



## **Bernardo Abreu de Medeiros**

### **Positivismo Jurídico Inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos**

#### **Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro, junho de 2009.



**Bernardo Abreu de Medeiros**

**Positivismo Jurídico Inclusivo: a  
possibilidade de incorporação de  
valores morais ao direito nos  
estados constitucionais  
contemporâneos .**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. Adrian Sgarbi**

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Alejandro B. Alvarez**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Noel Struchiner**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Marcelo de Araújo**

UERJ

**Prof. Nizar Messari**

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2009.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, do autor e do orientador.

### **Bernardo Abreu de Medeiros**

Graduou-se em Bacharel em Direito no ano de 2006 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

#### Ficha Catalográfica

Medeiros, Bernardo Abreu de

Positivismo jurídico inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos / Bernardo Abreu de Medeiros ; orientador: Adrian Sgarbi. – 2009.

113 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Positivismo jurídico. 3. Teoria do direito. 3. Incorporacionismo. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Aos meus.

## Agradecimentos

Agradecer não é tarefa simples. Tantos foram aqueles que contribuíram de maneira decisiva para nessa longa caminhada que corro sério risco de esquecer alguém. Neste percurso de incerteza, descobertas e mais incertezas, a ajuda, compreensão e incentivo são incomensuráveis.

Agradeço inicialmente à minha família, especialmente à minha mãe, pela compreensão e carinho dispensados, aditivos essenciais que me garantiram percorrer esse árduo e gratificante trajeto.

Aos amigos que fiz aqui e aos que trago da vida, e com quem compartilhei vitórias e angústias, especialmente, Helena Colodetti, Thamis Dalsenter, Daniel Giotti e o velho companheiro Jorge Chaloub.

Aos parceiros de luta pelas searas da teoria do direito e com quem travei frutíferos debates e revi minhas concepções, em especial, Janaina Matida, Fabio Shecaira, Rodrigo Tavares e Ronaldo Dias.

Ao Professor Adrian Sgarbi, meu profundo agradecimento por despertar o interesse pelo tema e pela dedicação e parceria pra conclusão deste trabalho.

Aos sempre solícitos Professores Noel Struchiner, cujos debates, indicações bibliográficas, apoio e estímulo foram indispensáveis para esta dissertação; e José Ribas Vieira; com sua estimulante obsessão pelo conhecimento e pela vida acadêmica.

Aos demais professores que tive o privilégio de conhecer e interagir ao longo do mestrado, muitos dos quais são figuras centrais desta dissertação e se dispuseram a prestar todo auxílio possível nessa jornada: Wilfrid Waluchow, Angéles Ródenas, Juan Carlos Bayón, Juan Bautista Etcheverry, Manuel Atienza, José Juan Moreso, Juan Ruiz Manero e Luis Roberto Barroso.

Ao Anderson e à Carmen, funcionários solícitos do Programa da Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, pela ajuda constante.

À Capes e à PUC, pelos auxílios concedidos e sem os quais este trabalho não seria possível.

## Resumo

MEDEIROS, Bernardo Abreu. **Positivismo Jurídico Inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos**. Rio de Janeiro, 2009, 113p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Poucas questões têm sido tão abordadas ao se discutir teoria do direito e direito constitucional como a “a crise do positivismo jurídico”. A publicação de *O Conceito de Direito* de Hart em 1961 representou um marco na teoria do direito do século XX, tanto pelas inovações teóricas que aportou, representando um refinamento da teoria juspositivista, como pelo fecundo debate que gerou. Tal debate, que se inicia com as primeiras críticas de Dworkin ao positivismo de Hart em *Modelo de Regras I e II*, compiladas em *Levando os direitos a sério*, se desenvolve até hoje com fortes debates internos ao próprio positivismo jurídico. Dentre elas, centraremos a análise no positivismo inclusivo, termo cunhado por Wilfrid Waluchow, mas cujas origens remontam ao início dos anos 70. A principal proposta de tal corrente é conciliar alguma das críticas de Dworkin com as bases da tradição positivista. A corrente se constrói refutando de um lado, teses não positivistas como as de Dworkin e, de outro, teses exclusivas como as de Raz, buscando assim manter as bases do positivismo jurídico e dar conta de uma das principais características dos estados constitucionais contemporâneos – a ampla incorporação de valores ao direito, especialmente nas cartas constitucionais. Inicialmente, serão abordados os fundamentos da teoria juspositivista, encarando-a como uma tradição. Em seguida será situado o debate Hart/Dworkin nesse cenário para analisar seus desdobramentos, focando no surgimento e consolidação do Positivismo Inclusivo. Finalmente, abordam-se as contribuições recentes ao debate, fazendo um balanço das teses envolvidas e discutindo a sua relevância atual.

