

Análise do positivismo jurídico inclusivo e sua evolução depois de Hebert Hart: solução para as omissões do Direito

Analyse du positivisme juridique inclus et de son évolution après Hebert Hart: solution pour les omissions de Droit

*Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro*¹

*Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro*²

Resumo: Desde o início do positivismo jurídico, o Direito busca uma forma adequada de solução dos conflitos, através de uma aplicação adequada da lei. Neste caminho, a forma de positivizar a lei, de maneira tradicional, tendo como norte as teses clássicas da separação entre direito e moral, das fontes sociais convencionadas e da discricionariedade demonstraram não serem eficazes em casos, onde a lei é omissa, obscura ou contraditória e com isso afetando a segurança jurídica das decisões judiciais e na teoria geral do Direito, de forma a não realizar a verdadeira justiça e, sim, um sistema de decisões pautadas em formas inadequadas das práticas da hermenêutica jurídica. Como solução a este problema se apresenta o Positivismo Jurídico Inclusivo, para a melhor adequação do Direito à sociedade e sua dinâmica social contínua.

Palavras-chave: Direito; Lei; Positivismo; Aplicação; Decisão judicial.

Résumé: Depuis le début du positivisme juridique, la loi cherche une forme adéquate de résolution des conflits, à travers une application adéquate de la loi. De cette manière, la manière traditionnelle de rendre le droit positif, basée sur les thèses classiques de la séparation entre le droit et la morale, des sources et de la discrétion socialement convenues, s'est avérée inefficace dans les cas où la loi est silencieuse, obscure ou contradictoire et, avec cela, affectant la sécurité juridique des décisions judiciaires et la théorie générale du droit, afin de ne pas parvenir à une vraie justice, mais plutôt à un système de décisions fondé sur des formes inadéquates de pratiques herméneutiques juridiques. Comme solution à

¹ Professor Assistente Efetivo do Instituto de Ciências Jurídicas da UFRR (Universidade Federal de Roraima). Doutorando em Direito da UNISINOS (Universidade do Vale dos Sinos). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Tiradentes (MINTER), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Castelo Branco, Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes/SE.

² Professora e Coordenadora dos cursos de Direito e Serviço Social da Centro Universitário Maurício de Nassau – UNINASSAU/SE. Doutora em Saúde e Ambiente (UNIT/2017), Mestre em Saúde e Ambiente (UNIT/2012); Pós- graduada em Planejamento e Gestão de Projetos Sociais (UNIT/2008). Possui graduação em Serviço Social pela Universidade Tiradentes (1999), graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2009). ORCID n. 0000-0001-5152-1867

ce problème, le positivisme juridique inclusif est présenté, pour mieux adapter la loi à la société et à sa dynamique sociale continue.

Mots-clés: Droit; Loi; Positivisme; Application; Décision judiciaire.

1. Introdução

O positivismo jurídico sempre se apresentou como forma adequada de formulação e aplicação da lei. Isto se dá dentro de uma perspectiva de descrever aquilo que está ao seu redor, e delinear suas características na forma mais clara e concisa possível. O Direito utiliza-se da lei como forma da solução de conflitos, mas nem sempre a lei consegue solucionar estes desacordos, pois não representa muitas das vezes a dinâmica social existente, e com isso abre um leque enorme de possibilidades, para que o Juiz faça o julgamento da forma que lhe convém, sem parâmetros ou limites, apenas com o uso de seus valores, que muitas vezes são subjetivos ou políticos, e com isso suas decisões variam de acordo com seu interesse ou definição de justiça.

Bem como, que a pureza do Direito na visão de Kelsen, onde há uma cisão entre o Direito e a Ciência do Direito, determinando de maneira forte o conceito de interpretação do Direito. Neste trilhar como bem define esta diferença:

A “pureza” em Kelsen é da ciência do Direito e não do Direito. Por isso a interpretação em Kelsen será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz no momento de sua “aplicação”, normas (STRECK, 2017).

Assim, este artigo científico será apresentado dentro de contexto de aplicação do positivismo jurídico inclusivo, tendo como norte inicial o autor Herbert Hart, que com sua obra “O conceito de Direito”, inicia-se a tentativa de quebrar as regras e paradigmas do positivismo jurídico tradicional, aproximando o Direito da Moral, na forma de solucionar os casos difíceis, no qual o Direito não dá sua resposta adequada, como resposta ao positivismo em Kelsen.

Em um primeiro momento será apresentado a regra de reconhecimento, criada por Hart, para definir a validade de uma norma jurídica dentro da sociedade, e se esta norma poderia ser usada em casos difíceis e assim solucionar a problemática existente, com isso tem-se o início da aproximação entre Direito e moral, o que dá os contornos iniciais do positivismo inclusivo.

Depois, quebrando paradigmas e trazendo uma nova forma de aplicação da teoria do Direito, será abordado o modelo de regras de Ronald Dworkin, o qual abandona de vez o positivismo, incluindo a moral dentro do Direito, através dos princípios jurídicos, e conseqüentemente limitando a atuação da discricionariedade dos juízes. Em sequência, devido as acusações de Ronald Dworkin, de que Hart é um homem de regras e não de princípios, que Herbert Hart readéqua sua teoria e passa a analisar os princípios como forma de validade da lei, ou de auxílio da lei em situações omissas da legislação.

Por fim, em uma nova fase do positivismo inclusivo, surgem Jules Coleman e Wilfrid Waluchon, que traz de maneira diferente, várias formas de abordagem entre o direito e a moral, e como esta pode ser utilizada, e também os aspectos positivos e negativos do positivismo inclusivo, dentro de uma perspectiva “descritivista” e “prescritivista” do julgador em situação de falha da norma legal.

2. A regra de conhecimento e a validade da lei por Herbert Hart:

Com o positivismo jurídico se tornou possível na Alemanha, entre o fim do século XIX e início do século XX, codificar diversas regras e normas de forma clara e objetiva, para possibilitar uma melhor aplicação das leis e segurança aos cidadãos, bem como diminuir os poderes dados aos juízes em decidir de acordo com a norma que queriam, por suas convicções políticas ou religiosas.

O Direito em si tem como fonte, os fatos sociais. Assim o positivismo jurídico tradicional se pauta em três teses bem distintas a primeira conhecida como a tese da separação, na qual direito e moral são separados de forma dura, pois o sistema jurídico requer uma estabilidade, que se dá somente com a incontroversa da lei, já que a moral sempre é controversa, discutível e não obrigatória, ou seja, a validade jurídica não é a validade moral; a segunda é a, tese das fontes sociais, na qual, o direito tem como fonte uma prática social, que legitima a criação das leis, através de fontes autorizadas; e por última a tese da discricionariedade, que determina, no caso em que a lei não consiga regular uma conduta, ou deixa omissa certas situações, nasce nos juízes o poder discricionário para poder resolver este tipo de controvérsia.

Neste caminho aparece Hart, que traz ao mundo jurídico a regra de reconhecimento, como forma de dar validade a uma norma ou lei, para ser aplicada de forma correta em sua Teoria do Direito (HART, 1987). Na construção desta regra de reconhecimento em sua Teoria, Hart define que a sociedade possui um contexto de regras bem delineadas e que se aplicam de forma contínua. Inicia-se com as regras primárias, que seriam regras na sociedade em que rege de maneira simples o cidadão, onde determina o que fazer, proíbe ou permite determinada conduta, e estas são usadas em sociedades simples, sem muita complexidade jurídica.

Já as regras secundárias servem de maneira mais complexa, para verificação das regras primárias, sua validade e sanar seus defeitos, e se podem ser retiradas ou não daquela sociedade. E pela complexidade das regras na sociedade, Hart subdivide as secundárias em três subtipos: A primeira seria a regra de reconhecimento, a qual serve para dar validade às demais regras do sistema e se estas regras são válidas, são aceitas pela comunidade, então possui uma legitimidade, e a validação da regra pela regra de reconhecimento, que confirma que a primeira é aceita pela comunidade como regra estabelecida, pois esta análise deve ser feita pelos funcionários(juízes, advogados, e promotores) através do ponto de vista

interno, pois com ele se torna possível à verificação de padrões comuns naquela comunidade. A segunda seria a regra de adjudicação, a qual seria capaz de adjudicar ao sistema jurídico novas regras e condutas, nas quais a lei não colocou e a dinâmica social necessita, bem como de igual forma as regras de alteração, alterariam as leis para uma nova prática social antes inexistente e não abordada.

Somente os funcionários adotam o ponto de vista interno, em relação às regras de reconhecimento, assim para Hart, um sistema judicial somente funciona minimamente se existir a regra de reconhecimento, tanto para validar, quanto para alterar, ou adjudicar regras pelo sistema de verificação regras secundárias de adjudicação e alteração (HART, 1994).

A regra de reconhecimento de Hart tenta resolver um problema existente na teoria da separação, de que realmente o direito e a moral estão separados, e a validade do conteúdo da lei corresponde aos anseios da sociedade naquele momento. Com isso Hart define que a lei é a união de regras primárias e secundárias, e que são necessárias ao bom funcionamento do sistema jurídico em sociedades complexas e de intensa dinâmica social, que por muitas vezes se faz necessário.

