

# Autonomia privada e teoria do direito em Kelsen e Hart

Pablo BIONDI\*

**RESUMO:** Este artigo pretende comparar as teorias jurídicas de Kelsen e Hart no que concerne a fundamentação do conceito de autonomia privada, de modo a se refletir sobre qual dessas abordagens melhor representa o processo de criação jurídica na esfera dos agentes particulares. Pode-se identificar, nesse procedimento comparativo, uma distinção importante entre a autonomia privada como mera continuidade do direito estatutário num ordenamento jurídico escalonado (Kelsen) e a autonomia privada como expressão de um poder jurídico privado que se respalda nas práticas convergentes que integram a regra de reconhecimento. Tal reflexão permite uma compreensão mais apurada acerca dos fundamentos conceituais do negócio jurídico e da ideia mesma de um domínio de direito privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia privada; negócio jurídico; Kelsen; Hart.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. A autonomia privada enquanto conceito dogmático; – 3. Kelsen e as premissas da autonomia privada; – 4. Hart e as premissas da autonomia privada; – 5. Conclusão; – Referências.

**TITLE:** *Private Autonomy and Theory of Law in Kelsen and Hart*

**ABSTRACT:** *This article intends to make a comparison between Kelsen's and Hart's legal theories concerning the foundation of the concept of private autonomy, in order to reflect on which of these approaches best represents the process of legal creation at the sphere of private agents. It is possible to identify with this comparative procedure an important distinction between private autonomy as a mere continuation of statutory law in a graduated legal system (Kelsen) and private autonomy as expression of a private legal power supported by the convergent practices that comprise the rule of recognition. This reflection allows a more accurate understanding of the conceptual foundations of legal transactions and the very idea of a private legal domain.*

**KEYWORDS:** *Private autonomy; legal transaction; Kelsen; Hart.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. Private autonomy as dogmatic concept; – 3. Kelsen and the premises of private autonomy; – 4. Hart and the premises of private autonomy; – 5. Conclusion; – References.*

## 1. Introdução

A autonomia privada é um tema clássico da dogmática jurídica e também um tópico desafiador para a teoria do direito, já que ela conduz ao problema da criação jurídica. Esse tema, inclusive, adquire uma relevância ainda maior num período histórico de retração do intervencionismo estatal e de correlato alargamento da esfera privada. Na época da globalização, com efeito, nota-se uma redução da quantidade de normas

---

\* Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do curso de graduação (disciplina: Filosofia do Direito) e do programa de pós-graduação *stricto sensu* (área de concentração: Direito Privado) da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. *E-mail:* pablobiondi@gmail.com.

estatais cogentes no tocante ao disciplinamento do intercâmbio entre os particulares, bem como o desenvolvimento de diversos arranjos institucionais de natureza negocial que passam ao largo das disposições do Estado, por vezes antecipando conteúdos que apenas posteriormente são consagrados nas leis. A formulação de novas categorias jurídicas encontra na prática empresarial da nova *lex mercatoria*, por exemplo, um ritmo acelerado que as pretensões regulamentadoras do Estado nacional dificilmente conseguem acompanhar. Há uma série de instrumentos normativos não-estatais que regem a dinâmica das empresas no mundo globalizado, tais como os contratos internacionais, as *standard forms* sistematizadas pelas organizações do meio empresarial, as *guidelines* das associações profissionais e os códigos privados de conduta.<sup>1</sup>

Há uma dificuldade de origem no conceito de autonomia privada quando se considera que o direito é modernamente concebido como um produto do Estado, ou eventualmente como a própria ordem normativa do Estado. Com o declínio do discurso jusnaturalista na modernidade, o que se deu nos marcos de um processo de desencantamento do mundo, para utilizarmos a célebre expressão de Weber, as categorias jurídicas deixam de ser percebidas como originárias da natureza ou da razão, passando a ser entendidas como abstrações relativas às deliberações oficiais de um Estado que monopolizaria para si a produção do direito, em contraste com o pluralismo jurídico da Idade Média. Basta lembrar que, com o código Napoleão, a teoria do direito natural desembocou no mais agudo positivismo jurídico, sendo que a codificação, mesmo sendo portadora de valores universais, seria reduzida à voz do soberano nacional, isto é, à lei positiva do Estado.<sup>2</sup> Por outro lado, o movimento codificador foi um marco fundamental na consagração de uma lógica privatista, ou seja, na exaltação da autonomia da vontade num mundo composto por indivíduos proprietários.

No tocante à abordagem dogmática da autonomia privada, nota-se nitidamente a presença de pressupostos positivistas. Pressupõe-se a imagem do direito como fenômeno de autoridade que não se confunde com a moralidade ou com mecanismos coercitivos alheios à institucionalidade oficial. E nessa tradição dogmática, o juspositivismo que prevalece historicamente é o positivismo kelseniano. Apoiando-se na percepção de Genaro Carrió, Carlos Santiago Nino observa que Hans Kelsen é o grande teórico da ciência dogmática do direito. A obra de Kelsen não aponta um novo

---

<sup>1</sup> VIDIGAL, Erick. *A lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil*. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 47, n. 186. Brasília-DF: abr.-jun./2010, p. 181.

<sup>2</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 95-96.

estilo de pensamento jurídico, apenas explicita o estilo de pensamento adotado pelos juristas que fazem trabalhos dogmáticos, ainda que eles não o saibam.<sup>3</sup> Contudo, a teoria jurídica contemporânea, que segue atrelada amplamente ao juspositivismo, tem se orientado cada vez mais pelas contribuições de Herbert Hart. A nova sistematização dos postulados elementares do positivismo jurídico, a distinção entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo, a ideia de textura aberta como um elemento de delimitação da discricionariedade hermenêutica, dentre outras questões, surgem como desdobramentos de problemas suscitados e enfrentados pelos apontamentos prolíficos de Hart.

