
A ideia central do positivismo jurídico¹

The very idea of legal positivism

Stanley L. Paulson²

Resumo: No passado recente, a distinção entre o jus-positivismo inclusivo e o exclusivo foi vista como uma controvérsia importante no âmbito dessa corrente. Eu sustento que uma distinção mais fundamental se encontra em outra seara, qual seja, na distinção entre o positivismo como naturalismo e o positivismo sem o naturalismo. No primeiro campo, do positivismo

1 Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. Revisão técnica de Andityas Soares de Moura Costa Matos.

2 Stanley L. Paulson é Doutor em Filosofia pela Universidade de Wisconsin-Madison (Estados Unidos da América) e em Direito pela Universidade de Harvard (Estados Unidos da América). Doutor *honoris causa* pelas Universidades de Uppsala (Suécia) e Kiel (Alemanha). Professor de Direito e de Filosofia na Universidade de Washington (Estados Unidos da América). Professor Convidado na Universidade de Kiel e Professor Associado “John Fleming” de Direito na Universidade Nacional da Austrália. Em 2003 a Fundação Alexander von Humboldt (Alemanha) concedeu-lhe seu tradicional prêmio de pesquisa destinado a estudiosos estrangeiros de humanidades internacionalmente reconhecidos. Atualmente trabalha em uma monografia sobre a Filosofia do Direito de Hans Kelsen a ser publicada pela Oxford. Entre seus vários livros, artigos e traduções de textos Kelsen destacam-se *Hard cases in wicked legal systems: south african law in the perspective of legal philosophy* (Oxford, Clarendon, 1991), *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford, Clarendon, 1997), *Judging the judges, judging ourselves: truth, reconciliation and the apartheid legal order* (Oxford, Hart, 1998), *The constitution of law: legality in a time of emergency* (Cambridge, Cambridge University, 2006) e *Hard cases in wicked legal systems:*

como naturalismo, John Austin aduz que a redução ao fato (hábito, medo) é suficiente para explicar os materiais tipicamente jurídico-normativos; sendo assim, nenhuma relação não-contingente entre o direito e a moral é necessária. Isso significa que o celebrado princípio da separação de H. L. A. Hart, longe de se encontrar no núcleo do positivismo, é corolário de uma doutrina fundamental: o naturalismo. Hans Kelsen é o proponente do positivismo sem o naturalismo. Apesar de Kelsen obviamente defender o princípio da separação, sua posição representa uma rejeição completa do naturalismo, que, como ele insiste, está mal direcionado. Kelsen acredita poder explicar a normatividade no âmbito do positivismo. Ele não constroi sua tese da normatividade como uma resposta à questão longamente prestigiada de como a obediência ao direito pode ser justificada. Ao contrário, a tese da normatividade de Kelsen é melhor entendida como o núcleo do seu argumento contra o positivismo enquanto naturalismo.

Palavras-chave: Positivismo. Naturalismo. Tese da separação. Normatividade e Moralidade. Austin, Hart e Kelsen.

Abstract: In the recent past, the distinction between inclusive and exclusive legal positivism has been touted as the important controversy in the field. I argue that a more fundamental distinction lies elsewhere – the distinction between positivism *qua* naturalism and positivism without naturalism. In the first camp, positivism *qua* naturalism, John Austin argues that the

pathologies of legality (Oxford, Oxford University, 2010), assim como a obra coletiva *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes* (Oxford, Clarendon, 2007). Publicou no Brasil o artigo *A reconstrução radical da norma jurídica de Hans Kelsen*. Trad. Andityas Soares de Moura Costa Matos e Oséias Silas Ferraz. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (coords.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, pp. 285-295, 2011.

reduction to fact (habit, fear) is sufficient to explain the ostensibly normative material of the law, and if this is so, no non-contingent link between the law and morality can be necessary. This is to say that H. L. A. Hart's celebrated separation principle, far from lying at the very core of legal positivism, is a corollary of the fundamental doctrine, naturalism. Hans Kelsen is the proponent of positivism without naturalism. While Kelsen of course defends the separation principle, his position represents a wholesale rejection of naturalism, which, he insists, is wrong-headed. Kelsen believes that he can explicate normativity within positivism. He does not offer his normativity thesis as an answer to the time-honoured question of how obedience to law might be justified. Rather, Kelsen's normativity thesis is properly seen as the core of his argument against legal positivism *qua* naturalism.

Key-words: Positivism. Naturalism. Separation principle. Normativity and morality. Austin, Hart e Kelsen.

Introdução

Muito nas discussões recentes sobre o positivismo jurídico sugere que a controvérsia relativa a tal noção gira em torno da distinção entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo³. Como ponto de partida para distinguí-los, o princípio da separação é útil⁴. No seu nível mais geral,

3 Uma discussão excelente, na qual muitos argumentos são esgrimidos, se encontra em Kenneth Einar Himma, *Inclusive Legal Positivism* em *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, ed. Jules Coleman *et al.* (Oxford: Oxford University, 2002), pp. 125-65. Ver também as asserções detalhadas em Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Oxford University, 1999); Kramer, *Where Law and Morality Meet* (Oxford: Oxford University, 2004).

4 H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, 71 (1957-8), pp. 593-629, reimpresso em Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon, 1983), pp. 49-87.

o princípio da separação – como Kenneth Einar Himma aponta com precisão – nega “que há uma sobreposição necessária” entre o direito e a moral⁵. O princípio da separação vale, portanto, como o oposto do princípio da moralidade, segundo o qual *há* uma “sobreposição necessária” entre o direito e a moral, qualquer que seja a forma como ela possa ser explicada⁶. O significado dessa negativa positivista do princípio da moralidade pode ser precisado, como sabemos, ao se apelar para a distinção entre o positivismo inclusivo e o exclusivo. O positivismo inclusivo deixa em aberto a possibilidade de que em dado sistema jurídico haja ou não uma sobreposição necessária entre o direito e a moral, ao passo que o positivismo exclusivo não reconhece a possibilidade dessa sobreposição necessária⁷. Novamente – dessa vez nas palavras de Matthel H. Kramer – “a *separabilidade* entre o âmbito jurídico e o âmbito moral, diferentemente de sua *separação* inelutável, é uma condição que [o juspositivista inclusivo] procura estabelecer”⁸.

5 Himma, *Inclusive Legal Positivism*, n. 1, p. 125.

6 A pretendida “sobreposição necessária” entre o direito e a moral é entendida de muitas maneiras diferentes, como ilustrado por exemplos proeminentes na literatura recente. Ver, por exemplo, Gustav Radbruch, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (original de 1946), trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (2006), pp. 1-11; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon, 1980), 2. ed. (Oxford: Oxford University, 2011); Finnis, *Philosophy of Law* (Collected Essays, vol. IV) (Oxford: Oxford University, 2011); Robert Alexy, *The Argument from Injustice* (original de 1992), trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon, 2002); Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, 92 (1978-9), pp. 353-409, reimpresso com omissões em Fuller, *The Principles of Social Order*, ed. Kenneth Winston, 2. ed. (Oxford: Hart Publishing, 2001), pp. 101-39.

7 Cf. Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon, 1979); Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon, 1994), pp. 210-27 *et passim*.

8 Kramer, *In Defense of Legal Positivism* n. 1, p. 114, *itálico* nosso.

Pode-se chegar a uma perspectiva mais ampla ao se considerar não apenas o positivismo inclusivo e o exclusivo, mas também o *não*-positivismo, representado pela defesa do princípio da moralidade.⁹ Segundo tal corrente, novamente, há uma sobreposição necessária entre o direito e moral. Está claro que qualquer dessas duas ou três visões se encontra em uma relação de contrariedade¹⁰. Por exemplo, as teses de abertura que dão expressão ao não positivismo e ao positivismo jurídico inclusivo não podem ser ambas verdadeiras, mas elas podem muito bem ser ambas falsas, quando então a tese de abertura defendida pelo positivismo jurídico exclusivo seria verdadeira.

Pode-se dizer o que se quiser sobre a disputa entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo – alguns defendem essa distinção, enquanto outros negam o positivismo inclusivo desde o início¹¹. Eu prefiro, de qualquer modo, sustentar que uma distinção mais fundamental dentro do âmbito do positivismo pode ser encontrada em outro âmbito. A distinção que tenho em mente é aquela entre o positivis-

9 A nomenclatura “não-positivismo jurídico” é adequada para sugerir uma leitura genérica do termo, de modo que o positivismo jurídico e o não-positivismo jurídico cobrem todo o campo de discussões. Quer dizer, na leitura genérica o “positivismo jurídico” e o “não-positivismo jurídico” podem corretamente ser lidos como contraditórios. Para uma enunciação esclarecedora de várias teorias jurídicas, agrupadas sob as rubricas “positivismo” e “não-positivismo”, ver Alexander P. d’Entrèves, *Two Questions about Law in Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, ed. Thomas Würtenberger et al. (Frankfurt: Klostermann, 1962), pp. 309-20, reimpresso em d’Entrèves, *Natural Law*, 2. ed. (London: Hutchinson, 1970), pp. 173-84.

