

## **KELSEN E O NAZISMO: POSITIVISMO E POLÍTICA\***

### ***KELSEN AND NAZISM: POSITIVISM AND POLITICS***

*Delamar José Volpato Dutra*

*<https://orcid.org/0000-0002-3738-7865>*

*[djvdutra@yahoo.com.br](mailto:djvdutra@yahoo.com.br)*

*Universidade Federal de Santa Catarina,  
Florianópolis, Santa Catarina, Brasil*

**RESUMO** *O artigo busca apresentar três critérios que poderiam servir de indicativos para uma consideração de qual seria a melhor teoria do direito, a positivista ou a jusnaturalista. Considerando que o busilis da questão se refere à relação entre direito e moral, bem como que os positivistas, no geral, defendem a tese da separação e que os jusnaturalistas defendem a tese da conexão, o texto escrutina os possíveis efeitos que as duas concepções teriam em relação ao quietismo, à anarquia e à retroatividade da lei. Tratou-se, portanto, da relação do positivismo jurídico e do jusnaturalismo com sistemas jurídicos iníquos, mormente o nazismo. O texto escrutina o debate Hart/Fuller para analisar as possíveis relações causais que explicariam as conexões do positivismo jurídico e do jusnaturalismo com o nazismo. Indica que um debate semelhante poderia ser reconstruído entre Kelsen/Radbruch. O artigo sustenta que no quesito quietismo, ambas as teorias estão como que em uma situação de empate. Por isso, ampliou-se a busca de possíveis efeitos para outros quesitos, como a tese da anarquia e da complexidade. Nestes últimos dois quesitos, o artigo conclui por uma leve vantagem do positivismo jurídico sobre o jusnaturalismo.*

\* Artigo submetido em: 01/11/2023. Aprovado em: 12/05/2024.

**Palavras-chave:** *Nazismo. Kelsen. Positivismo. Jusunaturalismo.*

**ABSTRACT** *The article seeks to present three criteria that could serve as indications for a test of the best theory of law, positivism or jusnaturalism. Considering that the crux of the matter is the relationship between law and morality, and that positivists generally defend the separation thesis, and that jusnatralists defend the connection thesis, the text scrutinizes the possible effects that the two conceptions have in relation to quietism, anarchy and the retroactivity of the law. It therefore deals with the relationship between legal positivism and jusnaturalism with wicked legal systems, especially Nazism. The text scrutinizes the Hart/Fuller debate in order to analyze the possible causal relationships that would explain the connections between legal positivism and jusnaturalism with Nazism. It indicates that a similar debate could be reconstructed between Kelsen/Radbruch. The article argues that in terms of quietism, both theories are as if in a tie. For this reason, the search for possible effects was extended to other questions, such as the thesis of anarchy and complexity. In these last two areas, the article concludes that legal positivism has a slight advantage over jusnaturalism.*

**Keywords** *Nazism. Kelsen. Positivism. Jusunaturalism.*

## **Introdução**

Não é incomum se deparar com a afirmação de que o positivismo de Kelsen legitimou o nazismo, como relembra Streck.<sup>1</sup> Para que esta afirmação seja compreendida, será necessário analisar o que pretende o positivismo jurídico, enquanto uma teoria sobre o que é o direito, assim como apontar para uma discussão ocorrida depois da Segunda Guerra Mundial, visto que as duas grandes teorias do direito, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, se encontraram em face do desafio de compreender as leis nazistas vigentes durante os doze anos do Terceiro Reich. São pertinentes, portanto, as seguintes perguntas: sob um ponto de vista jurídico-político, o positivismo jurídico foi uma das causas da mudança da República de Weimar para o Terceiro Reich, no início da década de trinta do século XX? Como deveriam ser tratados os que viveram sob tal regime, incluindo os operadores do direito?

1 Streck, 2023.

O debate havido entre Hart e Fuller, no final dos anos 1950, bem ilustra essa querela. As teses que embasaram o referido debate tinham já uma longa tradição, mas encontraram um contexto propício para serem como que testadas, em face de um período da história humana marcada pela barbárie, para dizer o mínimo, tanto que, na conhecida formulação de Adorno, depois do nazismo, a meta da educação só pode ser: “que Auschwitz não se repita.”<sup>2</sup>

O presente estudo trata da relação entre positivismo e nazismo, especialmente tendo em vista o positivismo de Kelsen. Portanto, o texto versa sobre as consequências práticas do positivismo e do jusnaturalismo. Nesse particular, Faggion aponta dois conceitos para tratar dessa problemática: aquele dos efeitos práticos e aquele das consequências morais benéficas.<sup>3</sup>

### **O argumento do quietismo ou das consequências morais benéficas: o debate Hart/Fuller e Kelsen**

O debate Hart/Fuller<sup>4</sup> pode ser considerado exemplar do uso de uma argumentação referente aos efeitos práticos do positivismo e do jusnaturalismo. No debate, Hart defendeu a tese positivista da separação entre direito e moral.<sup>5</sup> Fuller,<sup>6</sup> por seu turno, levantou a questão da fidelidade ao direito, no limite, a fidelidade a leis iníquas, como teriam sido as leis nazistas. O busílis foi a assertiva de Fuller de que o positivismo facilitara o nazismo, no sentido mesmo de uma tese causal,<sup>7</sup> ou seja, que o positivismo compusera as causas que levaram ao nazismo. No seu texto, Fuller alega que, antes dele, Radbruch defendera tese semelhante:

We now reach the question whether there is any ground for Gustav Radbruch's belief that a general acceptance of the positivistic philosophy in pre-Nazi Germany made smoother the route to dictatorship. [...] Let us put aside at least the blunter tools of invective and address ourselves as calmly as we can to the question whether legal positivism, as practiced and preached in Germany, had, or could have had, any causal connection with Hitler's ascent to power. It should be recalled that in the seventy-five years before the Nazi regime the positivistic philosophy had achieved in Germany a standing such as it enjoyed in no other country.<sup>8</sup>