Um resumo satisfatório das diferenças metodológicas entre os dois principais nomes do positivismo jurídico está disponível em “*Jurisprudence: theory and context*”, de Brian Bix. De acordo com Bix, se por um lado tanto Kelsen quanto Hart enfatizaram o aspecto normativo do direito na contramão das abordagens empiristas do realismo jurídico, por outro eles não convergiam no entendimento dessa normatividade. Enquanto Hart compreendeu esse elemento normativo nos termos de uma “sociologia descritiva” preocupada com o sentido das práticas sociais, Kelsen, por sua vez, primou por uma separação neokantiana radical entre fatos e normas, o que se deu em nome de uma “teoria pura do direito”. Em Kelsen, assim, tem-se uma análise lógica do direito e do raciocínio normativo, diferentemente da concepção hartiana, que pensa o direito a partir das práticas linguísticas dos seus participantes.<sup>4</sup> Ora, essas diferenças conduzem a contrastes acerca do processo de produção do direito e, especificamente, acerca da noção de autonomia privada enquanto parte desse processo. Daí o cabimento de uma comparação entre os modos de apreensão conceitual da autonomia privada sob os dois métodos, o que ensejará apontar qual deles contempla melhor o discurso ideológico do direito privado.

Eis o desafio colocado. Para enfrentá-lo, observaremos o seguinte itinerário: utilizaremos o primeiro tópico do artigo para descrever o tratamento que a dogmática jurídica dedica ao tema da autonomia privada, dialogando com obras clássicas e contemporâneas. No segundo tópico, apresentaremos as premissas teóricas de uma leitura kelseniana da categoria em questão. Na sequência, faremos igual exercício a partir de uma visão hartiana, o que trará os elementos de comparação almejados para nutrir nossas considerações conclusivas ao final do texto. Poderemos, assim, colocar

---

<sup>3</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 34 (nota de rodapé).

<sup>4</sup> BIX, Brian. *Jurisprudence: theory and context*. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 57-58.

Kelsen e Hart *vis-à-vis* para refletir com profundidade sobre os pressupostos metodológicos da autonomia privada.

## 2. A autonomia privada enquanto conceito dogmático

A autonomia privada pode ser inicialmente definida, na formulação de Ana Prata, como o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem enquanto um agente prévia e necessariamente qualificado como sujeito de direito, e que tem por sentido a juridicização da sua atividade (em especial da sua atividade econômica) por meio da livre realização de negócios jurídicos.<sup>5</sup> Faz-se necessário pontuar, porém, que o cerne desse poder reside na categoria do sujeito de direito, e não no “homem” propriamente, já que a aptidão para realizar negócios jurídicos (sobretudo contratos) obviamente transcende o indivíduo humano, compreendendo entidades coletivas diversas (dotadas ou não de personalidade jurídica).

A definição da autonomia privada passa pela categoria do negócio jurídico, a qual, por sua vez, consiste numa abstração originária da tradição jurídica alemã. Conforme explica Enzo Roppo, observa-se que, em contraste com o modelo de contrato presente na codificação francesa, o modelo formulado no Código Civil alemão faz do contrato (*Vertrag*) uma subespécie, uma noção subordinada à categoria mais geral de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*).<sup>6</sup> Tem-se a partir daí a possibilidade de unificação categorial de modalidades distintas de práticas patrimoniais e até mesmo não-patrimoniais, tomando-se como central a disposição sobre direitos e interesses particulares a partir da iniciativa dos próprios interessados.

O negócio jurídico está originalmente relacionado ao poder de disposição sobre bens (quer a título gratuito, quer a título oneroso) que é ínsito à propriedade. O proprietário é um agente capaz de contratar, de conceder procuração, de fazer testamentos etc. E é por meio dos negócios jurídicos que os particulares produzem modificações desejadas nas relações jurídicas pré-existentes, sendo essa a sua função precípua. Desse modo, o negócio jurídico consagra-se como o meio de atuação próprio, em direito privado, da autonomia dos sujeitos, sendo ainda um instrumento de autorregulação dos interesses particulares. Trata-se de um fato que, além de ser regulado, põe uma regra, contendo em si o poder de produzir efeitos jurídicos.<sup>7</sup> “Na tradição do Direito Privado, a

---

<sup>5</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

<sup>6</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 47-48.

<sup>7</sup> BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene, 1973, p. 211-212.

autonomia privada exterioriza-se pelo negócio jurídico como declaração do interesse privado dirigida a um fim protegido pelo ordenamento jurídico”.<sup>8</sup>

O conceito de negócio jurídico é originário do século XIX, particularmente da obra dos pandectistas. Trata-se de categoria que expressa um ato de autonomia da vontade, e que se coloca como um instrumento de realização da vontade individual. Conforme se consagrou na célebre definição de Windscheid, o negócio jurídico é uma declaração privada de vontade que pretende produzir efeitos jurídicos. Nesse sentido, os negócios jurídicos se apresentam, inicialmente, como veículos introdutórios de normas jurídicas elaboradas pelos particulares sob o impulso da sua manifestação volitiva.<sup>9</sup> Contudo, as novas elaborações tenderam a afastar a centralidade conceitual da volição. É o que defende, a título ilustrativo, Antônio Junqueira de Azevedo, para quem “não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que *socialmente* é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos”, de maneira que o negócio “não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente”.<sup>10</sup> Ocorre, assim, a passagem de uma perspectiva psicológica para uma perspectiva social.

