

# ESTADO, DIREITO E NORMATIVIDADE: ONDE SE SITUA A AUTONOMIA PRIVADA?

*STATE, LAW AND NORMATIVITY: THOUGHTS ON THE FOUNDATIONS OF THE CONCEPT OF PRIVATE AUTONOMY*

**JOSÉ ALDIZIO PEREIRA JUNIOR**

Mestre em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7.  
Aluno especial do PPGD da Universidade de São Paulo – USP. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB. Procurador Federal – Advocacia-Geral da União.  
aldiziojr@hotmail.com

Recebido em: 08.03.2019  
Aprovado em: 20.01.2021

## ÁREA DO DIREITO: Civil

**RESUMO:** A autonomia privada é o instrumento precípua do Direito Privado, servindo como expressão da vontade dos particulares na gestão de seus bens e direitos. Por isso, localizá-la, metodologicamente, dentro de uma base teórica, filosoficamente sedimentada, é imprescindível para uma argumentação coerente de conteúdo em um discurso ou debate científico. A análise desenvolvida neste ensaio busca, guiando-se pelos pensamentos das correntes jusnaturalista e positivista, amoldar a vontade como fonte normativa autônoma ou não e, com suporte nesta investigação, concluir pela necessidade coexistencial das figuras do Estado e da sociedade. Passa a pesquisa pela pergunta: por que o Direito obriga? Em face disso, com amparo no positivismo kelseniano, haveria uma localização da autonomia privada no Estado, que apenas autoriza o particular a, balizado pelas prescrições estatais, gerir suas opções negociais; noutro viés, à luz da reflexão jusnaturalista, a autonomia privada estaria na sociedade como produto do

**ABSTRACT:** Private autonomy is the primary instrument of private law, serving as an expression of the will of individuals concerning the management of their assets and rights. Therefore, it is paramount to contextualize it within a solid and philosophically settled framework, in order to structure a coherent scientific debate. Drawing on the main tenets of jusnaturalism and legal positivism as a frame of reference, the author investigates whether the will can be considered or not an autonomous normative source, leading us to question the interdependent need for the institutions of state and society. This paper seeks to answer the following question: why does Law create obligations? According to Kelsenian positivism, private autonomy can be traced back to the state, which would simply authorize individuals to manage their business options in compliance with state norms. On the other hand, jusnaturalism states that autonomy was created by natural law and, therefore, is rooted in society, thus exempting state legitimation and recognition.

Direito Natural, e que prescindir de legitimação e reconhecimento estatal. Ao final, caberá, ante o enfrentamento anterior, refletir acerca da coerência científica e metodológica de uma nova escola jurídica dita "pós-positivista".

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia Privada – Jusnaturalismo – Positivismismo – Pós-positivismo.

To conclude, the author discusses the scientific and methodological coherence of the so-called "post-positivist" school of thought.

**KEYWORDS:** Private autonomy – Jusnaturalism – Positivism – Post-positivism.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Opções metodológicas para a localização da autonomia privada: apresentação do problema. 2. Breves considerações sobre a Escola Jusnaturalista. 2.1. Jusnaturalismo teológico, racionalista e o *neojusnaturalismo*. 3. Primeira possibilidade metodológica: autonomia privada sob a perspectiva jusnaturalista racionalista – localização na sociedade. 4. Segunda possibilidade metodológica: positivismo normativo como suporte teórico à autonomia privada – delegação do Estado. 5. A opção da pesquisa pelo enquadramento da autonomia privada à luz da escola do positivismo normativo: autorização estatal. 6. Indagação consequente à pesquisa: é possível, epistemologicamente, considerar o "pós-positivismo", ou "neoconstitucionalismo", uma nova escola do Direito?. Conclusões. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A autonomia privada é um conceito central na contextura da Ciência do Direito Privado. Com esteio nessa expressão, traduz-se a ideia inicial de que os indivíduos são senhores de suas vontades, alcançando, por sua força, o poder de, juridicamente, disciplinar a sua vida. Por meio dela, autorizar-se-ia as pessoas a exercitarem escolhas e traçarem os caminhos conduzidos por sua vontade, entregando-se às suas leis.