2 Adorno, 2000, p. 119.

3 Faggion, 2022, p. 648.

4 Cane, 2010.

5 Hart, 1958.

6 Fuller, 1958.

7 Haldemann, 2005, p. 165.

8 Fuller, 1958, pp. 657-658.

Com efeito, Radbruch de fato afirmou que o positivismo, com o seu princípio de que ‘uma lei é uma lei’, deixara os profissionais alemães do direito indefesos contra as leis arbitrárias e criminosas dos nazistas.<sup>9</sup> Seja como for, o juízo de Fuller foi conclusivo no sentido de que houve causalidade: “In the light of these considerations I cannot see either absurdity or perversity in the suggestion that the attitudes prevailing in the German legal profession were helpful to the Nazis. Hitler did not come to power by a violent revolution.”<sup>10</sup>

Hart, como se sabe, endereça essa mesma crítica ao jusnaturalismo. Para ele, teriam sido os jusnaturalistas uma das causas do nazismo, pelo menos pelo seu quietismo, nisso, aliás, repercutindo uma objeção semelhante que Bentham fizera à posição jusnaturalista de Blackstone, um clássico representante da *common law*, esta sempre objeto de crítica por parte de Bentham. Deveras, em relação àquele, Bentham afirma: “Entre estes dois pontos, de fato, o que *é* e o que *deve ser*, tão opostos como são frequentemente aos olhos dos outros homens, aquele espírito de *quietismo* obsequioso, que parece constitutivo de nosso Autor, raramente deixará reconhecer uma diferença.”<sup>11</sup> Essa tese sociológica, de que o povo tende a confiar nos especialistas em direito,<sup>12</sup> foi sustentada por Hart contra Fuller:

What surely is most needed in order to make men clear-sighted in confronting the official abuse of power, is that they should preserve the sense that the certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience, and that, however great the aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to a moral scrutiny. [...] problems of obedience, is surely more likely to be kept alive among those who are accustomed to think that rules of law may be iniquitous, than among those who think that nothing iniquitous can anywhere have the status of law.<sup>13</sup>

Para Hart, o enfrentamento do abuso de poder dependeria de um senso de que a certificação de algo como sendo lei, não seria conclusivo para a sua obediência. Nesse particular, o texto permeia também uma disputa sobre o que o liberalismo implicaria. Para Hart, implicaria a separação: “Law is not morality; do not let it supplant morality.”<sup>14</sup> Ora, separar direito e moral seria

9 Radbruch, 1946, p. 107.

10 Fuller, 1958, p. 659.

11 “Between these two points, indeed, the *is*, and the *ought to be*, so opposite as they frequently are in the eyes of other men, that spirit of obsequious *quietism* that seems constitutional in our Author, will scarce ever let him recognise a difference” [Bentham, 1838-1843 [1780], V. 1, p. 536].

12 Murphy, 2001, p. 388.

13 Hart, 1994 [1961], p. 210.

14 Hart, 1958, p. 618.

mais eficaz para manter tal sentido vivo, pois a fusão entre direito e moral induziria a pensar que toda lei jurídica seria também moral.

Entre Bentham e Hart, Kelsen levantara essa mesma tese em 1948:

There is, however, in traditional jurisprudence a terminological tendency to identify law and justice, to use the term law in the sense of just law, and to declare that a coercive order which on the whole is effective and therefore a valid positive law, or a single norm of such a social order, is no real or true law if it is not just. This use of the term 'law' has the effect that any positive law, or single norm of a positive law is to be considered at first sight as just, since it presents itself as law and is generally called law. It may be doubtful whether it deserves to be termed law, but it has the benefit of the doubt. He who denies the justice of such 'law' and asserts that the so-called law is no 'true' law, has to prove it; and this proof is practically impossible since there is no objective criterion of justice. Hence the real effect of the terminological identification of law and justice is an illicit justification of any positive law.<sup>15</sup>

Para ele, o jusnaturalismo levaria à legitimação não crítica da ordem coercitiva política:

The thesis that law is essentially moral, i.e., that only a moral social order is an order of law, is rejected by the pure theory of law, not only because this thesis presupposes an absolute morality, but also because in its actual application, through the jurisprudence prevailing in a particular legal community, it tends towards uncritical legitimisation of the political coercive order constituting that community. For it is presupposed as self-evident that one's own political coercive order is an order of law.<sup>16</sup>

Kelsen, nessa crítica, poderia ter em vista a fórmula de Radbruch. Radbruch tinha sido um defensor do credo positivista, até o advento do nazismo, quando teria mudado, devido precisamente à possível contribuição do positivismo como causa do nazismo. Destarte, Radbruch abre o seu texto de 1946 afirmando que a máxima do positivismo vigente na Alemanha de que “uma lei é uma lei”, permitiu ao Nacional-Socialismo estabelecer um vínculo com os juristas.<sup>17</sup>

A despeito da afirmativa de Hart, de que houve uma conversão,<sup>18</sup> há dúvidas sobre a alegada mudança de Radbruch do positivismo para o jusnaturalismo,<sup>19</sup> inclusive tendo em vista que no pós-guerra ele parece ter defendido a tese da exoneração de responsabilidade, pois, para ele, o credo positivista vigente na

15 Kelsen, 1948, pp. 393-394.

16 Kelsen, 1973, p. 92. Kelsen reafirma o caráter conservador do jusnaturalismo, imputando isso à generalidade dos seus fundamentos, como consubstanciado de maneira exemplar em formulações do tipo “dar a cada um o que é seu”. [Kelsen, 2006 [1928], pp. 416-418]. Deve-se esta indicação bibliográfica a Thomas Bustamante em apresentação feita na UCS em outubro de 2023.