No entanto, Hart ainda permite certa liberdade aos juízes ao definirem de acordo com seus valores casos em que a lei foi omissa, obscura e contraditória, o que, de certo, lhe foi dado a pecha de antidemocrático por diversos autores, dentre eles Ronald Dworkin. Outrossim, começam as indagações sobre a utilização da moral, como forma de base de critério de validade na regra de reconhecimento hartiana em casos difíceis, quando aparece Ronald Dworkin, sucessor de Hart, na Universidade de Oxford e seu novo modelo de regras, que quebra paradigmas positivistas até então intocáveis.

3. Um novo modelo de regras de Ronald Dworkin e o abandono do paradigma do positivismo: Uma solução dos casos difíceis

O positivismo se encontra encurralado, pois dentro de uma perspectiva de solução de casos difíceis, libera ao julgador todo seu poder discricionário, que por vezes diverge em cada caso, e com isso traz uma insegurança jurídica. Para tanto, Ronald Dworkin surge com seu livro chamado *Levando os Direitos a sério*, em seu capítulo 2, nominado modelo de regras, e sua teoria, na qual defende o abandono do positivismo e a aceitação de princípios morais e políticos como base de validação das regras, e sua utilização em casos difíceis como forma dos juízes solucionarem as controvérsias. Neste caminho bem leciona sobre a teoria de Dworkin:

O grande diferencial do conjunto de sua obra, escrita, dentre outros aspectos, com a pretensão de ruptura com o jus positivismo está no reconhecimento do direito como uma atividade interpretativa (conceito interpretativo) sem que isso represente a defesa de posturas relativistas no julgamento dos casos (STRECK, 2017).

Assim, Dworkin rompe com o paradigma da separação do direito e moral, e a tese da discricionariedade, e a compreensão de que, os critérios firmados por princípios podem validar regras existentes, e ao mesmo tempo solucionar casos difíceis, definindo padrões para o julgador (DWORKIN, 1997). Dworkin inicia o modelo de regras indagando o que são direitos e obrigações. E neste caminho defende que a obrigação jurídica advém da lei, e que todos os operadores do Direito têm dificuldade de conceituar, o que é Direito.

Neste caminho ele se predispõe a indagar se as obrigações morais e legais são fundadas na mesma razão, e que este quebra cabeça de entendimentos é confrontado em casos difíceis de serem resolvidos pelo Direito. Em sua narrativa denomina os advogados de nominalistas, pois criam muitos conceitos do que é a lei e a obrigação legal, sem realizar um filtro capaz de distingui-los, para melhor aplica-los. Faz uma crítica da definição da lei e obrigação legal, quando na prática jurisprudencial dos advogados, estes conceitos são formados nas estruturas de nossas práticas políticas.

Para realizar a crítica da Teoria de Hart, Dworkin começa pela base da teoria do Hart, que é Austin, e diz que a teoria austiniana é errada, pois se baseia em um positivismo histórico, para aquela atualidade filosófica em que foi criado, e não para a sociedade dinâmica atual. Então Dworkin começa a mostrar a teoria positivista em seus aspectos peculiares, para depois construir a sua. Para ele o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais por ela utilizadas, de forma direta ou indireta, para punir ou coagir alguém a um determinado comportamento pelo poder público.

A identificação e distinção destas regras são feitas através da avaliação de seu conteúdo, com prática e adaptação. Assim a partir de regras especiais (regras realizadas pela prática dos advogados e litigantes, que afirma o direito) e outras regras sociais, agrupadas como morais, que a comunidade segue, sendo definida como a tese das fontes sociais.

Neste caminho, a lei é um conjunto de normas jurídicas válidas, e que se alguém não estiver coberto pela regra, o caso não pode ser decidido pela lei, que são decididos pelos “oficiais”, que são os juízes, os quais exercem sua discricionariedade, usando um padrão além da lei para guia-lo na fabricação de uma nova regra, sendo esta a tese da discricionariedade.

Por último, a obediência a uma obrigação legal pressupõe que esta obrigação seja válida, gerando algo que deva ou não fazer, ou algum direito, assim a ausência de uma regra jurídica válida não existe obrigação e não existe Direito ou sistema jurídico, portanto, se faz necessário um teste de pedigree (DWORKIN, 1977). Para Dworkin diversos tipos de positivismo analisam a tese de pedigree, para definir a validade da regra para o direito, e começa pelo autor John Austin, por ser a base inicial de Hart, em sua regra de reconhecimento.

Neste diapasão define que: primeiro a obrigação se baseia na regra, que tem característica de comando, e esse comando se pauta no desejo de que os outros se comportem de certa maneira; segundo, deve-se diferenciar a classe de regras em legal, moral, e religioso, onde o grupo de pessoas é o autor do

comando pelo Estado; terceiro quem define o autor do comando é o soberano, que tem autoridade para definir a regra; quarto, no entanto, o soberano não pode resolver com suas regras todos os problemas, pois não estão todas cobertas por tais regras, então o soberano nomeia os juízes para fazerem a solução. Com isso, para Austin, a lei é um conjunto de regras especialmente selecionadas para governar a ordem pública.

Dworkin conclui apresentando duas objeções ao positivismo de Austin, que é a base inicial de Hart, que seriam baseadas no fato da sociedade ser complexa, pois cada comunidade não tem somente como regra um determinado grupo para definir os comandos; e que nem sempre este controle de regra gera de maneira unânime um compromisso social de aceitar o soberano para delinear os comandos das regras. Antes de destruir o pensamento da regra de reconhecimento de Hart, Dworkin começa do início afirmando, que o positivismo hartiano é mais complexo por dois motivos, primeiro que as regras não são delimitadas de maneira lógica, como Austin afirmava; e segundo, que para Hart as regras são tipos de comandos mais bem elaborados e sucessivos;

Dworkin neste ponto usa o modelo das regras de Hart, para inserir a ideia de obrigação, já que Hart não traz na sua teoria. Com isso de maneira singela explica o sistema de regras de Hart da seguinte maneira: a) regras primárias são aquelas que concedem direitos e obrigações, por exemplo, não matar e etc; b) regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem as regras primárias podem ser formadas, modificadas e extintas.

Estipula normas, que regem obrigações especiais judiciais. Afirma que Hart traz uma distinção entre as obrigações: ‘Obrigado a fazer’ e ‘Obrigado a ter que fazer’. Ambas devem ser confirmadas por outra regra, e a obrigação requer uma autoridade para emitir a regra caso contrária não é regra. A autoridade de emitir a regra vem com a regra. Exemplifica com o assalto, em que naquela situação o assaltante possui a autoridade, pois em um roubo pela

violência que pode ser empregada surge a autoridade de emanar uma regra, e os outros de obedecê-la.

Dworkin passa analisar as regras de Hart como fonte de autoridade do Estado, ou seja, como as regras na visão de Hart servem para autorizar o Estado a impor as obrigações pela lei, e mostrar que não ele não usa o princípio, como delimitador das regras a serem cumpridas, ou seja, a regra só se torna obrigatória para um grupo de pessoas, pois com sua prática é que aceitam como padrão de conduta; já a prática como aceitação da regra só acontece se aceitam a prática como obrigatória, gerando a possibilidade de reconhecer a regra como justificativa de seu comportamento e como razão para criticar os comportamentos dos outros, que não obedecem; e por fim uma regra se torna obrigatória, quando existe uma regra anterior que estipule a obrigatoriedade da primeira regra (DWORKIN, 1977).

Assim Dworkin define que as regras de Hart em seu sistema definem que a vinculação as regras se dá ou porque são aceitas ou porque são válidas, demonstrando uma falha da regra de reconhecimento hartiana, pois não atende os dizeres previstos por mais de uma regra fundamental, ou seja, quando há um choque de conteúdos em sede de Constituição, Lei ordinária, Estadual, no momento da confirmação de sua validade. Para Dworkin, a Regra de Reconhecimento de Hart necessita de uma complicada cadeia de validades da regra analisada, pois é simples como o que o rei determina, ou da mesma maneira como a constituição americana.

Neste caminho, a regra de reconhecimento é identificada como funcionamento do aparato governamental (judiciário, legislativo e executivo) e com isso Hart cai no erro de Austin, onde as regras de direito podem ser criadas pelos funcionários públicos e instituições públicas (discricionariedade). Assim, Hart é diferente de Austin, pois compreende e reconhece que diferentes comunidades, possuem diferentes testes de validação final do direito, e que alguns permitem outros meios de forma da criação legislativa. Hart reconhece a textura aberta das normas jurídicas e o

poder discricionário dos juízes em casos problemáticos, por isso inicialmente ele é acusado como antidemocrático (DWORKIN, 1977).

Depois de realizado toda a crítica a Hart, ao seu positivismo e o positivismo em geral, Dworkin cria o modelo de regras pautado na utilização dos princípios como forma de resolução das lacunas e omissões da lei, em determinadas situações. Dworkin ao criar o sistema de regras e princípios define que Hart em verdade ao falar de regra de reconhecimento está falando em princípios, e passa a rebater os argumentos do positivismo em geral e o modelo hartiano.

