



Revista Direito e Práxis

ISSN: 2179-8966

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Silva, Matheus Pelegrino da
Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito
Revista Direito e Práxis, vol. 10, núm. 4, 2019, Outubro-Dezembro, pp. 2567-2595
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: 10.1590/2179-8966/2019/36802

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350961332010>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto

Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito

Merkl's contributions to the pure theory of law

Matheus Pelegrino da Silva¹

¹ Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg, Breisgau, Alemanha. E-mail: matheuspelegrino@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5182-1982>.

Artigo recebido em 20/08/2018 e aceito em 10/03/2019.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumo

O artigo apresenta as principais contribuições de Merkl para a teoria pura do direito de Kelsen. O método empregado consiste na pesquisa bibliográfica dos escritos de Merkl e Kelsen, assim como da literatura relevante às matérias tratadas. Destaca-se a abrangência da influência de Merkl através da análise e comparação dos seus escritos com os de Kelsen. Aponta-se que a influência de Merkl sobre Kelsen não se limita à teoria da construção escalonada, pois ela também compreende as discussões sobre *lex posterior*, previsão de falhas/atribuição alternativa de poder e quanto à interpretação do direito.

Palavras-chave: Merkl; Kelsen; Teoria pura do Direito.

Abstract

The article presents Merkl's main contributions to Kelsen's pure theory of Law. The employed method consists in the bibliographical research of Merkl's and Kelsen's writings as well as the relevant literature on the subjects covered. The reach of Merkl's influence to Kelsen's legal theory is highlighted through an analysis and comparison of Merkl's with Kelsen's writings. It is pointed out that Merkl's influence on Kelsen is not restricted to the doctrine of the hierarchical structure, since it also comprises the discussions on *lex posterior*, error-calculus/alternative empowerment and legal interpretation.

Keywords: Merkl; Kelsen; Pure theory of Law.



1. Introdução

Quando se pretende compreender adequadamente uma série de teses sustentadas por Kelsen em sua teoria pura do direito é impossível deixar de reconhecer a importância do estudo dos escritos de Adolf Julius Merkl, tendo em vista que várias destas teses foram inicialmente formuladas por Merkl e, posteriormente, adotadas por Kelsen. Entretanto, apesar de existir um número significativo de estudos sobre Kelsen em língua portuguesa, pode-se notar que em regra as contribuições de Merkl não são levadas em conta quando se investiga a teoria pura do direito.¹ Com o presente texto pretende-se apontar as principais teorias formuladas por Merkl que foram posteriormente adotadas por Kelsen, a fim de ilustrar e justificar a afirmação da importância da análise das contribuições de Merkl para os estudos de teoria do direito em geral, bem como relacionados à teoria pura do direito. Na primeira seção deste artigo será oferecida uma breve biografia de Merkl, visto que até o momento não existe um texto desta natureza em língua portuguesa. Nas quatro seções subsequentes serão apresentadas as noções centrais de quatro teorias sustentadas por Merkl, a saber, as suas teorias relativamente à construção escalonada do direito, sobre a *lex posterior* e a natureza *a priori* imodificável do direito, a respeito da previsão de falhas e, por fim, quanto à interpretação do direito, bem como de qual modo elas foram posteriormente incorporadas por Kelsen em sua teoria pura do direito.

2. Breve Biografia de Adolf Julius Merkl

Adolf Julius Merkl nasceu no dia 23 de março de 1890 na cidade de Viena.² Durante sua infância, por conta da profissão de seu pai, o qual era cientista florestal, Merkl morou inicialmente em Naßwald junto ao Alpe Rax (*Naßwald an der Raxalpe*), no estado da Baixa Áustria (*Niederösterreich*). Após frequentar o colégio nessa cidade Merkl cursou o ginásio primeiramente em Wien-Josefstadt e, posteriormente, devido à transferência de

¹ Uma louvável exceção a essa regra pode ser encontrada na tese de doutorado de Gabriel Nogueira Dias, na qual se pode encontrar inúmeras indicações das contribuições de Merkl à teoria do direito de Kelsen. Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

² Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, p. 15.



seu pai para Wiener Neustadt (município a aproximadamente 50 Km de Viena), no ginásio desta cidade.³

Em 1908 Merkl iniciou seus estudos universitários na Universidade de Viena. Sua decisão foi de se dedicar aos estudos jurídicos, porém com a ressalva de paralelamente desenvolver estudos filosóficos⁴ e se ocupar com a proteção da natureza.⁵ Em maio de 1913 Merkl obteve o título de doutor em direito, “*exclusivamente por conta de um [número] quase exorbitante de disciplinas frequentadas e [graças ao] autoestudo*”.⁶ A partir desse mesmo ano ele começou a trabalhar no judiciário, inicialmente como estagiário judicial, porém posteriormente ocupando sucessivamente dez cargos distintos, o que lhe “*ofereceu a possibilidade de observar de perto todos os ramos da jurisdição*”.⁷ Desde 1915 até 1938 Merkl também desenvolveu atividade docente na *Volkshochschule Ottakringer Volksheim*.⁸

O primeiro contato de Merkl com Hans Kelsen ocorreu em 1911, por conta da primeira aula oferecida por Kelsen na Universidade de Viena.⁹ Além disso, cabe apontar que juntamente com Alfred Verdross e Leonidas Pitamic Merkl compôs o primeiro grupo de participantes do seminário particular organizado por Kelsen em sua casa, no semestre de inverno de 1914/15.¹⁰

Por conta de sua condição familiar, visto que seu pai havia falecido em 1909 e sua mãe sofria de uma perda auditiva progressiva, Merkl foi dispensado do serviço militar durante a primeira guerra mundial.¹¹ Foi precisamente durante o período da Primeira Guerra Mundial que Merkl elaborou os seus primeiros escritos¹², dentre os

³ Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften**. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. XXI. A partir de agora essa coletânea de escritos de Merkl será referida com a sigla AJM-GS.

⁴ Além de seu interesse por questões filosóficas Merkl também se ocupou com outros estudos, especialmente sobre filosofia e sobre as línguas francesa e inglesa. Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, p. 17 e 19. Grussman refere que a biblioteca pessoal de Merkl chegou a compreender mais de 5.600 títulos. Cf. Id. Ibid., p. 17, n. 23.

⁵ Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, p. XXI.

⁶ Id. Ibid., p. XXII. Essa e todas as outras as traduções que não estão acompanhadas da indicação da tradução para o português consultada são de minha autoria.

⁷ Id. Ibid., p. XXII.

⁸ Cf. Id. Ibid., p. XXII.

⁹ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, pp. 18-19.?

¹⁰ Cf. KELSEN, Hans. Autobiographie (1947). In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). **Hans Kelsen Werke**. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse. Band 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 55. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, p. 20.

¹¹ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, p. 21.

¹² Em sua autobiografia Merkl oferece uma série de comentários a vários dos textos por ele elaborados. Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, pp. XXIV-XLV. Sobre o



quais Kelsen destaca os seguintes, a fim de fundamentar sua afirmação de que tais textos evidenciavam ser Merkl “um verdadeiro gênio do pensamento jurídico-científico”¹³: “Sobre o problema da interpretação”¹⁴, “A imodificabilidade das leis – um princípio lógico-normativo”¹⁵, “O direito à luz de sua aplicação”¹⁶ e “A dupla face do direito. Um exame a partir da teoria epistemológica do direito”¹⁷. Kelsen sempre mostrou grande estima por Merkl, referindo-o como “meu aluno e amigo”¹⁸, e igualmente apontando Merkl como “cofundador”¹⁹ da teoria pura do direito.²⁰ Além disso, Kelsen também afirmou que a diferença apontada por Merkl entre criação do direito e aplicação do direito seria, conforme sua opinião, “uma das mais significativas contribuições para um conhecimento exato e [para uma] descrição objetiva do direito positivo”.²¹

tema cabe mencionar que desde o princípio Merkl se mostrou dotado de grande pendor crítico, sendo que um de seus primeiros escritos veio a ser censurado por iniciativa da promotoria pública. Nesse texto Merkl criticou algumas medidas adotadas pelo governo, por conta da natureza inconstitucional das mesmas e, por isto, a segunda parte do seu texto surgiu apenas com o título “O poder de elaborar decretos durante a guerra” (*Die Verordnungsgewalt im Kriege*) e com um espaço em branco em sinal editorial de protesto contra a censura. Cf. MERKL, Adolf Julius. Op. cit., p. XXV. PICHLER, Helmut. Merkl zur Verfassungs- und Verwaltungsgerichtbarkeit. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, pp. 249-253. WALTER, Robert. Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. In: Id. (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, pp. 9-12.

¹³ KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, Wien, Band X, 1960, p. 313.

¹⁴ Cf. MERKL, Adolf Julius. Zum Interpretationsproblem. Originalmente publicado em 1916. In: AJM-GS, p. 63-83. Esse texto é um dos escritos de Merkl recentemente traduzidos para o português. Cf. Id. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 9-27.