17 Radbruch, 1946, p. 105.

18 Hart, 1958, p. 616.

19 Rivers, 1999, p. 42.

Alemanha exonerava os juízes/as da responsabilidade pela aplicação da lei nazista.<sup>20</sup>

Seja como for, no mencionado texto encontra-se o que no pós-guerra ficou conhecido como a fórmula de Radbruch, segundo a qual, quando a lei atinge níveis insuportáveis de injustiça [so unerträgliches Mass erreicht], então ela toca uma questão de justiça, o que ocorre quando o cerne [Kern] da justiça, a igualdade, é conscientemente negada [bewusst verleugnet], o que tem o condão não de simplesmente tornar uma lei incorreta [unrichtiges Recht], mas de lhe retirar a natureza mesma de ser direito, de ser lei positiva, “vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.”<sup>21</sup> Isso porque o direito não pode ser definido senão como um sistema e uma instituição cujo significado é servir à justiça: “Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.”<sup>22</sup>

Importante observar que, se tivesse havido um debate entre Kelsen/Radbruch, provavelmente ele seria semelhante ao que houve entre Hart/Fuller.<sup>23</sup> De se anotar que, para Haldemann, Hart teria vencido o debate.<sup>24</sup> O mesmo se poderia, então, dizer em relação a Kelsen/Radbruch. Ademais, ironicamente, Kelsen, cujo positivismo levou a fama de ser causa do nazismo, se opôs ao nazismo e foi uma de suas vítimas.<sup>25</sup>

Cabe registrar que, no caso específico do nazismo, há autores que revisam os posicionamentos aqui apresentados, no sentido de que, a bem da verdade, teria sido um tipo peculiar de jusnaturalismo que esteve na base do nazismo, e não o positivismo. O próprio Fuller registra a desconsideração da lei por medo do que poderia ocorrer em retaliação pelos que exerciam o poder.<sup>26</sup> Ott afirma ser falsa a tese de que o positivismo foi causa do nazismo.<sup>27</sup> Gross<sup>28</sup> sustenta que o nazismo aderiu ao antipositivismo do romantismo alemão, exemplarmente, o conceito de ordem concreta de Schmitt e o conceito de uma ordem moral viva pensada por Larenz.<sup>29</sup> Assim como Fraenkel, Manderson refere ao romantismo alemão como elemento que ajudou a formar a visão nazista do sistema jurídico,

20 Radbruch, 1947, p. 9-10. A esse respeito ver Paulson, 1994.

21 Radbruch, 1946, p. 107.

22 Radbruch, 1946, p. 107.

23 Haldemann, 2005, p. 172.

24 Haldemann, 2005, p. 172.

25 Gross, 2021, p. 62.

26 Fuller, 1958, p. 652.

27 Ott; Buob, 1993, p. 92.

28 Gross, 2021, p. 65-7. Há controvérsia sobre o real posicionamento de Schmitt. Seria ele um liberal autoritário ou alguém que corroe as bases da república de Weimar? [Caldwell, 2005].

29 Fraenkel, 2017 [1941], p. 134. Pauer-Studer volta a destacar o papel de Larenz em relação ao ideário nazista. [Pauer-Studer, 2020, p. 10].

“informed by the anti-positivist ideologies of German Romanticism up to and including Heidegger and Schmitt.”<sup>30</sup> Para Paulson, Schmitt teria defendido um laço mais profundo do que a simples adesão à lei positiva.<sup>31</sup> Segundo Fraenkel, o Terceiro Reich queria governar as almas.<sup>32</sup> Os nazistas teriam promovido uma verdadeira eticização do direito, teriam rejeitado o positivismo e aderido a uma concepção distorcida de uma lei natural fundada na biologia, como sugeriu Fraenkel em 1941, no que é corroborado por Caldwell: “Far from excluding natural law from judicial practice, the Nazis developed a kind of secular, biological ‘natural law’ of race and nation, which was able to take precedent over existing, written law in concrete cases.”<sup>33</sup> Rotteleunder aponta que “It would be naïve to appeal to natural law against the Nazis, realizing that the Nazis had their own natural law.”<sup>34</sup> De acordo com Caldwell, durante o período em que a Constituição de Weimar vigeu, os positivistas serviram “not as a handmaiden of fascism, but as a bulwark against it.”<sup>35</sup> Pauer-Studer acompanha a interpretação segundo a qual os juristas nazistas tinham como foco principal de sua crítica o positivismo de Kelsen, devido a ele ter despido o direito de substância ética.<sup>36</sup> Mesmo Arendt já tinha observado que o totalitarismo deixa de lado a lei positiva e vai direto à fonte da autoridade de toda lei positiva, podendo ser a lei natural, a tradição, os costumes etc.<sup>37</sup>

O argumento do quietismo concerne a uma disputa sociológica do que realmente acontece sob o ponto de vista subjetivo, algo referente ao aspecto peremptório da autoridade. Na análise sugerida por Bentham, Kelsen e Hart, se no âmbito do conteúdo parece predominar a moral, levando à anarquia, como se verá abaixo, no âmbito subjetivo parece predominar o aspecto peremptório. Não há dúvidas de que o âmbito peremptório ou preemptivo concerne à ação e não à crença ou à motivação. Não obstante, a moral parece ser algo que exige a crença, a motivação. Ora, seja porque as matérias a serem regradas portam complexidade, às vezes invencível, mesmo para experts, seja porque a deliberação envolve um esforço cognitivo e, não raro, muito tempo, os positivistas pensam que isso acaba por dar uma espécie de voto de confiança nos juristas, como que uma delegação da responsabilidade de refletir, implicando

30 Manderson, 2010, p. 212.

31 Paulson, 1994, p. 315.

32 Fraenkel, 2017 [1941], p. 119.

33 Caldwell, 1994, pp. 276-7. Arendt remete explicitamente a Darwin [Arendt, 1994, p. 340. Deve-se esta indicação bibliográfica a Thiago Decat em apresentação feita na UCS em outubro de 2023.]

34 Rottleuthner, 2011, p. 113.

35 Caldwell, 1994, p. 278.

36 Pauer-Studer, 2020, pp. 19, 204. Deve-se esta indicação bibliográfica a Alice Walla em apresentação feita na UCS em outubro de 2023.

37 Arendt, 1994, pp. 339-40.

uma certa atitude de deferência à autoridade, em vez de uma atitude crítica. No quesito crítica ao direito iníquo, a fusão entre direito e moral sufocaria a crítica no seu nascedouro [stifles criticism at its birth].<sup>38</sup> Por certo, os jusnaturalistas fazem precisamente a injunção inversa.