O positivismo é um modelo de sistema de regras e seu único teste fundamental é a lei e deixa de fora normas que não são legais (princípios). Dworkin define princípios de forma genérica, como sendo outras normas, divergente da lei; e assim o princípio é um padrão que deve ser observado, com base na exigência de justiça e equidade ou alguma dimensão de moralidade, distinguindo-os de forma genérica das regras existentes.

A diferença entre os princípios e as regras legais é o caráter de sentido que damos; e assim tanto o princípio, quanto as regras legais apontam decisões particulares para uma obrigação legal, nesta perspectiva as regras legais são aplicadas no tudo ou nada (DWORKIN, 1977). A lei respeitou um princípio quando da sua criação, mas não impede que o princípio seja descumprido na forma que a lei estipulou, mas não se pode enumerar um princípio em sentido amplo (standards), e sim pesá-los em determinadas situações, onde há um conflito entre eles no momento de sua utilização em casos difíceis.

Com isso a argumentação principiológica caminha em determinada direção, por isso ao afirmar que o princípio é nosso direito, se pauta no fato de que os funcionários públicos utilizaram determinada direção e levaram em conta certo princípio na resolução dos casos difíceis, ou seja, usaram um parâmetro determinado pela sociedade. Com isso a interpretação e aplicação

das respostas aos problemas, não tem uma fórmula certa, e sim ao fenômeno interpretativo da condição humana (STRECK, 2017).

Ao se olhar os princípios em relação às regras, as regras não definem o sentido, mas o sentido usado pelo princípio na regra deve ser justo e equânime, de igual modo às regras não levam em conta uma dimensão e os princípios sim. Quando existe uma colisão entre os princípios, deve-se levar em conta o seu peso, pois cada um pode não ser exato, e um princípio pode ser parte de outro princípio. Quando há um conflito de regras, pode ser que uma regra seja mais importante do que a outra, e assim num sistema jurídico uma norma do direito não se sobrepõe a outra, pois temos critérios de autoridade, anterioridade, que geram revogações. Já no princípio em relação a regra é possível que haja uma sobreposição, pois o princípio é fio condutor da prática da regra.

As vezes as regras e princípios podem desempenhar o mesmo papel a depender do contexto, mas o princípio desempenha papel fundamental na argumentação, para apoiar decisões sobre determinados direitos ou obrigações, e com isso podem ser utilizados como justificativa de utilização de uma nova regra ou sua adaptação oriunda da lei (DWORKIN, 2014).

Neste raciocínio apresentado por Dworkin, a regra gerada por uma conduta, influenciada por um princípio, cria uma obrigação legal de forma válida a todos na sociedade, e com isso esta obrigação deve verificar o papel importante dos princípios, para se chegar as decisões particulares do direito. Para tanto, o tratamento dado aos princípios no sistema jurídico pode ser como se trata a norma legal e que alguns deles são obrigatórios como a lei para se tomar as decisões judiciais, ou pode-se utilizá-los como ordem vinculativa as regras práticas, mas que não são obrigatórios, mas usualmente realizados pelos oficiais.

Dworkin afirma que Hart é um homem de regras e não de princípios, pois a palavra “regra” em si não define o poder de ser cumprida, e, portanto, não é obrigatória ou muito menos existe uma punição pelo seu não

cumprimento, mas se partir da ideia de regra jurídica, ele continua com a possibilidade de ser não cumprida, mesmo sendo obrigatória, pois mesmo assim não há punição pelo seu descumprimento. No entanto, somente a lei é obrigatória, deve ser cumprida de qualquer jeito e existe uma punição pelo seu não cumprimento, já que existe o caráter coercitivo e punitivo.

Assim, os princípios balizam a obrigatoriedade de determinadas condutas e práticas em casos difíceis deixando os juízes de serem discricionários, como defende o positivismo tradicional. Por conseguinte, os juízes estão errados, quando não aplicam os princípios, pertinentes quando necessário, e com isso levam a discricionariedade, pois permite ao juiz uma forma de aderir de maneira diferente a cada regra em um julgamento difícil, o que gera insegurança e sensação de injustiça.

Outrossim, como em Hart, em casos difíceis leva a discricionariedade, e Dworkin em sua teoria quer demonstrar que os juízes ao utilizarem os princípios não estão sendo discricionários e argumenta, pois existem parâmetros para que devam chegar à decisão, através dos princípios em casos difíceis. Que o conceito de discricionariedade deve ser analisado de acordo com o contexto e seu significado é afetado pela característica do conceito. Para tanto ele cria a figura da discricionariedade em sentido forte e fraco.

A discricionariedade leva em conta os padrões de racionalidade, equidade e eficácia. Assim em sentido fraco já é o juiz decidindo por uma norma de lei aplicada, ou seja, existem padrões determinantes para a decisão, e assim quebra a ideia positiva, de que só há discricionariedade, quando a lei não cumpre sua função (DWORKIN, 2010).

Este sentido franco se divide em dois: o primeiro, naquele em que não se aplica a discricionariedade de maneira mecânica pela autoridade, exige uma capacidade de julgar, e o segundo se baseia no fato de que a decisão discricionária do funcionário público não pode mais ser revista por nenhum outro.

Os positivistas rejeitam os princípios, pois entendem que os princípios não são obrigatórios, e que os princípios mudariam o resultado, mas para Dworkin, os princípios não dão aos juízes o poder discricionário, eles ditam um resultado, o juiz pode errar na sua avaliação dos princípios, tanto como erra no seu julgamento, onde a regra é obrigatória; como também que, os juízes somente vão utilizar os princípios, quando forem realmente necessários, e se vários estiverem colidindo entre si, deverá usar a regra do peso e da importância. Com isso não devia existir a regra de reconhecimento se os princípios não são passíveis de testes, os princípios seriam a própria regra de reconhecimento de uma regra.

Neste caminho, estariam os juízes autorizados a alterar uma regra existente na lei quando: verificar, que a mudança irá avançar em uma política ou princípio da política, não será qualquer princípio, mas aquele que mais se adequar a situação julgada, e também deve antes alterar, analisar a supremacia legislativa, ou seja, quais os princípios e políticas devem ter deferência pelos juízes, analisando os atos legislativos. Assim os juízes não seriam discricionários, pois prevalece a intenção do legislativo, ao utilizar princípios para alterar a norma.

O problema é que muitos advogados entendem que os princípios estão acima da lei, mas na verdade eles complementam, assistem e auxiliam a lei em momentos que sua determinação deixa espaços em branco, ou de forma contraditória ou obscura, e cabe ao juiz através da análise dos princípios valorados, tanto pela intenção legislativa, quanto pela valoração da sociedade aplicar os princípios, e assim não serem discricionários em gerarem incertezas jurídicas em decisões contrárias sobre o mesmo assunto de direito (DWORKIN, 1977). Com isso, regras envelhecidas dentro de códigos e estatutos devem ser respeitadas, mas adequadas com os princípios e regras vigentes, dentro destes limites.

Como também o teste de pedigree não se aplica aos princípios, pois estes não advêm da lei, mas da prática da profissão jurídica ao longo do tempo.

Para tanto, os princípios interagem com a norma, e deve existir uma distinção entre a aceitação e validade, com isso a aceitação não implica necessariamente na validade de uma regra.

O princípio se apresenta, de forma argumentativa e na interação com a norma, a regra e as práticas jurídicas. Neste caminho Dworkin apresenta um problema crucial da regra de reconhecimento de Hart, pois as regras mais antigas não passaram por tribunais ou por atos legislativos, mas mesmo assim são aceitas mesmo sem regra de reconhecimento dizendo que sim ou não.

Hart afirma que a Regra de Reconhecimento, pode estipular, que alguns costumes, contam como lei, mas não existe uma regra de reconhecimento que valide esta situação, e assim não se pode usar apenas um critério como válido para a regra de reconhecimento, que a comunidade conta como moralmente obrigatório. Assim, Dworkin conclui que a regra de reconhecimento é um vazio de repetições simples, que a sociedade faz em determinados padrões de condutas, e que os princípios e as políticas não podem ser validados por ela, pois estes são validados e aceitos pela sociedade nas práticas dos tribunais, como a lei e pelos advogados.

Em suma o Modelo de Regras de Dworkin quebra paradigmas definidos pelo positivismo tradicional e hartiano, nos seguintes termos: que o direito de uma comunidade é distinguido de outras normas sociais e não é necessário um teste de validade, pois existem os princípios, sem regra de reconhecimento. Como também, deve-se abandonar a tese da discricionariedade, pois existem limites em sentido forte e fraco para o julgador decidir casos difíceis;

A obrigação legal existe quando somente o Estado de Direito impõe esta obrigação, e em casos difíceis, onde não há obrigação legal, deve-se esperar que o juiz crie uma nova regra, gerando uma obrigação, mas é uma legislação depois do fato, e não uma ordem de cumprir uma obrigação pré-

existente. Nesse sentido, o juiz mesmo sendo discricionário em situações omissas de lei, é amarrado aos princípios aceitos pela sociedade.

4. A adequação da teoria da regra de reconhecimento de Hart em seu posfácio, início do positivismo inclusivo: Uma aproximação dos princípios de Dworkin.