¹⁵ Cf. MERKL, Adolf Julius. Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normologisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herrn Prof. Dr. Weyr. Originalmente publicado em 1917. In: AJM-GS, p. 155-168. Id. A imodificabilidade das leis – um princípio lógico-normativo. Uma réplica ao Senhor Prof. Dr. Weyr. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 28-41.

¹⁶ Cf. MERKL, Adolf Julius. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. Originalmente publicado em cinco partes, entre 1916 e 1919. In: AJM-GS, pp. 85-146. Id. 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, 2018, pp. 93-147.

¹⁷ Cf. MERKL, Adolf Julius. Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes. Originalmente publicado em 1918. In: AJM-GS, pp. 227-252. Id. 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, pp. 148-170.

¹⁸ KELSEN, Hans. Selbstdarstellung (1927). In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). **Hans Kelsen Werke**. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse. Band 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 23.

¹⁹ KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, Wien, Band X, 1960, p. 313.

²⁰ Também Merkl mostrou grande apreço por Kelsen e por seu impacto na teoria do direito que ele desenvolveu, referindo-o como “estimado professor, mestre e amigo”. MERKL, Adolf Julius. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923, p. VII. Cf. WALTER, Robert. Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. In: Id. (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, p. 18, n. 42.

²¹ KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, Wien, Band X, 1960, p. 313. Nesse texto Kelsen também destaca a



A partir do final de 1918 Merkl trabalhou junto ao Chanceler da Áustria, Karl Renner, tendo participado dos trabalhos preparatórios e da redação da constituição da Áustria de 1920.²² Durante esse período ele obteve sua habilitação em direito, em 1919, por conta das suas inúmeras publicações e em razão de sua obra “*A constituição da República teuto-austríaca*”²³.²⁴ Já em 1920, na condição de *Privatdozent*, Merkl ofereceu sua primeira disciplina, sobre teoria geral do estado e do direito do estado austríaco, sendo subsequentemente apontado como *Professor* da Deutsche Technische Hochschule em Brünn e, no final de 1920, Merkl foi nomeado *außerordentlicher Professor* da Universidade de Viena.²⁵ Em 1932, após Kelsen ter deixado a Universidade de Viena, Merkl se tornou *ordentlicher Professor* da mesma universidade, sendo que sua nomeação foi produto, conforme sugere Merkl, do fato de que ele já havia recebido propostas do mesmo cargo da Universidade alemã de Praga e da Universidade de Marburg²⁶, bem como por ele ter expressado interesse em seguir o exemplo de Kelsen e deixar a Universidade de Viena.²⁷

Após a ocupação da Áustria, em abril de 1938, Merkl foi primeiramente suspenso de seu cargo e em dezembro de 1939 foi aposentado²⁸, por ser ele um dos maiores defensores da teoria kelseniana do direito e do estado, contra o nacional-socialismo, bem como em virtude de suas inúmeras manifestações públicas em favor da democracia e da constituição austríaca.²⁹ Além disso, Merkl foi proibido de se ocupar de

contribuição de Merkl para a teoria da imodificabilidade jurídica (*Rechtskraft*) e igualmente uma das principais obras de Merkl, seu livro *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Cf. Id., Ibid., pp. 313-314.

²² Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk.** Wien: Manz, 1989, pp. 25-29. KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, Wien, Band X, 1960, p. 315. SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts**. Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, pp. 356-357.

²³ Cf. MERKL, Adolf Julius. **Die Verfassung der Republik Deutschösterreich**. Ein kritisch-systematischer Grundriß. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919.

²⁴ Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, p. XXIII. Schambeck aponta que em uma carta Adolf Julius Merkl observa que elaborou esse livro apenas durante o período noturno. Cf. SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts**. Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, p. 356, n. 13.

²⁵ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, pp. 30-31.

²⁶ Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, p. XXIII.

²⁷ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, p. 34.

²⁸ Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, p. XXIII.

²⁹ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, pp. 36-40. SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts**. Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, pp. 359-360.



atividades jornalísticas³⁰, sua casa foi objeto de uma inspeção da Gestapo³¹ e ele se viu obrigado a trabalhar como assistente para matérias fiscais.³²

Em 1941 Merkl foi considerado para ocupar um cargo de professor na Universidade de Tübingen, o qual ele efetivamente assumiu a partir de 1943³³, tendo permanecido no cargo após a ocupação de Tübingen, em abril de 1945, até 1950³⁴, quando então retornou para a Universidade de Viena, tendo se aposentado em 1961³⁵, porém continuando a lecionar até 1965.³⁶

Em seus últimos anos de vida Merkl recebeu os títulos de doutor *honoris causa* das Universidades de Innsbruck, Tübingen, Salzburg e Tessalônica³⁷, tendo falecido no dia em 22 de agosto de 1970, em Viena, sua cidade natal.

Além de ter oferecido importantíssimas contribuições para o avanço das pesquisas de teoria do direito e direito administrativo³⁸, Merkl também se dedicou a outras áreas de pesquisa, notadamente ao direito constitucional³⁹ e à análise de problemas de ética jurídica⁴⁰, bem como publicou textos voltados ao estudo de questões

³⁰ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk.** Wien: Manz, 1989, p. 40.

³¹ Cf. HUBER, Andreas. **Rückkehr erwünscht.** Im Nationalsozialismus aus „politischen“ Gründen vertriebene Lehrende der Universität Wien. Wien: LIT, 2016, p. 267.

³² Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, p. XXIII.

³³ Cf. Id. Ibid., p. XXIII.

³⁴ Cf. Id. Ibid., pp. XXIII-XXIV.

³⁵ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk.** Wien: Manz, 1989, pp. 45-46.

³⁶ Cf. SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts.** Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, p. 361.

³⁷ Cf. Id. Ibid., pp. 366-367. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk.** Wien: Manz, 1989, pp. 47-48. Além desses títulos honoríficos cabe mencionar que mais de trinta eulogias (durante sua vida e fúnebres) enalteceram Merkl e suas contribuições. Cf. Id. Ibid., pp. 152-153. Ademais, dois de seus livros, *Die Lehre von der Rechtskraft e Allgemeines Verwaltungsrecht* foram objeto de mais de vinte resenhas. Cf. Id. Ibid., pp. 154-155.

³⁸ Uma das principais obras de Merkl, sua *Allgemeines Verwaltungsrecht*, na qual ele empregou o método desenvolvido por Kelsen em sua teoria pura do direito ao tratamento do direito administrativo, foi traduzida para o espanhol e para o tcheco. Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, pp. XXXI-XXXII. Sobre a teoria do direito administrativo desenvolvida por Merkl, cf. DREIER, Horst. Merkls Verwaltungslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 55-88. JABLONER, Clemens. Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige österreichische Dogmatik des Verwaltungsrechts. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 37-53. MERKL, Adolf Julius. **Allgemeines Verwaltungsrecht.** Originalmente publicada em 1927. Wien: Verlag Österreichisch, 1999.

³⁹ Cf. MAYER, Heinz. Merkl zu den Baugesetzen des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 145-157. SCHÄFFER, Heinz. Merkls Darstellung und Kritik des B-VG 1920 und seiner Entwicklung. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 159-211. LESER, Norbert. Merkls Analyse der ständisch-autoritären Verfassung 1934. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 213-229. PICHLER, Helmut. Merkl zur Verfassungs- und Verwaltungsgerichtbarkeit. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 249-265.

⁴⁰ Cf. SCHAMBECK, Herbert. Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit.** Wien: Manz, 1990, pp. 267-275. Sobre o modo como Merkl trabalhou a



de relevância geral.⁴¹ Nesse sentido se destacam principalmente seu engajamento em favor de causas ambientais⁴², suas manifestações públicas sobre questões políticas da atualidade⁴³ e contra o consumo de bebidas alcoólicas.⁴⁴

3. A Teoria da Construção Escalonada do Direito

O principal ponto com respeito à influência de Merkl sobre a teoria pura do direito de Kelsen, reconhecido pelo próprio Kelsen (conforme acima apontado), consiste na teoria da construção escalonada do direito (*Stufenbaulehre*)⁴⁵, a qual torna possível expressar

relação entre teoria pura do direito e jusnaturalismo, cf. WALTER, Robert. Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. In: Id. (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, p. 18, n. 44.

⁴¹ Entre livros, artigos, resenhas e textos de outra natureza a obra de Merkl compreende mais de 500 títulos. A lista mais completa dos escritos de Merkl pode ser encontrada em um dos volumes da série de escritos organizada pelo Instituto Hans Kelsen. Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. Chronologische Bibliographie der Werke Merkl. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, pp. 279-319. Também merece menção a republicação de dezenas de escritos de Merkl (juntamente com escritos de Verdross e Kelsen) em *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* e, posteriormente, a republicação de mais de 400 de seus escritos, em seis tomos, em *Gesammelte Schriften*. Sobre essa última coletânea, cf. PAULSON, Stanley L. Review of: Merkl, Adolf Julius, *Gesammelte Schriften*, vols. 1-2 (four “part-volumes”), in *Ratio Juris*, 17, 2004, pp. 263-267.