Dada essa verdadeira aporia, Faggion conclui que

se é verdade que o positivista exclusivo pode adotar uma atitude crítica perante as normas oficiais que ele chama de leis positivas, justamente porque ele não pensa que obrigações jurídicas sejam necessariamente obrigações morais, também é verdade que o não positivista e o positivista inclusivo podem adotar a mesma atitude crítica, porque eles acreditam que é a própria moralidade que valida juridicamente uma norma, e não uma decisão humana, por mais institucionalizada e tradicional que ela seja.<sup>39</sup>

Por isso, ela defende uma atitude crítica, independente da teoria sustentada,<sup>40</sup> já que os dados não podem resolver o impasse, “uma vez que o que conta ou não como um dado aqui já depende do conceito que utilizamos para contar.”<sup>41</sup> Como registra Faggion, ao final do seu estudo, há um impasse. Por isso, para que se possa prosseguir nesse caminho analisado por Faggion, concernente à disputa entre as duas teorias, sugere-se no presente texto que se tome *o argumento dos efeitos práticos como gênero* e o argumento das consequências morais benéficas como espécie. Isso permite alargar as espécies de *efeitos práticos* para incluir o *argumento da anarquia* e o *argumento da complexidade*, em acréscimo a este das *consequências morais benéficas*; isso na esperança de que, assim ampliado, o critério dos efeitos práticos possa se tornar relevante, sob o ponto de vista de uma epistemologia pragmática. Com efeito, de acordo com James, Peirce teria estabelecido que “o todo de nossa concepção do objeto” são “os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver”.<sup>42</sup> Isso evitaria ter que decidir, por exemplo, se uma lei imoral realmente não é lei.<sup>43</sup> Tudo o que importaria nessas teorias não seria o presumível caráter metafísico ou definicional do direito, mas as os efeitos práticos que seguiriam de uma ou outra concepção.

38 Hart, 1958, p. 598.

39 Faggion, 2022, p. 653.

40 Faggion, 2022, p. 654.

41 Faggion, 2022, p. 661.

42 James, 1979 [1906], p. 18.

43 Faggion, 2022, p. 661.

## O argumento da anarquia

O argumento da anarquia pode ser entendido como uma disputa de duas fontes do direito, uma formal e outra substantiva. Não custa lembrar da imagem do *Leviatã* de Hobbes, que na mão direita porta uma espada e na mão esquerda um báculo. A mensagem é clara: não pode haver duas fontes para o direito. A fusão da moral na fonte do direito como que predominaria nela e se imporia sobre os demais elementos da fonte, como a vontade do legislador. Portanto, a inclusão da moral como fonte do direito acaba por obnubilar uma característica própria da autoridade, ser vazia de conteúdo. Isso pode ser vislumbrado no nascedouro do positivismo jurídico moderno, como se pode ver abaixo.

As teorias do direito natural ou da lei natural têm longa tradição no pensamento ocidental. Na modernidade, uma questão que se destacou, referente a essa tradição, foi aquela dos seus germes possivelmente anárquicos. Hobbes pode ser considerado um bom registro em tal direção. Com efeito, no capítulo XXI.9 do *Leviatã* ele diz que as teorias de Cícero e de Aristóteles conduzem à sedição, ao tumulto, a banhos de sangue. Para ele, essas teorias tomam as práticas de seus governos populares como sendo princípios da natureza. No XLVI.11, ele acusa as filosofias, como a de Aristóteles, de errarem no tratamento da relação entre lei natural e lei civil, no sentido de que haveria uma tensão entre elas, para dizer o mínimo. Para Hobbes, elas não são opostas ou tensas, já que a lei natural contém a lei civil, sendo esta a que “detetemineth what is honest and dishonest; what is just and unjust; and generally what is good and evil.” O resumo lapidar de sua posição se encontra no XXVI.8: “A lei de natureza e a lei civil contêm-se uma à outra e são de idêntica extensão.”

Se dermos crédito à interpretação que Maus<sup>44</sup> faz de Kant, este também estaria em acordo com Hobbes, no sentido de que ele contestaria um direito de resistência ao soberano. Sabidamente, Kant afirmou ser terrível [erschrecklich] a tese de Hobbes de que o soberano não poderia cometer injustiça contra o cidadão, mas ela é uma assertiva correta se por uma injustiça se entender algo contra o que caberia um direito de coerção [Zwangsrechte] do súdito contra o soberano.<sup>45</sup> Para corroborar a pertinácia de uma tal leitura, basta dizer que Kant defendeu o “dever do povo de suportar mesmo um abuso do poder supremo considerado insuportável.”<sup>46</sup> Nesse diapasão, Waldron interpreta a posição kantiana como fazendo parte do espectro do positivismo jurídico.<sup>47</sup> Talvez,

44 Maus, 2009 [1992], cap. 8.

45 TP, AA 08: 303-304.

46 Kant, 2014 [1797], p. 320 [RL, AA 06: 320].

47 Waldron, 1996, pp. 1535-1566.

Kant pudesse defender, para além do aspecto constitutivo da coerção para o direito, uma função epistêmica para aquilo que seria moralmente permissível, exemplarmente, o caso da propriedade, algo que Waldron bem registrou em sua interpretação.

