

COLEÇÃO  
HERMENÊUTICA, TEORIA DO  
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

---

Coordenador: Lenio Luiz Streck

# A Possibilidade de Superação da Discrecionalidade Judicial Positivista

pele Abandono do Livre  
Convencimento no CPC/2015

Autor:  
Fábio Luiz Bragança Ferreira

2018

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## POSITIVISMO JURÍDICO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

---

---

Neste capítulo inaugural trataremos de apresentar os traços determinantes e principais características da doutrina do positivismo jurídico, seu contexto histórico e político de seu surgimento, e alguns apontamentos sobre o seu antecessor histórico, o jusnaturalismo.

Assim, dentro dessas linhas gerais, e após a devida contextualização, demonstraremos que a discricionariedade judicial é parte essencial da doutrina positivista. Circunstância que, conforme se verá, ocorre, principalmente, em decorrência da cisão entre *validade e legitimidade* do Direito levada a efeito pela linha mais autorizada pensamento positivista tradicional. Assim, as questões de validade deveriam ser resolvidas em sede de teoria jurídica positivista, ao passo que questões referentes à legitimidade (na qual estão incluídos problemas morais) deveriam ficar sob análise da teoria política.

Devidamente superadas as questões iniciais sobre o positivismo jurídico, faremos uma abordagem dos principais autores positivistas sob o estreito recorte temático da discricionariedade judicial. Vale dizer, indicaremos de que forma Hans Kelsen, Herbert Hart e os positivistas inclusivos e exclusivos tratam da questão da interpretação do Direito, mais especificamente da questão da discricionariedade judicial.

Por fim, em sede de conclusões parciais, e levando-se em consideração todas as questões apresentadas nos tópicos anteriores, tentaremos esboçar um raciocínio que justifique a nossa

tomada de posição no sentido de que o positivismo jurídico não é capaz de apresentar uma resposta adequada aos desafios do constitucionalismo contemporâneo.

Ainda, antes de seguir em frente, parece necessário ressaltar que escrever sobre positivismo(s) é tentar refletir sobre um dos temas mais tratados pelos estudiosos do Direito. Quicá o mais tratado, ombreando com as doutrinações sobre direito natural. Desse modo, sobre a bibliografia e as ideias apresentadas neste capítulo, lembramos do bonaerense Héctor Ángel Benedetti que, ao tentar selecionar as melhores letras de tango, justificou-se: “*la discografía de este libro no pretende ser completa, aunque sí representativa. Siempre aparecerá un coleccionista con un disco bajo el brazo diciendo: “Eh, faltaba éste...”*”<sup>1</sup>

### 1.1. Positivismo Jurídico: traços determinantes

Há, classicamente, dois modos pelos quais se procurou determinar o conceito de direito: a doutrina do Direito Natural e a doutrina do positivismo jurídico; este como espécie de consequência daquele.<sup>2</sup> O direito natural (ou jusnaturalismo), antecedente histórico do positivismo jurídico (ou juspositivismo), não apenas dominou a teorização do direito até meados do século XIX, mas representa a mais antiga, e até então mais abrangente tentativa de compreender e dogmatizar o fenômeno jurídico.<sup>3</sup> Trata-se de uma doutrina que procura definir o direito como aquilo que ocorre, dentro da convivência humana, de acordo com uma ordem de coisas natural e pressuposta.<sup>4</sup> Assim, essa *ordem de coisas natural*

---

1. BENEDETTI, Héctor Ángel. *Las mejores letras del tango*. 2 ed., Buenos Aires: Planeta, 2002, p. 12.

2. STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 10, n. 2, p. 500-513, jul./dez., 2010.

3. BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 240-243.

4. STRECK, Lenio. Direito. Em: BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo [Coords.]. *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010, 145-150; STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 10, n. 2, p. 500-513, jul./dez., 2010. No mesmo sentido, ver: COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 123-ss;

*e presuposta* servia como parâmetro de valoração da legislação vigente posta pelo homem; ou seja, uma ordem de coisas natural funcionava como um teste de validade do direito positivo.<sup>5</sup>

Sobre essa questão, Hans Kelsen afirma que o direito natural deve ser entendido como “um sistema de normas que – ao contrário daquelas do direito positivo – não são ‘fixadas’ ‘artificialmente’, por ato humano, mas dadas ‘naturalmente’, porque elas resultam da natureza, de deus, da razão ou de um princípio objetivo semelhante.”<sup>6</sup>