Vale dizer que o elemento volitivo não desaparece nas teorizações sobre o negócio jurídico que foram feitas no século XX. Segundo Francesco Santoro-Passarelli, o negócio jurídico é composto tanto de um elemento externo (o ato praticado pelas partes) como de um elemento interno (a vontade contida no ato). Não basta que haja um estado de ânimo ou psicológico, é preciso que ele se traduza numa atividade objetiva. De todo modo, a ação é compreendida como expressão de uma vontade direta, voltada para um escopo determinado que a torna juridicamente relevante – mas, ao mesmo tempo, uma vontade autorizada pelo ordenamento jurídico, qualificada como merecedora de tutela por parte de uma volição soberana.<sup>11</sup>

Os negócios jurídicos são a forma de exercício *par excellence* da autonomia privada, e essa autonomia estendeu seu campo de atuação para além da esfera contratual da qual se originou e se abstraiu. Conforme sustenta Pietro Perlingieri, destacando um aspecto de elevada importância, a autonomia privada não se confunde com a iniciativa econômica ou com a autonomia contratual em sentido estrito. Os negócios patrimoniais

---

<sup>8</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Introdução à ciência do direito privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 562.

<sup>9</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 52.

<sup>10</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

<sup>11</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 125-126.

não exaurem a autonomia enquanto área de relevância da liberdade dos particulares, ou melhor, da liberdade da pessoa. Ela está presente, outrossim, em assuntos nos quais se colocam situações subjetivas existenciais. Assim sendo, os atos de autonomia têm fundamentos jurídicos diversificados, e por isso não cabe reconduzi-los unicamente à liberdade econômica. Quando se considera escolhas relativas a elementos não-patrimoniais (transplante de órgão, inseminação artificial, aborto, reconhecimento de filhos, guarda etc.), o que se sobressai é o valor da pessoa.<sup>12</sup>

O declínio do liberalismo clássico e a emergência da sociedade de massas (isto é, de novas demandas e necessidades sociais) deram ensejo a uma revisão da teoria do negócio jurídico e, por tabela, do alcance e sentido da autonomia privada. Esta deixou de se restringir ao mundo dos contratos e da propriedade, passando a contemplar aspectos extrapatrimoniais das relações sociais. Como argumenta Ana Carolina Brochado Teixeira, “a autonomia negocial ultrapassa os limites da patrimonialidade”, e por isso “não se deve confundir patrimonialidade com ‘negociabilidade em sentido amplo’”.<sup>13</sup> Vislumbra-se uma autonomia negocial não patrimonial que se pretende irreduzível aos moldes contratuais, e que seria fundamentada na conformação de situações jurídicas “existenciais”.

A unidade entre as situações jurídicas patrimoniais e as situações jurídicas existenciais compõe a esfera jurídica do indivíduo enquanto sujeito de direito. O conceito de esfera jurídica, assim, “tem amplitude maior que o de patrimônio, uma vez que este se limita aos direitos com conteúdo econômico, em sentido estrito, enquanto aquela envolve ainda outros bens que, embora sejam reconhecidos e protegidos pelo direito, têm valor meramente espiritual”.<sup>14</sup> Abrange-se o conjunto de bens que são objeto de um direito real de propriedade, os direitos de crédito e os direitos pessoais sem estimação econômica. E de acordo com José de Oliveira Ascensão, embora o patrimônio tenha sido classicamente considerado como uma emanção ou continuação da personalidade, o que existe sempre é a esfera jurídica. A existência efetiva de patrimônio não é um elemento necessário para o sujeito de direito.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 275-276.

<sup>13</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2018, p. 91.

<sup>14</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1.<sup>a</sup> parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75.

<sup>15</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito civil: teoria geral*, vol. 3: relações e situações jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

A noção de esfera jurídica é típica do individualismo moderno, correspondendo à imagem do ser humano como um agente que reina no campo dos seus interesses particulares, interesses delimitados e dignos de proteção perante investidas alheias. Não por acaso, a representação ideológica dessa categoria jurídica pode ser encontrada na definição liberal da categoria “liberdade”, tal como a encontramos num autor como Isaiah Berlin. Segundo o pensador britânico, a liberdade apresenta tanto um sentido negativo, em que se circunscreve a área em que o sujeito (uma pessoa ou um grupo) pode agir sem que haja interferência alheia, como um sentido positivo, em que se expressa o desejo, por parte do indivíduo, de ser senhor de si mesmo.<sup>16</sup> É em com base nessa premissa que se considera a esfera jurídica como um espaço protegido por um princípio de incolumidade, no sentido de que “a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou autorização de lei”.<sup>17</sup>

O elemento individualista presente na autonomia privada foi, no curso do século XX, parcialmente compensado pelas formas negociais de intercâmbio entre entidades coletivas que medraram no interior de uma sociedade civil mais complexa. Desenvolveu-se, desse modo, a figura da autonomia privada coletiva como o poder jurídico que se confere aos vários grupos sociais (“corpos intermediários”) para a criação negocial de normas tuteladoras de interesses coletivos.<sup>18</sup> É o que se observa no estatuto de entidades como partidos, sindicatos, associações religiosas e culturais, agremiações esportivas e de certas formas de organização cooperativa que se estabelecem na sociedade industrial. Esses estatutos expressam a vontade de uma pluralidade de agentes, de uma coletividade.<sup>19</sup>

Por fim, cumpre destacar que a dogmática jusprivatista enxerga no exercício da autonomia privada um expediente único de transformação da ordem jurídica. O negócio jurídico expressa uma prática criadora que não se verificaria, por exemplo, no ato jurídico. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior sustentam, nesse diapasão, que os sujeitos de direito transformam a realidade jurídica da maneira como lhes apraz mediante negócios jurídicos, algo que não se consegue por meio de atos jurídicos em sentido estrito, os quais servem apenas para ativar regras de condutas já estabelecidas, carecendo, pois, da amplitude funcional que é própria da atividade

---

<sup>16</sup> BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 169.