10 Ver Robert Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, *Ratio Juris*, 21 (2008), pp. 281-99 e pp. 285-7.

11 Para críticas, cf., por exemplo, Stefano Bertea, *A Critique of Inclusive-Positivism*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 93 (2007), pp. 67-81; Scott Shapiro, *Law, Morality, and the Guidance of Conduct*, *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 127-70. Kramer responde a Shapiro em *Where Law and Morality Meet* (n. 1), pp. 45-75.

mo jurídico como naturalismo (ou positivismo naturalista) e o positivismo jurídico sem o naturalismo (ou positivismo não-naturalista). Mesmo considerando que, por razões institucionais, o positivismo jurídico tenha sido amplamente discutido em um vácuo, permanece uma presunção de que há ligações entre o positivismo jurídico e o “positivismo em sentido amplo” que se situa em uma tradição filosófica mais abrangente – ou, como seria afirmado em círculos filosóficos mais recentes, de que há ligações entre o positivismo jurídico e o naturalismo. De que tipo de ligações estamos falando? Ofereço uma resposta nas primeiras duas partes deste ensaio. Na parte um, concentro-me na Filosofia do Direito de John Austin e sustento que ela reflete uma rubrica filosófica mais ampla, o positivismo em sentido amplo ou – segundo minha terminologia – naturalismo. Já na parte dois do trabalho, considero e defendo a minha asserção de que o naturalismo pode ser substituído pelo positivismo em sentido amplo.

Especificamente, na parte um do artigo duas teses são de especial interesse, sendo a segunda uma derivação da primeira. Minha primeira tese é de que o naturalismo de Austin – sua redução, em duas junções, de conceitos tipicamente jurídico-normativos a questões de fato (sabidamente, o hábito e o medo) – é, como ele sustenta, suficiente para completar sua asserção sobre a natureza do direito. Minha segunda tese, que deflui da primeira, é a seguinte: se a passagem de questões de fato a questões jurídicas, em Austin, é suficiente para explicar a natureza do direito, então nenhuma tese que diga respeito a ligações não-contingentes entre a moral e o direito pode ser tida como necessária para explicar a natureza do direito. Consideradas em conjunto, essas duas teses constituem um argumento genuinamente significativo, como eu gostaria de crer. Quer dizer, se essas duas teses forem de fato corretas e se a filosofia jurídica de Austin é representativa do positivismo jurídico tradicional,

então o festejado princípio da separação não desempenha, na realidade, a função mais importante nos círculos do positivismo jurídico. Pelo contrário, o princípio da separação é simplesmente o corolário do naturalismo, que é a visão predominante.

Na parte dois do ensaio, considero a substituição do naturalismo pelo positivismo em sentido amplo. Ao pensar inicialmente sobre como dividir as espécies de positivismo jurídico, presumi que iria considerar o positivismo em sentido amplo como o maior cenário filosófico em que o positivismo jurídico pode encontrar seu lugar. No entanto, uma análise da literatura me fez abandonar essa ideia. De fato, falar do positivismo em sentido amplo poderia ser apropriado se eu estivesse dirigindo minhas observações aos desenvolvimentos da filosofia na metade do século XIX, por exemplo. Naquele momento, o consenso hegeliano anteriormente existente na Europa havia sido completamente substituído pelo positivismo científico. Penso, por exemplo, em Hermann von Helmholtz, conhecido por seu trabalho pioneiro na Física e na Fisiologia, assim como em seus esforços para ajustar a teoria do conhecimento de Kant a uma linguagem moderna, ou seja, positivista¹². Tudo isso na metade do século XIX¹³. Por outro lado, “positivismo” é um termo que vem sendo motivo de abuso nos círculos filo-

12 Ver, por exemplo, Hermann von Helmholtz, *Über das Sehen des Menschen* (conferência em Königsberg em 1855), em Helmholtz, *Vorträge und Reden*, 4. reimpressão, 2 vols (Braunschweig: Friedrich Vieweg, 1896), vol.1, pp. 85-117.

13 Helmut Holzhey oferece uma caracterização tripartite do positivismo filosófico na metade do século: primeiramente, o conhecimento derivado das ciências é privilegiado, enquanto as pretensões do filósofo acerca do conhecimento são questionadas; em segundo lugar, o conhecimento da realidade (*Wirklichkeitserkenntnis*) é restrito ao que pode ser derivado da experiência sensorial; e, em terceiro lugar, o pensamento é entendido apenas em termos de função “subjativa” da interpretação, juntamente com a

sóficos de hoje. Jürgen Habermas escreve que o positivismo na filosofia procede de “pressuposições científicas”¹⁴, e Bernard Williams escreve que “retornar ao positivismo” com o objetivo de evitar a interpretação é “uma ofensa contra a veracidade”¹⁵.

No nosso tempo, a visão que continua a gozar de grande receptividade nos círculos filosóficos é o naturalismo. Willard Van Orman Quine, o “pai do naturalismo contemporâneo”, segundo um comentarista¹⁶, entende o naturalismo como o apelo às ciências. O naturalismo, de acordo com Quine, assimila a epistemologia a uma “psicologia empírica”¹⁷. A visão de Quine não é, entretanto, a única forma de naturalismo. O naturalismo é maior do que Quine, graças acima de tudo ao extraordinário papel que este exerceu para alçar o naturalismo à sua forma contemporânea. A visão de Quine é hoje uma das importantes caracterizações do naturalismo, ao lado da de David Hume. Retornarei a Hume na parte dois deste ensaio.

Finalmente, na parte três do trabalho dedico-me ao positivismo sem o naturalismo (ou positivismo jurídico não-naturalista). Aqui a figura dominante é Hans Kelsen. Se, por um lado, Kelsen está obviamente defendendo o princípio

ordenação dos elementos da experiência sensorial. Helmut Holzhey, *Der Neukantianismus* em Helmut Holzhey e Wolfgang Röd, *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts* [Teil] 2. *Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie* (Munich: C. H. Beck, 2004), p. 30.

14 Jürgen Habermas, *Knowledge and Human Interests* (original de 1968), trad. Jeremy J. Shapiro (Boston: Beacon, 1971), p. 88.

15 Bernard Williams, *Truth and Truthfulness* (Princeton: Princeton University, 2002), p. 12.

16 Penelope Maddy, *Second Philosophy. A Naturalistic Method* (Oxford: Oxford University, 2007), p. 4. Uma única figura importante na filosofia jurídica contemporânea escreve *expressis verbis* na linha do naturalismo de Quine: Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence* (Oxford: Oxford University, 2007).

17 Ver nota 33 abaixo.

da separação, sua posição, por outro lado, representa uma rejeição completa do naturalismo, que, como ele insiste, estaria mal direcionado. Assim, a ideia de que o princípio da separação é nada mais do que um corolário do naturalismo não pode ser atribuída a ele.

Minha maior tese, portanto, é a de que Austin e Kelsen representam dois pólos dentro do positivismo jurídico: nomeadamente, o positivismo jurídico como naturalismo e o positivismo jurídico sem o naturalismo. A posição representada pela empreitada colossal de Kelsen¹⁸ é, segundo me parece, peculiar. Por outro lado, qualquer dos partidários de outras tradições jurídico-teóricas pode ser substituído por John Austin, como pretendo demonstrar mais adiante.

1. John Austin

Não é acidental que a enunciação de Austin do princípio da separação é encontrada em uma nota de rodapé da *Conferência V*. Trata-se de uma nota de rodapé substancialmente extensa na qual Austin prepara cuidadosamente o terreno para uma réplica dirigida a William Blackstone:

Sir William Blackstons [...] diz em seus *Commentaries* que as leis de Deus são superiores em obrigatoriedade a todas as leis... que as leis humanas não possuem qualquer validade se contrariam estas [...] Ora, ele pode querer dizer com isso que todas as leis humanas devem se conformar com as leis divinas. Se for isso o que ele quer dizer, concordo sem hesitação.... Mas o significado dessa passagem de Blackstone, se é que ela tem algum significado, parece ser, ao contrário, o seguinte: que nenhuma lei humana que conlita com o direito divino é obrigatória ou vinculante; em outros termos, que nenhuma lei humana que entra em conflito com o direito divino é uma lei [...]. Ora, dizer que leis humanas que conflitam com o

18 O editor da obra completa de Hans Kelsen, (*Hans Kelsen Werke*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007), Matthias Jestaedt, estima que Kelsen tenha publicado escritos que somam 17.500 páginas.

direito divino não são vinculantes, ou seja, que não são leis, é uma afirmação nitidamente sem sentido¹⁹.