Historicamente, a obra do filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1824), *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*), de 1785, surge como marco teórico da expressão "autonomia da vontade" (*Autonomie des Willens*). Ela representa o primeiro estágio do contemporâneo conceito da "autonomia privada". Kant, nas suas reflexões, propõe, em linhas gerais, uma teoria em que a lei moral é a regente da ação humana e que, por meio dela, se exercita, legitimamente, a liberdade. Os limites para o exercício dessa "autonomia da vontade" ficam a cargo da razão e leis íntimas de cada indivíduo.

A Revolução Francesa, ocorrida alguns anos após a publicação da mencionada obra de Kant, intensificou o desenvolvimento do respeito ao ser racional, em um momento de transição de regime absolutista e de escassa liberdade, no âmbito do qual a vontade estava nas mãos daqueles que se apoderavam de uma representação divina a fim de tolher a liberdade individual, para uma situação de afastamento da excessiva ingerência estatal.

autonomia privada no único propósito de necessidade de regulação e restrição/condicionamento; exige-se, para essa restrição, de outro lado, a demonstração clara da necessidade de estreitamento dessa autonomia privada exercida pelo particular.

E, por derradeiro, entende-se que ao Direito Positivo cabe proteger e legitimar a norma produzida pelas partes, no exercício de sua autonomia privada. A segurança jurídica, princípio essencial em qualquer sistema normativo, certamente será fortalecida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr.-jun. 1989.
- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica. Parte 1*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 1.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, n. 10, v. 851, nov. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969. t. 1.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Marquês de São Vicente*. Trad. Eduardo Kugelmas. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- CASTRO, Auto de. *A ideologia jusnaturalista: dos estóicos à O. N. U*. Salvador: S. A. Artes Gráficas, 1954.
- DIAS, Gabriel Nogueira. 'Legislador negativo' na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 4, n. 15, p. 91-116, jul.-set. 2010.

- DIAS, Gabriel Nogueira. *O Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direito Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva Editora, 2009.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRARA, Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Morano, 1949.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Trad. Luis Sancho Mendizabal. Granada: Comares, 2001.
- FINNIS, John Mitchell. *Fundamentals of ethics*. Georgetown: Georgetown University Press, 1983.
- FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FINNIS, John Mitchell. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- FIÚZA, César. *Novo direito civil*. Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- GEORGE, R. P. *Natural law theory: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONZAGA, Tomás Antônio. *O tratado de direito natural*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1942.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- HELFENSTEIN, Mara Juliane Woiciechoski. *A fundamentação moral do direito na filosofia de Kant*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio, 2007.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito civil tende a desaparecer? *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 70, p. 197-210, jan. 1975.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, v. 28, n. 99, p. 7-14, set. 2008.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, p. 115-116, abr. 1998.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LAMEGO, JOSE. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Manuel Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974.
- LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 245-268, jan.-jun., 2014.
- LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 33, n. 9, p. 123-165, out.-dez. 2015.
- LIMA, Simone Alvarez; BOTTIZINI, Pedro. Principais pontos de lei natural e direitos naturais, de John Finnis. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 153-164, jul.-dez. 2016.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia do direito natural*. Salvador: Progresso, 1957.
- MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*. Almedina, 1999.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 163, p. 113-130, 2011.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito* (Lisboa), v. 143, p. 43-66, 2011.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Título A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a

- interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 5, n. 2, p. 329-362, out.-dez. 2015.
- SALDANHA, Nelson. Sobre o jusnaturalismo contemporâneo: implicações históricas e perspectivas recentes. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 8, 1995.
- SARMENTO, Daniel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SGARBI, Adrian. *O mundo de Kelsen*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito como direito justo. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da Unifacs*, abr. 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no direito civil brasileiro: o ‘reaparecimento’ do movimento do direito livre em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, n. 3, p. 37-48, jul.-set. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discricionariedade dos Juízes”. *Anima – Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, v. 1, n. 1, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; MOTT, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan.-abr. 2018.
- TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VILALON, Eduardo M. de A. Jusnaturalismo e Contratualismo em Hobbes e Locke: Do estado de natureza ao estado político. *Jus Humanum*, v. 1, n. 1, p. 48-61, jul.-dez. 2011.

VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. Superior Tribunal de Justiça: Edição comemorativa, 20 anos, 2009.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. Trad. Maria Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito Comparado, de Dario Moura Vicente – RDCC 8/275-302;
- A moral como limite à autonomia privada, de Jorge Morais Carvalho – RDCC 8/303-326; e
- Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais, de Otavio Luiz Rodrigues Jr., de Francisco Sabadin Medina – RDCC 34/361-436.