Essa ordem superior e natural poderia, a depender do momento histórico da doutrina jusnaturalista, ter como base uma ordem dita *cosmológica*, que pressupunha que as normas adequadas à natureza humana poderiam ser racionalmente descobertas (Aristóteles), ou ter como base uma ordem dita *teológica*, voltada para uma tentativa de compreensão das leis divinas que governam o mundo (Tomás de Aquino), ou, ainda, uma ordem chamada *antropológica*, a partir da qual o indivíduo assume posição central por ver reconhecidos para si um leque de direitos inatos e indisponíveis (John Locke). Esta última teorização referente aos direitos inatos e inalienáveis do indivíduo influenciou não apenas as tentativas de entender o fenômeno jurídico, mas influenciou, também, o contexto político, chegando a dar sua contribuição para o desenrolar de movimentos revolucionários, especialmente no contexto francês do final do século XVIII (Revolução Francesa – 1789).<sup>7</sup>

A legislação então vigente, como se vê, seria válida apenas à medida que adequada à determinado ideal de justiça. Vale dizer, sob a perspectiva do direito natural (jusnaturalismo), um sistema

- 
5. BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241.
  6. KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso [Org.]. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.
  7. BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241-242.

normativo com validade autoproclamada<sup>8</sup> e superior ao homem confere validade ao direito positivo posto pelo homem terreno.<sup>9</sup>

As características do direito natural, portanto, podem ser sintetizadas, conforme propõe Gilmar Bedin,<sup>10</sup> em três pontos complementares. Primeiro na circunstância de que o direito positivo deve ser sempre analisado a partir de sua concordância com conteúdos superiores (naturais e pressupostos); em segundo, no fato de que esses conteúdos decorrem de uma fonte universal, superior e imutável (que, como visto, decorrem da natureza, de Deus, de um ideal de justiça ou outro similar); e, em terceiro, o compromisso de que esses conteúdos superiores, universais e pressupostos sempre prevalecem (devem prevalecer) sob o direito positivo terreno que com ele seja dissonante.<sup>11-12</sup>

- 
8. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55-ss.
  9. BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 240-241; COELHO, Luiz Fernando. Aulas de introdução ao direito. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 124.
  10. BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241.
  11. Uma das melhores representações literárias do direito natural fica por conta do grego Sófocles que, na tragédia *Antígone*, ilustra o desespero de uma personagem que, visceralmente irredimível com a injustiça (legalmente estabelecida pela autoridade legítima, o rei de Tebas) de não poder enterrar o próprio irmão, invocou a lei divina e imutável que dá direito às famílias de enterrar os seus e que, dessa forma, sobrepujava a proibição legal. Ver: SÓFOCLES. *Édipo Rei – Antígona*. São Paulo: Martin Claret, 2007. Sobre o contraste entre a dureza da lei posta e o direito divino (vivificado pelo sentimento “quase cristão” de Antígone), as palavras de Carpeaux: “Lirismo é o verdadeiro nome da ordem divina e humana no mundo de Sófocles; sintomas de um equilíbrio precário, porque puramente estético. Na *Antígone*, não existe mediação dramática possível entre a lei cruel e inelutável que impõe a Creon, tirano contra a vontade, a perseguição do inimigo para além da morte, e, por outro lado, o sentimento íntimo, quase cristão, da Antígone.” Ver: CARPEAUX, Otto Maria. *A antiguidade greco-latina por Carpeaux*. História da literatura ocidental, v. 1, São Paulo: Leyla, 2012, p. 49.
  12. Nos chama atenção a semelhança entre as características e postulados do direito natural com aqueles defendidos pela teoria neoconstitucional brasileira, cujos arautos falam em mais princípios e menos regras e mais Judiciário e menos Legislativo. Sobre essa questão, as palavras de Möller: “[...] ainda que a teoria iusnaturalista admita a presença do direito positivo, não o tem como elemento indispensável para a aplicabilidade do direito, uma vez que as normas podem ser ‘descobertas’ a partir dos preceitos estabelecidos no direito natural. Esse pode, portanto, ainda que não traga uma consequência jurídica predeterminada, ser diretamente aplicado. O procedimento de aplicação é, portanto, muito semelhante ao que propõe o neoconstitucionalismo em relação a algumas normas constitucionais. Na ausência de normas positivadas, caberia ao julgador criar a solução

Uma outra característica do direito natural que ajuda não apenas a melhor compreendê-lo, mas também a diferenciá-lo, por contraste, com o positivismo jurídico, é o que se chama de *caráter dualista* do jusnaturalismo.<sup>13</sup> A teorização do direito natural não apenas aceita, mas antes pressupõe a existência de um outro sistema normativo terreno para, devidamente subjugado, dar concreção e funcionamento cotidiano aos seus respectivos ideais de elevada justiça.<sup>14</sup>