Com a morte de Herbert Hart, seus alunos a época encontraram um posfácio, no qual o autor rebate as críticas de Dworkin, mas também adequa a sua teoria em relação aos princípios, já que foi acusado de ser um homem de regras e não de princípios. Neste caminho, o positivismo se divide em exclusivo e inclusivo, baseado em autores que foram ex-alunos de Hart, como Joseph Raz, na vertente exclusivista, e outros, como Jules Coleman e Wilfrid Waluchon, na visão inclusivista do positivismo, onde a moral se aproxima do direito cada vez mais.

Hart aceita as críticas, e diz que o objetivo do pós-escrito é clarear o que está escuro e rever o que escreveu e ver se realmente é incoerente, afirmando, que seus diversos conceitos dentro de sua teoria como regras que impõe deveres, que compõe deveres, de reconhecimento, de alteração, de adjudicação, pontos de vista interno e externo e afirmações internas e externas, que tudo isso serve para analisar se em diversas instituições e práticas jurídicas dão respostas às perguntas da natureza do direito (HART, 1994).

Neste ponto, Hart se aproxima ao que Dworkin afirma, pois sai da esfera da validade da regra na comunidade, para a sua confirmação na práxis jurídica dos tribunais e funcionários públicos, que são os ambientes de validação e aplicação dos princípios. Hart diz que sua teoria é descritiva e geral e a de Dworkin uma teoria interpretativa em parte, e avaliativa na identificação dos princípios que melhor se adequam as práticas jurídicas ou

são coerentes, e fornecem assim a melhor justificação moral mostrando o direito na melhor iluminação.

O autor falecido descreve o direito como ele é, e não como ele devia ser, e neste sentido, somente através de uma perspectiva externa, e Dworkin em uma perspectiva interna, e por isso se compromete em descrever e não valora, mas Hart afirma que às vezes ao descrever do ponto de vista externo, se descreve como os participantes do direito agem, e do ponto de vista interno, se descreve apenas como eles aceitam a regra. A descrição do ponto de vista externo descreve um fato no qual se baseiam suas conclusões descritivas gerais;

Ao rebater Dworkin, Hart diz que ele não é um teórico semântico como John Austin, que padece do ferrão semântico, que em nenhum momento usou como base a semântica para conceituar o Direito. A regra de reconhecimento é para validar uma norma que é gerada pela lei, e uma obrigação legal e não o Direito. Nesse passo, muitos sistemas de Direito como nos EUA, usam como critérios de validação jurídica de maneira última, além do teste de pedigree, os princípios morais e valores morais substantivos como forma de restrições jurídicas.

Vale a pena ressaltar que Hart a partir deste momento traz os princípios e valores morais substantivos ao patamar de testes de validade da norma, que antes não era de forma explícita como base da regra de reconhecimento, e aqui se inicia a ideia da moral como fundamento de validade da norma, ou seja, positivismo inclusivo.

Hart contra ataca Dworkin e afirma que sua interpretação se baseia em um simples convencionalismo, e não pode ser aceita como plausível, já a teoria hartiana deve ser aceita, pois não é meramente factual, já que em sua discricção admite valores e não apenas fatos, enquanto Dworkin se preocupa com a finalidade do Direito, Hart se encontra tranquilo, pois como defensor do positivismo, este sistema se encarrega do problema, que é a orientação das condutas humanas, e os princípios interagem com a validação do direito em

casos difíceis, onde ausente está a regulação da conduta humana (HART, 1994). A Regra de Reconhecimento de Hart não se preocupa com a certeza de 100% da validade da norma jurídica, e o Direito está preparado para isso, pois incluem os critérios dos princípios e de valores morais substantivos.

Hart aceita a crítica de Dworkin sobre sua concepção de regras sociais, e faz alterações consideráveis, partindo da premissa de que, o consenso de convenção gera regras convencionais de um grupo, e assim o consenso de convicção independente gera a não prática convergente de um grupo. Com isso, as regras são práticas sociais convencionadas, caso o grupo em conformidade geral aceita, geram razões para sua aceitação. De modo contrário, as práticas meramente convergentes como a moral partilhada no grupo são constituídas não por convenção, mas porque o grupo tem razões diferentes entre si para realizarem a regra.

Hart afirma que a regra de reconhecimento serve tão somente para, determinar as condições gerais, para que as decisões judiciais devam tomar para satisfazer a solução de problemas difíceis em determinados sistemas jurídicos (HART, 1994). Assim os princípios seriam são critérios de validação da norma, e não do seu conteúdo como é o pedigree, e então fornece um teste do motivo pelo qual são criadas, de que forma e se estão em conformidade com os valores e princípios morais essenciais.

Herbert Hart analisa as críticas pelo fato de não ter abordado em sua teoria os princípios e diz que considera um erro de Dworkin quando diz que as regras são um tudo ou nada, pois quando estas interagem com os princípios perdem esta característica e assim não há que se falar em pesos de princípios, quando existe o conflito entre as regras e princípios não conclusivos, se resolvendo com a distinção de graus e não de pesos (HART, 1994). Para tanto, os princípios devem ser validados pela regra de reconhecimento, pois ao serem adotados em casos diferentes de forma coerente pelos tribunais, conferindo razões de decisão, não pelo seu conteúdo, mas por sua adoção e a fonte como a autoridade aceitou.

Neste ponto Hart mantém o critério positivista inicial, pois a análise sem o conteúdo, não implica na valoração moral, que Dworkin defende, e assim o positivismo inclusivo se mantém positivismo, em sua essência. Também se faz necessário à identificação do direito construído pelos princípios através da Regra de Reconhecimento, e sua relação de superioridade e subordinação com as regras.

Hart diz que ele não interpreta os princípios como condição de determinação de validade e aceitação, e Dworkin sim, pela interpretação avaliativa do porquê aceitar o princípio. Dworkin ao afirmar a diferença entre direito interpretativo e pré-interpretativo, concebe a possibilidade de sistemas jurídicos perversos, onde a lei ao ser interpretada não resolveria os casos difíceis, buscando nos princípios a solução, mas o sistema seja ele qual for será sempre pré-interpretativo (HART, 1994).

Na concepção hartiana, Dworkin está errado ao dizer que o Direito estabelece direitos subjetivos, e quando o sistema jurídico é corrompido, os direitos tem ao menos como eficácia a moral. A crítica mais perversa perpetrada por Dworkin, de que Hart seria antidemocrático, ao defender o poder discricionário judicial em casos difíceis, fica rebatida de forma clara, pois “a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao poder judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia” (HART, 1994).

Neste diapasão, a concepção de discricionariedade de Dworkin, não pode afirmar que Hart é antidemocrático, pois em democracias modernas, certos atores como o Executivo possuem atribuições de legislativo limitadas e nem por isso constituem ameaças à democracia causadas pelas resoluções, portarias, decretos etc. Assim, a busca pelos princípios como motivos de criação de novas regras não é a solução, e sim procurar no próprio sistema jurídico regras válidas pelo teste de validez, através da regra de reconhecimento para supri o caso concreto.

O impulso causado no mundo jurídico pelo posfácio de Hart se dá com a possibilidade da aproximação da moral e direito como forma de resolução dos casos difíceis, mas de maneira contingencial.

5. Uma releitura por Jules Coleman da regra de reconhecimento de Hart, e uma afirmação do positivismo inclusivo mais próximo da moral.

A partir deste momento, o positivismo hartiano ganha um aprimoramento, com uma releitura da regra de reconhecimento, mas desta vez sob o foco da utilização da moral pelo direito, como condição de validade da norma jurídica e também como forma de solução dos casos difíceis. Ao realizar uma releitura da regra de reconhecimento, Jules Coleman apresenta critérios de como ela deve ser usada, se baseando na sua condição de legalidade e na conscientização de quais são suas fontes de autoridade em sentido normativo desta regra. Com isto, a regra de reconhecimento se apresenta dentro de uma perspectiva normativa, para afirmar que ela passa a impor uma obrigação, que já foi filtrado pelo princípio correto de moralidade e não porque corresponde por uma prática já aceita.

Dentro desta perspectiva deve-se entender o positivismo em dois espectros, o positivismo negativo, que repudia a tese de separabilidade, e o positivismo positivo, o qual abraça a separabilidade (COLEMAN, 1998). Outro ponto a se ressaltar é que, a nomenclatura agora passa a ser separabilidade, e não mais tese de separação entre direito e moral, isto é importante, pois o positivismo inclusivo passa a aceitar de forma eventual a aproximação entre o direito e moral, na solução de casos omissos da norma.

Começando pelo positivismo negativo, de pronto os positivistas ao aceitarem a regra de reconhecimento são constrangidos à necessidade de

diferenciar o positivismo jurídico da teoria do direito natural. Isto se dá com a tese da separabilidade, separando o direito e a moral.

Para se compartilhar do entendimento da regra de reconhecimento, como pano de fundo da tese da separabilidade, esta regra se torna ambígua, pois ela se apresenta com uma sensação epistêmica e semântica (COLEMAN, 1998). O objetivo da regra de reconhecimento é um padrão específico que a pessoa possa usar para identificar, validar ou descobrir a identidade de uma comunidade, como também verificar se uma norma constitui parte da lei de uma comunidade.