Relegar a uma nota de rodapé o que nós, sob a influência de H. L. A. Hart, estamos acostumados a denominar de princípio da separação, sugere que o ponto central da posição de Austin se situa em outro lugar. De fato, na *Conferência VI* Austin devota uma grande parte de sua atenção à redução direta da doutrina da soberania a concatenações de natureza fática. Suas linhas sobre o hábito de obediência certamente soam familiares:

O superior que é tido como soberano... é diferenciado... pelos seguintes traços ou características: 1. *A maior parte* de dada sociedade está *habituada* a obedecer ou a se submeter a um superior *determinado e comum*... [e] 2. Este específico indivíduo, ou este específico grupo de indivíduos, *não está* habituado a obedecer a um determinado superior humano²⁰.

Para evitar que o significado do apelo à noção de “hábito” seja perdido, Austin repete o ponto numerosas vezes na *Conferência VI*²¹.

Com este esquema sobre Austin, já temos a construção do argumento central que lhe atribuo. Se o seu repertório conceitual pode ser reconduzido à doutrina da soberania e se a soberania pode ser reconduzida, por sua vez, a concatenações de fato, então, segundo Austin, tal é suficiente para explicar os materiais tipicamente jurídico-normativos. E se

19 John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (original de 1863), 5. ed., 2 vols., ed. Robert Campbell (London: John Murray, 1885), vol. 1, *Lecture V*, pp. 214-15, ênfase no original. Cf. também John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (original de 1832), ed. H. L. A. Hart (London: Weidenfeld and Nicolson, 1954), *Lecture V*, pp. 184-5, ênfase no original.

20 Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture VI*, p. 220, ênfase no original; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture VI*, pp. 193-4.

21 Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture VI*, v.g. pp. 222, pp. 223-4 e p. 227; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture VI*, e.g., pp. 195, pp. 198-9 e pp. 202-3.

essa redução da soberania a questões fáticas for de fato suficiente, então, por hipótese, não é necessário qualquer apelo à moralidade. Em outras palavras, Austin incorporou em sua redução as teses de que não pode haver uma “sobreposição necessária” entre o direito e a moral. E não há razão para o proponente de uma tal teoria prestar especial atenção ao princípio da separação, que em si mesmo não basta para construir uma doutrina independente em sua teoria.

Antes de prosseguir com Austin, eu gostaria de frisar a importância geral do que acabo de expor de sua teoria. Considerando a proeminência do princípio da separação como a noção subjacente à miríade de defesas anglo-americanas do positivismo jurídico ao longo do último meio século, sua ausência – com uma única exceção importante – do vívido debate europeu sobre o positivismo jurídico há cem anos atrás parece, ao menos à primeira vista, desconcertante²². A explicação imediata, no entanto, é esta. Um grupo de teóricos do direito europeus de *fin de siècle*, identificados de modo geral como positivistas, fez o mesmo tipo de consideração que Austin. Ou seja, eles sustentavam que fatos naturais eram suficientes para explicar os materiais ostensivamente jurídico-normativos, e já que a moralidade não pode, portanto, ser necessária, eles não tinham oportunidade de falar sobre tal tema. Em uma palavra, o movimento deles era naturalista.

Uma boa ilustração pode ser encontrada no trabalho de Georg Jellinek, a figura mais influente na Teoria do Direito Público (*Staatsrechtslehre*) no continente europeu há cem anos, traduzido nos seus dias para a maior parte das línguas européias. Em certos círculos, presume-se que Jellinek é um “normativista”, um “neokantiano”. Contudo, um olhar mais

22 A exceção à regra é Hans Kelsen, cuja posição eu analiso na terceira parte deste artigo.

próximo de seus textos demonstra claramente que na doutrina festejada de Jellinek “a força normativa do fático” fica reduzida, sem maiores ressalvas, a questões fisiológicas ou psicológicas. E tal redução é uma criação do próprio Jellinek. Segundo afirma, o “significado normativo” do fático se reduz simplesmente a nossa tendência fisiológica ou psicológica para reproduzir, em nossas mentes, aquilo a que estamos acostumados²³. Tal tese está mais próximo de Hume do que de qualquer coisa no âmbito do neokantismo.

Novamente, minha tese é de que o naturalismo de Austin – a ultrapassagem dos materiais tipicamente jurídico-normativos para concatenações de fato – constitui-se como moeda corrente para os positivistas em geral. Ainda que minha tese pareça óbvia – e eu ficaria muito satisfeito se assim fosse –, ela é raramente aceita. Por exemplo, no seu festejado ensaio *Positivism and the Separation of Law and Morals*²⁴ e novamente em seu livro *The Concept of Law*²⁵, Hart enumera cinco doutrinas diferentes sob a rubrica do positivismo jurídico – comando, separação, análise, decisão judicial como dedução lógica e não-cognitivismo. Ele atribui as três primeiras

23 Jellinek escreve: “Buscar a base da força normativa do fático em sua razoabilidade consciente ou inconsciente seria um grave erro. O fático pode ser racionalizado posteriormente, mas sua importância normativa repousa em uma propriedade do tipo não-derivada de nossa natureza. Sua força é algo com o qual já estamos acostumados, sendo fisiologicamente e psicologicamente mais fácil reproduzir do que [criar] alguma coisa nova”. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. ed. (Berlin: O. Häring, 1905), p. 330, 3. ed. (1914), p. 338. A redução ao fático, nesse ponto do trabalho de Jellinek, é bem capturada por Michael Stolleis, *Public Law in Germany 1800-1914* (original de 1992), trad. Pamela Biel (New York and Oxford: Berghahn, 2001), pp. 442-3.

24 Ver Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, n. 2, pp. 601-2, n. 25, reimpresso em Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, n. 2, pp. 57-8, n. 25.

25 Ver H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. ed. (Oxford: Clarendon, 1994), p. 302, na nota pertencente à p. 185.

a Jeremy Bentham e a Austin. A doutrina que eu considero ser fundamental – o naturalismo – não aparece na lista de Hart e não é implicada por nada que nela figure.

Dirijo-me novamente em direção a Austin, como prometido. Sustentei acima ser possível reconduzir todo o repertório conceitual de Austin à doutrina da soberania, a qual pode ser reduzida a um encadeamento de fatos. Um argumento similar pode ser sustentado ao se considerar a doutrina de Austin sobre os comandos, a qual está implícita na teoria da soberania²⁶. A doutrina do comando, em uma leitura do tratado de Austin, pode ser entendida em termos de três componentes: a intenção do autor do comando para que um sujeito aja (ou deixe de agir) em determinado sentido; a expressão, por parte do autor do comando, de sua intenção dirigida ao destinatário, e – um aspecto central da doutrina – o poder do autor do comando para impor uma sanção caso os indivíduos sob sua direção deixem de cumprir a diretiva²⁷. Entretanto, o poder de impor uma sanção não deve ser entendido como uma propriedade do autor do comando. Com efeito, este é caracterizado na teoria austiniana em termos do poder de impor sanções. Em tal hipótese, ele pode não deter este poder sobre o indivíduo particular em face de quem ele emite sua diretiva, como se dá no caso de um comando putativo de um soberano em face de outro soberano. O poder de impor sanções deve ser entendido em outros termos, ou seja, como uma relação entre o autor do comando e o destinatário do comando ou, mais geralmente, entre um superior e um inferior²⁸. Austin dá expressão

26 Ver Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture V*, e.g., p. 177; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture V*, e.g., p. 132.

27 Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture I*, p. 91, ver também p. 89; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture I*, p. 17, ver também pp. 13-14.

28 Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture I*, pp. 96-7; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture I*, pp. 24-5.

a tal relação – que podemos chamar de “relação de poder” – quando escreve: “O termo superioridade significa força. Trata-se do poder de afetar os demais com um mal ou uma dor e de forçá-los, por meio do *medo* de tal mal, a ajustar sua conduta ao desejo do autor do comando”²⁹.

O medo, entendido como fato bruto, é a noção operativa aqui, e o argumento procede da mesma maneira antes vista. Se os “termos correlatos” de Austin – obrigação e sanção – forem reconduzíveis ao seu correlato, o comando³⁰, e se o comando for reconduzível, por sua vez, a encadeamentos de fatos – em particular, ao medo gerado no destinatário do comando –, então, segundo Austin, tal passo é suficiente para explicar a natureza dos materiais tipicamente jurídico-normativos³¹. E se este passo for suficiente, então pode ser que nenhum apelo à moralidade seja necessário.