<sup>17</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1.<sup>a</sup> parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76.

<sup>18</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 123.

<sup>19</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 283.

jurídico-negocial.<sup>20</sup> Alguns exemplos dessa funcionalidade podem ser visualizados a partir daquilo que a dogmática jurídica nomeia como “poderes formativos”, os quais podem ser geradores (ex.: oferta de contrato), modificativos (ex.: poder de constituir o outro em mora, poder de escolha nas obrigações alternativas) ou extintivos (ex.: divórcio direto e poder de operar compensação) no tocante às relações jurídicas em que operam.<sup>21</sup>

### 3. Kelsen e as premissas da autonomia privada

É chegado o momento de analisarmos como o tema da autonomia privada aparece em Hans Kelsen e a partir de quais premissas. Cabe pontuar, de início, que a expressão “autonomia privada”, tomada em sua literalidade, apresenta no pensamento do autor um sentido bastante restrito, o que não prejudica o exame do conceito no autor, já que tal conceito aparece indiretamente nas considerações de Kelsen sobre as vias do processo de criação jurídica. Em adendo, será importante destacar de que modo a própria dicotomia entre direito público e direito privado acaba sendo relativizada no pensamento kelseniano a partir de uma concepção do direito como ordenamento unitário hierarquizado e centrado no Estado.

Citando a premissa de que as obrigações e direitos estatuídos por normas criadas contratualmente, em regra, só se aplicam às partes contratantes, Kelsen afirma que nisto “se exprime o princípio da chamada autonomia privada”,<sup>22</sup> o que significa reduzir a fórmula em questão ao que se nomeia, mais modernamente, como princípio de relatividade dos efeitos do contrato (isto é, a sua adstrição *inter partes*). No entanto, o que efetivamente importa para o problema sob exame é a possibilidade de produção de normas jurídicas por iniciativa dos particulares interessados, e que contrasta com a produção de normas jurídicas pela via legislativa em sentido amplo. Tal contraste aponta para a clássica oposição entre direito público e direito privado.

Para Kelsen, a distinção entre direito público e privado corresponde a uma distinção entre fatos da produção jurídica. A relação típica de direito público é o comando (manifestação unilateral de vontade) da autoridade sobre o súdito, ao passo que a relação típica de direito privado é o negócio jurídico, especialmente o contrato. Nos

---

<sup>20</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Introdução à ciência do direito privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 563.

<sup>21</sup> SIMÕES, Marcel Edvar. *O modelo posicional-relacional na teoria geral do direito*. São Paulo: Núria Fabris, 2021, p. 35.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 288.

comandos administrativos e legislativos, a criação normativa é autocrática, no sentido de que o sujeito obrigado não tem nenhuma participação na produção da norma. Já no contrato, a criação jurídica se realiza na esfera negocial, assumindo as feições de um método “pronunciadamente democrático”, e que designa uma esfera jurídico-negocial de autonomia dos particulares.<sup>23</sup> Contudo, Kelsen enxerga nessa distinção apenas uma diferenciação ideológica de órgãos que integram uma ordem normativa unificada e hierarquizada, senão vejamos.

Kelsen combate a ideia de uma heterogeneidade absoluta entre os atos jurídicos públicos do Estado e negócios jurídicos privados. Ambos seriam, enquanto elementos que integram a produção do direito, o prolongamento do processo de formação da vontade estatal. Tanto o comando da autoridade como o negócio celebrado entre os particulares se realizariam como individualização de uma norma geral.<sup>24</sup> A título ilustrativo, supõe-se que tanto um regulamento administrativo quanto um contrato assumem a mesma característica de especificação de um conteúdo normativo estipulado na legislação – o contrato seria, nessa linha de raciocínio, apenas uma extensão das disposições do Código Civil.

Tal abordagem está fundamentada na recusa categórica da separação entre ordem jurídica e Estado. Na teoria tradicional, afirma Kelsen, entende-se que direito e Estado seriam entidades diferentes, e que o poder estatal seria anterior à normatividade jurídica. Contrariamente à imagem do Estado como organismo social metajurídico, o autor da “teoria pura do direito” defende que não se pode conceber um Estado que não coincida com a ordem jurídica. Seria necessário evitar uma duplicação que desembocaria numa superstição animista, semelhante à percepção do homem “primitivo” que imagina a existência de uma alma ou divindade por trás das coisas da natureza.<sup>25</sup> Não se poderia pensar o poder estatal como um espírito que anima o ordenamento jurídico.