É esse dualismo<sup>15</sup> jusnaturalista que contrastando de forma clara com a feição *monista* do positivismo jurídico ajuda a

---

adequada a partir do direito natural, comprovando o acerto da solução estabelecida ao caso concreto em relação aos postulados do direito natural." Em: MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo ...*, 2011, p. 59; avaliação similar é feita de há tempos por Inocêncio Mártires Coelho que, de forma muito percuciente, considera que os neoconstitucionalistas brasileiros são "jusnaturalistas envergonhados". Em: COELHO, Inocêncio Mártires. Disciplina "Cultura Política e Direitos" ministrada no PPG/ Direito no UniCEUB, 2014. Notas de aula.

13. BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241; MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo ...*, 2011, p. 79; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68-69.
14. Nas palavras de Abboud *et alli*: "Esse ponto é de suma importância: a ideia de um direito natural não exclui a existência de um direito positivo (positivo, aqui, quer significar posto pelo homem). O que é peculiar ao jusnaturalismo é submeter esse direito positivo, historicamente determinado e construído pelo homem, a uma ordem de justiça que fica num ambiente transcendente." Em: ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.
15. O caráter dualista do direito natural sofreu consistente crítica de Hans Kelsen, nos seguintes termos: "Essa necessidade do direito positivo como uma ordem válida, isto é, vinculativa, é uma posição, dentro da teoria do direito natural, não posta em dúvida, sim, fundamental. Da ideia fundamental que o direito positivo – pelo menos, como todo, salvo a vinculatividade de algumas proposições suas, possivelmente injustas –, é um sistema de normas que estão em validade de dever, às quais aquele que tem de obedecer, cuja conduta é regulada por elas, e não da validade de uma ordem "natural", toma ela sua partida. Quando a teoria do direito natural, ao lado dessa ordem positiva, também afirma um direito natural, então isso ocorre, fundamentalmente, no sentido de um dualismo consciente. Que um tal é logicamente impossível, auxilia nada. Pois reage contra o ideal teórico da unidade lógica, aqui, um interesse político-prático, que é forte o suficiente para não deixar ficar completamente consciente o ideal teórico. O direito positivo, por isso, ao lado do direito natural, não é reconhecido como logicamente impossível e não como supérfluo ou até prejudicial, porque para a teoria do direito natural trata-se, em primeiro lugar, da validade desse direito positivo, de seu asseguramento e legitimação. Naturalmente, não se deixa oprimir completamente a tendência, imanente a todo conhecimento, por unidade do objeto a ser conhecido, isso significa, porém, por unidade

melhor compreender ambas as doutrinas. Se diz monismo pois procura reduzir o Direito àquele posto pela ordem estabelecida. A fonte do direito é apenas uma. Ou seja, direito é apenas e tão somente direito positivo. Essa feição monista do pensamento juspositivista – que, se bem entendida, acaba reduzindo em uma expressão um tanto do que já se escreveu sobre essa doutrina – tem por escopo possibilitar certeza e previsibilidade ao sistema jurídico, realizando assim o valor segurança com pretensões de se direcionar ao extremo oposto da insegurança e do pluralismo axiológico jusnaturalista. É nesse contexto que a doutrina positivista se lançou na busca da construção de um conceito autônomo de Direito que não dependesse, tal como na doutrina natural, de um teste de validade superior e externo a si próprio.<sup>16</sup>

Eros Grau afirma que a fuga do direito natural em direção ao direito positivo deve ocorrer não (apenas) pela extrema insegurança e pluralismo axiológico que caracterizam a doutrina jusnaturalista, mas pela razão de que esse direito derivado da (ou validado pela) natureza, em sendo o inverso da autodeterminação racional dos homens, é arbítrio e violência e não Direito. Nas palavras do autor:

A ideia de Direito Natural repousa sobre a concepção de que ele seria encontrado no mundo da natureza, não na sociedade e no Estado. Ocorre que a sociedade civil e o Estado trazem consigo precisamente a limitação da liberdade natural e dos chamados direitos naturais. A *determinação-da-natureza*, diz Hegel, é substituída pela *autodeterminação* dos homens, o que

---

do sistema. Ela impõe-se – ao professor de direito natural talvez inconscientemente – na doutrina, quase universalmente propagada, que o direito positivo tem sua validade do direito natural. [...] É a tentativa, já mencionada em outras conexões, de entender o direito positivo como delegado pelo direito natural. Também a contradição interna, que ela contém, é aqui já mostrado. [...] O direito positivo converte-se, assim, em um tipo de grau de realização do direito natural e ganha, desse modo, com a “validade”, o valor que ele, em si, não tem.” Em: KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso [Org.]. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38-39.

16. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77-ss.

nos leva à conclusão de que o Direito da natureza, sendo o ser-aí da força e o fazer-valer da violência – o não-direito – *é preciso sair dele*; na sociedade, somente o Direito [= Direito Positivo] tem efetividade: o que se tem de sacrificar é justamente o arbítrio e a força-bruta do estado de natureza.<sup>17</sup>

Sob uma perspectiva histórica, a maior ou menos ascendência de uma doutrina sobre a outra acaba ajudando a determinar (ou especificar) as respectivas concepções jusnaturalista e juspositivista.<sup>18</sup> Desse modo é que, segundo ensina Bobbio,<sup>19</sup> o discurso acerca do positivismo jurídico começa a robustecer-se quando o direito natural e o direito positivo já não são considerados direito sob o mesmo sentido, pois, então, somente se consideraria direito aquele que fosse positivado (posto) pela legítima autoridade estatal.<sup>20</sup>

Há, portanto, um processo histórico, gradual e de transição<sup>21</sup> entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, no qual passa a

- 
17. GRAU, Eros Roberto. Direito. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 225-226.
  18. Esse raciocínio parece, em alguma medida, encontrar guarida na seguinte reflexão de Hans Kelsen: “O direito natural não pode – pelo menos, na particularidade de sua ideia que exclui, certamente, completamente o direito positivo – ser mantido. Todas as suas modificações variadas, que a ideia do direito natural experimenta nas doutrinas do direito natural distintas – modificações que levam a uma eliminação, mais ou menos coberta, do direito natural –, elas têm sua origem na postura fundamental que a teoria do direito natural assume para com o direito positivo e – de fundamentos que se situam fora do âmbito da teoria – tem de assumir.” Cf. KELSEN, Hans. *Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca*. [trad. Waldir Alves]. Em: HECK, Luís Afonso [Org.]. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34.
  19. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. e notas Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15-52.
  20. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 74-75.
  21. Com “transição” histórica do pensamento jusnaturalista às doutrinas do positivismo jurídico não se está querendo dizer que a teorização do direito natural e as reflexões sobre essa importante doutrina tenham se tornado obsoletas. Longe disso. Sobre o ponto basta que se reconheça a fortíssima influência da doutrina do direito natural no movimento neoconstitucionalista brasileiro que, além da grande repercussão e aceitação nos bancos acadêmicos, tem um de seus principais expoentes, quiçá o principal (Luís Roberto Barroso), ocupando uma cadeira no Supremo Tribunal Federal desde 2013. Sobre a atualidade do direito natural também é pertinente o alerta que, nos seguintes termos, faz Gilmar Bedin: “[...] é importante destacar que em seus embates com o Direito Positivo a doutrina do Direito Natural tem sido acusada de várias insuficiências que o descaracterizaria como uma proposta teórica defensável [...] Apesar da relevância das



haver uma identificação entre o Direito e suas fontes oficiais. Ou, em outras palavras: no positivismo jurídico o Estado passa a deter o monopólio da produção do Direito.<sup>22</sup> Esse processo histórico, segundo informa Möller, tem início no século XVII e serve como forma de unificação dos sistemas jurídicos, o que viabilizava a unificação política de regiões conturbadas da Europa continental.<sup>23</sup>

Temos aí um movimento que ficou conhecido como *legicentrismo*, e que não pode ser considerado propriamente como o surgimento do positivismo jurídico, mas sim como um momento antecedente a ele. O nascimento do positivismo jurídico, conforme Bobbio, ocorre com o advento das *codificações*, momento em que com os estatutos se procurou absorver a totalidade daquele direito baseado nos costumes e na lei natural.<sup>24</sup> Ou, nas palavras de Lenio Streck, “o fato é que essa imanência em torno do *sujeito racional* acabou por tornar a doutrina moderna do Direito natural despicienda, na medida em que seus sistemas foram assimilados pelo primeiro grande marco daquilo que se convencionou chamar de positivismo jurídico: o *movimento codificador*.”<sup>25</sup>

---

objeções, é importante observar que as mesmas não são suficientes para retirarem da doutrina do Direito Natural o seu caráter questionador, pois alerta, de forma recorrente, para a tensão existente entre direito e justiça. Com isso, é possível perceber que a doutrina do Direito Natural possui uma função essencial e que, apesar de todas as certidões de óbito que recebeu no transcurso da história, tem sempre renascido e ainda goza, na atualidade, de uma boa dose de saúde.” Em: BEDIN, Gilmar Antônio. *Direito Natural*. Em: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 242-243.

22. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75.
23. Nas palavras do autor: “No plano político, a lei foi de grande importância para a transição de um direito baseado nos costumes para um modelo de direito de produção estatal, pois, na concepção original rousseauiana, apresentava a possibilidade de reunir justiça e autoridade, ou seja, Estado e sociedade.” Em: *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 75-76, nota de rodapé 113.
24. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. e notas Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 37-ss; MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 76-77; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.
25. STRECK, Lenio. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 10, n. 2, jul./dez., 2010, p. 504.

Olhando para fora do desenvolvimento das doutrinas dogmático-jurídicas, Barzotto cita, analisando o contexto histórico e político do surgimento do positivismo jurídico, que houve uma ruptura na “cosmovisão ocidental”, notadamente em razão da Reforma Protestante, ocasião na qual já não se encontravam valores objetivos e universais que pudessem ser compartilhados por todos. Ou seja, a modernidade trouxe consigo uma sociedade pluralista na qual era possível observar, num mesmo espaço geográfico, a convivência de uma polifonia axiológica.<sup>26</sup>

É na modernidade, portanto, que, numa sociedade pluralista, o recurso a critérios de justiça (típico da doutrina do direito natural) como forma de validação de textos normativos consiste em fonte de insegurança jurídica, de imprevisibilidade. E é nesse contexto que o Estado Moderno, em sua feição absolutista, tinha como principal função oferecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei. O critério de validação da lei era, então, a força do soberano.<sup>27</sup> Assim, a lei “é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser justa ou injusta sem que isso afete a sua qualificação jurídica.”<sup>28</sup>

Tendo o Estado Absolutista cumprido o papel de manter a coexistência pacífica em sociedades plurais e de servir como resposta “às incertezas da sociedade de mercado emergente”,<sup>29</sup> o Estado Moderno, sempre em busca de segurança e previsibilidade, conhece a sua segunda feição: o Estado Liberal, articulação institucional na qual a ordem jurídica protege o indivíduo das ingerências do poder estatal. Nessa configuração de Estado Liberal, o Direito, que é criado pelo poder instituído, também limita e condiciona esse mesmo poder. Assim, todo ato do poder exercido fora dos limites da legalidade e da constitucionalidade é tido como

---

26. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 13-14.

27. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo ...*, 1999, p. 14-ss.

28. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo ...*, 1999, p. 14.

29. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo ...*, 1999, p. 14.

um ato ilegítimo, um ato de força.<sup>30</sup> O que fica claro, portanto, é que enquanto a configuração do Estado Absolutista se propôs a afastar o subjetivismo dos juízos de valor impondo um império da lei, o seu sucessor Estado Liberal vai adiante e procura garantir que o poder constituído também se sujeite ao direito do qual ele mesmo é a fonte. É de se notar que já nos primeiros momentos do Estado Liberal a criação do Direito deve ocorrer na forma prevista pelo próprio sistema, como forma de afastar o quanto possível o arbítrio de quem seja que exerça o poder. Assim, ao passo que, como conquista do estado absoluto o direito já não se submete a nenhum ideal de justiça, com o Estado Liberal o direito procura desvencilhar-se do arbítrio do poder político.<sup>31</sup> O direito é, então, finalmente, previsível. Desse modo, Barzotto arremata o raciocínio apontando que “é esse direito que será tematizado pelo positivismo, movimento jusfilosófico que surge juntamente com o Estado Liberal, no século XIX.”<sup>32</sup>

O positivismo jurídico, portanto, estava imbuído pelo mesmo ideal que levou à consolidação do Estado Liberal, qual seja: a busca pela segurança.<sup>33</sup> Assim, se em sede de ciência política a busca

---

30. Esse postulado de direito público permanece atual em qualquer Estado de Direito a partir dos conteúdos do princípio da legalidade. No nosso sistema constitucional, em especial no inc. II do art. 5º, no *caput* do art. 37, e no inc. IV do art. 84, todos da Constituição Federal. Em sede doutrinária, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102-109.

31. Sobre o Estado de direito de configuração liberal, Bobbio afirma que: “[...] quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana).” Em: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 18-19.

32. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo ...*, 1999, p. 17.

33. Além de ser umas das teses centrais do primeiro capítulo da obra de Barzotto (*O positivismo jurídico contemporâneo...*, 1999), a questão da necessidade de segurança no Estado Moderno também é abordada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. nos seguintes termos: “O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O