É útil considerar, ainda que por apenas um momento, o conceito de medo. Assim como ninguém iria sustentar que o desejo sexual é adquirido mediante o raciocínio ou como produto da experiência, também é este o caso no que se re-

29 Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture I*, p. 96, ênfase adicionada. Cf. também p. 90: “aquilo que não é temido não é apreendido como um mal”; Austin, *Province* (n. 19), *Lecture I*, p. 24, ênfase adicionada; cf. também p.16.

30 Sobre a “correlatividade”, ver Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture I*, pp. 89, 96; cf. também pp. 91-2; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture I*, pp. 14, 24; cf. também pp. 17-18.

31 Como notado por Hart, Austin possui ainda uma segunda interpretação do comando. Ela se mostra em sua definição de obrigação “como a ‘chance de probabilidade’ de que alguém ordenado a fazer ou a se abster de fazer algo sofra algum mal quando da desobediência”. Ver H. L. A. Hart, *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, *University of Pennsylvania Law Review*, n. 105 (1956-7), pp. 953-75 e p. 965; H. L. A. Hart, *Legal and Moral Obligation* em *Essays in Moral Philosophy*, ed. A. I. Melden (Seattle: University of Washington, 1958), pp. 82-107 e pp. 95-9; Hart, *The Concept of Law*, n. 23, p. 282 nota c. Para o próprio texto de Austin sobre “chance ou probabilidade”, ver Austin, *Lectures* (n. 17), *Lecture I*, p. 90; Austin, *Province* (n. 17), *Lecture I*, p. 16.

fere ao medo. A despeito do fato de que a experiência pode moldar nossas respostas em ambas as frentes, os fenômenos em si mesmos têm uma base independente da experiência³². Hume fala de um instinto natural. Tal menção a Hume me conduz à parte dois de meu ensaio, que se refere à substituição do naturalismo pelo positivismo em sentido amplo.

2. A substituição do naturalismo pelo positivismo em sentido amplo

Frisei na *Introdução* que Quine, em nome do naturalismo, nos leva a apelar para as ciências. Assim, a epistemologia se torna “Psicologia Empírica”³³. Apesar de haver grandes diferenças entre a empreitada naturalista de Quine e a de David Hume, há também semelhanças. Por exemplo, muitos vêem a teoria de Hume sobre a natureza humana, no Livro III de *A Treatise on Human Nature*, como um estudo sobre Psicologia Moral. Segundo um proeminente intérprete de Hume, “em larga medida, a teoria de Hume sobre a natureza humana não é, em nossa visão, filosófica, mas sim psicológica”³⁴. O

32 Devo o exemplo a H. O. Mounce, *Hume's Naturalism* (London and New York: Routledge, 1999), p. 62.

33 “A questão epistemológica é uma questão do âmbito da ciência: [como homens] conseguiram chegar à ciência a partir de tão limitadas informações. Nosso epistemologista científico busca responder a essa indagação. [...] Sem dúvida, evolução e seleção natural figuram nessa explicação, e ele irá se sentir livre para aplicar a física se encontrar um caminho”. W. V. O. Quine, *Five Milestones of Empiricism* (lecture de 1975), em Quine, *Theories and Things* (Cambridge: Harvard University, 1981), pp. 67-72.

34 Terence Penelhum, *Hume's Moral Psychology* em *Cambridge Companion to Hume*, ed. David Fate Norton (Cambridge: Cambridge University, 1993), pp. 117-49 e p. 119. Penelhum não está sozinho. Cf. também Jerry A. Fodor, *Hume Variations* (Oxford: Clarendon, 2003), pp. 1-27 *et passim*, que sugere que o naturalismo de Hume antecipa o trabalho corrente no âmbito da ciência cognitiva.

famoso *dictum* de Hume – alguns iriam dizer “notório” – de que “a razão é, e deve ser apenas, a escrava das paixões”,³⁵ é mais útil quando visualizado como uma resposta ao papel elevado desempenhado pela razão nas filosofias racionalistas da tradição cartesiana.³⁶ A tática de Hume é diametralmente oposta. Ele olha para dentro:

Pense em qualquer ação que possa ser tida como viciada: homicídio doloso, por exemplo. Examine-a em todas as suas luzes e diga se você pode encontrar qualquer questão de fato, ou uma existência real, que pode ser chamada de *vício*. De qualquer modo que você enfrente o problema, encontrará apenas certas paixões, motivos, vontades e pensamentos. Não há outra questão de fato neste caso. O vício escapa inteiramente enquanto você o considere enquanto objeto. Você nunca pode encontrá-lo até direcionar sua reflexão para si próprio e distinguir um sentimento de desaprovação que surge em você mesmo em relação a tal ação. Essa é uma questão de fato, mas é objeto do sentimento e não da razão. Ela reside em você mesmo e não no objeto. Portanto, quando você aduz que qualquer ação ou caráter é vicioso, você não quer dizer nada além do fato de que, da constituição de sua natureza, você deriva uma impressão ou um sentimento de culpa ao contemplá-la³⁷.

Tais noções – impressão, sentimento, instinto, a constituição de sua natureza – derivam de um olhar para dentro. E isso, segundo Hume nos faz acreditar, é a fonte das nossas explicações psicológicas.

Essa apresentação de Hume como naturalista parece uma surpresa para os que tentam buscar suas pistas nos manuais que o caracterizam como um seguidor de seus predecessores empiristas, Locke e Berkeley, enquanto reconhecem – e levam ao extremo – o ceticismo a que essa visão

35 David Hume, *A Treatise on Human Nature* (original de 1739-40), 2.ed., ed. P. H. Nidditch (Oxford: Clarendon, 1978), II.iii.3, p. 415.

36 Penelhum, *Hume's Moral Psychology*, n. 32, pp. 119-20.

37 Hume, *Treatise*, n. 35, III.i.1, pp. 468-9. A ênfase é original.

inevitavelmente conduz. O argumento que sustenta o ceticismo é familiar: O empirismo teve sua fonte na experiência sensorial. Crenças que derivam da experiência sensorial não podem ser objeto de justificação. A justificação requer um apelo a algo independente, mas não há, por assim dizer, um passo para fora da experiência com vistas a apelar para algo independente em relação a ela própria. O resultado disso é o ceticismo.

Tal ponto, em tom explicitamente crítico ao ceticismo de Hume, deriva, *inter alia*, do filósofo Thomas Reid. Ao defender sua própria visão, Reid sustenta que a experiência sensorial não é “o que nós percebemos”, mas, ao contrário, “aquela que nós percebemos”³⁸. Norman Kemp Smith – em ensaios que trilharam novos caminhos há cem anos e em um tratado extraordinário sobre Hume escrito há setenta anos – vira a interpretação de Reid sobre Hume de ponta-cabeça³⁹. Nas esplêndidas palavras de Kemp Smith: Hume “é descrito como não tendo feito nada além de liberar os seus sucessores de um rótulo ao qual ele próprio permaneceu submetido. Um veredicto estranhamente paradoxal!”⁴⁰ Na interpretação de Kemp Smith, Hume estava perspicazmente consciente do ceticismo inerente ao empirismo tradicional e buscou criar uma alternativa. Essa alternativa – qual seja, o naturalismo – é encontrada no Livro III do *Tratado* de Hume. De fato, Kemp Smith afirma que a melhor forma de se ler

38 *The Works of Thomas Reid*, 8. ed., 2 vols., ed. William Hamilton (Edinburgh: James Thin, 1895), vol. 1, pp. 108, 112, 117, 121 *et passim*. A citação no texto de Mounce é um enunciado sumário. Cf. Mounce, *Hume's Naturalism*, n. 30, 1, p. 54. A filosofia de Reid é apresentada com detalhes em Keith Lehrer, *Thomas Reid* (London and New York: Routledge, 1989).

39 Cf., em particular, Norman Kemp Smith, *The Philosophy of David Hume* (London: Macmillan, 1941). Os ensaios iniciais são *The Naturalism of Hume* (I.), *Mind*, 14 (1905), pp. 149-73 e *The Naturalism of Hume* (II.), pp. 335-47.

40 Kemp Smith, *The Philosophy of David Hume*, n. 37, p. 3.

Hume é iniciar com o Livro III do *Tratado* antes de se voltar para o Livro I, cujo ceticismo será então visto, de maneira correta, como o naturalismo qualificado de Hume.