⁴² Exemplificativamente cabe mencionar que em 1923 Merkl desenvolveu o projeto original de um regulamento estadual para a proteção da natureza, o qual, com poucas modificações, tornou-se lei no estado da Niederösterreich, tendo posteriormente influenciado a elaboração da lei imperial de proteção da natureza. Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, pp. XLIV-XLV. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, pp. 31-32. Sobre o engajamento de Merkl em favor de causas ambientais, cf. SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts**. Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, pp. 362-364. WALTER, Robert. Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. In: Id. (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, p. 35. UNKART, Ralf. Merkl und die rechtliche Fundierung des Naturschutzes. In: WALTER, Robert (Hrsg.), **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, pp. 235-248.

⁴³ Cf. GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. **Adolf Julius Merkl. Leben und Werk**. Wien: Manz, 1989, pp. 35-38. Dentre esses temas se destacam os textos de Merkl que trataram do problema dos refugiados. Cf. MERKL, Adolf Julius. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: AJM-GS, pp. XXIII-XXIV. SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts**. Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, p. 362.

⁴⁴ Cf. WALTER, Robert. Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. In: Id. (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, p. 35. LESER, Norbert. **Skurrile Begegnungen. Mosaike zur österreichischen Geistesgeschichte**. Wien, Köln und Weimar: Böhlau, 2011, pp. 122-123.

⁴⁵ A teoria da construção escalonada do direito é sem dúvida a contribuição de Merkl mais estudada pela literatura especializada. Dentre as dezenas de escritos sobre o tema cumpre referir os seguintes: cf. BEHREND, Jürgen. **Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens**. Berlin: Duncker & Humblot, 1977. BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998, pp. 91-120. BOROWSKI, Martin. Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael (Hrsg.). **Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 122-159. DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 197-214. MAYER, Heinz. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 1992, pp. 37-



teoricamente a natureza dinâmica do direito, permitindo que se perceba e explique as relações entre normas jurídicas particulares como formas de manifestação de uma “*autocriação (escalonada) do direito*”.⁴⁶ Graças a essa concepção do direito, a qual o explica como um fenômeno dinâmico, Merkl afirma que o direito possui (em regra) uma face dupla, pois as normas jurídicas se mostram por um lado como criação do direito, visto que elas diferem das normas já existentes, e, por outro lado, elas se mostram como aplicação do direito, pois tais normas surgem através do emprego de normas jurídicas já existentes.⁴⁷

O movimento de autocriação do direito é qualificado por Merkl como uma “*autocriação (escalonada)*”, eis que existe uma diferença de degraus entre o direito em certo ponto já criado e o direito que vem a ser criado, especificamente, pois entre a criação do direito e a aplicação do direito existe uma relação hierárquica, de acordo com a qual um degrau da construção jurídica contém em si certo universo de possibilidades, certa moldura, sendo que uma destas possibilidades será utilizada para a criação de uma norma que pertencerá ao degrau subsequente da construção escalonada do direito. Conforme a teoria da construção escalonada do direito, a criação do direito ocorre através da aplicação do direito já existente em um processo que se orienta no sentido

46. ÖHLINGER, Theo. **Der Stufenbau der Rechtsordnung**. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte. Wien: Manz, 1975. PAULSON, Stanley L. How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law. *Revus*, [s.l.], n. 21, 2013, pp. 29-45. Id. Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, pp. 93-105. WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. 2. Unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974. WIEDERIN, Ewald Wiederin. Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls. In: GRILLER, Stefan; RILL, Heinz-Peter (Hrsg.). **Rechtstheorie: Rechtsbegriff-Dynamik-Auslegung**. Wien: Springer, 2011, pp. 81-134.

⁴⁶ MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 293. Para a versão em alemão desse texto, cf. Id. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. Originalmente publicado em 1931. In: AJM-GS, pp. 437-492.

⁴⁷ A observação do direito como um fenômeno dinâmico, de tal forma que atos jurídicos possam ser vistos ao mesmo tempo e sob perspectivas diferentes como aplicação de um direito existente e criação de um direito novo, já se encontrava presente em “Sobre o problema da interpretação” e “O direito à luz de sua interpretação”, na medida em que se concebia a interpretação como um ato não apenas cognitivo, mas também volitivo, porém é com “A face dupla do direito” que ela recebe destaque especial. Cf. MERKL, Adolf Julius. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 17. Id. 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, 2018, p. 104. Id. A face dupla do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 166.



de um progressivo avanço do abstrato para o concreto, das normas mais gerais em direção às normas mais particulares, até se chegar à norma individual.⁴⁸

Com seu escrito “Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito” Merkl oferece uma apresentação panorâmica dos elementos centrais da teoria da construção escalonada do direito. Nesse texto é destacado que as normas jurídicas possuem formas distintas em virtude dos critérios para sua elaboração – Merkl utiliza a expressão “*formas da proposição jurídica*”⁴⁹ –, e que as diferenças entre as formas decorrem das diferenças com respeito aos critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico para a elaboração de tais normas.⁵⁰ É a partir do reconhecimento da existência de diferentes formas da proposição jurídica que Merkl argumenta no sentido da possibilidade de perceber o ordenamento jurídico como possuindo a estrutura de uma construção escalonada na qual cada forma jurídica corresponde nesta construção a um degrau, e os degraus são diferenciados a partir das relações de condicionalidade estabelecidas entre as diferentes formas da proposição jurídica.⁵¹

Partindo do reconhecimento do fato de que as mudanças de degrau dizem respeito a relações de condicionalidade, Merkl afirma que a representação completa do direito envolve, em certos casos concretos, reconhecer a existência de duas construções escalonadas do direito: uma construção escalonada do direito conforme a capacidade que cada norma com certa forma da proposição jurídica possui de ser aplicada para criar outras normas (a construção escalonada segundo a condicionalidade jurídica), e uma construção escalonada do direito conforme a capacidade que cada norma com certa forma da proposição jurídica possui de derrogar outras normas com outras formas da proposição jurídica (a construção escalonada conforme a força derrogatória).⁵²

⁴⁸ Cf. MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 280-281.

⁴⁹ Id. Ibid., p. 257. Kelsen irá incorporar essa noção à sua teoria do direito, porém utilizando outra expressão, “formas de criação do direito” (Rechtserzeugungsformen). Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** 2. Aufl. Originalmente publicada em 1960. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 499. Essa obra de Kelsen será a partir de agora referida com a sigla “RR2”.

⁵⁰ Cf. MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 265.

⁵¹ Cf. Id. Ibid., pp. 260-263.

⁵² “Entre as proposições jurídicas particulares encadeadas dessa forma não existe meramente uma [prioridade] temporal, mas sim, especialmente, a *prioridade* tanto quanto a *posterioridade lógica*. Na medida em que uma proposição jurídica não pode ser pensada sem a [proposição jurídica] precedente, ou seja, [na medida em] que deve a ela [à proposição precedente] sua validade, ela [a proposição precedente] pode ser pensada como superior, e a proposição jurídica dela dependente [pode ser pensada] como a proposição jurídica inferior, ou [então, seguindo] as expressões de Bierling, elas podem ser julgadas,



Essa afirmação sobre a eventual necessidade de representar o ordenamento jurídico por meio de duas construções escalonadas é o produto de uma situação que pode estar prevista em um ordenamento jurídico, por conta da qual normas com duas formas da proposição jurídica se encontram, exemplificativamente, em um mesmo degrau da construção hierárquica conforme a condicionalidade jurídica, porém em degraus diferentes tendo em vista a construção escalonada conforme a força derogatória. Uma situação dessa espécie poderia ocorrer, por exemplo, caso em um ordenamento jurídico leis federais e estaduais pudessem ser criadas a partir da aplicação direta de normas constitucionais – ou seja, as duas formas da proposição jurídica pertenceriam ao mesmo degrau da construção escalonada conforme a condicionalidade jurídica –, porém as duas espécies de leis possuíssem diferentes forças derogatórias, de tal modo que caso já existisse uma lei federal regulando certa questão, então não seria possível criar uma lei estadual para regular a mesma questão de outro modo, ao passo que caso existisse uma lei estadual regulando certa questão e, posteriormente, fosse criada uma lei federal para regular a mesma questão de modo distinto, então esta lei federal derogaria a lei estadual.⁵³

Com respeito à recepção da teoria da construção escalonada do direito na teoria do direito de Kelsen existem dois pontos principais a serem notados. Em primeiro lugar é necessário reconhecer que de fato Kelsen adota a concepção de que as normas jurídicas se encontram vinculadas umas às outras em relações hierárquicas, porém

respectivamente, como a norma superordenada e [a norma] subordenada. Uma proposição jurídica será qualificada como superior caso, sem sua existência, não seja de modo algum possível atribuir a determinados comportamentos o sentido de uma proposição jurídica, e evidentemente essa qualificação de superioridade de fato só ocorre em relação àquela proposição jurídica que recebe o caráter de proposição jurídica pela correspondência com ela [pela correspondência com a proposição superior]. A série das proposições jurídicas condicionantes e condicionadas se põe primeiramente como uma *série graduada* – figurativamente falando, como *hierarquia de atos superiores e inferiores*. Diferenças graduais, as quais permitem uma qualificação dos atos como relativamente superiores e inferiores, não apenas se destacam sob o ponto de vista de um julgamento lógico de suas relações de dependência, mas também como um julgamento jurídico de sua capacidade de estabelecer o direito. Uma proposição jurídica que possui força derogatória frente a outra proposição jurídica, ao passo que essa outra proposição jurídica não possui qualquer força derogatória frente àquela, é por este motivo gradualmente [quanto à série hierarquizada] superior, e a proposição jurídica derogável, em comparação com a proposição jurídica derogante, é gradualmente [quanto à série hierarquizada] inferior". Id. Ibid., pp. 286-287.

