

Revista Processus Multidisciplinar

Página da revista:

<https://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/index>



Resenha do artigo intitulado “Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional”¹

Review of the article "From legal positivism to post-positivism: the current constitutional legal-philosophical paradigm"

ARK: 44123/multi.v6i11.1441

Recebido: 09/12/2024 | Aceito: 20/05/2024 | Publicado on-line: 07/07/2025

Vítor Neves Palmeira²

 <https://orcid.org/0009-0005-4060-871X>

 <http://lattes.cnpq.br/7314953763996853>

UniProcessus – Centro Universitário Processus, DF, Brasil

E-mail: nevespalmeira@gmail.com



Resumo

Esta é uma resenha do artigo intitulado “Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional”. Esse artigo é de autoria de: Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes; Guilherme Pereira Dolabella Bicalho. O artigo aqui resenhado foi publicado no periódico “Revista de Informação Legislativa”, no Vol. 48, edição n. 189, jan.-mar., 2011.

Palavras-chave: Positivismo. Pós-Positivismo. Neoconstitucionalismo. Princípios constitucionais. Direito e moral. Interpretação judicial.

Abstract

This is a review of the article entitled “From legal positivism to post-positivism: the current constitutional legal-philosophical paradigm”. This article was written by: Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes; Guilherme Pereira Dolabella Bicalho. The article reviewed here was published in the journal “Legislative Information Magazine”, in Vol. 48, issue n. 189, Jan.-Mar., 2011.

Keywords: Positivism. Post-Positivism. Neoconstitutionalism. Constitutional principles. Law and morality. Judicial interpretation.

Resenha

Esta é uma resenha do artigo intitulado “Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional”. O artigo é de autoria de: Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho. O artigo

¹ Resenha de aproveitamento da disciplina TC (Trabalho de Curso), do curso *Bacharelado em Direito*, do Centro Universitário Processus – UniProcessus, sob a orientação dos professores Jonas Rodrigo Gonçalves e Danilo da Costa. A revisão linguística foi realizada pelo professor Filipe da Silva Linhares.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Processus – UniProcessus.

aqui resenhado foi publicado no periódico “Revista de Informação Legislativa”, no Vol. 48, edição n. 189, jan.-mar., 2011.

Quanto aos autores desse artigo, conheçamos um pouco acerca do currículo de cada um deles. Isso auxiliará no melhor entendimento dos temas que eles abordam em seus escritos. A seguir, haverá uma breve apresentação de cada um dos autores.

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes é doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), pós-graduado em Direito Público. Além disso, é professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do UniCEUB/DF, procurador do Distrito Federal, advogado e consultor em Brasília.

Guilherme Pereira Dolabella Bicalho é mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Ademais, é professor de Direito Tributário do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal (IMAG/DF), procurador do Distrito Federal, advogado e consultor em Brasília e Belo Horizonte.

O artigo resenhado é dividido nos seguintes capítulos: resumo; palavras-chave; *abstract*; *keywords*; introdução; positivismo jurídico; pós-positivismo jurídico; a questão dos valores: abertura valorativa do sistema; normas jurídicas: princípios e regras; Constituição: *locus* principal dos princípios; aumento do foco político no Judiciário; alguns excessos de correntes extremadas do pós-positivismo: um alerta necessário; conclusão e referências.

O artigo “Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional” analisa a evolução do positivismo jurídico, que priorizava a lei como a única fonte de obrigações e garantia de segurança jurídica, para o pós-positivismo, que incorpora valores morais e princípios na interpretação das normas. O pós-positivismo, que fundamenta o neoconstitucionalismo, reconhece a relevância dos princípios constitucionais como normas jurídicas que refletem valores sociais essenciais, promovendo uma interpretação mais justa e equitativa do Direito. Além disso, o artigo ressalta o papel crescente do Judiciário na interpretação dessas normas e adverte sobre os excessos que podem comprometer a objetividade e a segurança jurídica.

O tema desse artigo é “Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional”. Foi discutido o seguinte problema: “Quais são as características do pós-positivismo – pensamento filosófico basilar, orientador, para a interpretação e concreção da legislação constitucional?”. O artigo partiu da seguinte hipótese: “O pós-positivismo é, em essência, uma nomenclatura utilizada para informar um novo Direito Constitucional, composto por pensamentos ora coincidentes, ora até mesmo antagônicos em relação ao constitucionalismo clássico”.