Isso significa, no que diz respeito ao que se entende dogmaticamente como autonomia privada, que as práticas impregnadas de significado jurídico não podem ser dissociadas do Estado enquanto ordem jurídica unitária. Não caberia falar em arranjos entre os particulares que seriam recepcionados pela legalidade estatal num segundo instante,

---

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 311.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 312.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 275.

dato que todo o processo de criação ou produção do direito haveria de passar por essa legalidade, por essa cadeia hierarquizada de normas. Nessa ordem de considerações, as transações jurídicas de direito privado propiciam a criação de normas individuais a partir de normas gerais e, por conseguinte, são parte do direito estatutário, tanto quanto os atos legislativos, judiciais e administrativos.<sup>26</sup> Não se poderia situar as operações da autonomia privada no direito consuetudinário, pois neste se observa uma linha generalizada de conduta na qual a criação de conteúdos jurídicos não ocorre mediante atos deliberados.

O direito em Kelsen assume uma impessoalidade que se atribui à sua própria estrutura, e que afasta a referência da vontade arbitrária. Eis a racionalidade jurídica citada por Weber, segundo a qual a forma jurídica não se fundamenta em nenhuma vontade pregressa, não se escora em nenhuma noção substancial de justiça e não se impõe por um poder pessoal soberano. O direito aparece como um ordenamento autossuficiente, expresso na figura objetiva do Estado.<sup>27</sup> Assim sendo, não se admite nenhuma normatividade jurídica que preceda o Estado, pois isso seria preceder a própria ordem jurídica. Não se poderia imaginar uma autoridade pública deferente diante da tradição inscrita na fórmula do *pacta sunt servanda*, por exemplo; a autoridade tipicamente jurídica em termos modernos, numa perspectiva weberiana que se alinha ao olhar de Kelsen, legitima-se em virtude da legalidade, repousando na crença quanto à validade dos estatutos e quanto à competência objetiva dos agentes.<sup>28</sup>

A compreensão das transações privadas como parte do direito estatutário coloca o problema dos meios de orientação da conduta humana. As normas jurídicas são assumidas por Kelsen como esquemas exteriores de interpretação dos comportamentos que implementam um controle coercitivo. É nesse sentido que Kelsen, assim como seus predecessores positivistas (como Bentham e Austin), adota uma teoria imperativista do direito, focalizando o caráter prescritivo das normas. Não é à toa, então, que a leitura kelseniana acerca dos negócios jurídicos os conceba em termos de sanção e dever: em todo ato jurídico negocial se estabelece um sentido subjetivo de dever-ser que decorre da imposição de uma sanção, ainda que de natureza civil, em caso de descumprimento

---

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

<sup>27</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

<sup>28</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 526.

do conteúdo normativo acordado.<sup>29</sup> Veja-se como essa ideia se desenvolve no autor:

Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções.<sup>30</sup>

É interessante notar como Kelsen tangencia a noção de um poder jurídico que seria irreduzível ao dever normativo em sentido imperativista, mas logo recua e se refugia no paradigma das prescrições. A sanção contida nas normas gerais aparece como requisito indireto de juridicidade do negócio jurídico, o qual figura apenas como um fragmento de norma, como uma disposição que depende de norma superior não apenas para ser válida, como também para ser norma propriamente. Aliás, Kelsen deixa claro que a autorização para agir implica uma imposição normativa. Conforme o exemplo fornecido pelo jurista nascido em Praga, se uma norma constitucional autoriza o órgão legislativo a criar normas obrigatórias e gerais, isso se dá tanto em função da competência atribuída ao órgão legislativo como em função da obrigatoriedade das leis, isto é, do dever de obediência titularizado pelos sujeitos subordinados à ordem jurídica.<sup>31</sup> Seria o mesmo, assim, no tocante aos negócios jurídicos: a autorização para transacionar tem por trás de si, segundo essa concepção, o dever legal de observar as disposições negociais, sob pena das sanções previstas na lei.

Seja como for, esse anteparo na sanção desempenha, juntamente com os critérios de validação das normas, um papel de unificação do ordenamento jurídico. O normativismo kelseniano entende essa unificação nos termos de um sistema dinâmico. Nesse tipo de sistema, seguindo-se a explicação de Norberto Bobbio, as normas são derivadas por sucessivas delegações de poder, e por isso dependem de um critério formal de autoridade. O que determina o pertencimento das normas ao ordenamento não é o seu conteúdo axiológico, mas antes a autoridade do órgão que as fixou como normas. A relação entre as normas é de natureza formal, deixando em segundo plano o

---

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 284.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 284-285.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 131.

aspecto substancial.<sup>32</sup> Importa apenas saber quem pode instituir normas, quais normas podem ser instituídas e por quais meios,<sup>33</sup> o que indica o horizonte burocrático da dominação legal-racional, isto é, o universo das regras e procedimentos oficiais.

Stanley Paulson pontua que o conceito de ordem jurídica em Kelsen combina o requisito da coerção com a doutrina da estrutura escalonada (*Stufenbaulehre*) proposta por Adolf Merkl. São dois pontos de vista que se complementam, propiciando uma imagem que, a um só tempo, retrata o direito como produto e como processo.<sup>34</sup> Cumpre, pois, examinar a contribuição de Merkl. De acordo com esse discípulo de Kelsen, o sistema jurídico estabelece uma relação de unidade entre os atos que lhe pertencem, fazendo com que um ato normativo seja condicionado a outro no seu vir a existir. Há, pois, uma pluralidade de atos condicionados e condicionantes. A constituição é a condição para as leis constitucionais, as leis ordinárias e os decretos. Tais normas gerais, em seu turno, são condição para outros atos normativos subsequentes, como sentenças judiciais e atos administrativos, tanto gerais como individuais.<sup>35</sup>

Merkl aponta que a lógica da criação jurídica concebida por Kelsen consiste na soma dos atos que são condicionantes para outros atos, ou seja, o material que estrutura os atos condicionados. A constituição cumpre esse papel em face das leis, sendo que as leis, por sua vez, colocam-se como esse tipo de referência para os decretos, sentenças, decisões administrativas e negócios jurídicos de direito privado.<sup>36</sup> Nesse sentido, o negócio jurídico (ou transação jurídica, para usarmos a terminologia empregada por Kelsen) é sempre um ato realizado por indivíduos autorizados, e que consiste, simultaneamente, num fato criador de direito (no que diz respeito à produção de direitos e deveres aplicáveis aos participantes do negócio) e num ato de aplicação do direito (no que diz respeito ao uso das normas gerais que possibilitam as transações).<sup>37</sup>

Do negócio jurídico à constituição, portanto, há uma distância que é preenchida por uma cadeia normativa que integra o ordenamento jurídico – um ordenamento que se

---

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 72.