Esta ambiguidade gera a confusão na utilização da regra de reconhecimento, como requisito de validade dentro do positivismo jurídico, já que em regra direito e moral são separados, e que o direito advém de uma fonte social devidamente autorizada, e de onde vem esta autorização? Dos princípios morais, de acordo com Dworkin, ou de outras regras sociais? E a regra de reconhecimento é de fonte social?

Para Coleman o positivismo usa a regra de reconhecimento no sentido ao menos semântico, e quando se afirma que a Regra de reconhecimento tem sentido semântico é que já há uma especificação das condições de verdade para validação da lei e sua proposição, e neste sentido como a tese da separabilidade, separa direito e moral, se esta tese também impõe a regra de reconhecimento condicionadas a sua legalidade, no que concernem as condições de verdade naquela comunidade, ou seja, a validação se pauta na ideia de que direito e moral devem permanecer separados.

E com isso a tese da separabilidade concebe uma regra de reconhecimento, onde a verdade, não é determinada como princípio moral de qualquer proposição da lei. Assim, a regra de reconhecimento pode utilizar um princípio moral como condição de verdade, para algumas ou todas as proposições de lei, sem violar a tese da separabilidade, ou seja, não é necessário que um princípio moral seja verdadeiramente um princípio de

moralidade como condição necessária de legitimidade em todos os sistemas jurídicos possíveis (COLEMAN, 1998).

A afirmação de que a lei da comunidade é uma coisa e sua moralidade outra é ambígua, porque ao se falar isto, afirma-se de maneira forte que não há convergência entre as normas que constituem a lei e a escolha da comunidade que constitui a moralidade. A partir disso é possível identificar e descobrir o que é lei em uma comunidade, sem recorrer à moralidade. Somente em uma comunidade em que a norma legal é um princípio moral, assim as leis seriam e teriam status de princípios de moralidade.

Neste caminho, o princípio de moralidade é diferente de moralidade, e com isso a regra de reconhecimento em não aceitando a verdade como este princípio, não poderia ser condição de legalidade de uma norma. Ao aceitar que moralidade de uma comunidade é uma coisa e a lei da comunidade é outra, destrói-se que o direito advém de uma fonte social.

Assim, separar moral de direito compromete o positivismo, e que a regra de reconhecimento, não especifica um princípio de moralidade entre as condições de verdade da lei e do direito. O positivismo negativo se pauta pela visão de que a tese de separabilidade deve ser aplicada, mas em algumas comunidades a moralidade é aplicada como condição de validade da norma legal (COLEMAN, 1998).

No que concerne ao positivismo positivo, deve-se entender a lei como fatos duros, ou seja, a separação total entre direito e moral, e a manutenção da visão tradicional do positivismo. Para tanto, o autor começa a demonstrar, que mesmo Dworkin afirmando o fato de os princípios morais terem força de lei, pelo positivismo a lei só é verdadeira, e pode ser utilizada na resolução das controvérsias, quando forem decretadas por autoridades relevantes. A verdade como princípio moral não pode ser condição de verdade, para a proposição de lei sob qualquer regra de reconhecimento.

Coleman traz a ideia de que usando a verdade como condição de validade dentro de uma regra de conhecimento, a negativa da tese de

separabilidade entre direito e moral de Dworkin cairia por terra, pois a verdade pode ser compreendida não como princípio de moralidade, e assim não preciso descobrir a moralidade de uma sociedade para entender sua lei.

Em resumo chama de positivismo negativo, aquele que nega a separação da moralidade, e aceita os princípios de moralidade como condições de validade de uma regra.

Para ele o modelo de Dworkin, no qual os princípios tem força de lei são apropriados, verdadeiros e devem ser aceitos, mesmo que não sejam validados formalmente pela regra de reconhecimento, e com base nisto ele define o direito positivo como: a) o sistema positivo de direito como regras deve ser abandonado; b) que os juízes possuem poder discricionários para estender a lei a e aplicar os princípios em casos polêmicos; c) que não se necessita do teste de pedigree para que lei possa ser identificadas em uma comunidade (COLEMAN, 1998).

Para Coleman, na visão de Dworkin, a regra de reconhecimento deve ser abandonada, pois não se pode convencionar a verdade da norma como condição de validade, e que se um sistema legal indique que princípios morais são padrões legais, não precisa existir o credo do pedigree (COLEMAN, 1998). O que mais motiva o positivismo, além da tese da separabilidade, entre a moral e o direito e a consequente negativa entre direito e moral?

Afirma Coleman, que não está na observação do positivismo de Hart, do que é essencial ao Positivismo. E que Dworkin, passa a explicar que suas observações ao positivismo de Hart, como se fosse a todos os positivismos. Pode-se olhar para tese da separabilidade de forma isolada ou como um componente de um conjunto de delimitação do positivismo. O positivismo se amarra em separar a lei da moralidade, pois a moralidade sempre é controversa, mas os dois fornecem padrões sobre determinados assuntos, dos quais as pessoas são reguladas. Neste trilhar bem definiu:

Isso se mostra extremamente relevante, uma vez que, a partir da leitura de Coleman, o positivismo jurídico em todas as suas versões

reconheceria a existência de uma relação necessária entre Direito e moralidade. Todavia em um nível conceitual/epistêmico ainda se sustenta a tese da separação/separabilidade (STRECK, 2017).

A lei aparentemente é incontroversa e concreta, e na moralidade existe uma incerteza em relação à conduta aceita e a natureza da obrigação, na relação de uma pessoa com outra. Na lei a pessoa pode não saber que ela cumpre suas obrigações morais, mas está ciente de que deve fazer.

As regras são mais rígidas do que os princípios, a legalidade de uma regra necessita de aspectos formais para sua promulgação, enquanto a legalidade de um princípio dependerá de seu conteúdo, a regra tem uma legalidade incontroversa, enquanto o princípio é essencialmente controverso (COLEMAN, 1998). A controversa da norma implica na ausência de dever legal e, assim, os juízes buscam os princípios para resolver a situação.

A regra de reconhecimento para o positivismo é exceção para verificação em proposições da lei em casos particulares, então não se deve entender a regra de reconhecimento, como forma obrigatória a toda e qualquer situação jurídica. A lei e a moralidade são distintas, pois a lei consiste de fatos concretos e a moralidade não (COLEMAN, 1998).

Coleman diz que a visão de Dworkin está errada, pois apenas se afirma na tese da separabilidade maneira contrária, não fazendo uma interligação com as outras demais teses, e, portanto, Dworkin não derruba o positivismo. Neste caminho, o positivismo não consegue aceitar, que em todo sistema legal, a moral é uma condição necessária de legalidade, pelo menos algumas normas, e assim ele não combina com sua afirmação de que a lei deve ser assim, separada da moral, em todos os sistemas.

Na compreensão de que existe somente um positivismo legal, no qual não aceita a moral influenciando na lei, temos de outra forma o positivismo de Hart, em que os fatos concretos influenciam na lei, e por consequente a moral, e temos o Coleman com um positivismo positivo de convenções sociais definidas.

Para Coleman, o positivismo positivo aceita a alegação de algum modo entre direito e moral, e que a lei não é majoritariamente incontroversa, e nem precisa ser, mas deve ter em sua base convencionada, e que a autoridade da lei é uma questão de aceitação pelos oficiais e pessoas que devem trabalhar com a lei.

A partir deste momento, para apresentar um positivismo inclusivo mais factual, o autor, Jules Coleman, apresenta um positivismo positivo, que aceita a tese da separação entre direito e moral, mas com a lei como convenção social, ou seja, mesmo aceitando esta separação, ao afirmar que a convenção social é a base da lei, passa a ideia de que possa existir uma maior proximidade da moral, e de seu “convencionismo”.

Para Dworkin nem todo princípio moral é legal, ou seja, nem todo princípio moral deve ser usado em casos difíceis. Para tanto, Coleman defende uma cláusula na regra ou reconhecimento relevante que autorize a utilização daquele princípio moral com função legal.

Assim, Coleman define que a regra de reconhecimento declara se ela é legal a partir da existência de característica do princípio moral já validado. Neste caminho a tese da separabilidade só sobrevive, quando não tem a cláusula de validade pautada em princípios morais, na regra de reconhecimento vista pelo positivismo legal. Para Coleman, Dworkin afirma que a regra de reconhecimento não pode existir baseada na ideia positivista, pois não tem como tirar da cláusula de validade da lei os princípios morais (COLEMAN, 1998).

Portanto, para as obrigações impostas por regras, nem sempre há uma prévia convencionalidade determinante para tanto. Como no positivismo, a teoria das fontes sociais determina que as regras advêm de fontes sociais autorizadas, como explicar leis, que não são baseadas em regras convencionais? Ou seja, a lei é válida mesmo que se tenha este pressuposto confirmado.

Para esta resposta, o autor traz o argumento do pedreiro, pelo qual define que, a construção de validade, onde a regra de reconhecimento estabelece condições distintas de legalidade, tanto para as regras, quanto para os princípios, e que Dworkin afirma que a Regra de reconhecimento não pode ser uma regra social (COLEMAN, 1998). Para Coleman, Dworkin demonstra apenas as regras legais são passíveis da regra de reconhecimento, já os princípios morais não são, pois nestes existem a confiança no princípio da manutenção e da controvérsia (COLEMAN, 1998).