⁵³ A possibilidade de representar um ordenamento jurídico por meio de duas construções escalonadas foi analisada de modo detalhado por Robert Walter. Cf. WALTER, Robert. *Der Aufbau der Rechtsordnung*. 2. Unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974, pp. 55-60 e 65-66. Id. *Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl*. *Österreichische Juristen-Zeitung*, [s.l.]. 20. Jg. 6, n. 7, 1965, pp. 169-174. Sobre o tema cumpre ainda referir os seguintes textos: cf. KAMMERHOFER, Jörg. *Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts*. In: JABLONER, Clemens et al. (Hrsg.). *Gedenkschrift Robert Walter*. Wien: Manz, 2013, pp. 237-256. WIEDERIN, Ewald Wiederin. *Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls*. In: GRILLER, Stefan; RILL, Heinz-Peter (Hrsg.). *Rechtstheorie: Rechtsbegriff-Dynamik-Auslegung*. Wien: Springer, 2011, pp. 104-121.



também se deve observar que ele apenas trata das relações entre as normas tendo em conta a construção escalonada segundo a condicionalidade jurídica, não abordando em nenhum momento a possibilidade de normas com diferentes formas da proposição jurídica estarem em uma relação hierárquica distinta com respeito à construção escalonada conforme a força derrogatória.⁵⁴

Além disso, cumpre notar que em sua teoria pura do direito Kelsen parte da ideia de que a maneira adequada para expressar a estrutura dos ordenamentos jurídicos consiste em utilizar a noção de uma construção escalonada e hierárquica entre as normas de tal ordenamento jurídico, ao passo que nos textos de Merkl se encontra a discussão sobre quais são as condições que precisam ser satisfeitas, a fim de poder ser afirmado que a apresentação de certo ordenamento jurídico envolve o recurso à noção de uma construção escalonada e hierárquica, visto que tal característica não é algo que se pode afirmar *a priori* como pertencente a todos os ordenamentos jurídicos, mas apenas tendo em conta as características presentes em cada ordenamento jurídico em particular.⁵⁵

Sobre a teoria da construção escalonada do direito cabe por fim referir que em *"O sistema de uma teoria pura do direito de Hans Kelsen"* Merkl resenha uma das obras de Kelsen, *"O problema da soberania e a teoria do direito internacional público, contribuição para uma teoria pura do direito"*, e neste contexto ele destaca o fato de Kelsen ter adotado a teoria da construção escalonada, modificando-a por meio da inclusão, na teoria em questão, do degrau do direito internacional público, oferecendo assim uma compreensão teórica da dinâmica jurídica que toma em conta não apenas um ordenamento jurídico nacional, mas também as relações existentes entre este ordenamento e o direito internacional público.⁵⁶

⁵⁴ Cf. RR2, p. 396.

⁵⁵ Essa característica é apontada por Merkl nas seguintes passagens: “A construção escalonada do direito não é algo imanente ao direito, algo que o estabelecimento do direito sempre precisasse aceitar, mas sim é, ela própria, um produto arbitrário do ordenamento jurídico, [algo] capaz de modificação”. MERKL, Adolf Julius. Prolegómenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 299. “Falando em termos concretos, depende exatamente da mesma maneira de um estatuto de direito positivo aleatório se, no final das contas, leis, decretos, sentenças judiciais e atos administrativos são partes constitutivas de um ordenamento jurídico, tal como sobre em quais relações se encontram esses atos uns com os outros”. Id. Ibid., p. 283.

⁵⁶ “Em comparação com a construção jurídica incomumente restritiva que Kelsen havia oferecido nos ‘Hauptproblemen der Staatsrechtslehre’, conforme a qual o legislar – como [algo] que se encontra fora do plano jurídico – não mais era observado como uma função jurídica e estatal, a por Kelsen agora tentada integração do direito internacional público no sistema jurídico, como degrau mais elevado da hierarquia jurídica, significa uma *ampliação incomparável* do *edifício jurídico* – [que] conforme a construção presente



4. Lex posterior e a teoria da natureza a priori imodificável do direito

Relacionado à teorização do fenômeno da criação do direito a partir da aplicação do direito, encontra-se nos escritos de Merkl o tratamento do problema do conflito entre normas e da natureza das regras de solução destes conflitos, tal como é o caso, notadamente, com a norma *lex posterior derogat legi priori*.⁵⁷ Orientando-se por um dos postulados centrais do modelo de reflexão teórica promovido por Kelsen, aquele da positividade⁵⁸, Merkl argumenta que o emprego da norma *lex posterior* apenas se justifica caso exista no ordenamento jurídico a previsão expressa da validade de tal norma. Tendo em conta esse raciocínio, Merkl sustenta que a única maneira de afirmar que uma norma que surge, a qual se encontra em conflito com uma norma já existente, tem de ser observada como uma norma que derroga a outra norma, é caso a norma que afirma *lex posterior derogat legi priori* se encontre positivada no ordenamento jurídico em questão. Nesse caso, e apenas nesse caso, argumenta Merkl, pode-se observar o autor da norma posterior como tendo recebido do ordenamento jurídico a atribuição de poder para modificar o direito já existente e, consequentemente, como sendo ele capaz

[se mostra] inesperadamente amplo –, pois nessa construção o legislar, por exemplo, que atualmente é considerado a mais elevada função, nem de longe ocupa o andar mais elevado! Para mim, é uma grande satisfação que nosso autor, nessa sua construção, tenha se baseado, entre outros, em meus trabalhos prévios a respeito da construção escalonada do direito, ainda que sua construção, por meio do *retirar-se* do confinamento do *ordenamento do direito do Estado*, por meio do *avançar* para a esfera do *direito internacional público* – um passo adiante, o qual ainda não tentei, cuja possibilidade ainda não havia considerado –, signifique um *avanço essencial*". MERKL, Adolf Julius. O sistema de uma teoria pura do direito de Hans Kelsen. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 196-197. Para a versão em alemão desse texto, cf. Id. Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie. Originalmente publicado em 1921. In: AJM-GS, pp. 291-316.

⁵⁷ Sobre o tema cumpre referir os seguintes textos: cf. LIPPOLD, Rainer. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000, pp. 402-407. 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, pp. 229-247. VRANES, Erich. Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, [s.l.], v. 65, 2005, pp. 391-405.

⁵⁸ Afirmando a positividade como característica essencial ao direito significa afirmar que apenas podem ser consideradas como normas válidas aquelas normas que foram postas, criadas por uma autoridade ou particular que recebeu do ordenamento jurídico a atribuição de poder para criar tais normas. A esse respeito Kelsen afirma: "Uma norma estabelecida por meio de um ato de vontade efetivamente existente é uma norma *positiva*. Do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico somente vem a ser tratado como objeto do conhecimento somente as normas positivas, i.e. aquelas [normas] postas por meio de atos de vontade, e de fato por atos de vontade humanos". KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz, 1979, p. 4.



de elaborar normas que se encontram no mesmo degrau da construção jurídica escalonada que as normas que ele pretende derrogar.⁵⁹

Com seu escrito “*A imodificabilidade das leis – um princípio lógico-normativo*” Merkl almeja fundamentalmente argumentar no sentido de que a derrogabilidade de uma norma é a exceção, a qual tem de ser indicada de modo expresso no ordenamento jurídico, sendo a permanência das normas a regra geral. É por essa razão que ele afirma que em todos os casos nos quais o ordenamento jurídico não estabelece expressamente a possibilidade de modificar ou derrogar uma norma constitucional, isto significa que a partir de tal ordenamento jurídico não é possível modificar ou derrogar esta norma.⁶⁰