<sup>33</sup> PAULSON, Stanley. How Merkl's *Stufenbaulehre* informs Kelsen's concept of law. *Revus*, vol. 21, Kranj, 2013, p. 37.

<sup>34</sup> PAULSON, Stanley. How Merkl's *Stufenbaulehre* informs Kelsen's concept of law. *Revus*, vol. 21, Kranj, 2013, p. 30.

<sup>35</sup> MERKL, Adolf. *Escritos de teoria do direito*. Trad. Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 2018, p. 283.

<sup>36</sup> MERKL, Adolf. *Escritos de teoria do direito*. Trad. Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 2018, p. 292.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 199.

faz representar pela metáfora de uma edificação dotada de diferentes níveis. A imagem que melhor representa o processo de criação e aplicação do direito, de acordo com Merkl, é a de uma sequência de degraus na forma de uma construção escalonada, na qual o direito expressa as diferentes condições de validade e as diferentes forças, em termos de validade, das normas jurídicas.<sup>38</sup> No que concerne especificamente o campo da autonomia privada, esse escalonamento passa pela noção de capacidade jurídica, a qual é tomada na teoria kelseniana como sinônimo de competência. “Quando uma norma qualifica o ato de certo indivíduo como uma condição jurídica ou uma consequência jurídica”, afirma Kelsen, “isso significa que apenas esse indivíduo é ‘capaz’ de executar ou de se abster de executar esse ato, apenas ele é ‘competente’ (o termo sendo usado em seu sentido mais amplo)”.<sup>39</sup>

#### 4. Hart e as premissas da autonomia privada

Passemos agora ao pensamento de Herbert Hart, e com a proposta de realizar o mesmo exercício que fizemos em relação a Kelsen. A proposta de Hart, conforme salienta Joseph Raz, difere do paradigma kelseniano (e do imperativismo em geral) ao conceber normas jurídicas que orientam a conduta sem prescrevê-la, como é o caso das leis que conferem poder.<sup>40</sup> Chama-se a atenção, assim, para a heterogeneidade das normas jurídicas. Um sistema jurídico moderno como o direito inglês, diz Hart, apresenta uma diversidade de tipos de leis que contrasta frontalmente com a simplicidade da concepção imperativista de direito, na qual a norma jurídica se caracteriza tão somente pela imposição de deveres. Cumpre notar que nem todas as leis instituem obrigações de fazer ou não fazer. Há leis que conferem poderes aos particulares para a realização de negócios jurídicos, ou que conferem poderes para os funcionários públicos (competência para julgar, criar regulamentos etc.).<sup>41</sup>

Hart trabalha com exemplos extraídos do direito privado para ilustrar a existência de regras cujo sentido é conferir poderes, e não impor deveres. As regras que estabelecem as condições para a celebração de contratos, testamentos e casamentos não impõem obrigações, mas tão somente faculdades. Leis desse tipo criam dispositivos para que as pessoas busquem seus objetivos e desejos, “conferindo-lhes poderes jurídicos para

---

<sup>38</sup> MERKL, Adolf. *Escritos de teoria do direito*. Trad. Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 2018, p. 295-296.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 130.

<sup>40</sup> RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 209.

<sup>41</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 33.

criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercitivo do direito”.<sup>42</sup> Isso significa que, com apoio nesse tipo de regramento, os sujeitos podem dar forma às suas relações jurídicas com outros sujeitos. E novamente recorrendo ao direito privado, Hart acrescenta alhures que instituições como testamentos, contratos, casamentos e doações fornecem aos indivíduos a vantagem de determinar juridicamente o seu futuro com base em sua própria escolha, sendo, portanto, instrumentos de efetivação de preferências individuais (eis porque os elementos que prejudicam a escolha, como erro ou coação, conduzem a nulidades).<sup>43</sup>

Na visão de Hart, sem as regras que conferem poderes públicos e privados, algumas das figuras mais familiares da vida social seriam inexplicáveis. O direito é, em sua prática institucional, irreduzível a obrigações e sanções. Daí a necessidade de uma teoria que não se ocupe apenas dos deveres. É preciso ter em conta a noção de poder jurídico, sendo que, para a autonomia privada, destacam-se os chamados poderes privados. O jurista britânico explica que a divisão entre poderes públicos (de legislação e de aplicação do direito) e poderes privados (de contratação e de formulação de testamentos) proposta na obra “O conceito de direito” teve a pretensão de demonstrar a insuficiência de teorias que, tal como defende Kelsen em “Teoria geral do direito e do Estado”, reduzem o poder jurídico ao fragmento de uma norma que impõe aos funcionários do direito o dever de agir conforme determinadas condições.<sup>44</sup>

Ao distinguir normas que impõem deveres e normas que atribuem poderes, Hart atenta-se à diferença quanto ao modo como elas orientam as condutas. A regra que atribui poderes funciona como um padrão de instruções sobre como alcançar certos resultados, e não propriamente como um padrão de comportamento obrigatório.<sup>45</sup> Já não se trata, portanto, de saber se a atitude oposta àquela que é prescrita pela norma corresponde à aplicação de uma punição, e sim de saber se os atos práticos são aptos para a geração de efeitos juridicamente reconhecidos como válidos. Daí a conclusão de que o modelo de ordens do imperativismo muito mais obscurece do que revela o direito. Tal modelo consiste num esforço de reduzir a variedade das leis do direito a

---

<sup>42</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 35.