Assim a regra social requer uma convergência de comportamento, como prática social, como determina a teoria das fontes sociais, e os princípios morais não tem isso, pois não tem uma convergência em toda a sociedade. Um padrão sem pedigree implica controvérsia; controvérsia implica na ausência de uma prática social; a ausência da prática social necessária significa que a regra não pode ser uma regra social (COLEMAN, 1998). Com isso, a regra de reconhecimento não seria uma regra social como determina a teoria positiva, pois ao colocar os princípios morais como fundamento geraria uma falta de certeza na convergência de uma prática social, pois como acima firmado os princípios morais não tem convergência (COLEMAN, 1998).

Assim, uma condição de que um princípio moral seja legal é necessário está contido em preâmbulos de legislações e outros documentos oficiais, pois assim, quanto mais mencionado, mais peso o princípio recebe, demonstrando ser compartilhado e, desta forma, converge. Neste caminho as controvérsias de um princípio, gera a divergência do comportamento da sociedade, e não pode ser usada como critério de validade da regra de reconhecimento, pois uma regra social, com base na teoria das fontes sociais, requer convergência de prática social, o que não aconteceria e, portanto, a regra de reconhecimento não teria o sentido positivo (COLEMAN, 1998).

Isto tudo devido a premissa de que pelo positivismo a regra de reconhecimento é uma regra de fonte social, e por conseguinte separa direito da moral e aplica a tese da separabilidade sendo um positivismo positivo. No

entanto, basta se ter uma visão de que a regra de reconhecimento tem um caráter normativo para se entender a bases convencionais da moralidade, e assim mitigar a tese da separação (COLEMAN, 1998).

Coleman afirma que Dworkin precisa entender é que uma regra de conhecimento precisa ser normativa para haver convergência e assim se basear no fato social, como uma atração social. Isto porque pela teoria das regras sociais as obrigações derivam da prática convergente. Com isso em casos controversos, a regra de reconhecimento impõe aos juízes o dever de solucionar a controversa, o que é determinado por sua normatividade.

Neste ponto, quando existe a controvérsia da ausência da regra, a teoria da regra social da obrigação judicial é incapaz de expor fato da obrigatoriedade em casos controvertidos, pois a tese das fontes sociais se baseia em fatos sociais incontestados. A tese da regra social pode explicar o fato pelo qual os juízes devem julgar os fatos controversos, pois a convergência dos atos sociais, de qualquer regra gera a necessidade da resolução e não seriam necessários os princípios, pois somente analisando se é convergente ou divergente a regra social, atribuímos o caráter normativo da regra de reconhecimento e assim validando a lei (COLEMAN, 1998).

Para Coleman, o argumento moral fundado em Dworkin serve para fornecer apoio direto a interpretação normativa da regra de reconhecimento. No entanto, os juízes quando se deparam em casos controversos, no que diz respeito a regra de reconhecimento, não citam opiniões de outros juízes, pois são fatos controversos e o que é incontestado não é convergente, e recaem nos princípios da vida política (COLEMAN, 1998).

Os juízes no caso controverso só resolvem o problema, pois a própria regra de reconhecimento tem caráter normativo determinante e convergente, o que dá a ela um condão de respeitar as fontes sociais. Com isso a regra de reconhecimento não seria uma regra social, pois ao trazer a moral como critério de validade deixa de ser regra social no sentido positivista, ou seja, incontestada.

Neste caminho o autor fala que a regra de reconhecimento tem instâncias de controvérsia, portanto quando Dworkin define que regra de reconhecimento impõe uma obrigação aos juízes em casos controversos, então Coleman afirma que isto só ocorre em sentido normativo da regra de reconhecimento, pois não depende da convergência da conduta. Assim a convergência da conduta, gera regra social incontroversa. A não convergência da conduta não gera regra de social controversa.

A crítica de Coleman é que em casos controversos não precisa o juiz ir pra os princípios da moralidade, o que na verdade seria possível através de regra de reconhecimento pautada na convergência dos padrões e não na divergência dos princípios, pois geram a controvérsia, e a incerteza (COLEMAN, 1998). Passa a existir a necessidade de demonstrar a aplicação da convenção e da controvérsia na regra de reconhecimento em casos difíceis, pois nem sempre a convenção elimina a controversa.

A controvérsia entre os juízes não se deve ao conteúdo da regra de reconhecimento. Pelo contrário, os juízes aceitam as mesmas condições de verdade para proposições de lei; isto é, essa lei consiste em verdade moral. O fato de os juízes chegarem a conclusões diferentes sobre a lei de uma comunidade não significa que eles estejam empregando diferentes escândalos de legalidade, evita-se isso com uma regra de reconhecimento sobre a visão semântica, pois evita as controvérsias nos julgados (COLEMAN, 1998).

Dworkin entende que as legalidades dos princípios morais são realizadas em campos que não incorporam as regras de reconhecimento. A regra de reconhecimento dentro da teoria das fontes sociais revela que ela não pode ser de uma fonte social, como o esqueleto positivista requer e assim não seria positivismo. As regras convencionais, e a natureza das regras que governam o comportamento são diferentes, pois as pessoas sabem diferenciar as regras convencionais, daquelas regras que necessitam de uma autoridade de validade.

Coleman implica em um positivismo, onde a regra de reconhecimento é normativa, e assim em alguns casos surgem deveres a serem adotados em certos casos. Uma regra social advinda de fonte social gera uma expectativa de que as obrigações da regra social podem cobrir casos controversos e não controversos. Caso exista a controvérsia se a regra de reconhecimento é de fonte social, não significa dar poder discricionário aos juízes para julgar como queira. Deverão adotar as regras social, desenvolvidas pelas práticas judiciais aceitas para resolver casos difíceis (COLEMAN, 1998).

Para Dworkin, em havendo uma controvérsia na regra de reconhecimento, ao invés dos juízes procurarem suas próprias práticas de regra social em julgados, vão buscar nos princípios de moralidade a solução, e assim demonstra que a regra de reconhecimento é uma regra normativa e não moral. Para Coleman o dever dos Juízes em solucionar os casos difíceis não deriva de princípios que os obrigam, mas sim da prática social de resolver as disputas, oferecendo argumentos morais e não princípios morais (COLEMAN, 1998).

A existência da prática social dos juízes confirma que, as fontes sociais não derivativas de princípios morais, mas apenas o argumento moral substantivo. Usar os argumentos morais é “convencionalizar”, como forma de resolver casos difíceis e assim, demonstra que está dentro da teoria normativa da lei. Por fim o autor se baseia na ideia de um positivismo, onde não pode haver um positivismo incontroverso, pois a lei em parte sempre será controversa, e utilizar a regra de reconhecimento de forma normativa, através das bases do argumento moral substantivo, resolverá os casos incontroversos, sem a necessidade de buscar os princípios morais, que se baseiam na incerteza e na controvérsia.

A problemática da lei como incontroversa, e do princípio moral controverso, dentro de uma perspectiva utilizando as teses das fontes sociais como base do positivismo lógico, que se baseiam em fatos sociais incontroversos, mas estes fatos sociais podem ser controversos, pois se

apegam a argumentos morais substantivos, e, portanto, de alguma maneira a moral, para que se aceite a natureza controversa do raciocínio jurídico (COLEMAN, 1998).

Assim, o positivismo inclusivo cria a ideia de que a regra de reconhecimento é fundada na teoria dos fatos sociais como conceito de controversas das regras e condutas de uma determinada sociedade, e deve se pautar no sentido meramente mais forte da semântica do que da epistemologia, e assim evitar valoração moral, e com isso permanecendo como positivismo em tese na regra da separabilidade, mas que em situações deve aceitar os argumentos morais como conduta de legalidade e não os princípios morais, que são controversos.

6. A superioridade do positivismo inclusivo frente ao positivismo exclusivo por Wilfrid Waluchon

Neste capítulo, o autor constrói a ideia do positivismo inclusivo, demonstrando as falhas do positivismo exclusivo, em relação a moral, e a teoria de direito natural em alguns aspectos aplicados ao “inclusivismo”. O direito e a moral estão separados de forma total, salvo uma contingência. O direito é capaz de expressar e afirmar direitos morais, mas não tem esta obrigação, para tanto, deve-se entender o direito como produto da atividade humana, mas com múltiplos fins, que, no entanto, apenas são moralmente dignos de alcançar. Não se reclama por um direito, nem sempre motivado por um dever moral, às vezes a lei não tem esta condição (WALUCHOW, 2007).

O direito possui qualquer conexão com a moral de forma contingente, que depende de sua realidade e das classes corretas da lei, de como foram criadas, fato que gera um enorme problema aos positivistas, que se seguram na separação, mas inúmeras leis que prescrevem o roubo ou furto se baseiam em princípios morais (WALUCHOW, 2007). No entanto, existem leis que não

se apoiam em fundamentos morais e são leis de maneira infeliz, como o Apartheid da África do Sul.

Os positivistas também não têm medo de dizer, que em casos nos quais a guia do direito é insuficiente para decidir, o juiz busca a resposta nos princípios morais, e que estas decisões se tornam vinculantes e moralmente indefensáveis. Na atualidade diversos autores entendem ser possível esta conexão entre direito e moral. Para Coleman e outros, concebe esta conexão entre direito e moral, baseando-se na identificação de uma regra como válida dentro do sistema jurídico, através do discernimento de seu conteúdo, que podem influenciar um caso específico e depende de fatores sociais.