Já em “*A unidade jurídica do estado austríaco*”, texto no qual Merkl volta a analisar a hipótese de que a norma *lex posterior derogat legi priori* seria um princípio lógico, algo a ser pressuposto, ele irá tratar da questão do conflito entre normas mais recentes e mais antigas tendo em conta o direito austríaco e as constituições que em diferentes momentos ocuparam a posição de fonte normativa mais elevada. Nesse escrito se destaca o fato de Merkl (diferentemente de Kelsen) operar com duas definições de estado, uma jurídica e outra histórico-política.⁶¹ É precisamente por meio

⁵⁹ Essa ideia é afirmada de modo indireto por Merkl no contexto em que ele discute a respeito da possibilidade de modificar uma constituição, quando tal modificação não se encontra prevista pela mesma. “Desse modo chegamos ao principal ponto de nossos resultados: *Sem atribuição de poder por parte da constituição não existe qualquer modificação da constituição*. Essa é claramente a mais forte ‘vinculação’ do legislador, especialmente do chamado legislador constitucional, mas também, ao mesmo tempo, a mais forte expressão da soberania da constituição. [...] Caso a constituição apresente o fundamento cognitivo do direito, então esse fundamento cognitivo somente pode vir a ser *outro* [fundamento cognitivo] *por força* da constituição. O legislador *obtém* sua competência a partir da constituição: portanto, ele pode modificar a constituição, no máximo, quando ela atribui a ele poder para tal. A constituição não precisa proibir expressamente uma modificação constitucional a fim de torná-la impossível; ela apenas precisa não autorizá-la expressamente – e [por isto] ela será impossível”. MERKL, Adolf Julius. A imodificabilidade das leis – um princípio lógico-normativo. Uma réplica ao Senhor Prof. Dr. Weyr. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 34.

⁶⁰ “Weyr observa a proposição [normativa] constitucional que postula a imodificabilidade como modificável – ela não pode invalidar seu princípio lógico por meio de uma proposição normativa [criada] para o caso concreto; eu, ao contrário, postulo uma *proposição normativa* a fim de chegar ao conhecimento da modificabilidade, tendo em vista uma constituição que silencia a respeito de sua modificabilidade; pois, para mim, a imodificabilidade é um princípio lógico-normativo. Mas, se para mim a modificação de uma constituição que silencia a respeito de sua possibilidade de ser modificada é algo impensável, então a imodificabilidade, no caso concreto, tornar-se-á para mim, em virtude do estatuir, em conformidade à constituição, a modificabilidade (da constituição, e da mesma maneira das outras leis), uma contrariedade à norma, a qual, a fim de perder tal caráter, precisa adotar as formas de modificação da constituição”. Id. *Ibid.*, p. 38.

⁶¹ “A palavra Áustria somente é um nome próprio em sentido histórico-político; em sentido jurídico ela precisa ser vista como o nome de um gênero, porém com uma restrição, conforme a qual somente *uma* dessas ‘Áustrias’ apresenta o *Estado atual*, as restantes sendo formações estatais *históricas*”. MERKL, Adolf Julius. A unidade jurídica do Estado austríaco. Uma investigação de direito do Estado baseada na teoria da *lex posterior*. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 78. Para a versão em alemão desse texto, cf. Id. *Die Rechtseinheit*



dessa diferenciação que Merkl argumenta que em sentido histórico-político a Áustria teria permanecido sendo o mesmo estado, apesar das modificações jurídicas ocorridas, porém no sentido jurídico não seria possível falar em uma continuidade.⁶² Essa afirmação encontra fundamento no modo como Merkl comprehende que as transições de um dispositivo normativo supremo (nem sempre se tratou expressamente de uma constituição) para o seguinte não necessariamente ocorreram conforme as normas que determinavam a modificabilidade da constituição. Assim, caso o postulado *lex posterior derogat legi priori* não seja cogente, segue-se que aquilo que se apresentou como transição de uma constituição para a seguinte se constitui em verdade em uma ruptura com o ordenamento jurídico anterior.⁶³

Com respeito à maneira como Kelsen abordou o tema da norma *lex posterior derogat legi priori*, é de se observar que inicialmente tal norma foi tratada por ele como uma característica lógica dos ordenamentos jurídicos, algo a ser pressuposto.⁶⁴ Somente após a publicação dos escritos de Merkl acima referidos Kelsen modificou sua posição, reconhecendo que tal norma não poderia ser pressuposta, visto que ela apenas poderia ser empregada caso o ordenamento jurídico de fato incluísse sua previsão.

Quanto à matéria ainda é necessário registrar que a mudança de posição de Kelsen não foi definitiva, eis que posteriormente ele mais uma vez voltou a sustentar a natureza lógica da norma em questão⁶⁵ e, por fim, em seus últimos escritos sobre a matéria, Kelsen adotou uma postura intermediária, sustentando então que de fato a norma *lex posterior derogat legi priori* deveria ser positivada, porém que tal positivação poderia, segundo sua perspectiva, ocorrer de modo implícito, exemplificativamente,

des österreichischen Staates. Eine staatliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der *lex posterior*. Originalmente publicado em 1918. In: AJM-GS, pp. 169-225.

⁶² “A teoria do direito estatal dominante cria agora uma ponte sobre brechas da espécie descrita, a qual ultrapassa – na prática – salta sobre – a unidade jurídica, porém sem perceber (por isso as bordas da brecha permanecem plenamente não vinculadas), [e] ela opera tanto com Estados centralizados de diferentes maneiras [do ponto de vista do] direito constitucional, tal como [o faz] a teoria social do Estado, [a qual] se relaciona [com a teoria do direito estatal] e abstrai do modo de compreensão os momentos do direito constitucional. Para ela, basta a identidade histórico-política, supor uma pessoa estatal [a qual é] completamente atribuída ao indivíduo histórico-político, e as gritantes dissonâncias jurídicas, a evidente descontinuidade do próprio direito desse indivíduo estatal, não são capazes de confundi-la com base nessa pressuposição”. MERKL, Adolf Julius. A unidade jurídica do Estado austríaco. Uma investigação de direito do Estado baseada na teoria da *lex posterior*. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 51.

⁶³ Cf. Id. Ibid., p. 44, n. 3 e p. 67

⁶⁴ As diferentes posições adotadas por Kelsen com respeito à *lex posterior* são apontadas e analisadas detalhadamente por Paulson em um texto dedicado ao tema. Cf. 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, pp. 229-247.

⁶⁵ Cf. RR2, pp. 369-373.



caso o legislador elaborasse uma norma que estaria em conflito com uma norma já existente, pois ele havia pressuposto que com a elaboração da nova norma ele estaria derrogando a norma anterior.⁶⁶

5. A teoria da previsão de falhas

Outra teoria primeiramente desenvolvida por Merkl e posteriormente incorporada por Kelsen à sua teoria pura do direito é a teoria da previsão de falhas (*Fehlerkalkül*)⁶⁷, abordada por Kelsen com a expressão “*Alternativbestimmungen*”⁶⁸ e referida comumente com a expressão “*atribuição alternativa de poder*” (*alternative Ermächtigung*).⁶⁹ Essa teoria tem por propósito explicar a natureza e os motivos pelos quais decisões de autoridades judiciais ou administrativas, as quais se mostram contrárias ao direito, ou seja, decisões nas quais as autoridades que criaram certas normas não observaram a atribuição de poder a elas atribuída, mas sim a ultrapassaram, ainda assim possuem natureza jurídica, consistem em instâncias do fenômeno da criação do direito. Conforme a teoria elaborada por Merkl para explicar esses fenômenos, por ele denominada teoria da previsão de falhas, essas decisões judiciais ou administrativas criam normas válidas, mesmo quando elas deixam de considerar os

⁶⁶ Cf. KELSEN, Hans. Recht und Logik. Originalmente publicado em 1965. In: KLECATSKY, Hans R.; MARCIC, René; SCHAMBECK, Herbert (Hrsg.). **Die Wiener rechtstheoretische Schule**: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Band 2. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 1210.

⁶⁷ Merkl define essa teoria da seguinte maneira: “*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*”. MERKL, Adolf Julius. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923, p. 293.

⁶⁸ RR2, p. 482.

