

Fernando Dias Menezes de Almeida
Karlin Olbertz Niebuhr
(Organizadores)

—

ESTUDOS EM TEORIA PURA DO DIREITO

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2022

Copyright © 2022 by Fernando Dias Menezes de Almeida
Karlin Olbertz Niebuhr

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

E82

Estudos em teoria pura do direito / Fernando Dias Menezes de
Almeida, Karlin Olbertz Niebuhr (organizadores). – Rio de Janeiro :
Lumen Juris, 2022.

372 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-5510-930-6

1. Direito – Filosofia. 2. Direito constitucional. 3. Direito civil. 4. Direito
administrativo. 5. Direito econômico. I. Almeida, Fernando Dias Menezes
de. II. Niebuhr, Karlin Olbertz.

CDD 340.1

Ficha catalográfica elaborada por Roge Cavalcante da Silva CRB-8/010483

Sumário

Kelsen em Freiburg: breves reflexões sobre poder e direito..... 1

Danilo de Moraes Veras

1. Introdução.....	1
2. Um pouco sobre Kelsen	2
3. Em oposição ao poder	4
4. Perspectiva sobre o positivismo anterior a Kelsen.....	6
5. Algumas das contribuições de Kelsen para o positivismo.....	13
6. Ataques e críticas (infundadas) a Kelsen.....	16
7. Considerações finais	18
8. Referências	19

(Sub)Sistemas de Direito privado e de Direito público: a pertinência da dicotomia nos dias atuais 21

Fernando Henrique de Oliveira Biolcati

1. Introdução.....	21
2. O direito como sistema	22
3. Os grandes (sub)sistemas jurídicos: direito privado e direito público... 24	
4. As diversas teorias sobre a distinção entre direito privado e direito público	28
5. Críticas à dicotomia.....	31
6. Considerações finais	34
7. Referências.....	35

Algumas Linhas sobre Kelsen e sua Teoria Pura do Direito..... 39*José Rubens Plates*

1. Introdução.....	39
2. Hans Kelsen e sua obra	41
3. O positivismo jurídico e a Teoria Pura do Direito.....	45
4. Desmistificações.....	50
5. Considerações finais	53
6. Referências	54

Novos Contornos da Função Jurisdicional a partir da Releitura da Teoria Pura do Direito 57*Marcos Duque Gadelho Júnior*

1. Introdução.....	57
2. O exercício da interpretação e aplicação do Direito na jurisdição contemporânea e a leitura escorreita da “moldura normativa”, de Hans Kelsen	60
3. Acesso à Justiça – breves considerações normativas e o diálogo permanente com a função jurisdicional	64
4. A desmitificação do papel dos magistrados – conclusão	66
5. Referências	68

A Moldura Kelseniana: Formulação dos Limites da Interpretação na Teoria Pura do Direito 71*Paulo Henrique Rodrigues Pereira*

1. Introdução.....	71
2. Os problemas das visões hermenêuticas de Kelsen: a alegação de incoerência e insuficiência da sua moldura.....	73

3. A descrição de Kelsen sobre o processo interpretativo do Direito na sua Teoria Pura	78
4. Acertos da teoria interpretativa kelseniana: balanço das críticas e dos avanços	85
5. Considerações finais	92
6. Referências	93

**O Positivismo Jurídico sob a Perspectiva Neokantiana
e a Jurisdição Constitucional..... 97**

Raphael Marcelino de Almeida Nunes

1. Introdução.....	97
2. Breves notas sobre o positivismo jurídico e seus críticos.....	98
3. Algumas versões do positivismo neokantiano	105
4. A jurisdição constitucional sob a perspectiva neokantiana.....	111
5. Considerações finais	118
6. Referências	120

Kelsen em tempos de ativismo judicial..... 123

Thaís Chanes de Moraes

1. Introdução.....	123
2. Positivismo jurídico: o que queria Hans Kelsen?	124
3. Ativismo judicial: neoconstitucionalismo e consequencialismo	128
4. Considerações finais	136
5. Referências	137