Sabidamente, *Anarchical Fallacies* foi um título dado pela tradução francesa, publicada antes da inglesa,<sup>48</sup> mas ela bem evidencia o espírito do texto. Com efeito, Bentham criticou o caráter imprescritível dos direitos naturais, devido a eles se oporem a todas as leis, incitando resistência a elas: “proof against all the power of the laws – pregnant with occasions summoning the members of the community to rise up in resistance against the laws.”<sup>49</sup> Tais direitos mantêm um espírito de resistência a todas as leis, um espírito de insurreição contra todos os governos: “keep up a spirit of resistance to all laws – a spirit of insurrection against all governments. [...] Our will shall consequently reign without controul.”<sup>50</sup> Ele reclama de os mencionados direitos não serem descritos com especificidade, mas apresentados de forma vaga, sob nomes como propriedade e liberdade.<sup>51</sup> Em suma, seriam “anarchical rights”.<sup>52</sup>

Essa tese tem profunda ressonância no histórico da teoria positivista. Atualmente, não há como não ver nas formulações básicas do positivismo ético, uma reminiscência de tal tese, especialmente nas versões que apelam para uma situação de conflito ou de desacordo normativo em relação a questões normativas, especialmente direitos fundamentais, e que clamam para algo como a lei positiva dar uma solução. É verdade que pode soar estranha a concepção de um positivismo ético, o qual, como pontua Bustamante, aproxima positivismo e jusnaturalismo, já que se trataria de “uma versão de positivismo que é tão hermenêutica e engajada moralmente quanto as teorias não positivistas como o modelo de Direito como Integridade, de Dworkin, e as teorias pragmatistas norte-americanas.”<sup>53</sup> A estranheza se deve a que haveria uma justificação moral, algo como possibilitar a coexistência, para não se usar argumentos morais no

48 Bedau, 2000, p. 262, n. 3.

49 Bentham, 1838-1843, Vol. 2, p. 915.

50 Bentham, 1838-1843, Vol. 2, p. 915.

51 Bentham, 1838-1843, Vol. 2, p. 914.

52 Bentham, 1838-1843, Vol. 2, p. 916. Esse problema pode ser visto nas discussões contemporâneas sobre o direito à liberdade religiosa. Nussbaum repercute no seu texto a indicação de Scalia justamente na direção de que, a depender do modo como esse direito for entendido, implicaria anarquia. [Nussbaum, 2012, pp. 83-89]. Postema [Postema, 2019, p. 69] defende uma posição revisionista do próprio Bentham, no sentido de que a sua crítica à anarquia não era endereçada propriamente à vacuidade da linguagem dos direitos naturais, mas ao fato de a *common law* não ter um princípio racional como base, o qual seria, em todo caso, fornecido pelo seu princípio de utilidade. [Deve-se esta última observação a um parecerista anônimo da Kriterion].

53 Bustamante, 2015, p. 325-6.

direito, ou seja, uma concepção moral sufragando uma concepção não moral de direito, portanto, um direito moral de fazer o errado.

Seja como for, como bem observa Faggion, trata-se de um argumento de estirpe hobbesiana<sup>54</sup> e que incluiria, de algum modo, o próprio Hart.<sup>55</sup> Nesse sentido, Bentham teria sido um estudioso cuidadoso de Hobbes, como anota Postema,<sup>56</sup> e ele próprio um positivista ético, como sugere fortemente Bustamante.<sup>57</sup> Destarte, não custa lembrar que, para Hobbes, não haveria justiça ou injustiça no estado de natureza. Somente a lei positiva é que teria o condão de estabelecer a justiça. Desse modo, o positivismo parece depender da tese metaética do não cognitivismo.<sup>58</sup> Destarte, isso foi registrado por Kelsen:

Caso se pudesse ter conhecimento da ordem absolutamente justa, cuja existência é postulada pela doutrina do Direito natural, o Direito positivo seria supérfluo, ou melhor, desprovido de sentido. [...] Caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, consequentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes.<sup>59</sup>

Aqui, o direito parece se justificar apenas por um déficit cognitivo da moral, não por deficiência motivacional, já que Kelsen parece ser um internalista radical, para quem o conhecimento da lei moral, caso houvesse um, implicaria *eo ipso* a motivação, ou parece um intelectualista *a la* Sócrates, para quem a ação má se deve ao desconhecimento do bem. Sob o ponto de vista metaético, Kelsen seria um não cognitivista,<sup>60</sup> por isso mesmo, “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.”<sup>61</sup> Com base nesse caráter relativista da moral, é que ele teria defendido a democracia e a tolerância da liberdade de pensamento,<sup>62</sup> um modo de o direito domesticar a violência inerente à política.<sup>63</sup> Como se sabe, positivistas éticos, a exemplo de Waldron, não vão propriamente negar a cognição moral, mas vão ponderar que a cognição possivelmente disponível seria irrelevante para aquilo que a lei positiva precisa dar respostas.<sup>64</sup>

Essa tese também tem profundas ressonâncias no tratamento da autoridade por parte da doutrina positivista. A rigor é ela que está na base de uma das mais

54 Faggion, 2022, p. 647.

55 Faggion, 2022, p. 646.

56 Postema, 2019 [1986], p. 317.

57 Bustamante, 2015, p. 324.

58 Volpato Dutra; Oliveira Jr. 2017.

59 Kelsen, 2000 [1949], p. 18-9.

60 Spaak, 2022.

61 Kelsen, 1999 [1934], p. 139.

62 Spaak, 2022.

63 Dyzenhaus, 1997, pp. 157-8.

64 Waldron, 1999, cap. 8.

duras objeções dirigidas a Dworkin, a de que a sua teoria não conseguiria dar conta dos atributos da autoridade, o de ser vazia de conteúdo e peremptória, visto que razões morais pressuporiam o que o próprio Dworkin muito bem nominou de uma atitude protestante.<sup>65</sup> Como explica Coelho, “O motivo por que a reivindicação de autoridade é incompatível com critérios morais é que critérios morais só são vinculantes para quem concorde com eles racionalmente, abrindo-se para a crítica e questionamento do destinatário, o que constitui precisamente o inverso da reivindicação de autoridade sem a qual o direito deixa de ser direito.”<sup>66</sup> Por isso, Faggion não pôde senão concluir que um porco-espinho não pode ter obrigações políticas.<sup>67</sup>

Por certo, Dworkin não deixou sem resposta a objeção, a julgar se é ou não uma boa resposta. Ele alega que o positivismo exclusivo de Raz seria um dogma ptolemaico, no sentido de que apresentaria uma concepção artificial de direito e de autoridade<sup>68</sup> e que, principalmente, o seu conceito de autoridade do direito seria excêntrico.<sup>69</sup> Excêntrico no sentido de que tal conceito até poderia ser indicativo da melhor concepção de autoridade do direito ou aquela concepção que os advogados deveriam adotar, o que não significaria que seria aquela de fato adotada nas práticas jurídicas de nossa forma de vida, o que é uma outra forma de dizer, com Wittgenstein, que não é assim que o referido conceito é usado. Dito claramente, a vertente analítica que ele considera não é aquela da lógica, já que esta, como bem pontuou Wittgenstein, não diz nada. A vertente analítica considerada é aquela do significado como uso, aliás, a vertente à qual o próprio Hart se filiou, ao recusar uma definição por gênero e espécie. Precisamente, Schauer<sup>70</sup> aponta para uma perspectiva antiessencialista e Chiassoni<sup>71</sup> para um modelo de análise da linguagem ordinária (a se julgar, nesse sentido, o quanto tal perspectiva de análise diferiria daquela de Raz).