⁶⁹ A teoria da previsão de falhas, assim como a teoria da atribuição alternativa de poder, foram objeto de várias análises críticas. Dentre essas cumpre referir as seguintes: cf. BUCHHEIM, Johannes. Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie. **Rechtstheorie**, Berlin v. 45, 2014, pp. 59-78. CADORE, Rodrigo Garcia. Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach: Andreas Fischer-Lescano trifft Adolf Merkl. **Rechtstheorie**, Berlin, v. 44, 2013, pp. 554-556. KLETZER, Christoph. Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory. **Ratio Juris**, Oxford, v. 18, 2005, pp. 46-63. 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, 1990, pp. 185-208. Id. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000, pp. 407-420. REIMER, Philipp. Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 45, 2014, pp. 383-414. SILVA, Matheus Pelegrino da. **Democracia e significação da liberdade no pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 194-220. Id. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. **Rechtstheorie**, Berlin, no prelo.



limites da atribuição de poder concedida, pois o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de impugnar tais decisões e, consequentemente, ele também prevê que caso certo período de tempo decorra, sem que tais decisões sejam modificadas, então elas se tornarão imodificáveis.⁷⁰

Relaciona-se a esse tema, especificamente com respeito à inclusão das decisões administrativas no escopo explicativo da teoria da previsão de falhas, a forma como Merkl compreenderá a propriedade da imodificabilidade jurídica como presente não apenas nas decisões judiciais, mas também nas decisões de órgãos administrativos, tendo em vista o fato de que tanto a primeira quanto a segunda espécie de decisões pode se tornar imodificável, sendo que a base para tal afirmação é encontrada nas normas sobre a impugnação e sobre o esgotamento das vias recursais previstas no ordenamento jurídico. Em seu escrito *"Sobre o problema da imodificabilidade jurídica no judiciário e na administração"* Merkl argumenta contra a literatura existente naquele então, conforme a qual se deveria negar a possibilidade de considerar também as decisões administrativas como capazes de virem a ser juridicamente imodificáveis. Nesse texto Merkl destaca que por ser possível observar decisões administrativas como possuindo as mesmas características que as decisões judiciais, quando se toma por parâmetro de comparação a possibilidade de modificar tais decisões, mostra-se infundada a concepção de que as decisões administrativas seriam fundamentalmente

⁷⁰ “Exatamente na medida em que a ordem jurídica torna disponível, por meio do 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, Adolf Julius. 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, 2018, p. 215. Para a versão em alemão desse texto, cf. Id. *Justizirrtum und Rechtswahrheit*. Originalmente publicado em 1925. In: AJM-GS, pp. 369-384. “A tarefa da previsão de falhas consiste em *ultrapassar* o limite que se põe ao ato que de outro modo ficaria *abaixo* do limite do direito, porque não corresponde aos requisitos mínimos de um ato do órgão. E se um ato que não corresponde à regra jurídica é capaz de se tornar juridicamente imodificável [mesmo] com essa sua deficiência, então ele é, pois, um ato jurídico”. Id. Ibid., p. 217. Cf. Id. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923, pp. 293-294. Sobre o tema da imodificabilidade jurídica em Merkl, cf. KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. Merkl's Rechtskraftlehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit**. Wien: Manz, 1990, pp. 117-138. MARCIC, René. Merkl's ontologische Theorie der Rechtskraft. In: IMBODEN, Max et al. (Hrsg.) **Festschrift für Adolf J. Merkl. Zum 80. Geburtstag**. München: Wilhelm Fink Verlag, 1970, pp. 223-245.



diferentes das decisões judiciais com respeito à capacidade de virem a ser juridicamente imodificáveis.⁷¹

Quanto à teoria da previsão de falhas cumpre ainda destacar o texto intitulado *“Erro judicial e verdade jurídica”*, no qual Merkl analisa as razões pelas quais decisões judiciais, mesmo quando os autores de tais decisões ultrapassam a atribuição de poder recebida, são vistas como autênticas decisões judiciais e não como algo sem natureza jurídica. Nesse texto encontram-se expostas de modo detalhado e acompanhadas de exemplos especialmente ilustrativos a teoria da previsão de falhas e suas relações com a imodificabilidade jurídica.⁷²

Kelsen incorporou a teoria da previsão de falhas, por ele denominada teoria da atribuição alternativa de poder, a sua teoria do direito, tanto na primeira quanto na segunda edição da *Teoria pura do direito*.⁷³ Relativamente à maneira como Kelsen tratou dessa matéria, cumpre observar que tal teoria foi incorporada de modo quase pleno, pois Kelsen apenas deixou de lado o emprego do termo “erro”, tendo substituído a denominação original, a qual envolvia tal palavra, pela afirmação de que o ordenamento jurídico havia previsto a possibilidade de uma atribuição alternativa de poder. Kelsen não ofereceu uma explicação relativa a essa alteração, porém pode-se apresentar um argumento em seu favor: visto que a teoria de Merkl tem por objetivo central explicar a natureza jurídica das normas criadas fora da atribuição de poder oferecida às autoridades que elaboraram tais normas, é de se observar que tal explicação não envolve a necessidade de identificar um *erro*, eis que a criação de tais normas pode decorrer de um *erro*, porém também pode ser o resultado de uma atitude consciente

⁷¹ “Com respeito ao subproblema [à parte de um problema] que foi colocado nesse contexto, [observa-se que] resulta dos fundamentos de minha tese da imodificabilidade jurídica de qualquer forma jurídica [...] a solução conforme a qual os atos administrativos vinculativos não sejam em nada diferentes das sentenças judiciais, e, em especial, que as disposições de entes administrativos não sejam juridicamente imodificáveis em menor grau do que as decisões dos entes administrativos, e que especialmente o judiciário não disponha, com respeito à imodificabilidade jurídica, de nenhuma espécie de prioridade frente à administração, e que essa última de nenhuma maneira seja inferior àquele no tocante à imodificabilidade jurídica. Isso [pertence] ao direito objetivo, ressaltando[-se tais aspectos] mais uma vez, não talvez em virtude da origem desse ou daquele ato a partir de uma outra esfera jurídica, mas sim em virtude da origem comum da lei, em virtude do mesmo pertencimento dos atos judiciais e [dos atos] administrativos à família dos fenômenos jurídicos”. MERKL, Adolf Julius. Sobre o problema da imodificabilidade jurídica no judiciário e na administração. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 181. Para a versão em alemão desse texto, cf. Id. Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung. Originalmente publicado em 1920. In: AJM-GS, pp. 267-279.

⁷² Cf. MERKL, Adolf Julius. *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, 2018, pp. 208-221.

⁷³ Cf. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. Aufl. Originalmente publicado em 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 94-99. RR2, pp. 472-487.



com respeito a qual seria a maneira conforme ao direito para criar uma norma no caso em questão. Ou seja, nem sempre que uma autoridade deixa de aplicar o direito que deveria aplicar, ela o faz em razão de um equívoco, por ter interpretado o direito a ser aplicado de modo incorreto.

6. A teoria da interpretação do direito

Um último aspecto que merece destaque, quando se considera a influência de Merkl na formação da teoria pura do direito, consiste no fato de Merkl ter desenvolvido, antes de Kelsen, uma teoria da interpretação do direito⁷⁴, a qual se concentrou em seguir uma das metas defendidas por Kelsen, aquela da promoção de uma ciência do direito desvinculada de interesses políticos ou éticos.⁷⁵ É com tal princípio orientador que Merkl oferece uma concepção de interpretação do direito orientada pelo papel descriptivo⁷⁶ que é próprio do projeto teórico proposto por Kelsen, ressaltando que não cabe à ciência do direito omitir certas interpretações possíveis de determinadas normas, sob o pretexto de se estar deste modo promovendo determinado objetivo político ou ético.

⁷⁴ Ao contrário do que ocorre com respeito aos escritos de Kelsen, a teoria da interpretação do direito de Merkl não foi objeto de muitos escritos. Dentre as principais contribuições sobre a matéria, cf. JESTAEDT, Matthias. *Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre. Zeitschrift für öffentliches Recht*, [s.l.], n. 55, 2000, pp. 133-158. TESSAR, Hans. *Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation: zur Beachtlichkeit ständiger Vollzugspraxen und höchstgerichtlicher Präjudizien*. Wien: Verlag Österreich, 2010, pp. 63-66. WALTER, Robert. *Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie*. In: PELINKA, Anton et al. (Hrsg.). *Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser*. Wien: Braumüller, 1993, pp. 191-207. WIELINGER, Gerhart. Merkls Interpretationslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*. Wien: Manz, 1990, pp. 107-115.

⁷⁵ Com respeito à concepção de ciência do direito de Kelsen, cf. DREIER, Horst, Hans Kelsens Wissenschaftsprogram. In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Hrsg.). *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pp. 81-114. JESTAEDT, Matthias. *La science comme vision du monde: science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen*. In: JOUANJAN, Olivier (Coord.). *Hans Kelsen: Forme du droit et politique de l'autonomie*. Paris: PUF, 2010, pp. 180-191. KELSEN, Hans. *Die soziologische und die juristische Staatsidee*. Originalmente publicado em 1913/14. Tradução de Jana Osterkamp. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). *Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 205. RR2. p. 21.

⁷⁶ “A própria ciência do direito sempre se ocupa somente da decomposição, da fragmentação do texto da lei (na medida em que a lei seja tomada como fonte do direito), e a mais ampla obra sobre direito positivo não traz em seu conteúdo nada além de seu objeto, da seção do direito escrito que foi abordada. [...] Caso o tratamento científico-jurídico se estendesse em seu conteúdo para além da esfera jurídica abordada, então não mais ter-se-ia algo que diria respeito a uma apresentação do direito positivo, mas sim a uma falsificação deste”. MERKL, Adolf Julius. *Sobre o problema da interpretação*. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). *Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 13-14. “Ciência é reprodução, e o reproduzido não pode se sobrepor de nenhuma maneira ao que tem de ser reproduzido”. Id. *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, 2018, p. 118.