O objetivo geral do artigo foi “investigar os motivos que levaram à transição do positivismo para o pós-positivismo e, especificamente, a busca de uma identidade para o pós-positivismo”.

A temática da pesquisa contou com a seguinte justificativa: “é essencial apontar os motivos pelos quais o ativismo judicial, influenciado pelo pós-positivismo, tem se tornado tão presente na atuação jurisdicional”.

A metodologia adotada para a elaboração da pesquisa no artigo em questão foi a pesquisa bibliográfica, que visou identificar os trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema. O objetivo foi realizar um estudo abrangente o suficiente para servir como uma revisão bibliográfica, demonstrando a realidade social analisada.

Fernandes e Bicalho (2011) defendem, de forma relevante, que o neoconstitucionalismo caracteriza o Direito Constitucional contemporâneo e faz

contraposição ao Direito Constitucional clássico. Os autores, ainda, pontuam que o neoconstitucionalismo faz parte da perspectiva pós-positivista, fazendo contraposição à visão positivista do constitucionalismo clássico.

Dessa forma, Fernandes e Bicalho (2011) buscam, por meio do artigo, identificar características do pós-positivismo jurídico a partir de pesquisa bibliográfica realizada em trabalhos científicos relevantes sobre o tema.

O positivismo jurídico tem origem, conforme pontuam fundamentadamente Fernandes e Bicalho (2011), na necessidade de se buscar segurança jurídica para o exercício da vida em sociedade. Com efeito, os autores pontuam a necessidade da criação de mecanismos para conter arbítrios dos reis absolutistas. Consequentemente, deu-se mais força àquilo que estava escrito em lei. Esse movimento foi reforçado pela Constituição Francesa (FRANÇA, 1971) e pela Constituição Norte-Americana (ESTADOS UNIDOS, 1787).

A elevação da lei a um nível de comando hierárquico, abstrato e totalmente coercitivo certamente respondia às demandas da sociedade daquela época, que repudiava os abusos e excessos do absolutismo (FERNANDES; BICALHO, 2011). Com isso, a titularidade do poder passou a ser do povo, conforme defendem Fernandes e Bicalho (2011), que o exerce por meio dos seus representantes. Esses representantes elaboram leis que possuem força máxima para regulamentar aquela sociedade.

Nesse contexto, Fernandes e Bicalho (2011) reiteram corretamente que a sociedade precisava arrefecer os valores jusnaturais, uma vez que diversas injustiças eram praticadas sob o pretexto de estarem amparadas pelo Direito positivado.

Os autores ainda reiteram, de forma relevante, que essa mudança ocorreu com base em três pilares: a posição da norma positiva no sistema, o modo de confecção dos diplomas normativos e a forma de aplicação das leis. Essas modificações dão origem ao positivismo jurídico, em contraposição ao jusnaturalismo. De fato, o positivismo equipara o direito à lei (BARROSO *apud* FERNANDES; BICALHO, 2011).

Fernandes e Bicalho (2011) pontuam que esse positivismo se caracteriza pela visão de que o Direito deve ser visto como uma disciplina autônoma, separada de outras ciências e da moral. As fontes do Direito devem ser encontradas, exclusivamente, dentro do próprio Direito, excluindo-se fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, bem como valores sociais disseminados (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Um dos grandes autores dessa vertente é Kelsen (1994), para quem a validade da norma independe da moral. Na verdade, a moral é intrínseca à própria lei. O que deve ser aferido, na verdade, é o processo de formação da lei. Se ele estiver correto, a lei se torna obrigatória. Com efeito, para Kelsen (1994), o direito pode ter qualquer conteúdo, bastando a análise formal do seu processo de elaboração. Com isso, busca-se a segurança jurídica, em detrimento de valores que possam variar conforme o contexto jurídico (FERNANDES; BICALHO, 2011).

O positivismo, conforme fundamentam Fernandes e Bicalho (2011), resume-se da seguinte forma: o Direito é um conjunto de regras para determinar quem é punido ou coagido pelo poder público. Caso não haja norma para a situação, o aplicador da norma deve buscar algum padrão que oriente a confecção dessa; e as obrigações somente surgem da lei (DWORKIN *apud* FERNANDES; BICALHO, 2011).