3. O positivismo sem o naturalismo: o caso de Hans Kelsen

Onde o positivismo como naturalismo se apresenta como ponto de partida, Hans Kelsen é o elemento de dissidência. Outros positivistas jurídicos podem ser enumerados entre os naturalistas, sustentando que, já que os fatos são suficientes para explicar os materiais normativos, a moralidade não pode ser entendida como necessária. Kelsen não oferece esse tipo de argumento. Diferentemente de todos os outros, ele não está sustenta que os materiais tipicamente jurídico-normativos são redutíveis a fatos. Kelsen defende o que ele chama de uma filosofia jurídico-normativa.

Segundo Kelsen, a normatividade⁴¹ é sua alternativa aos demais pontos de vista no âmbito da Filosofia do Direito. Sem embargo – e eis aí o problema nuclear – nunca houve um consenso acerca do que ele pretende dizer com isso. As interpretações da ideia de Kelsen sobre normatividade percorrem todos os possíveis entendimentos alternativos, desde uma visão contrafactual da normatividade⁴² até uma tese sobre a “normatividade justificada”. Esta última é de

41 A normatividade, que para muitos propósitos é um conceito baseado em si mesmo, tem gozado de uma boa dose de atenção na filosofia recente. Cf., por exemplo, Joseph Raz, *Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason*, *Ratio* 12 (1999), pp. 354-379, reimpresso em Raz, *Engaging Reason* (Oxford: Oxford University, 1999), pp. 67-89. Cf. também Alan Millar, *Understanding People. Normativity and Rationalizing Explanation* (Oxford: Clarendon, 2004) e John Skorupski, *The Domain of Reasons* (Oxford: Oxford University, 2010).

42 Em uma visão geral do trabalho de Kelsen, Robert Walter escreve que os sistemas coercitivos – em especial os sistemas jurídicos – devem ser inter-

longe a leitura mais ambiciosa da normatividade na filosofia jurídica de Kelsen, tendo lhe sido atribuída de diferentes maneiras e mediante diversos tipos de argumento por ninguém menos do que quatro figuras de destaque – Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Joseph Raz e, um pouco mais cedo, Alf Ross –⁴³ que, até onde vai meu conhecimento, chegaram cada qual à sua conclusão de maneira independente dos demais. Limite-me aqui a Raz, cujas asserções são em certos aspectos as mais extremas de todas as quatro. Raz inicia contrastando a posição de Hart com a de Kelsen. H. L. A. Hart é um proponente de uma compreensão da *normatividade social*, entendendo “a normatividade do direito e a obrigação de obedecê-lo enquanto noções distintas”. Uma compreensão completamente diferente, Raz continua, é evidente no trabalho de alguém que reconhece “apenas a concepção de uma *normatividade justificada*”⁴⁴, tal como Hans Kelsen. Ao caracterizar a normatividade justificada, Raz escreve: “Considerar o direito como normativo significa considerá-lo

pretados “como se fossem normativos”. Robert Walter, *Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie*, 1 (1970), pp. 69-95 e 70, com ênfase no original.

- 43 Cf. Robert Alexy, *The Argument from Injustice* n. 4, pp. 95-123; Carlos Santiago Nino, *Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, n. 64 (1978), pp. 357-77 e pp. 357-65, reproduzido em *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* [citado aqui como NN], ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon, 1998), pp. 253-61; Carlos Santiago Nino, *La validez del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1985), pp. 7-40 *et passim*; Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm* em *American Journal of Jurisprudence*, n. 19 (1974), pp. 94-111, reimpresso em NN pp. 47-67 e em Raz, *The Authority of Law*, 2. ed. (Oxford: Oxford University, 2009) [citado aqui como AL], pp. 122-45; Alf Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 4 (1961), pp. 46-93 (edição bilíngue), p. 82. Cf. em geral pp. 78-82, reimpresso em NN, pp. 147-63, especialmente p. 160; cf. em geral pp. 159-61.
- 44 Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, n. 41, p. 105; NN, n. 41, p. 60; Raz, AL, n. 41, p. 137.

justo e admitir que ele deve ser obedecido. Os conceitos de normatividade do direito e de obrigação de obediência ao direito são analiticamente relacionados. Kelsen, portanto, vê o direito como válido – quer dizer, normativo – somente se alguém deve obedecê-lo⁴⁵.

Obviamente, Raz vê um paradoxo em se atribuir a tese da normatividade justificada a Kelsen, pois tal tese o situa muito mais próximo da teoria do direito natural do que de qualquer coisa encontrada no âmbito do positivismo jurídico tradicional ou naturalista. De fato, Raz chama a atenção para tal paradoxo, escrevendo que, apesar de Kelsen “rejeitar as teorias jusnaturalistas, ele usa consistentemente o conceito jusnaturalista de normatividade, qual seja, o conceito de normatividade justificada”⁴⁶.

Intérpretes de certo filósofo certamente farão o que eles consideram ser a leitura mais promissora de seu trabalho. Até aí, tudo bem, mas com uma advertência: o mérito verdadeiro se encontra em entender o que o filósofo realmente escreveu ao invés de impor a seu texto uma interpretação “de fora”, por assim dizer. Como Paul W. Franks escreve em seu livro sobre os pós-kantianos, “se assumirmos que figuras históricas estão perguntando ou respondendo a nossas questões, [...] corremos o risco tanto de distorcer o que eles disseram como o de perder uma oportunidade de aprender com eles, seja positiva ou negativamente”⁴⁷.

Assim como Alexy, Nino e Ross, Raz pode objetar que ele está propondo uma interpretação do texto e não impondo uma interpretação sobre ele. A réplica é boa até o momento, mas dá margem à questão de quão representativas são as

45 *Ibidem*.

46 Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, n. 41, pp. 110-11; *NN*, n. 41, p. 67; Raz, *AL*, n. 41, p. 144.

47 Paul W. Franks, *All or Nothing. Systematicity, Transcendental Arguments*,

passagens selecionadas por Raz e os demais. Como já tive a oportunidade de argumentar com mais vagar em outro trabalho, os trechos selecionados não são, de fato, representativos do trabalho de Kelsen. Portanto, o ponto de vista de Franks permanece válido: Aprendemos melhor sobre figuras históricas quando consideramos as questões que eles próprios estão formulando e respondendo.

O que, então, deve ocupar o lugar da normatividade justificada? Minha resposta é a seguinte: o projeto de Kelsen ao longo de muitas décadas foi, acima de tudo, uma tentativa ambiciosa e de largo alcance de demonstrar, primeiramente, que o naturalismo na ciência jurídica de *fin de siècle* estava enganado e, em segundo lugar, desenvolver os rudimentos de uma teoria alternativa que asseguraria a autonomia (*Eigenengesetzlichkeit*) do direito e, ao mesmo tempo, a pureza (*Reinheit*) da ciência jurídica. Tal nos leva novamente à questão da normatividade. A alternativa de Kelsen ao naturalismo produz a tese da normatividade, e isso não deveria parecer surpreendente. Ele tem que se comprometer com algo que apresenta caráter normativo para evitar ficar, ao final, sem qualquer alternativa diante do naturalismo. Contudo, em marcante contraste à tese da normatividade justificada, a tese de Kelsen sobre a normatividade é apenas uma parte de seu esforço maior em desenvolver uma alternativa ao naturalismo e atribuir respeitabilidade à ciência do direito, sublinhando sua dimensão normológica. Eu chamo essa tese kelseniana de tese *normológica* da normatividade. Tal como

and Skepticism in German Idealism (Cambridge/London: Harvard University, 2005), p. 5. Obviamente, tal ideia não é nova. Cito Franks porque sua enunciação da matéria é bastante perspicaz. Para um efeito semelhante, cf. John Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy* (Cambridge: Harvard University, 2007), p. 251: “Ao estudar os trabalhos dos escritores de ponta da tradição filosófica, deve-se ter como preceito-guia identificar corretamente os problemas que eles enfrentavam, entender como os viam e quais questões formulavam”.

Kelsen a entende, sua importância é sublinhada por uma conexão “jurídica”, necessária e normológica no próprio núcleo de sua filosofia. No que se segue, minha preocupação primária consiste em chamar a atenção para tal conexão.

A alternativa de Kelsen ao naturalismo é sublinhada em minha reconstrução pelo conceito de imputação periférica. “Imputar” (do latim *imputare*) significa submeter a cálculo, conferir, atribuir. O verbo alemão de Kelsen é *zurechnen*; “imputar” é uma tradução confiável, principalmente em face do próprio uso ocasional feito pelo próprio Kelsen da palavra *imputieren* quando *zurechnen* era esperada⁴⁸.