Cabe ainda o registro de Murphy, segundo o qual Bentham defendeu ambos os efeitos, aquele da anarquia e aquele do quietismo, e não se deu conta das implicações opostas das duas teses.<sup>72</sup> Quicá, Bentham não visse essa oposição porque em sua análise os dois resultados seriam ruins sob um ponto de vista utilitarista.

65 Dworkin, 1986, pp. 190, 413.

66 Coelho, 2018, p. 273; Coelho, 2022.

67 Faggion, 2020.

68 Dworkin, 2006, p. 188.

69 Dworkin, 2006, pp. 201, 209.

70 Shauer, 2013, pp. 237-246.

71 Chiassoni, 2013 [1988], pp. 247-267.

72 Murphy, 2001, p. 390.

### O argumento da complexidade: a questão da retroatividade da lei

Hart afirma que os positivistas Bentham e Austin separavam direito e moral com o fito de verem com firmeza [see steadily] a questão posta por leis más e para entender o caráter específico da autoridade.<sup>73</sup> Ele sustenta que a separação positivista entre direito e moral porta um valor moral e um valor intelectual.<sup>74</sup> Poder-se-ia sustentar que o valor moral seria a honestidade.<sup>75</sup> Já o valor intelectual residiria em que o positivismo permitiria ver com mais clareza a complexidade<sup>76</sup> envolvida na questão da punição dos que viveram sob leis iníquas.<sup>77</sup> Isso não poderia ser apresentado de forma tão simplificada [oversimplified]<sup>78</sup> como o jusnaturalismo o faz, ou seja, inquinando de nulidade jurídica as leis iníquas e atribuindo o caráter de leis jurídicas positivadas, de algum modo, a determinados preceitos que passaram pelo crivo dos testes ou do teste moral do jusnaturalismo. Esta segunda posição seria muito mais exigente epistêmica e normativamente do que a rima positivista “isso é lei, mas é demasiado má para ser obedecida”. Esta seria uma formulação que todos poderiam entender e operacionalizar, diferentemente da alternativa oposta, segundo a qual leis más não seriam leis.<sup>79</sup>

Está em questão, portanto, algo que é muito caro aos sistemas jurídicos em geral, a não retroatividade da lei, especialmente no âmbito penal: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, reza o brocardo. Ora, a vertente positivista tornaria clara uma opção a ser feita entre dois males, deixar sem punição alguém que praticou ações iníquas, ainda que ao abrigo das leis vigentes de seu país, ou sacrificar a não retroatividade. Para ele, o positivista não encobriria [cloak] a verdadeira natureza dos problemas,<sup>80</sup> isso porque ele realizaria melhor o valor epistêmico da clareza, em face de uma situação complexa.<sup>81</sup> Desse modo, os pontos envolvidos na escolha seriam claramente identificados, permitindo uma escolha honesta, sem disfarces.<sup>82</sup>

A alternativa teria que ser algo como o proposto por Dworkin, recorrendo a princípios, já que estes evitariam a retroatividade, posto que a decisão a ser aplicada ao caso concreto poderia ser extraída por interpretação construtiva de

73 Hart, 1958, p. 597.

74 Hart, 1958, p. 621.

75 Hart, 1994 [1961], p. 208.

76 Hart, 1994 [1961], p. 211.

77 Hart, 1994 [1961], p. 208.

78 Ele usa também o termo *obscured*.

79 Hart, 1958, p. 620.

80 Hart, 1958, p. 620.

81 Hart, 1994 [1961], p. 211.

82 Hart, 1994 [1961], pp. 211-2.

princípios já operantes nos sistemas jurídicos em geral.<sup>83</sup> Porém, tal posição está longe de ser não problemática. Isso pode ser visto na crítica que Mackie faz a esse tipo de argumento. Em síntese, para Mackie, tal forma de argumentar implicaria, na verdade, regras morais diferentes, portanto inovadores da ordem normativa:

a well-known counter to this argument from relativity namely to say that the items for which objective validity is in the first place to be claimed are not specific moral rules or codes but very general basic principles which are recognized at least implicitly to some extent in all society [...]. It is easy to show that such general principles married with differing concrete circumstances, different existing social patterns or different preferences, will beget different specific moral rules.<sup>84</sup>

Nesse mesmo sentido, ao comentar a posição de Dworkin em *Modelo de regras*, 1967, Raz a epíteta de mitológica,<sup>85</sup> no sentido de que princípios seriam capazes de fornecer respostas específicas para casos concretos, como bem lembra Faggion.<sup>86</sup> Anos mais tarde, ao fazer a resenha de *Uma questão de princípios*, Raz sustenta que se a Constituição for considerada um conjunto de categorias morais, então ela concederia discricionariedade aos tribunais, o que implicaria alinhar Dworkin à proposta de Hart.<sup>87</sup> Nos seu *Pós-escrito*, Hart recepcionou a assertiva de Raz, no sentido de que, como dito, a introdução do interpretativismo na obra *Uma questão de princípios* aproximou Dworkin de seu próprio posicionamento, a respeito da questão da discricionariedade, e que, portanto, não ficaria suprida a marca de retroatividade da decisão que o juiz Hércules tomaria.<sup>88</sup>

## Conclusão

No que concerne ao argumento das consequências morais benéficas, Hart parece estar dizendo que ao fundir a validade jurídica com a moral, a profundidade da avaliação do que é o direito acabaria por ser tal que atingiria o maior nível de convencimento possível, justamente aquilo que ocorre na moral, ao passo que a sua proposta manteria ainda uma possibilidade derradeira de

83 *Mutatis mutandis*, Tomás afirmava a existência de uma lei divinamente dada, que forneceria sem qualquer dúvida como agir [Aquino, 2010, I-II, q. 94, r. 4, p. 535-6].