Com efeito, Fernandes e Bicalho (2011) preceituam, de forma acertada, que os princípios têm papel supletivo no positivismo; em detrimento do jusnaturalismo, no qual os princípios poderiam regular condutas pessoais.

Ainda segundo Fernandes e Bicalho (2011), a distância prática entre normas jurídicas e a realidade, causada pelo positivismo puro, tiveram como consequência o positivismo débil, inclusivo ou includente, que permite a abertura do sistema normativo

a aspectos morais e afins. Essa distância do positivismo puro deu origem a alguns movimentos crassos, como o Apartheid e o Nazismo. A fim de arrefecer esse afastamento, surgiu o pós-positivismo jurídico.

O pós-positivismo jurídico, conforme lecionam Fernandes e Bicalho (2011), surgiu para impor limites valorativos às normas jurídicas. Dessa forma, não basta a norma estar positivada para ter efeito. A partir dessa aplicação, o Direito positivado não pode ser uma justificativa para a promoção de barbáries.

O pós-positivismo tem semelhanças com o neoconstitucionalismo. No entanto, é necessário ressaltar a diferença entre ambos. Segundo Fernandes e Bicalho (2011) fundamentam, o neoconstitucionalismo é característico do constitucionalismo ocidental posterior à Segunda Guerra Mundial; enquanto o pós-positivismo é a base filosófica para ele. O pós-positivismo, portanto, serve como a base filosófica do direito que sustenta as ideias neoconstitucionais (FERNANDES; BICALHO, 2011).

As justificativas práticas que Fernandes e Bicalho (2011) pontuam para que o positivismo tivesse entrado em crise foram, dentre outras, o pluralismo e a complexidade das sociedades pós-modernas. Ademais, os autores ainda pontuam que a forma positivista de se pensar o Direito impedia a não aplicação de normas positivadas, mesmo em casos absurdos.

Dessa forma Fernandes e Bicalho (2011) ressaltam que há um arrefecimento da separação entre Direito e moral. Dworkin (2002) foi o primeiro autor recente, em 1967, a levantar uma abordagem oposta ao positivismo jurídico.

De fato, o neoconstitucionalismo combina o positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico em uma só corrente (ATIENZA, 2004, *apud* FERNANDES; BICALHO, 2011). Isso ocorre porque é necessário buscar tudo aquilo de cada uma dessas teorias que ajuda a explicar a realidade à qual o Direito se aplica.

Como resultado, a longa discussão entre positivistas e jusnaturalistas foi substituída pelo pós-positivismo, conforme afirmam Fernandes e Bicalho (2011). Com efeito, as principais características desse novo posicionamento teórico podem ser resumidas da seguinte forma: a) a valorização do sistema jurídico, especialmente da Constituição; b) a consideração de que tanto princípios quanto regras são normas jurídicas; c) a Constituição se torna o principal local dos princípios; e d) o aumento da influência política do Judiciário, reconhecendo que o intérprete cria normas jurídicas (FERNANDES; BICALHO, 2011).

A lógica da abertura das normas positivadas para os diversos valores é que, por trás de toda norma, há um valor que lhe serve de alicerce. Em que pese o Direito não se confundir com a moral, deve garantir o mínimo de moral obrigatório, conforme pontuam acertadamente Fernandes e Bicalho (2011).

A forma de relação entre Direito e moral é por meio da recepção de valores relevantes, que ganham coercibilidade. Com efeito, Reale (2006 *apud* FERNANDES; BICALHO, 2011) assevera que a obrigatoriedade do Direito vem acompanhada de exigências axiológicas, uma vez que os valores sociais fizeram parte da confecção da norma jurídica.

Ainda sobre valores, Fernandes e Bicalho (2011) ressaltam que, tanto no positivismo quanto no pós-positivismo, os valores ingressam no ordenamento jurídico de alguma forma. No entanto, no positivismo, esse ingresso se dá por meio da positivação por parte do legislador. Ou seja, a moral é externa ao Direito. Por outro lado, o pós-positivismo busca uma sustentação jusfilosófica, trazendo justiça ao caso concreto. Isso ocorre por meio de uma abertura valorativa do sistema. Assim, os valores influenciam o sistema jurídico tanto na criação das normas quanto na sua aplicação (FERNANDES; BICALHO, 2011).