A Teoria Pura do Direito e as decisões de controle de constitucionalidade e de legalidade 139

Daniel Marchionatti

1. Introdução..... 139
2. A Teoria Pura do Direito e a estrutura escalonada 140
3. Decisões de controle 143
4. Parâmetros da atividade de controle..... 147
5. Considerações finais 151
6. Referências 152

O caso Lüth à luz da Teoria Pura do Direito 155

Denny Militello

1. Introdução..... 155
2. O caso-Lüth 156
3. O desenvolvimento das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado 162
4. A Teoria Pura do Direito como fundamento do caso-Lüth: a estrutura escalonada da ordem jurídica e o papel dos direitos e liberdades fundamentais à luz da Escola de Viena..... 165
5. Considerações finais 171
6. Referências 172

Cláusulas Regulamentares e Cláusulas Econômico-Financeiras nos Contratos de Concessão: uma Leitura à Luz da Teoria da Construção Escalonada do Direito.....175

André Ispér Rodrigues Barnabé

1. Introdução..... 175
2. Teoria da construção escalonada do direito..... 176

3. Cláusulas regulamentares e cláusulas econômico-financeiras nas concessões.....	179
3.1. Regime jurídico	179
3.2 Cláusulas regulamentares (ato-regra e ato-condição) e cláusulas econômico-financeiras (ato-condição): leitura a partir da teoria da construção escalonada do direito	182
4. Considerações finais	184
5. Referências	185
Contributos de Adolf Merkl para o direito Administrativo.....	187
<i>Carmen Silvia Lima de Arruda</i>	
1. Introdução.....	187
2. O discípulo de Kelsen.....	189
3. As teorias jurídicas de Merkl.....	192
4. Teoria geral do direito administrativo	195
5. Aplicabilidade das teorias de Merkl ao direito brasileiro	200
6. Considerações finais.....	204
7. Referências.....	205
O Processo Administrativo na Noção de Adolf Merkl.....	209
<i>Giuseppe Giamundo Neto</i>	
1. Introdução: o objeto deste trabalho.....	209
2. Breves notas introdutórias sobre a teoria da construção escalonada do direito	210
3. As funções do Estado sob a ótica da teoria da construção jurídica escalonada	212
4. A noção de processo administrativo segundo Merkl	214
Referências	218

Lei formal e regulamento administrativo sob a ótica da Teoria Pura do Direito e a operacionalidade do sistema de interposição de recurso especial fundado em violação de lei federal 221

José Jair Marques Junior

1. Apresentação do tema 221
2. A lei formal e o regulamento administrativo como fontes de direito222
3. A Teoria Pura do Direito e relação hierárquica entre lei e regulamento administrativo.....224
4. O caso-problema: admissibilidade limitada de recurso especial no STJ à violação de “lei federal” e o papel do regulamento administrativo 230
5. Considerações finais 232
6. Referências 232

A decisão política na linha de frente do Direito Administrativo 235

Karlin Olbertz Niebuhr

1. O objeto de exame: os princípios jurídicos.....235
2. Uma lição difundida: a distinção entre regras e princípios (e diretrizes).....236
 - 2.1 A classificação em questão 236
 - 2.2 As distintas formas de aplicação236
 - 2.3 A aplicação dos princípios: o mecanismo da ponderação 237
3. Problemática: a substituição e o mascaramento da decisão política ... 238
 - 3.1 O problema especificamente jurídico 239
 - 3.2 O problema sociológico-zetético 239
 - 3.3 A evidência do conteúdo político240
 - 3.4 Outro problema de Direito Administrativo..... 240
 - 3.5 A decisão política na linha de frente do Direito Administrativo....242
 - 3.6 A criação do direito no caso concreto (ainda o problema de Direito Administrativo)243