84 Mackie, 1977, p. 37.

85 Raz, 1972, p. 850.

86 Faggion, 2020, p. 660.

87 Raz, 1986, pp. 1110, 1115.

88 Hart, 1994 [1961], pp. 254, 307.

crítica por parte de uma outra instância [clear-sighted], justamente, a moral separada do direito.

Sem embargo, Faggion anota que não se pode arbitrar entre as teorias com base na acusação de quietismo, já que este pode ser predicado de ambas.<sup>89</sup> Defendeu-se que Faggion tem razão na avaliação que ela faz do primeiro tipo de argumento, pois como pôde ser visto, as imputações de consequências morais boas e ruins é recíproca entre os positivistas e os jusnaturalistas. Neste particular, é como se ambas ficassem empatadas, não sendo possível decidir entre elas.

Em que pese isso, em relação aos outros dois aspectos, o positivismo parece se sair melhor, pois, em relação ao aspecto político, ele oferece indícios de responder melhor a uma noção de autoridade que o direito reivindica. Já em relação ao aspecto epistêmico, ele também parece ser capaz de mostrar uma complexidade maior e relevante do que está envolvido, por exemplo, em relação à responsabilização das autoridades que deram executividade a leis iníquas, como ocorreu durante o nazismo, envolvendo a segurança jurídica, a retroatividade. Declarar a nulidade de leis positivadas por referência a uma lei moral disputada não parece honrar a segurança que os ordenamentos jurídicos buscam, sem contar que considerar princípios implícitos como fontes de direitos e obrigações jurídicas específicas é no mínimo problemático.

Portanto, pareceu pertinente tomar o *argumento dos efeitos práticos como gênero* e o argumento das consequências morais benéficas como espécie. Isso permitiu alargar as espécies de efeitos práticos para incluir o argumento da anarquia e o argumento da complexidade, em acréscimo àquele das consequências morais benéficas. Desse modo, o argumento dos efeitos práticos pôde se tornar relevante sob o ponto de vista de uma epistemologia pragmática, como propugnado por James e Peirce.

## Referências

- ADORNO, T. W. “Educação e emancipação”. Tradução de W. Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- AQUINO, T. “Suma teológica”. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2010. V. 4: I Seção da II Parte - Questões 49-114.
- ARENDT, H. “Essays in Understanding: 1930-1954”. New York: Schocken Books, 1994.
- BEDAU, Hugo Adam. “Anarchical Fallacies”: Bentham’s Attack on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, Nr. 1, pp. 261-279, 2000.

89 Faggion, 2022, p. 653.

BENTHAM, J. (1780). “The Works of Jeremy Bentham”. 11 Vols.; Vol. 1. Edinburgh: William Tait, 1838-1843.

\_\_\_\_\_. “Anarchical Fallacies: Being an Examination of The Declarations of Rights Issued during The French Revolution”. In: BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. 11 Vols.; Vol. 2. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. [Disponível em <http://oll.libertyfund.org>].

BUSTAMANTE, T. “A breve história do positivismo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 20, Nr. 1, pp. 307-327, 2015.

CALDWELL, P. “Legal Positivism and Weimar Democracy”. *American Journal of Jurisprudence*. Vol. 39, Nr. 1, pp. 273-301, 1994.

\_\_\_\_\_. “Controversies over Carl Schmitt: A Review of Recent Literature”. *The Journal of Modern History*, Vol. 77, Nr. 2, pp. 357-387, 2005.

CAMPBELL, T. “Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy”. London: UCL Press, 2004.

\_\_\_\_\_. “Rewriting Hart’s Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nr. 5, pp. 23-52, 2011.

\_\_\_\_\_. “The Legal Theory of Ethical Positivism”. London: Taylor & Francis, 1996.

CANE, P. (ed.). “The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century”. Oxford: Hart Publishing, 2010. pp. 197-216.

CHIASSONI, P. (1988). “The Model of Ordinary Analysis”. In: D’ALMEIDA, L. D., EDWARDS, J., DOLCETTI, A. (eds.). *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. pp. 247-267.

COELHO, A. “As críticas dos positivistas inclusivos ao argumento de Joseph Raz e como ele respondeu (ou poderia ter respondido) a elas”. *Ethic@*, Vol. 21, Nr. 3, pp. 688-703, 2022.

\_\_\_\_\_. “O positivismo exclusivo de Andrei Marmor: convenções e interpretação”. In: TORRANO, B., OMMATI, J. E. M. *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 255-282.

DWORKIN, R. (1977). “Levando os direitos a sério”. [Nelson Boeira: Taking Rights Seriously]. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cap. 2.

\_\_\_\_\_. (1986). “O império do direito”. [J. L. Camargo: Law’s Empire]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Cap. 5 e 6.

\_\_\_\_\_. “Justice in Robes”. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. “Law’s Empire”. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DYZENHAUS, D. “Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar”. Oxford: Oxford University Press, 1997.

FAGGION, A. “Positivismo normativo e o debate que importa”. *Ethic@*, Vol. 21, Nr. 3, pp. 642-667, 2022.

\_\_\_\_\_. “Why a Hedgehog Cannot Have Political Obligations”. *Ratio Juris*, Vol. 33, Nr. 3, pp. 317-328, 2020.