Kelsen apresenta duas doutrinas sobre a imputação. A primeira delas, a da imputação central, é sem dúvida uma reflexão sobre a tradição filosófica, embora o uso por Kelsen da imputação central seja bem diferente do tradicional⁴⁹. A segunda doutrina – a da imputação periférica – é peculiar a Kelsen. Ambas as doutrinas tentam oferecer uma alternativa

48 Como escreve Kelsen: “Seria um grave mal entendido se alguém quisesse de algum modo imputar [*imputieren*] a essas observações [sobre a autoridade de agentes administrativos] o significado de um mandato político para a maior restrição possível da atividade administrativa do Estado”. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911), p. 503. Cf. pp. 138, 194 e 209, reimpresso em *Hans Kelsen Werke*, ed. Matthias Jestaedt, vol. 2 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), p. 650; cf. também pp. 244, 306 e 322. Cf. também Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911), p. 44.

49 A imputação central funciona nos primeiros trabalhos de Kelsen como uma maneira de escapar do naturalismo e do psicologismo. Mais tarde ele se volta para a norma fundamental, já evidente em *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920), e para um argumento transcendental neokantiano. Esses passos representam seu esforço para substituir a imputação central por algo mais satisfatório. Nada obstante, a imputação central sobrevive em outros pontos do trabalho de Kelsen. Sua discussão mais extensa de ambas as doutrinas da imputação – a central e a periférica – se encontra em um longo ensaio: Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht* em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 12 (1932), pp. 481-608. Cf. também §§ 1-2, pp. 481-504, § 5, pp. 525-9 e § 7, pp. 537-44.

à explicação causal e, por essa razão, apresentam significados pouco usuais na filosofia jurídica de Kelsen, sendo a imputação central tratada nos escritos iniciais de Kelsen, lugar posteriormente ocupado pela imputação periférica. Devo limitar minha discussão à última espécie – a imputação periférica – porque essa é a doutrina que subjaz à tese da normatividade normológica de Kelsen.

Kelsen nos diz que a imputação periférica estabelece relações entre “fatos materiais” (*Tatbestände*). Segundo ele sustenta na *Allgemeine Staatslehre*, obra que vale como uma enunciação inicial de sua doutrina: “Uma imputação periférica sempre parte de um fato material para chegar a nada além de outro fato material”⁵⁰. Uma enunciação comparável é encontrada na primeira edição da *Reine Rechtslehre*. No final de uma seção destinada à doutrina da imputação central, Kelsen a contrasta com a imputação periférica. A imputação central, ele escreve, “é uma operação inteiramente diferente da imputação periférica mencionada anteriormente, na qual um fato material está conectado... a outro fato material dentro do sistema, ou seja, na qual dois fatos materiais estão ligados em um sistema jurídico-normativo reconstruído”⁵¹.

Duas questões surgem. O que exatamente Kelsen entende por “fatos materiais”? E como poderia a imputação periférica, conectora de fatos materiais, ser formulada? No que se refere à primeira questão, Kelsen a responde em termos de “condições jurídicas” e “consequências jurídicas”; mais precisamente, em termos do estado de coisas que valem como condições jurídicas em dado caso particular.

50 Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Julius Springer, 1925), § 12, d, p. 65.

51 Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: a Translation of the First Edition of Kelsen's "Reine Rechtslehre" (1934)*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon, 1992) [citado aqui como *LT*], § 25, d, pp. 50-1.

Em linguagem hohfeldiana, trata-se da posição jurídica que emerge como sua consequência jurídica. Isso parece uma adequação estranha, pois normalmente nós não pensamos em uma consequência jurídica enquanto um fato material (*Tatbestand*). Pelo contrário, em uma norma jurídica hipoteticamente formulada, um fato material que se enquadra no âmbito da cláusula antecedente da norma enseja uma consequência jurídica, estabelecendo, na doutrina de Kelsen, a posição jurídica da responsabilidade, a qual vale como consequência jurídica.

Entretanto, são fatos materiais assim entendidos que Kelsen congrega ao introduzir a noção de imputação periférica. Ele escreve que “se o modo de relacionar *fatos materiais* é causalidade em um caso, é também imputação em outro”⁵². Mais ainda, ele emprega de um lado os termos “condição jurídica” e “consequência jurídica” e, de outro lado, os termos “causa” e “efeito” como os respectivos correlatos (*relata*) dos princípios de ordenação da imputação e da causalidade⁵³. Ou seja, ele entende *tais relata* como espécies do gênero “fatos materiais”.

Para tornar clara em Kelsen a expansão da noção de fatos materiais como *relata* da imputação periférica, é talvez útil sublinhar seu esforço para oferecer um paralelo tão próximo quanto possível do princípio da causalidade. Já que ele pressupõe que os fatos materiais são indisputavelmente *relata* no caso da causalidade, então, da mesma forma, segundo sua argumentação, fatos materiais servem como *relata* no caso da imputação periférica. Kelsen pretende destacar uma relação posta por leis necessárias que se manifesta tanto na causalidade quanto na imputação normativa. O desenvolvimento desse paralelo é uma parte central de seu

52 Kelsen, *LT*, n. 49, § 11, b, p. 23, ênfase nossa.

53 Kelsen, *LT*, n. 49, § 11, b, pp. 23-4.

esforço para responder ao naturalismo e, ao mesmo tempo, tornar a ciência jurídica de seu tempo algo mais respeitável cientificamente⁵⁴. Se puder ser demonstrado que aspectos do princípio fundamental de ordenação das ciências naturais se refletem *per analogiam* no princípio fundamental de ordenação da ciência jurídica, então, segundo Kelsen, tal paralelo será capaz de elevar de fato o *status* da ciência do direito enquanto ciência⁵⁵.

Volto-me agora para a segunda questão, que se refere à formulação da imputação periférica. Uma proposta para a formulação pode ser lida assim (com uma cláusula “e se” inserida entre parênteses, valendo como uma referência a outras condições associadas a certo procedimento jurídico):

Formulação I: Se um ato de certo tipo ocorre (e se...), então o autor ou seu substituto⁵⁶ deve responder por tal ato.

Todavia, essa formulação é excluída pela pressuposição de Kelsen de que a imputação periférica conecta fatos materiais, sendo que o último fato material é entendido como a consequência jurídica imputada ao ato jurídico. Adotar a formulação I como um exemplo de imputação periférica equivaleria a confundi-la com a imputação central.

A alternativa que se põe é uma espécie dessubjetivada derivada da formulação I, quer dizer, é uma estrutura que não prevê atribuições a sujeitos jurídicos:

54 Cf. em geral Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode Grenzen*, n. 46, pp. 1-15 *et passim*; Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. imp. (Baden-Baden: Nomos, 1990), pp. 1-15 *et passim*; Horst Dreier, *Hans Kelsen's Wissenschaftsprogramm em Die Verwaltung*, Beiheft 7: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, ed. Helmuth Schulze-Fielitz (Berlin: Duncker & Humblot, 2007), pp. 81-114.

55 Considero aqui o paralelo em nome das formas metodológicas. Cf. as notas 63-67.

56 Utilizo o termo “substituto” (*surrogate*) para cobrir todas as variações no tema da responsabilidade vicariana ou coletiva. Cf. as notas 60-61.

Formulação II: Se um ato de certo tipo ocorre (e se...), então tal ato é tratado como atribuidor de certa consequência jurídica.

Deixando de lado seu caráter contra-intuitivo, ponto que retomarei abaixo, a formulação II captura a específica importância da imputação periférica. Uma formulação defensável deve refletir uma conexão necessária entre dois fatos materiais. E se a formulação é confinada, como aqui, ao ato e à consequência jurídica – isto é, a consequência jurídica imputada ao ato – então a relação é, de fato, necessária. De acordo com Kelsen:

Se há a necessidade de um ‘dever’ absoluto quando a lei da natureza relaciona causas e efeitos, também há um ‘dever-ser’ igualmente rigoroso quando a lei da normatividade (*Rechtsgesetz*) estabelece a relação entre fatos materiais condicionantes e condicionados. Na esfera do direito ou na ‘realidade jurídica’, [...] o delito é relacionado à punição com o mesmo caráter necessário que, na esfera da natureza ou na da “realidade natural”, a causa é ligada ao efeito⁵⁷.

Isso se aproxima de uma enunciação correta da posição de Kelsen, apesar de ser necessário detalhar ainda certo aspecto. Kelsen não pode pretender uma relação necessária entre o delito e a imposição de uma punição. Tal não faria sentido. Como sabemos e como Kelsen deixa perfeitamente claro em outras passagens, “no sistema da natureza, a punição não se materializa por uma razão ou outra”⁵⁸. Não é a punição, mas a responsabilidade criminal – e, da mesma maneira, a responsabilidade civil – que figura na relação normológica necessária a que nos referimos acima. Em termos mais gerais, a responsabilidade (consequência jurí-

57 Hans Kelsen, ‘Foreword’ to the *Second Printing of ‘Main Problems in the Theory of Public Law’*, trad. em *NN*, n. 41, pp. 3-22. Na última sentença do texto, os pontos também estão presentes no original.