<sup>43</sup> HART, Herbert. Legal responsibility and excuses. In: HART, Herbert. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 45.

<sup>44</sup> HART, Herbert. Legal powers. In: HART, Herbert. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 196.

<sup>45</sup> HART, Herbert. Legal powers. In: HART, Herbert. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 219.

uma única forma simples, o que conduz a uma uniformidade espúria,<sup>46</sup> contrária à percepção de que regras que criam poderes e regras que estipulam deveres são concebidas, utilizadas e valorizadas na vida social de maneiras muito diferentes.

A aludida distinção entre regras foi conceitualizada em Hart como uma dualidade necessária em qualquer sistema jurídico minimamente desenvolvido. As regras podem ser de um tipo básico ou primário, exigindo que os seres humanos façam ou se abstenham de fazer certas ações, não importando se estão de acordo ou não. Ou podem pertencer a uma segunda categoria, como é o caso das regras secundárias, assegurando que as pessoas possam criar, mediante determinadas práticas, novas regras primárias, ou ainda, que possam extinguir ou modificar regras antigas, modular sua existência, fiscalizar sua aplicação etc. Assim, conclui-se que as regras do primeiro tipo impõem deveres, enquanto as do segundo tipo atribuem poderes, sejam eles públicos ou privados.<sup>47</sup>

Para Hart, uma sociedade organizada tão somente em torno de regras primárias enfrentaria uma série de dificuldades. Haveria incerteza sobre a definição de quais regras são jurídicas (e não apenas regras sociais), inércia no funcionamento do direito (por conta da carência de mecanismos de inovação) e ineficácia na sua aplicação (haja vista a insuficiência das pressões sociais para o cumprimento dos conteúdos normativos). O remédio para todos esses defeitos (incerteza, caráter estático, ineficiência) está na complementação das regras primárias de obrigação por regras secundárias, o que significa, em relação a cada um deles, um marco na passagem de um mundo pré-jurídico para um mundo jurídico. Em conjunto, as soluções para esses três defeitos são suficientes para que um amontoado de regras de conduta se transforme num sistema jurídico.<sup>48</sup>

As regras secundárias que remediam o problema do caráter estático de um regramento puramente primário são regras de alteração. Em sua forma mais simples, essas regras conferem poder a certos indivíduos para que eles introduzam novas regras e modifiquem aquelas que já existem. Para tanto, é preciso que haja uma regra de reconhecimento que incorpore a legislação como um aspecto identificador de regras,

---

<sup>46</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 50.

<sup>47</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 91-92.

<sup>48</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 103.

validando os procedimentos legislativos e as formas de promulgação das leis.<sup>49</sup> Além disso, as regras de alteração também podem operar como regras privadas de atribuição de poderes que trazem facilidades para a prática social. Nas palavras de Hart, “dos atos que estas regras tornam possíveis, são a outorga de testamentos, contratos, transferências de propriedade e muitas outras estruturas voluntariamente criadas de direitos e deveres que tipificam a vida sob o império do direito”.<sup>50</sup> Os institutos da autonomia privada, assim, são compreendidos a partir da sua função habilitadora, o que enseja a singular figura do agente particular como “legislador privado”:

As regras que conferem poderes particulares, para serem compreendidas, hão de ser vistas na perspectiva daqueles que os exercem. Surgem então como um elemento adicional, introduzido pelo direito na vida social, acima do elemento de controle coercivo. Isto é assim, porque a titularidade de tais poderes jurídicos torna o cidadão particular, que, a não existirem tais regras, não passaria de mero suporte de deveres, num legislador privado. Ele torna-se competente para determinar o curso da lei dentro da esfera dos seus contratos, *trusts*, testamentos e outras estruturas de direitos e deveres que está capacitado a criar.<sup>51</sup>

De mero destinatário de deveres, como ocorre na abordagem imperativista de Kelsen, o indivíduo desponta em Hart como portador de poderes e, por conseguinte, como legislador apto para deliberar na esfera privada. Essa qualificação, todavia, já não decorre necessariamente de uma delegação de poder no interior de uma cadeia normativa. A leitura hartiana remonta à perspectiva dos agentes que exercem o poder privado, isto é, ao ponto de vista interno. Trata-se do “ponto de vista dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que *usam* as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros”.<sup>52</sup> E é essa mesma perspectiva que conduz à noção de regra de reconhecimento. As chamadas regras de reconhecimento manifestam-se no modo como são identificadas as regras de conduta pelos próprios envolvidos, de modo que são os próprios agentes que reconhecem os critérios de juridicidade das normas a partir do seu uso efetivo. O que importa é a atitude prática dos participantes, uma atitude que conforma um

---

<sup>49</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 105.

<sup>50</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 106.

<sup>51</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 49-50.