3.7 O domínio da vontade e a pretensão de cientificidade.....	243
4. A contribuição da Teoria Pura do Direito.....	244
4.1 A consciência do conflito e da escolha política	245
4.2 A humildade frente a outros saberes	245
4.3 A contribuição propriamente jurídica.....	245
5. Uma questão não propriamente jurídica: as diretrizes	246
6. Referências	247

**Os vícios do ato administrativo e a contribuição de
Hans Kelsen para a rejeição da “existência” dos fatos jurídicos..... 249**

Victor Marcel Pinheiro

1. Introdução.....	249
2. A separação dos planos da existência, validade e eficácia dos atos administrativos	251
2.1 A visão de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello: competência como pressuposto de existência do ato jurídico..	252
2.2 A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello: publicação como pressuposto de existência do ato jurídico	253
2.3 A posição de Marçal Justen Filho: a possibilidade de produção de efeitos pelo ato inexistente	255
3. A identidade dos planos da existência e da validade: uma revisão da teoria das invalidades	256
3.1 A visão de Kelsen: o fato jurídico inválido como fato inexistente.....	257
3.2 Propostas de revisão da teoria das invalidades	259
4. A rejeição do fato jurídico inexistente: uma proposta para a teoria das invalidades.....	261
5. Considerações finais.....	267
Referências	269

**A Inversão da Estrutura Escalonada da Teoria Pura do
Direito De Kelsen no Direito do Trabalho Brasileiro..... 271**

Ana Claudia Schwenck dos Santos..... 271

1. Introdução..... 271
2. Teoria da estrutura escalonada do ordenamento jurídico
(Der Stufenbau der Rechtsordnung) 272
3. Hierarquia das normas no Direito do Trabalho..... 273
4. Aplicação da estrutura escalonada de Kelsen ao Direito do Trabalho... 275
5. Considerações finais 280
6. Referências 281

**A Teoria da Relação Contratual de Fato sob a
Ótica Kelseniana da Teoria Pura do Direito 283**

Emerson Soares Mendes

1. Introdução..... 283
2. As bases da teoria da relação contratual de fato de Günter Haupt 284
3. A crítica à teoria de Günter Haupt sob a ótica
kelseniana da Teoria Pura do Direito..... 291
4. Considerações finais 300
5. Referências 302

**Juiz Publicista, Privatista ou Positivista? a Contribuição
da Teoria Pura do Direito para o Tratamento e
Aplicação dos Negócios Jurídicos Processuais 305**

Julio Cesar de Oliveira

1. Introdução..... 305
2. Por que Kelsen? 308

2.1 Críticas de estilo e a contundência da Teoria Pura do Direito.....	308
2.2 Kelsen e a clássica dicotomia entre direito público e privado	311
3. Publicismo e o juiz como a figura central do processo.....	313
4. Negócios jurídicos processuais e direito positivo.....	315
4.1 Linhas Gerais e Caracteres	315
4.2 Sobre os limites do controle judicial	318
5. Considerações finais.....	319
6. Referências	319

A compatibilidade do Direito da Criança e do Adolescente com o Positivismo Normativista..... 323

Patrícia Martins Conceição

1. Introdução.....	323
2. Breve histórico do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil e resumo de seu atual panorama	324
3. Positivismo Normativista	328
4. Compatibilização do Positivismo Normativista com o Direito da Criança e do Adolescente.....	330
5. Considerações finais	334
6. Referências	334

**Análise Econômica do Direito (AED) e Positivismo Jurídico:
reflexões a partir da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen 337**

Victor Oliveira Fernandes

1. Introdução.....	337
2. Fundamentos da Análise Econômica do Direito	340
3. A Teoria Pura do Direito e a sua incompatibilidade com a AED	343

3.1 A natureza científica da Teoria Pura do Direito e da AED.....	347
3.2 A falsa abertura da Teoria Pura do Direito à metodologia inventiva da AED de interpretação e aplicação do Direito	349
4. Considerações finais	352
7. Referências.....	352