58 Kelsen, *LT*, n. 49, § 11, b, p. 25.

dica) funciona nessa formulação como o segundo correlato (*relatum*), ou seja, o segundo “fato material”. A relação de responsabilidade que se impõe ao ato ao qual ela é imputada se revela assim enquanto uma relação necessária. No entanto, a efetiva imposição da punição no direito penal e a concreta execução do julgamento no direito civil é uma questão contingente⁵⁹.

Ainda assim, a formulação II parece ser contra-intuitiva ao imputar a responsabilidade (ou consequência) ao ato e não ao seu autor. Estamos acostumados a distinguir entre a imputação da responsabilidade individual, de um lado, e coletivamente, de outro lado⁶⁰. No primeiro caso, a imputação da responsabilidade se dá em relação ao autor ou, sob a chancela da responsabilidade vicariana, ao seu substituto. No segundo caso, a responsabilidade é imputada, por exemplo, a uma companhia de seguros.

Por que Kelsen se limita à imputação da responsabilidade ao ato, ao invés de ligá-la ao seu autor? Tal restrição pode ser explicada, segundo acredito, pelo elemento contingente pressuposto na identificação da parte responsável. Tal como entendido nessa ou naquela jurisdição, o caráter da parte responsável – autor, substituto ou ente coletivo – constitui um fator contingente, ou seja, uma questão de política jurídica

59 O argumento aqui aduzido pode ser comparado com o de Hart dirigido à pretensão de Austin, para quem a nulidade é uma sanção. Hart argumenta que nulidade e sanção são conceitualmente distintos. Em especial, ele sublinha que nulidades derivam necessariamente de falhas em satisfazer certas condições para se obter efeitos jurídicos (Jones quer se casar com Sally, mas o “casamento” é nulo e sem efeito porque ele já é casado), ao passo que a efetiva imposição de sanção constitui uma questão contingente. Ver Hart, *CL*, n. 23, pp. 33-5 e Austin, *Lectures on Jurisprudence*, n. 17, *Lecture XXIII*, p. 457 e *Lecture XXVII*, p. 505 *et seq.*

60 Kelsen, *LT*, n. 49, § 13, p. 27; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. Anders Wedberg (Cambridge: Harvard University, 1945), pp. 59 e 69-71; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. (Vienna: Franz Deuticke, 1960), § 28, c, pp. 125-6.

e não da ciência do direito. Este ponto reforça a insistência kelseniana segundo a qual a relação necessária está limitada à imputação da responsabilidade ao ato.

De qualquer modo, é precisamente tal relação necessária entre o ato e a responsabilidade (entendida como consequência) que representa o núcleo daquilo que chamo de “tese kelseniana da normatividade normológica”. A relação é normológica por ser necessária ou de caráter tipicamente jurídico, e é normativa por ser não-causal. Outras permutações derivadas da imputação assim entendida terão então lugar quando a responsabilidade é atribuída a uma pessoa, ensejando a atribuição de poder a um órgão jurídico para prosseguir com a aplicação de qualquer sanção que lhe seja solicitada.

Todavia, ainda é necessário apresentar a imputação em termos que sublinhem os aspectos subjacentes à tese da normatividade normológica. Em alguns pontos de seu trabalho, Kelsen trata a imputação enquanto uma categoria kantiana ou neokantiana análoga à categoria da causalidade⁶¹. No entanto, o argumento transcendental que Kelsen aduz em nome da imputação como categoria não é plausível. Se Kelsen ainda assim utiliza a imputação em sua filosofia no sentido acima comentado, então o seu fundamento precisa de um exame mais detalhado. Minha sugestão é de que o conceito kelseniano de imputação periférica pode ser compreendido como uma *fórmula metodológica*; trata-se, em especial, da fórmula metodológica peculiar à ciência jurídica. Tal noção deriva do trabalho de Heinrich Rickert, neokantiano de Baden.

No último capítulo de seu tratado *O Objeto do Conhecimento*,⁶² Rickert diferencia as categorias constitu-

61 Kelsen, *LT*, n. 49, § 11, b, p. 23.

62 Heinrich Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 2 ed. (Tübingen/Leipzig:

tivas da realidade objetiva – por exemplo, a categoria da permanência – das formas metodológicas características das várias disciplinas. A ideia básica de Rickert é que a realidade objetiva, uma vez constituída transcendentemente, deve ser nitidamente diferenciada do processamento (*Bearbeitung*) do material dado na realidade objetiva. A realidade objetiva – o mundo fenomênico de Kant – é constituído em termos das categorias da realidade, enquanto o processamento do material da realidade objetiva resulta do trabalho das disciplinas autônomas, fundadas em suas respectivas formas metodológicas. Rickert oferece a legalidade causal (*Gesetzlichkeit*) como exemplo de uma forma metodológica nas ciências naturais⁶³. De fato, o exemplo deve ser tomado como *genus* das formas metodológicas nas ciências naturais em geral, pois ele se aplica a todas elas.

Em *O Objeto do Conhecimento* Rickert começa com as categorias constitutivas da realidade:

O significado peculiar das [...] formas que foram discutidas em termos de exemplos da causalidade e da permanência exige que elas possuam um nome especial que as diferencie enquanto formas originais, em oposição às formas metodológicas. A partir da expressão “realidade objetiva”, poderíamos falar de “formas objetivas da realidade”. Mas preferimos [...] o termo “constitutiva”. Como essas formas particulares constituem o que está pressuposto como um produto final ou um material do conhecimento real, “constutivo” designa exatamente o que queremos significar. Portanto, as categorias que moldam o mundo real e objetivo a partir do que é, de fato, dado, deveriam ser chamadas de *categorias constitutivas da realidade*⁶⁴.

J.C.B. Mohr, 1904), pp. 205-28, Heinrich Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 6. ed. (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1928), pp. 401-32. Cf. também Heinrich Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (original de 1902), 5. ed. (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1929), pp. 283-4, 373-7 *et passim*.

63 Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 6. ed., n. 60, pp. 409-10.

64 Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 6. ed., n. 60, pp. 406-7. As aspas e a ênfase constam do original. Compare-se com Rickert, *Der Gegenstand der*

As formas metodológicas a que Rickert alude são específicas e pertencem às várias disciplinas autônomas. Ao se referir em seu tratado ao dualismo cartesiano, Rickert escreve: “Essa *outra* espécie de dualismo, de acordo com a qual o mundo deve consistir em dois tipos de realidade, cada um excluindo o outro – o mundo da *extensio* e o mundo da *cogitatio* –, é criada pela Física e pela Psicologia, cada qual com sua respectiva forma metodológica”⁶⁵.

A Física possui sua própria forma metodológica, e o mesmo acontece com a Psicologia. A ciência jurídica também possui sua específica forma metodológica, qual seja, a imputação, ou como Kelsen às vezes escreve, a “lei da normatividade”⁶⁶. Conforme ele explica nas teses defendidas nos *Hauptprobleme*:

O problema central se torna a *norma jurídica reconstruída*, entendida como expressão do específico valor jurídico – a autonomia – do direito, quer dizer, a contraparte jurídica das leis naturais (*Naturgesetz*) – a “lei do direito”, por assim dizer, a *lei da normatividade* (*Rechtsgesetz*). O que se mostra obviamente importante nos *Hauptprobleme* é assegurar a objetividade da validade, sem o que não pode haver qualquer tipo de norma, em especial a normatividade específica – quer dizer, a autonomia – do direito. Sem a expressão dessa autonomia, sem a lei da normatividade, não pode haver conhecimento jurídico e nem ciência do direito. Portanto, trata-se de um juízo objetivo, não de um comando subjetivo. ‘A lei da normatividade é – aparentemente – como a lei da natureza, no sentido de que não é dirigida a destinatários específicos e é válida independentemente do fato de ser conhecida ou reconhecida’. Se a analogia entre a lei da normatividade e a lei da natureza é ainda bastante limitada aqui, tal se dá a fim de prevenir a confusão

Erkenntnis, 2. ed, n. 60, p. 211.

65 Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 6. ed., n. 60, p. 424, com ênfase no original. Cf. também pp. 404, 410, 411, 424, 426 *et passim* e comparar com Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 2. ed., n. 60, pp. 208, 210, 217, 221 *et passim*.

66 Ver citação imediatamente abaixo.

entre ambas, e para evitar que se perca de vista, por causa dessa analogia, a especificidade da lei jurídica, a autonomia do direito em face da causalidade encontrada na natureza⁶⁷.