Um dos resultados dessa postura será o modo como Merkl compreenderá a atividade interpretativa (assim como o fará posteriormente Kelsen) como consistindo na determinação de uma moldura e, consequentemente, reconhecendo que as proposições normativas oferecem certo número de possibilidades interpretativas.⁷⁷

Em *"Sobre o problema da interpretação"* Merkl trata da relação entre a interpretação do direito e a tarefa da ciência do direito, distinguindo a interpretação enquanto atividade realizada pelos aplicadores do direito da interpretação como elemento necessário à ciência do direito. Além disso, Merkl também argumenta contra a ideia de dar preferência ao método jurídico-interpretativo histórico ou objetivo, e no sentido de que o único método interpretativo (mas não jurídico-interpretativo) necessário seria o lógico-gramatical, visto ser o emprego deste método uma condição necessária para o acesso ao conteúdo dos textos normativos que têm de ser interpretados, ou seja, vinculados a uma ou outra norma.

Por sua vez com o escrito *"O direito à luz de sua aplicação"* Merkl critica as tentativas de sustentar que através da interpretação de normas gerais seria possível apontar, antes da decisão judicial, qual seria a solução prevista pelo ordenamento jurídico. Tal como Kelsen posteriormente argumentou, Merkl apresenta as normas gerais como uma moldura que permite diferentes interpretações, as quais apenas se apresentam como uma única interpretação após o ato da autoridade responsável pela aplicação do direito. É por essa razão que Merkl critica parte da doutrina, a qual pretende apresentar as normas gerais como conduzindo necessariamente a apenas uma possibilidade de aplicação nos casos concretos. Parte considerável desse texto é dedicada à análise da relação entre a expressão linguística (a expressão literal da lei) e a interpretação do direito (as normas obtidas através de tal expressão literal), mas, além

⁷⁷ "[...] caso a lei disponibilize ao juiz espaços de manobra, dentro dos quais ele deve e pode escolher no caso concreto, quando a lei torna uma decisão composta pela livre discricionariedade dependente [da interpretação] do incumbido da decisão. Nesses casos, uma ciência do direito que se baseia somente na lei, que não se orienta também por sistemas normativos extralegais [ou] por orientações éticas ou políticas, precisa desistir de [tentar obter] um conhecimento jurídico unívoco, [ou, expresso de modo] mais correto, sancionar como direito tudo o que o juiz 'reconheceu' nos seus 'conhecimentos' como direito". Id. Ibid., p. 103. Cf. Id. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 17-18. Antes de Merkl, Verdroß já havia sustentado que o produto da interpretação seria uma moldura. "Concede-se ao juiz um espaço de manobra de modo plenamente análogo [ao feito para] o funcionário administrativo, dentro do qual a lei não oferece qualquer fundamento cognitivo [quanto a] precisamente qual decisão deve ser tomada ou precisamente de que modo deve-se julgar, mas sim o órgão é muito mais incumbido de determinar o conteúdo do ato estatal, em todo ou em parte sem um critério legal". VERDROß, Alfred von, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, [s.l.], n. 1, 1914, p. 632.



disso, encontra-se neste texto um tratamento preliminar do problema dos atos de aplicação do direito que ultrapassam a moldura do direito a ser aplicado, tema que Merkl tratou com maior detalhamento posteriormente, quando ele formulou sua teoria da previsão de falhas. Cabe ainda referir que nesse texto Merkl argumenta no sentido de que tanto o método interpretativo subjetivo quanto o objetivo teriam de ser observados pela ciência do direito como possibilidades e não como consistindo, um deles, no método correto, na via para o conhecimento do direito.

Quando os poucos textos de Kelsen dedicados à questão da interpretação do direito⁷⁸ são relidos à luz dos escritos de Merkl sobre o tema, resta absolutamente claro que praticamente todos os pontos tratados por Kelsen com respeito à matéria foram abordados anteriormente por Merkl.⁷⁹ Essa influência fica visível tanto com respeito à noção de que os textos normativos a serem interpretados possuiriam uma natureza polissêmica⁸⁰, em virtude da qual a atividade de aplicação do direito envolveria tanto um ato de conhecimento quanto um ato de vontade⁸¹, quanto com respeito à concepção da tarefa da tarefa da ciência do direito com respeito à análise dos fenômenos de aplicação do direito⁸², mas também no que se refere à distinção e

⁷⁸ As principais fontes sobre o tema são as seguintes: KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Originalmente publicado em 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 110-116. Id. Zur Theorie der Interpretation. Originalmente publicado em 1934. In: KLECATSKY, Hans R.; MARCIC, René; SCHAMBECK, Herbert (Hrsg.). **Die Wiener rechtstheoretische Schule**: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Band 2. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 1113-1121. Esse texto corresponde quase plenamente ao texto da Teoria pura do direito sobre o tema publicado no mesmo ano e logo acima referido. Id. **The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems**. London: Stevens & Sons Limited, 1951, pp. xiii-xvii. RR2. pp. 596-609.

⁷⁹ Uma análise pontual e um mapeamento dos vários elementos abordados por Merkl e posteriormente incluídos por Kelsen em sua concepção sobre a interpretação do direito pode ser encontrada no seguinte texto: SILVA, Matheus Pelegrino da. Merkl's Beitrag zu Kelsens Theorie der Rechtsauslegung. Ein Vergleich beider Interpretationslehren. **ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, no prelo.

⁸⁰ “Não nego que desse modo surge para a ciência do direito uma difícil tarefa – uma [tarefa] duplamente difícil, pois seu objeto, o direito, exibe a forma fluida da linguagem, ou seja, precisamente por isso ele é relativamente amorf”. MERKL, Adolf Julius. A face dupla do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 167. Cf. RR2. p. 599. KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems**. London: Stevens & Sons Limited, 1951, p. xiii.

⁸¹ “Aqui se precisa recordar daquele ponto das exposições no qual foi destacado que o aplicar o direito não é tanto uma função cognitiva quanto uma função volitiva. O querer jurídico do aplicador do direito de fato pressupõe, normalmente, um conhecer (a saber, um conhecer das possibilidades jurídicas de sua vontade), porém isso não é direito por ele conhecer algo como direito, mas sim porque o quer; isso se encontra relacionado com sua tarefa de criação do direito, tal como ela se apresenta na aplicação do direito”. MERKL, Adolf Julius. 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, 2018, pp. 134-135. Cf. RR2. p. 605.

⁸² “O teórico da interpretação se encontra, com respeito ao problema do direito, na mesma relação que o intérprete frente ao problema da interpretação. A solução do último [problema], o método de interpretação [que vem a ser] determinado, inclui-se como mais um requisito para o jurista. Precisamente [da maneira] como esse [o jurista] abandona seu papel científico quando contempla o deixar-se ser conduzido no tratamento do problema da interpretação, [assim também] deixa o teórico da interpretação de ser fiel a seu



caracterização das formas autêntica e não-autêntica de interpretação⁸³, bem como, por fim, relativamente à posição adotada pelos autores quanto à questão do emprego de métodos interpretativos.⁸⁴

7. Considerações finais

Através das análises acima desenvolvidas foi indicado que várias das teorias desenvolvidas por Merkl foram posteriormente incorporadas por Kelsen a sua teoria pura do direito. Também se verificou que Kelsen em muitos casos não incorporou as teorias de Merkl, tais como elas haviam sido formuladas – ainda que isto também tenha ocorrido, notadamente quanto à teoria da interpretação do direito –, mas sim de outra maneira, seja apenas em parte, com respeito à teoria da construção escalonada, seja apenas em determinados momentos, tal como se observa quanto à questão da *lex posterior*, ou então por meio de certa alteração e refinamento da formulação, quando se considera a teoria da atribuição alternativa de poder.

nome durante seu trabalho, pois o direito se torna problemático e ele inclui [no direito] algo como novas fontes jurídicas. Exatamente como o intérprete, por meio de um método de interpretação rígido, assim também deveria operar o teórico do direito que conhece as fontes jurídicas como uma medida dada, e por meio desse pressuposto [ele deveria] preservar seu trabalho científico". MERKL, Adolf Julius. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 20. Cf. RR2. p. 608.

⁸³ "A interpretação autêntica, a qual não está limitada àquele campo de atuação restrito, o qual se encontra a ele alocado, o qual, observado de um ponto elevado, simplesmente coincide com o estabelecimento do direito – ela é uma interpretação emocional – [ela] possui preferência frente à [interpretação] intelectual". MERKL, Adolf Julius. 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, 2018, p. 124. "O operador do direito é e seria jurista e ser humano não meramente em uma [mesma] pessoa, mas também *no mesmo ato*! A ele será até mesmo escusável tornar algo ilegal em prol do postulado ético, [a ele é escusável] ser plenamente humano. Mas tal situação não atinge o teórico do direito; ele pode, por assim dizer, separar claramente o ser-ser humano [*Mensch-Sein*] do ser-jurista [*Jurist-Sein*], onde quer que ambos pareçam incompatíveis. Amputar de algo seu conhecimento jurídico a partir de alguma consideração sobre a humanidade, isso é uma ofensa contra o postulado do conhecimento puro. O teórico do direito deve conhecer o direito – modificá-lo, quando isso é feito, quem o faz é o operador do direito!" Id. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 16. Cf. RR2. pp. 606-607.