- FRAENKEL, E. (1941). "The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship". [Trans. E. A. Shils: *Der Doppelstaat*]. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- FULLER, L. L. "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, Vol. 71, Nr. 4, pp. 630-672, 1958.
- GARZÓN VALDÉS, E. "Introducción". In: GARZÓN VALDÉS, E. (comp.). *Derecho y filosofía*. Barcelona: Editorial Alfa, 1985.
- GROSS, O. "What Both Hart and Fuller Got Wrong". *The University of Minnesota Law School Scholarship Repository*, Vol. 11, pp. 54-70, 2021. [Disponível em [https://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/745](https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/745)].
- HALDEMANN, F. "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law". *Ratio Juris*, Vol. 18, Nr. 2, pp. 162-78, 2005.
- HART, H. L. A. (1961). "O conceito de direito (com um pós-escrito)". [A. Ribeiro Mendes: *The Concept of Law*]. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- \_\_\_\_\_. (1961). "The Concept of Law". 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- \_\_\_\_\_. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*, Vol. 71, Nr. 4, pp. 593-629, 1958.
- HOBBS, T. (1651). "Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil". Tradução de J. P. Monteiro e M.B.N. da Silva: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. (1651). "Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil". Oxford: Oxford University Press, 1998.
- JAMES, W. (1906). "Pragmatismo e outros textos". Tradução de J. C. da Silva, P. R. Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- KANT, I. (1793). "*Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*". [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press, [s.d.].
- \_\_\_\_\_. (1795). "A paz perpétua e outros opúsculos". Tradução de A. Morão. Lisboa: Ed. 70, 1988.
- \_\_\_\_\_. (1797). "Princípios metafísicos da doutrina do direito". Tradução de J. Beckenkamp: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtlehre*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- KELSEN, H. (1928). "General Theory of Law and State". [A. Wedberg: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*]. London: Transaction Publishers, 2006.
- \_\_\_\_\_. (1934). "Teoria pura do direito". [J. B. Machado: *Reine Rechtslehre*]. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. (1949). "Teoria geral do direito e do Estado". 3. ed. [L. C. Borges: *General Theory of Law and State*]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, H. "Essays in Legal and Moral Philosophy". Transl. P. Heath. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973.
- \_\_\_\_\_. "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law". *The Yale Law Journal*, Vol. 57, Nr. 3, pp. 377-390, 1948.

- MACKIE, J. L. "Ethics. Inventing Right and Wrong". London: Penguin, 1977.
- MANDERSON, D. "Two Turns of the Screw". In: CANE, P. (ed.). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford: Hart Publishing, 2010. pp. 197-216.
- MAUS, I. (1992). "O direito e a política: teoria da democracia". [E. Antoniuk: Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant]. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MERTENS, T. "Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice". *Law and Critique*, Vol. 14, pp. 277-295, 2003.
- MURPHY, L. "The Political Question of the Concept of Law". In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the 'Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001. pp. 371-409.
- NUSSBAUM, M. "The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age". Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- OTT, W., BUOB, F. "Did Legal Positivism Render German Jurists Defenceless During the Third Reich?" *Social & Legal Studies*, Vol. 2, pp. 91-104, 1993.
- PAUER-STUDER, H. "Justifying Injustice: Legal Theory in Nazi Germany". Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- \_\_\_\_\_. "Justifying Injustice: Legal Theory in Nazi Germany". Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- PAULSON, S. L. "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses". *Law and Philosophy*, Vol. 13, Nr. 3, pp. 313-359, 1994.
- POSTEMA, G. J. (1986). "Bentham and the Common Law Tradition". 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- \_\_\_\_\_. "Utility, Publicity, and Law: Essays on Bentham's Moral and Legal Philosophy". Oxford: Oxford University Press, 2019.
- RADBRUCH, G. "Die Erneuerung des Rechts". *Die Wandlung*, Nr. 2, pp. 8-16, 1947.
- \_\_\_\_\_. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht". *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Vol. 1, Nr. 5, pp. 105-8, 1946.
- \_\_\_\_\_. "Statutory Injustice and Supra-Statutory Law". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Nr. 1, pp. 1-11, 2006.
- RAZ, J. "Dworkin: A New Link in the Chain". *California Law Review*, Vol. 74, Nr. 3, pp. 1103-1119, 1986.
- \_\_\_\_\_. "Legal Principles and the Limits of Law". *The Yale Law Journal*, Vol. 81, Nr. 5, pp. 823-854, 1972.
- RIVERS, J. "The Interpretation and Invalidity of Unjust Laws". In: DYZENHAUS, D. (ed.). *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford: Hart Publishing, 1999. pp. 40-65,
- ROTTLEUTHNER, H. "Legal Positivism and National Socialism: A Contribution to a Theory of Legal Development". *German Law Journal*, Vol. 12, Nr. 1, pp. 100-114, 2011.
- SCHMITT, C. (1934). "Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica". [M. Herrero: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens]. Madrid: Tecnos, 1996.

\_\_\_\_\_. (1934). “Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens”. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

SHAUER, F. “Hart’s Anti-Essentialism”. In: D’ALMEIDA, L. D., EDWARDS, J., DOLCETTI, A. (eds.). *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. pp. 237-246.

SPAACK, T. “Kelsen’s Metaethics”. *Ratio Juris*, Vol. 35, Nr. 2, p. 158-190, 2022.

STRECK, L. L. “As mais de 1.000 colunas, as sutilezas e as retrancas epistêmicas”. *Conjur*. 12 out. 2023. [ConJur - As mais de 1.000 colunas, as sutilezas e as retrancas epistêmicas]. Acessado em 18 de outubro de 2023.

VOLPATO DUTRA, D. J. “Habermas e o positivismo jurídico”. *Dois Pontos*, Vol. 17, pp. 97-117, 2020. [Disponível em <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/72279/42275>]

VOLPATO DUTRA, D. J., OLIVEIRA Jr., NYTHAMAR, H. F. “Moral Cognitivism and Legal Positivism in Habermas’s and Kant’s Philosophy of Law”. *Ethic@*, Vol. 16, pp. 533-546, 2017.

WALDRON, J. “Kant’s Legal Positivism”. *Harvard Law Review*, Nr. 109, pp. 1535-1566, 1996.

\_\_\_\_\_. “Law and Disagreement.” Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. “Normative (or Ethical) Positivism”. In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the ‘Concept of Law’*. Oxford University Press, pp. 410-434, 2001.