Assim seria o positivismo jurídico includente, onde os valores e princípios morais contam como possibilidade de fundamento em um sistema jurídico, para determinar o conteúdo e a existência das leis válidas. Neste caminho, a regra de reconhecimento possui critérios morais explícitos, para validar a legislação emanada do Congresso, e assim uma lei seria válida. Se a regra de reconhecimento contém estes critérios, é possível que a lei pudesse em alguma ocasião não estar determinada pela linhagem de criação, mas também, pelo fato e modo de sua adoção na comunidade (WALUCHOW, 2007).

Deve-se analisar se os argumentos morais são válidos ou não, para serem adotados nas teorias jurídicas, e se sim que classes ou tipos de argumentos morais podem ser invocados de maneira apropriada, e com isso se aceitaria o argumento do direito moral, retirando seus excessos de que em certos aspectos o direito e a moral se encontram, mas de maneira contingente e incidental.

Com isso, convivência humana no contexto em que o homem está inserido, o direito e a moral compartilham um conteúdo mínimo, que se baseia na proteção das pessoas, da propriedade e das promessas. É mínimo, e não específico, mas que de qualquer sorte os sistemas jurídicos, devem se pautar nestes conteúdos.

Ao se aproximar direito e moral, pode-se acreditar na teoria do direito natural, na qual se lavaria a anarquia, pois não normatiza e não delimita as condutas da sociedade, pela autoridade do direito positivo (WALUCHOW, 2007), Assim ao se buscar o direito como o que se deve ser, se apaga a moral, e sufoca a crítica do nascimento do direito.

Para os exclusivistas como Joseph Raz, os positivistas inclusivos ao aceitarem a moral como critérios de validade da lei, abrem um flanco perigoso, para a anarquia, como efeito colateral, pois existirá a soberania absoluta da liberdade de consciência e a supressão da autonomia moral, e como resposta os exclusivistas alegam ser necessário manter a ligação entre direito e moral de forma conceitual. Acaba se recaindo em duas situações: os questionamentos sobre a base do argumento moral particular e a validade do argumento moral para a teoria jurídica.

Para tanto, Waluchon apresenta o caso de Copérnico para demonstrar, que mesmo com a evolução da ciência e do Direito, afirma que o ponto central da teoria do Direito natural é influenciado por considerações morais e diversos fatores metateóricos relativos e que é relevante para a boa teoria do direito. Se o direito, como o positivismo inclusivo sugere, que as vezes devemos levar em conta as influências morais perigosas (anarquia), nossa reação deveria ser de adaptação ao nosso pensamento, para se aproveitar melhor a consequência e não criarmos uma teoria filosófica ineficiente (WALUCHOW, 2007, p. 104).

Assim se dependermos que para a validade do direito seja a validade da fonte moral, cairemos no perigo do pensamento anarquista, pois cairíamos na possível supressão da autonomia moral. A saída é através de uma teoria normativa da moral, com uma concepção interpretativa de Dworkin.

Ao se aplicar um princípio moral, nascem suas implicações lógicas, e que: aplicando em caso concreto verifica o que é um dever moral; fugindo do positivismo inclusivo da valoração da moral, mas não da implicação de um dever moral de um princípio moral. Quando se utilizados princípios morais para a resolução de problemas, não se pretende saber, se o seu conteúdo

somente é correto, mas porque quando utilizamos já pensamos em fazer o correto, então os argumentos morais e causais são relevantes (WALUCHOW, 2007).

As consequências de nossas ações são numerosas, imprevisíveis e em muitos casos impossíveis de saber. Deve-se questionar, qual seria a intenção de existir uma teoria, que explica de caráter normativo o direito? Se o objetivo é delinear e determinar um conjunto viável de prescrições para os juízes, de como deveriam decidir o caso, então os argumentos morais e suas causas devem possuir um valor relevante.

De outra forma, uma teoria normativa, apenas impõe a coerção do Estado, e não reflete como é na realidade o direito moral e jurídico das pessoas, Mas ao se colocar, a coerção da teoria normativa abaixo da melhor luz moral do Juiz, as decisões seriam imprevisíveis e mal entendidas pelos litigantes e a sociedade (WALUCHOW, 2007). Neste ponto ao se aceitar o positivismo excludente seria a representação errada da realidade jurídica, pois não define como realmente é, e conseqüentemente se cai num formalismo exacerbado em que direito é direito e ponto final, e assim os ideais morais refutam o direito.

Ao contrário, ao se aceitar a moral como base da validade da lei, não se estaria recaindo em anarquia, já que em determinadas sociedades, com Constituições, os oficiais já possuem delimitações morais de como proceder e julgar os casos, e assim gerando sua autoridade, e caso a sociedade entenda que eles não mais a tem seria possível sua mudança. Estes direitos morais da política são delimitadores dentro do judiciário, legislativo e executivo.

Partindo da premissa do positivismo em rechaçar, que a validade jurídica não implica na validade moral, gera uma possibilidade de os nazistas serem absolvidos no passado por seus crimes, pois se pressupõe a ideia de atos perversos. Assim, um sistema jurídico suficientemente aberto a argumentos morais, tem mais probabilidade de ser moralmente aceito, como servir ao objetivo da justiça, que é a paz e a ordem (WALUCHOW, 2007).

Assim, os fundamentos de que o “positivismo includente” é baseado na moral oriunda do direito natural é falso, já que o “positivismo includente” se baseia na moral oriunda das determinações dadas em uma carta constitucional, para delimitar e gerar princípios de moralidade política em diversos poderes. Bem afirmado por Hart de que todo estudioso do direito deve estudar todo fenômeno social e não somente aqueles baseados em direito natural, pois se assim fizesse as leis perversas seriam excluídas da análise.

Em outro giro, o ideal positivista dá uma autoridade a lei perversa, pois passou por um teste de validade em sua criação, mas esta autoridade que gera sua obediência começa a ser destruída com a reflexão moral da sociedade. O positivismo promove à claridade de pensamento complexo da moral no Direito, em especial o dever de obediência às regras pelos cidadãos, mas a tentativa de dizer que direito advém das fontes sociais sem ligar a moral ao direito, então à distinção entre fatores jurídicos e a moral está errada. Porque a moral é uma fonte social e, sendo uma fonte social, ela está no direito. Por isso quando identificamos o conteúdo de uma lei, às vezes está envolto em considerações morais e assim, o positivismo excludente não está correto (WALUCHOW, 2007).

Os argumentos populares trazidos pelos excludentes se baseiam primeiro na alegação linguística, de que a lei pode ser moralmente não aceita, mas juridicamente válida, se apoiando na linguagem ordinária, como forma de entender que a existência e o conteúdo da lei dependem de questões não morais que estão dentro das fontes sociais (WALUCHOW, 2007, p. 119). Se apoiarmos no “positivismo includente”, onde o direito válido se apoia em considerações morais, a parcialidade do estudioso se misturará inevitavelmente a um nível maior. Em contrapartida, até a Teoria pura do direito de Kelsen investiga um fenômeno impuro, com condicionantes morais.

Os “excludentes” entendem o direito humano como uma instituição social, no entanto, para John Austin o direito é um ideal a ser descoberto nas manhas religiosas, na natureza e na moral, pois compreendem uma complexa

instituição social. Não se pode então compreender que todas as regras e convenções sociais não contenham as demandas morais positivas como ideal (WALUCHOW , 2007, p. 121).

Os argumentos dos excludentes são fracos, pois os fatos analisados nesta visão, já são impuros e impregnados de considerações morais, e isto se vai através de julgamentos de cortes constitucionais e a práxis jurídica e o positivismo exclusivista ao negar a teoria do direito natural esquece os Estados que criaram suas leis e as promulgaram, baseando-se nos crivos das condições morais da sociedade (WALUCHOW , 2007, p. 124). Como bem demonstrou o paradoxo do positivismo exclusivo:

Os positivistas exclusivos sustentam que a tese exclusiva, cindindo Direito e moral, consegue oferecer recursos interpretativos para distinguirmos razões jurídicas que reivindicam autoridade daquelas que não o fazem (argumentos extrajurídicos). No entanto, o paradoxo pode estar no fato de que o positivismo exclusivo admite que se o juiz fundamentar suas decisões usando as razões extrajurídicas, essas decisões terão força jurídica assim como as outras, caso não reformada por uma instância jurisdicional superior. Assim, aquilo que em um primeiro momento não era Direito, passou a ser. O juiz criou uma norma jurídica (dever ser) no caso concreto utilizando-se de argumentos (WALUCHOW , 2007).

E que o “positivismo includente” aceita as condições morais que podem ser relevantes para a existência do direito, desde que o próprio sistema jurídico já houvera identificado no rol de condições morais em sua constituição. Com isso, a Regra de Reconhecimento não se pautaria em delimitar os papéis morais para validar a lei, pois isto foi feito pelo parlamento ao incorporar estas condições na constituição.