⁸⁴ "Não existem evidências jurídicas em favor da correção ou incorreção do resultado de uma interpretação histórica ou objetiva – pressupondo-se que essas vias interpretativas fossem seguidas de modo rígido, sem que se desvie das leis da lógica. Quem pensa possuí-las ultrapassou os limites da ciência jurídica". MERKL, Adolf Julius. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 22. "Interpretação subjetiva ou objetiva? – essa é a questão; e de fato é uma questão que não permite uma resposta jurídica". Id. 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, 2018, p. 139. Cf. RR2. pp. 602-603. KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems**. London: Stevens & Sons Limited, 1951, p. xiii.



8. Referências bibliográficas

- BEHREND, Jürgen. Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.
- BONGIOVANNI, Giorgio. Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.
- BOROWSKI, Martin. Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael (Hrsg.). Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 122-159.
- BUCHHEIM, Johannes. Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie. Rechtstheorie, Berlin v. 45, 2014, pp. 59-78.
- CADORE, Rodrigo Garcia. Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach: Andreas Fischer-Lescano trifft Adolf Merkl. Rechtstheorie, Berlin, v. 44, 2013, pp. 541-565.
- DIAS, Gabriel Nogueira. Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DREIER, Horst, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm. In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Hrsg.). Staatsrechtslehre als Wissenschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pp. 81-114.
- _____. Merkls Verwaltungslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 55-88.
- GRUSSMANN, Wolf-Dietrich. Adolf Julius Merkl. Leben und Werk. Wien: Manz, 1989.
- _____. Chronologische Bibliographie der Werke Merkls. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 279-319.
- HUBER, Andreas. Rückkehr erwünscht. Im Nationalsozialismus aus „politischen“ Gründen vertriebene Lehrende der Universität Wien. Wien: LIT, 2016.
- JABLONER, Clemens. Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige österreichische Dogmatik des Verwaltungsrechts. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 37-53.
- JESTAEDT, Matthias. La science comme vision du monde: science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen. In: JOUANJAN, Olivier (Coord.). Hans Kelsen: Forme du droit et politique de l'autonomie. Paris: PUF, 2010, pp. 171-220.



_____. Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre. Zeitschrift für öffentliches Recht, [s.l.], n. 55, 2000, pp. 133-158.

KAMMERHOFER, Jörg. Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts. In: JABLONER, Clemens et al. (Hrsg.). Gedenkschrift Robert Walter. Wien: Manz, 2013, pp. 237-256.

KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. In: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Wien, Bd. X, 1960, pp. 313-315.

_____. Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manz, 1979.

_____. Autobiographie (1947). In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse. Band 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

_____. Die soziologische und die juristische Staatsidee. Originalmente publicado em 1913/14. Tradução de Jana Osterkamp. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, pp. 202-234.

_____. Recht und Logik. Originalmente publicado em 1965. In: KLECATSKY, Hans R.; MARCIC, René; SCHAMBECK, Herbert (Hrsg.). Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Band 2. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 1201-1224.

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

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

_____. Selbstdarstellung (1927). In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse. Band 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

_____. The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

_____. Zur Theorie der Interpretation. Originalmente publicado em 1934. In: KLECATSKY, Hans R.; MARCIC, René; SCHAMBECK, Herbert (Hrsg.). Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Band 2. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 1113-1121.

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



KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. Merkls Rechtskraftlehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 117-138.

LESER, Norbert. Merkls Analyse der ständisch-autoritären Verfassung 1934. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 213-229.

_____. Skurrile Begegnungen. Mosaike zur österreichischen Geistesgeschichte. Wien, Köln und Weimar: Böhlau, 2011.

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

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

MARCIĆ, René. Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft. In: IMBODEN, Max et al. (Hrsg.) Festschrift für Adolf J. Merkl. Zum 80. Geburtstag. München: Wilhelm Fink Verlag, 1970, pp. 223-245.

MAYER, Heinz. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: WALTER, Robert (Hrsg.). Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre. Wien: Manz, 1992, pp. 37-46.

_____. Merkl zu den Baugesetzen des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 145-157.

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, pp. 148-170.

_____. A imodificabilidade das leis – um princípio lógico-normativo. Uma réplica ao Senhor Prof. Dr. Weyr. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 28-41.

_____. A unidade jurídica do Estado austríaco. Uma investigação de direito do Estado baseada na teoria da lex posterior. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 42-92.

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

_____. Autobiographie. Originalmente publicado em 1952. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. XXI-XLV.

_____. Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes. Originalmente publicado em 1918. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK,



Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 227-252.

_____. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. Originalmente publicado em cinco partes, entre 1916 e 1919. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 85-146.

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

_____. Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der *lex posterior*. Originalmente publicado em 1918. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 169-225.

_____. Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normologisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herrn Prof. Dr. Weyr. Originalmente publicado em 1917. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 155-168.

_____. Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919.

_____. 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, 2018, pp. 208-221.

_____. Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie. Originalmente publicado em 1921. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 291-316.

_____. Justizirrtum und Rechtswahrheit. Originalmente publicado em 1925. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 369-384.

_____. 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, 2018, pp. 93-147.

_____. O sistema de uma teoria pura do direito de Hans Kelsen. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 184-207.



_____. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. Originalmente publicado em 1931. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 437-492.

_____. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 257-308.

_____. Sobre o problema da imodificabilidade jurídica no judiciário e na administração. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 171-183.

_____. Sobre o problema da interpretação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). Adolf Julius Merkl. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, pp. 9-27.

_____. Zum Interpretationsproblem. Originalmente publicado em 1916. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 63-83.

_____. Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung. Originalmente publicado em 1920. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 267-279.

ÖHLINGER, Theo. Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte. Wien: Manz, 1975.

PAULSON, Stanley L. How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law. *Revus*, [s.l.], n. 21, 2013, pp. 29-45.

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

_____. Review of: Merkl, Adolf Julius, Gesammelte Schriften, vols. 1-2 (four "part-volumes"). *Ratio Juris*, [s.l.], n. 17, 2004, pp. 263-267.

_____. Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 93-105.

PICHLER, Helmut. Merkl zur Verfassungs- und Verwaltungsgerichtbarkeit. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 249-265.

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



SCHÄFFER, Heinz. Merkls Darstellung und Kritik des B-VG 1920 und seiner Entwicklung. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 159-211.

SCHAMBECK, Herbert. Adolf Merkl (1890-1970). In: HÄBERLE, Michael; KILIAN, Heinrich; WOLFF, Amadeus (Hrsg.). Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Berlin/Boston: de Gruyter, 2015, pp. 353-368.

_____. Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 267-275.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Democracia e significação da liberdade no pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Merkls Beitrag zu Kelsens Theorie der Rechtsauslegung. Ein Vergleich beider Interpretationslehren. ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, no prelo, 2019.

_____. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. Rechtstheorie, no prelo, 2018.

TESSAR, Hans. Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation: zur Beachtlichkeit ständiger Vollzugspraxen und höchstgerichtlicher Präjudizien. Wien: Verlag Österreich, 2010.

UNKART, Ralf. Merkl und die rechtliche Fundierung des Naturschutzes. In: WALTER, Robert (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 235-248.

VERDROß, Alfred von, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, [s.l.], n. 1, 1914, pp. 616-644.

VRANES, Erich. Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, [s.l.], v. 65, 2005, pp. 391-405.

WALTER, Robert. Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. In: Id. (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 9-36.

_____. Der Aufbau der Rechtsordnung. 2. Unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974.

_____. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl. Österreichische Juristen-Zeitung, [s.l.]. 20. Jg. 6, n. 7, 1965, pp. 169-174.

_____. Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie. In: PELINKA, Anton et al. (Hrsg.). Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser. Wien: Braumüller, 1993, pp. 191-207.



WIEDERIN, Ewald Wiederin. Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls. In: GRILLER, Stefan; RILL, Heinz-Peter (Hrsg.). *Rechtstheorie: Rechtsbegriff-Dynamik-Auslegung*. Wien: Springer, 2011, pp. 81-134.

WIELINGER, Gerhart. Merkls Interpretationslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 107-115.

Sobre o autor

Matheus Pelegrino da Silva

Doutor em Direito (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) e doutor em Filosofia (Unisinos). O presente artigo foi elaborado durante o período de pós-doutorado financiado pelo PNPD CAPES junto ao PPG Direito UNISINOS. Email: mathpelegrino@hotmail.com, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5182-1982>.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