O aspecto normativo ou não-naturalista do projeto de Kelsen – a força de sua lei da normatividade – desempenha seu papel no contexto da ciência jurídica normológica, entendida como a alternativa kelseniana ao psicologismo e ao naturalismo na ciência do direito. Especificamente, o foco está situado na forma metodológica da ciência jurídica, qual seja, a relação de imputação periférica. Quando a condição prevista no antecedente da norma ocorre, isso implica necessariamente a imputação de responsabilidade pelo ato. Quando a imposição de responsabilidade a certa pessoa é realizada, tal representa uma mudança na situação jurídica dessa pessoa. A mudança, insiste Kelsen, é normativa e não causal.

4. Considerações conclusivas

Fechando o ciclo, de volta à *Introdução*, gostaria mais uma vez de aludir à distinção entre o positivismo jurídico inclusivo e o exclusivo, comparando-a com a separação entre positivismo como naturalismo (ou naturalista) e positivismo sem naturalismo (ou não-naturalista). A primeira distinção coloca o positivismo inclusivo a reboque do positivismo jurídico exclusivo. Quer dizer, em todos os sistemas jurídicos corretamente caracterizados por meio da variante “exclusiva”, nenhuma distinção extra é oferecida pelo positivismo

67 Hans Kelsen, 'Foreword' to the Second Printing of 'Main Problems in the Theory of Public Law', n. 55, pp. 5-6, com ênfase no original. A citação de Kelsen constante deste trecho é dos *Hauptprobleme*, n. 46, p. 395, reimpresso em *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, n. 46, p. 529. A palavra “aparentemente” aparece em itálico nos *Hauptprobleme*, mas não no 'Foreword' supracitado. Cf. também Kelsen, *LT*, n. 49, § 11, b, pp. 23-5.

jurídico inclusivo: as duas visões levam ao mesmo lugar. Todavia, a segunda distinção, entre o positivismo jurídico como naturalismo e o positivismo jurídico sem naturalismo, frisa uma diferença que se mostra enquanto uma constante. Ou seja, a caracterização de dado sistema jurídico feita pelo positivismo jurídico como naturalismo é sempre diferente de outra caracterização do mesmo sistema jurídico operada pelo positivismo não-naturalista.

Kelsen, nosso proponente do positivismo jurídico sem naturalismo, luta em duas frentes: tanto contra a teoria jusnaturalista quanto contra o naturalismo. E ele responde a ambas as frentes com doutrinas independentes em sua Filosofia do Direito, “independentes” no sentido de que nenhuma deriva da outra. Ele responde ao jusnaturalismo com o princípio da separação e ao naturalismo com a tese da normatividade normológica. O âmbito dessas duas doutrinas deve ser claramente diferenciado do positivismo jurídico como naturalismo, no qual o princípio da separabilidade é simplesmente o corolário do naturalismo e não há, obviamente, a tese da normatividade normológica.

Referências

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of Law. In: *Ratio Juris*, n. 21, 2008.

ALEXY, Robert. *The argument from injustice* (original de 1992). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 2002.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence* (original de 1863). 5. ed. 2 vols. Ed. Robert Campbell London: John Murray, 1885.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined* (original de 1832). Ed. H. L. A. Hart. London: Weidenfeld and Nicolson, 1954.

BERTEA, Stefano. A critique of inclusive-positivism. In: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, n. 93, 2007.

D'ENTRÈVES, Alexander P. *Natural law*. 2. ed. London: Hutchinson, 1970.

D'ENTRÈVES, Alexander P. Two questions about law. In: *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*. Ed. Thomas Würtenberger et al. Frankfurt: Klostermann, 1962.

DREIER, Horst. Hans Kelsen's Wissenschaftsprogramm: Die Verwaltung. Beiheft 7. In: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*. Ed. Helmuth Schulze-Fielitz. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

DREIER, Horst. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 1990.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights* (original de 1980). 2. ed. Oxford: Oxford University, 2011.

FINNIS, John. Philosophy of law. In: *Collected essays*. Vol. IV. Oxford: Oxford University, 2011.

FODOR, Jerry A. *Hume variations*. Oxford: Clarendon, 2003.

FRANKS, Paul W. *All or nothing: systematicity, transcendental arguments, and skepticism in german idealism*. Cambridge/London: Harvard University, 2005.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. In: *Harvard Law Review*, n. 92, 1978-9.

FULLER, Lon L. *The principles of social order*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Knowledge and human interests* (original de 1968). Trad. Jeremy J. Shapiro. Boston: Beacon, 1971.

HART, H. L. A. Analytical jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to Professor Bodenheimer. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 105, 1956-7.

HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983.

HART, H. L. A. Legal and moral obligation. In: *Essays in moral philosophy*. Seattle: University of Washington, 1958.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: *Harvard Law Review*, n. 71, 1957-1958.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

HELMHOLTZ, Hermann von. Über das Sehen des Menschen. (original de 1855) In: HELMHOLTZ. *Vorträge und Reden*, 2 vols., 4. reimpr. Braunschweig: Friedrich Vieweg, 1896.

HIMMA, Kenneth Einar. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules (et al.). *The Oxford handbook of jurisprudence and legal philosophy*. Oxford: Oxford University, 2002.

HOLZHEY, Helmut. Der Neukantianismus. In: HOLZHEY, Helmut; RÖD, Wolfgang. *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts* [Teil] 2: Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie. Munich: C. H. Beck, 2004.

HUME, David. *A treatise on human nature* (original de 1739-40). 2. ed. Ed. P. H. Nidditch. Oxford: Clarendon, 1978.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 2. ed. Berlin: O. Häring, 1905.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer, 1925.

KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University, 1945.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911.

KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of Kelsen's "Reine Rechts-*

lehre" (1934). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 1992.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Vienna: Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911.

KRAMER, Matthew H. Defense of legal positivism. In: *Where law and morality meet*. Oxford: Oxford University, 2004.

LEHRER, Keith. *Thomas Reid*. London/New York: Routledge, 1989.

LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence*. Oxford: Oxford University, 2007.

MADDY, Penelope. *Second philosophy: a naturalistic method*. Oxford: Oxford University, 2007.

MILLAR, Alan. *Understanding people: normativity and rationalizing explanation*. Oxford: Clarendon, 2004

MOUNCE, H. O. *Hume's naturalism*. London/New York: Routledge, 1999.

NINO, Carlos Santiago Nino. Some confusions surrounding Kelsen's concept of validity. In: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, n. 64, 1978.

NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

PAULSON, Stanley L.; PAUSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Oxford: Clarendon, 1998.

PENELHUM, Terence. Hume's moral psychology. In: *Cambridge companion to Hume*. Ed. David Fate Norton. Cambridge: Cambridge University, 1993.

QUINE, W. V. O. Five milestones of empiricism (original de 1975). In: QUINE, W. V. O. *Theories and things*. Cambridge: Harvard University, 1981.

RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law (original de 1946). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 26, 2006.

RAWLS, John. *Lectures on the history of political philosophy*. Cambridge: Harvard University, 2007.

RAZ, Joseph. *Engaging reason*. Oxford: Oxford University, 1999.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Oxford: Clarendon, 1994.

RAZ, Joseph. Explaining normativity. In: *Ratio*, n. 12, 1999.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. In: *American Journal of Jurisprudence*, n. 19 1974.

RAZ, Joseph. *The authority of law* (original de 1979). 2. ed. Oxford: Oxford University, 2009.

RICKERT, Heinrich Rickert. *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (original de 1902). 5. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1929.

RICKERT, Heinrich. *Der Gegenstand der Erkenntnis*. 2. ed. Tübingen/Leipzig: J. C. B. Mohr, 1904.

RICKERT, Heinrich. *Der Gegenstand der Erkenntnis*. 6. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928.

ROSS, Alf. Validity and the conflict between legal positivism and natural law. In: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 4, 1961.

SHAPIRO, Scott. Law, morality, and the guidance of con-

duct. In: *Legal Theory*, n. 6, 2000.

SKORUPSKI, John. *The domain of reasons*. Oxford: Oxford University, 2010.

SMITH, Norman Kemp. *The philosophy of David Hume*. London: Macmillan, 1941.

STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany 1800-1914* (original de 1992). Trad. Pamela Biel. New York/Oxford: Berghahn, 2001.

WALTER, Robert. Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre. In: *Rechtstheorie*, n. 1, 1970.

WILLIAMS, Bernard. *Truth and truthfulness*. Princeton: Princeton University, 2002.

Recebido em 23/11/2011.

Aprovado em 07/12/2011.