## Palavras-Chave

Positivismo Jurídico – Teoria do Direito - Incorporacionismo

## Abstract

MEDEIROS, Bernardo Abreu. **Inclusive Legal Positivism: the possibility of incorporation of morals in law in contemporary constitutional states.** Rio de Janeiro, 2009, 113p. Master Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Few issues have been so intensively discussed in legal theory and constitutional law as "the crisis of legal positivism." The publication of *The Concept of Law* by Hart in 1961 represented a milestone in the theory of law of the twentieth century, both for the theoretical innovations that it contributed, representing a refinement of the theory juspositivista, as for the fruitful discussions that resulted. This debate, which begins with the first criticism of Dworkin to Hart's positivism in the Model of Rules I and II, and is developed till today with very strong internal debates in legal positivism. Among them, the analysis focus on inclusive positivism, a term created by Wilfrid Waluchow but whose origins date back to the early 70ths. The main proposal of this version is to reconcile some of the criticisms of Dworkin with the tenants of positivist tradition. The proposal was, on one hand, to reject part of, Dworkin critics to legal positivism, and on the other, exclusive theories such as Raz's conception of law, seeking thereby to maintain the foundations of legal positivism and give an account of the main features of contemporary constitutional states - the extensive incorporation of moral values, especially in constitutional charters. Initially, this dissertation seeks for the grounds of positivist tradition. Then the debate will be located in Hart/Dworkin scenario to analyze its developments, focusing on the emergence and consolidation of Inclusive Positivism. Finally, it deals with the recent contributions to the debate, balancing the arguments involved and discussing its relevance today.

## Key-Words

Legal Positivism, Jurisprudence, Incorporationism

# Sumário

<b>1. Introdução</b>	9
<b>2. O nascimento do positivismo jurídico inclusivo</b>	13
2.1. O positivismo jurídico como tradição	13
2.2. O refinamento do positivismo jurídico de Herbert Hart	27
2.3. As primeiras críticas de Dworkin e o início do debate	34
2.4. As defesas iniciais de um positivismo inclusivo	39
<b>3. A consolidação do positivismo jurídico inclusivo</b>	42
3.1. Os embates dos inclusivos: entre Raz e Dworkin	42
3.2. O positivismo exclusivo de Raz	42
3.3. Os novos ataques de Dworkin	48
3.4. O <i>soft positivism</i> de Hart	57
3.4.1. Críticas de Hart à teoria Dworkiana	58
3.4.2. Aclarações de Hart às críticas de Dworkin	59
3.4.3. Teses do <i>soft positivism</i> hartiano	61
3.5. O positivismo inclusivo de Waluchow	64
3.5.1. Rebatendo os argumentos de Dworkin	65
3.5.2. Rebatendo os argumentos de outras versões do positivismo	71
3.5.3. As conclusões de Waluchow	76
<b>4. O que resta do debate sobre o positivismo inclusivo</b>	78
4.1. Contribuições contemporâneas ao positivismo inclusivo	78
4.2. O debate interno	87
4.3. Balanço final do debate	92
<b>5. Conclusão</b>	102
<b>6. Referências bibliográficas</b>	105