveis. Além de ter oferecido análises mais detalhadas sobre o tema, principalmente na segunda edição da *Teoria pura do direito*, também é de se reconhecer que Kelsen apresentou uma formulação geral mais precisa sobre o fenômeno analisado. Conforme apontado, tais atos criadores de normas válidas são atos jurídicos, possuem significado para o direito, pois o direito atribuiu àqueles indivíduos e órgãos que os praticam um poder de criação de normas de natureza alternativa. O ordenamento jurídico atribuiu a tais sujeitos o poder para criar normas conforme certas

determinações gerais, porém o ordenamento jurídico também disponibilizou a tais sujeitos, dentro de certos limites – aqueles limites determinados pelas normas que disciplinam quais atos podem se tornar juridicamente imodificáveis ou ser postos em questão por meio de um recurso –, outra alternativa, outra via para a criação de normas válidas.

Por meio das análises e comentários acima oferecidos pode-se constatar que a teoria da atribuição alternativa de poder de Kelsen é o produto de um trabalho conjunto de Kelsen e Merkl, sendo que sua formulação final apenas foi possível graças aos constantes refinamentos e acréscimos desenvolvidos por ambos os autores.

REFERÊNCIAS

BUCHHEIM, Johannes. Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie. **Rechtstheorie**, Berlin v. 45, p. 59-78, 2014.

CADORE, Rodrigo Garcia. Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach: Andreas Fischer-Lescano trifft Adolf Merkl. **Rechtstheorie**, Berlin, v. 44, p. 541-565, 2013.

KELSEN, Hans. **Foundations of Democracy**. Originalmente publicado em 1955. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). **Verteidigung der Demokratie**. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 248-385.

_____. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

_____. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Originalmente publicado em 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Originalmente publicada em 1960. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

_____. **Über Staatsunrecht**. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt. Originalmente publicado em 1914. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). **Hans Kelsen Werke**. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 439-531.

KLETZER, Christoph. **Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory**. Ratio Juris, Oxford, v. 18, p. 46-63, 2005.

LIPPOLD, Rainer. Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze? Eine Untersuchung des Problems der verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre. **Der Staat**, [s.l.], v. 29, n. 2, p. 185-208, 1990.

_____. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000.

MERKL, Adolf Julius. A face dupla do direito. Um exame a partir da teoria epistemológica do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018^a. p. 148-170.

_____. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Originalmente publicada em 1927. Wien: Verlag Österreichisch, 1999.

_____. Das kaiserliche Patent vom 26. Juni 1913, und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung. Originalmente publicado em 1915. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften**. 3. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 3-17.

_____. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923.

_____. Die Verordnungsgewalt im Kriege. Originalmente publicado em partes, entre 1915 e 1919. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften**. 2. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 3-69.

_____. Erro judicial e verdade jurídica. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018b. p. 208-221.

_____. O direito à luz de sua aplicação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018c. p. 93-147.

PAULSON, Stanley L. On the status of the *lex posterior* derogating rule. In: TUR, Richard; TWINING, William (Eds.). **Essays on Kelsen**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 229-247.

REIMER, Philipp. Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 45, p. 383-414, 2014.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Contribuições de Merkl à teoria pura do direito. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2567-2595, 2019a.

_____. **Democracia e significação da liberdade no pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. **Rechtstheorie**, Berlin, v. 49, n. 3, p. 371-388, 2019b.

Submissão em 26/04/2019 / Aceito em 28/10/2020