No pós-positivismo, os autores ainda ressaltam que as normas constitucionais possuem valor tanto deontológico (dever ser) quanto axiológico (conteúdo valorativo). Essa carga valorativa submete a aplicação das normas a diversas argumentações e interpretações. Os princípios possuem alta carga axiológica, portanto se tornam ponte entre o Direito e a moral (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Nessa toada, os autores discutem a diferença entre princípios hermenêuticos e jurídicos. Com efeito, os primeiros têm como objetivo auxiliar na tarefa de retirar normas dos preceitos legislativos. Aos princípios jurídicos, por sua vez, atribuiu-se densidade normativa para quem fossem colocados, ao lado das regras, como norma jurídica, diferentemente do que ocorria em divisões clássicas do Direito (FERNANDES; BICALHO, 2011).

A diferenciação entre princípio e regra, em geral, pode ocorrer de duas formas: a forma forte e a forma fraca. Na forma forte, Fernandes e Bicalho (2011) ressaltam que há uma diferenciação qualitativa e exaustiva: ou é princípio ou é regra. A forma fraca, por outro lado, assume uma diferenciação gradual de ambos.

Os autores ainda citam Robert Alexy (2005), o qual postula três pilares fundamentais para diferenciar princípios de normas: tese da otimização, lei da colisão entre princípios e ponderação como critério para concreção.

Ainda segundo os autores, na evolução histórica do Direito, os princípios foram transferidos dos códigos para as constituições. Os códigos costumavam ser centrais no ordenamento jurídico, lugar esse que foi tomado pelos textos constitucionais. A partir disso, Fernandes e Bicalho (2011) pontuam, de forma relevante, que os princípios são transferidos para as constituições, pois eles também ressaltam valores centrais para a sociedade.

Uma das consequências do pós-positivismo é a extensão da atuação do Poder Judiciário. Alguns consideram que essa atuação pode chegar a se tornar política, o que resulta no ativismo judicial. Com efeito, há diferença entre norma e texto da norma, segundo Fernandes e Bicalho (2011). O texto é o que foi positivado pelo legislador, enquanto a norma é o resultado da interpretação do texto pelo aplicador da lei (FERNANDES; BICALHO, 2011). No entanto, esse processo deve acontecer de forma moderada, pois, se tudo for considerado direito fundamental para fins de aplicação da norma, paradoxalmente, nada será direito fundamental; e a segurança jurídica será diminuída.

Assim, o Direito mudou por conta dos massacres e das injustiças cometidas e justificadas por normas positivadas e pelas complexidades da sociedade moderna, conforme apontado corretamente por Fernandes e Bicalho (2011).

A resposta limitada que o positivismo deu a essas situações resultou no movimento pós-positivista. No entanto, sua aplicação deve ser feita com um objetivismo moderado, para que o Direito não se torne demasiadamente subjetivo e aberto a arbitrariedades.

Referências

AGUIAR, Roger Silva. **O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

ALEXY, Robert. **Derecho y Corrección**. In: ALEXY, Robert. La institucionalizacion de la justicia. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

ATIENZA, Manuel. **El Sentido del Derecho**. Barcelona: Ateíl, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição (1787). Constituição dos Estados Unidos da América**. Filadélfia: Convenção Constitucional, 1787.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 189, pp. 105-131, mar./jan., 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/189/ril_v48_n189_p105.pdf>. Acesso em: 5 set. 2024.

FRANÇA. **Constituição (1791). Constituição de 1791**. Paris: Assemblée Nationale, 1791.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Como escrever um artigo de revisão de literatura**. Revista JRG de Estudos Acadêmicos. Ano II, Vol. II, n. 5, ago.-dez., 2019. Disponível em: <<http://www.revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/122>>. Acesso em: 13 set. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como elaborar uma resenha de um artigo acadêmico ou científico. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Vol. 3, n. 7, pp. 95-107, 2020. DOI: 10.5281/zenodo.3969652. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/41>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um projeto de pesquisa de um artigo de revisão de literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Ano II, Vol. II, n. 05, ago./dez., 2019. Disponível em: <<http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/121>>. Acesso em: 13 set. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Escolha do tema de trabalho de curso na graduação em Direito. **Revista Coleta Científica**. Vol. 5, n. 9, pp. 88-118, 2021. DOI: 10.5281/zenodo.5150811. Disponível em: <<http://portalcoleta.com.br/index.php/rcc/article/view/58>>. Acesso em: 1 jun. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.