Assim, a regra de reconhecimento poderia especificar princípio de liberdade e igualdade, como fundamento de validade jurídica, que já passou no crivo constitucional, e onde a moral estaria implicitamente aplicada, mas não explicitamente utilizada, permanecendo assim como positivismo. Apoia-se na ideia ainda de uma regra de reconhecimento secundária, que serviria com certos fatores morais, verificar mais a fundo o real conteúdo das leis já validadas pela primeira regra de reconhecimento. Com isso, somente seria

possível o uso da moral na validade da norma, pois retira a subjetividade avaliativa como critério de validade de uma norma, já que foi feito pelo Congresso e pelas práticas judiciais.

Já o argumento do poder explicativo defendido por Joseph Raz, é de que o direito é uma questão de que está certo quando as fontes juridicamente vinculantes provem a solução. Assim em casos difíceis os juízes aplicam o direito de fontes juridicamente vinculantes, e com suas habilidades técnicas não seria necessária a moralidade para isso. Caso não usem estas fontes juridicamente vinculantes, os juízes estão inovando e, por conseguinte usando a moral. No entanto, a ideia de que a nossa concepção pré-teórica do direito deve aceitar certa interpretação empírica explícita ou implícita do direito.

Assim nem todas as decisões podem ser tomadas de fontes determinadas. Neste ponto a circunstância de validade e conteúdo do direito nem sempre se baseiam em fato social, que sempre se baseara em argumentos morais. Com isso todas as questões morais são inteiramente indeterminadas, ou seja, algumas questões morais recebem as mesmas respostas, outras não, nas que são facilmente respondidas existem um acordo virtual unânime.

Neste diapasão como questões de validade jurídica passam por respostas de considerações morais no âmbito do direito certo. Quando se existe a Constituição, as fontes validadoras das leis e seus aspectos morais passam por ela e por outros âmbitos da sociedade.

A evolução jurídica das decisões e as evoluções morais delas demonstram que mesmo em sociedade que possuam a regra de reconhecimento e a constituição federal, elas não incorporam todos os possíveis fundamentos morais. Nesse passo, mesmo que uma lei em um sistema constitucional de validação de argumentos morais pode ter declarado sua invalidez, pois pode ser sujeita a crítica moral, pois os critérios morais não satisfizeram a lei no momento de sua criação. Os juízes ao se depararem com casos difíceis leem nas entre linhas das leis, com suas próprias visões peculiares da moral política.

Joseph Raz apela para as funções do direito como forma de basear o positivismo excludente. Na visão de Dworkin, o positivismo erra ao não valorar, e não dar conta acerca dos fatos e práticas existentes em sistemas jurídicos modernos. Isto confirma que, os juízes nem sempre buscam a moralidade política para resolver casos complexos, mas as vezes buscam argumentos que se propõem a estabelecer direitos e deveres jurídicos preexistente.

Os juízes devem ser discricionários e criativos e não se basear em direitos preexistentes, pois se assim o fazem não existe a discricionarieidade defendida pelos positivistas. Para Waluchon, o que é moralmente relevante não é necessariamente moralmente justificado, e moralmente bom. Neste pensamento, Raz insiste que apenas o argumento da autoridade do direito é compatível com o positivismo excludente, por conseguinte, todo sistema jurídico é sobre sua capacidade de impor autoridade. O “positivismo inclusivo” é possível, usando o argumento da função, pois não se trata de uma teoria sobre a real natureza do direito, mas em quais possibilidades a concepção do direito, através de várias práticas jurídicas oferecem uma recomendação e não propondo uma teoria descritivo explicativa do direito.

As atribuições de função de Raz são de natureza descritiva, para apoiar o Excludente, e conseqüentemente valorativa, implicando em conceitos morais ao se descrever o direito. De igual forma o argumento da autoridade é cabível ao inclusivo, pois nem sequer dar apoio robusto ao exclusivo, já que o Direito é necessariamente detentor de autoridade, mas somente percebida por Raz em seu viés de autoridade, e que esta não pode ser debatida sem as considerações morais dependentes, ou muito menos, que devem ser excluídas eternamente do Direito (WALUCHOW , 2007, p. 134).

Não se necessita tão somente de uma lei com sua autoridade, para que o cidadão cumpra uma obrigação, pois quando o pai tem dever de cuidar dos filhos de caráter moral e a lei é feita neste sentido, não é ala que dá a autoridade, pois o princípio moral já o fez, a lei vem complementar, dar força,

reforçar, clarear a ação que deve ser feita pela moral. Aceitar a autoridade prática do Direito não implica em excluir uma razão moral ou de outro tipo, mas deve-se respeitá-la. Esta autoridade prática advém do resultado dos juízes ao julgarem casos controversos, os quais se faz necessário alguma conexão com os princípios para serem resolvidos.

A autoridade da fonte não é motivo para crer e aceitar a regra como certa e aplicá-la. Por isso, que dê certo nem sempre o que é dito por uma fonte dita como autoridade é aceito. Assim, todos estariam certos de que o homem foi a lua.

O ponto forte do positivismo inclusivo é explicar o óbvio, que os testes morais de validez e conteúdo das leis foram explicitamente reconhecidos nos sistemas jurídicos. Países como os EUA e Canadá incorporaram em seu Direito os critérios de validade princípio de justiça e valores morais substantivos. Juízes devem se comprometer, bem como aos advogados também, os argumentos morais substantivos, em casos difíceis, e que o positivismo inclusivo permitir um escape das distorções de como as constituições são entendidas, interpretadas e aplicadas.

O “positivismo includente” aceita a negação da necessidade da conexão entre o direito e moral, mas as vezes se faz necessário esta ligação, somente na medida, que o sistema jurídico reconhece a moral. O “positivismo includente” se alinha com o excludente quanto aos pontos de vista da teoria da integridade de Dworkin, onde direito e moral nunca se separam, mas o inclusivo, aceita isto como uma possibilidade de vez em quando, mas não como uma regra, e assim nasce a contingência.

7. Conclusão

Com Herbert Hart se abriu o leque de possibilidade da quebra da tese da separação entre direito e moral, pilar imexível até então nas amarras do positivismo tradicional. Isto se fez necessário, pois o Direito através dos

tempos não consegue abarcar situações que fogem a sua normatividade, e que o Judiciário se vê deparado a resolver, mas com base em uma lei muita das vezes omissa, ambígua, contraditória ou obscura. A Regra de Reconhecimento de Hart traz luz a uma escuridão, quando consegue, através de critérios de validade, afirmar que esta regra ou aquela são aplicáveis na sociedade, e indiretamente passaram por critérios sociais, que reafirma sua aplicabilidade no mundo jurídico.

Ao nascer do horizonte aparece Ronald Dworkin quebrando paradigmas, e instituindo um modelo de regras, em que se abandona totalmente a separação entre direito e moral, e institui os princípios como elemento que faltava na Teoria Geral do Direito, para suprir a lacuna deixada pela lei.

Após críticas ferrenhas de Dworkin, Hart em escritos encontrados após sua morte, apresenta adequações a sua teoria e passa a se aproximar da moral como base de formação de critérios de validade de sua regra secundária predominante. Desta forma, o positivismo hartiano evolui para o positivismo inclusivo, tendo a moral como foco argumentativo para a validação da lei. E neste caminho surgem as indagações dos erros e das formas pelas quais o Direito deveria operar no mundo.

De que maneira o positivismo se apresenta nas decisões judiciais, da forma prescritiva ou descritiva? Qual a importância dos princípios para as decisões? Para tanto, a forma descritiva em que o positivismo se apresenta, permite uma maior liberdade ao julgador, que utiliza em especial nos casos difíceis uma discricionariedade pautada em seus valores pessoais e sem limites, podendo até se aproximar das bordas da arbitrariedade, e dos valores políticos dominantes no momento de proferir a decisão.

Já a forma prescritiva do Direito aparece mais delineada, pois os julgadores em casos omissos devem seguir os princípios morais validados, como forma de amarras ao poder discricionário defendido pelos positivistas e assim evitando o livre arbítrio e as decisões conflitantes de um mesmo direito.

Por fim o positivismo inclusivo tenta se aproximar da moral de forma contingencial quando a lei se torna omissa, mas esta tentativa de se manter positivista se torna contraditória em si com a tese da separação, ou mesmo, de se manter dentro da teoria positiva, pois ao se aproximar da moral deixa de existir um sentido incontroverso da lei, fonte da positividade do direito positivo dominante.

Assim, o positivismo inclusivo seria uma visão alternativa aos dogmas tradicionais positivos, mas com um refinamento necessário para a solução das omissões comuns do direito, sem perder sua raiz, mas buscando na moral de forma contingencial a resposta para as evoluções sociais, causada pelas dinâmicas das relações humanas.

Referências

- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- _____, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Ruiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HART, H. L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio. Antônio Fabris Editor, 1987.
- _____, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- _____, H. "Pós-escrito". In: **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- COLEMAN, Jules. **Markets, morals and the law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.
- WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo jurídico incluyente**. Trad. de Marcela Gil e Romina Teson. Madri: Marcial Pons, 2007.
- STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p-17.
- _____, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p-33.
- STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p-34.

_____, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito.** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p-184-185.

_____, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito.** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p-186-187.

Artigo recebido em: 20/03/2020.

Aceito para publicação em: 30/04/2020.