<sup>52</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 108.

vocabulário próprio distinto daquele que é usado de um ponto de vista externo.<sup>53</sup>

Os padrões constitutivos da regra de reconhecimento são similares às regras da linguagem natural, já que tais regras podem ou não ser explícitas, funcionando da mesma maneira para a comunidade de falantes. A multiplicidade de enunciados e interpretações que circulam entre os falantes pressupõe normas que cumprem um papel de operatividade e de norteamto em relação à comunicação ordinária.<sup>54</sup> Como se sabe, aliás, Hart foi pioneiro na iniciativa de situar o pensamento jurídico na senda da virada linguística, absorvendo, para tanto, as reflexões filosóficas do “segundo Wittgenstein”. De acordo com o filósofo austríaco, a linguagem perfaz-se como uma prática inevitavelmente regrada e social. Toda prática linguística é estruturada por regras que, sendo próprias de um campo específico de atividade, configuram a formação dos significados ao fixar critérios compartilhados, válidos para todos os participantes. Isso se dá não por meio de uma estipulação unilateral e arbitrária, e sim mediante uma convergência de usos. As palavras hão de ser entendidas segundo o seu “significado-em-uso”, ou seja, no interior das práticas sociais.

No entendimento de Wittgenstein, e ao qual Hart certamente adere, não se pode encontrar sentidos válidos fora das práticas sociais, assim como não se pode alcançar tais sentidos sem a observância das regras que viabilizam e socializam a significação. Não por acaso, o próprio ato de seguir uma regra já é em si uma prática social, uma práxis. “Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. (...) Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são *hábitos* (costumes, instituições)”.<sup>55</sup> A atitude de reconhecimento das regras não condiz com o olhar solipsista, já que a referência quanto à validade das pretensões jurídicas da autoridade é sempre social – como na diferenciação prática entre o assaltante que nos obriga a agir (coerção aleatória, desprovida de um contexto institucional de justificação) e o fisco que estabelece para nós uma obrigação de agir (exação que se respalda num título socialmente reconhecido de autoridade). Daí a conclusão hartiana de que a regra de reconhecimento existe apenas como uma prática complexa e reiterada de concordância entre tribunais, funcionários e particulares quanto aos critérios pelos quais se pode definir o direito como tal. Trata-se de uma aceitação tácita quanto à definição desse objeto. Sua existência, pois, é uma questão de fato.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 113.

<sup>54</sup> KRAMER, Matthew. *H. L. A. Hart: the nature of law*. Cambridge: Polity, 2018, p. 92.

<sup>55</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 92.

<sup>56</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 121.

O poder privado em Hart, nessa ordem de considerações, não é delegado pelo poder público no interior de uma edificação escalonada de normas, ele é socialmente reconhecido. Não cabe a metáfora do escalonamento: o negócio jurídico não aparece como norma cuja validade é diretamente condicionada pela norma imediatamente superior na hierarquia (como o Código Civil). O conceito de regra de reconhecimento permite uma desintermediação: a atuação normativa dos particulares já não depende de um esquema verticalizado de atribuição de competências e capacidades. Basta a convergência prática dos agentes, a recorrência dos seus usos num sentido normativo que é captado pelo seu ponto de vista interno, dado que todo participante engajado numa relação jurídica compartilha a aceitação das regras do jogo.

No entanto, por mais que esse raciocínio apareça reiteradamente em Hart, alguns dos comentadores do jurista britânico resistem à ideia de um reconhecimento da juridicidade que se realize pelos agentes particulares. Verifica-se uma relutância diante do escopo conceitual da regra de reconhecimento, bem como uma subestimação da categoria de poder privado. Peter Hacker afirma, por exemplo, que embora Hart mencione que os cidadãos privados utilizam a regra de reconhecimento para identificar o direito, há que se entender que tal regra é endereçada aos funcionários da ordem jurídica, do mesmo modo que o placar de um jogo é endereçado aos jogadores, por mais que o público possa se orientar por essa referência.<sup>57</sup> De maneira semelhante, Matthew Kramer admite que a prerrogativa de reconhecer o direito válido se estende, nas formulações hartianas, aos agentes privados, mas defende que seria preciso considerar a autoridade específica dos funcionários oficiais da ordem jurídica como um elemento que se sobrepõe.<sup>58</sup>

As posições de Hacker e Kramer acabam por esvaziar a contribuição de Hart para a compreensão da autonomia privada, uma vez que reconduzem a análise do direito ao Estado, ainda que se privilegie a prática compartilhada dos funcionários públicos (e não o mero poder coercitivo da autoridade pública). Além disso, tais posições não fazem justiça ao raciocínio de Hart. Com relação a Hacker, pode-se objetar sua tese com a percepção de que os sujeitos que participam dos negócios jurídicos são também jogadores, e não expectadores, razão pela qual eles se inserem, efetivamente, no âmbito do ponto de vista interno; já com relação a Kramer, cabe refutar sua crítica com o apontamento de que uma instância privilegiada de dicção do direito válido não afasta a

---

<sup>57</sup> HACKER, Peter Michael Stephan. Hart's philosophy of law. In: HACKER, Peter Michael Stephan; RAZ, Joseph (ed.). *Law, morality, and society: essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 23.

<sup>58</sup> KRAMER, Matthew. *H. L. A. Hart: the nature of law*. Cambridge: Polity, 2018, p. 79.

existência de uma instância prática que não define o direito de modo definitivo, mas que o faz de modo imediato e funcional – tanto é assim que a maioria das transações jurídicas não precisa ser submetida aos órgãos da autoridade pública para que se efetive o seu reconhecimento jurídico. A imensa maioria dos contratos de compra e venda são celebrados cotidianamente sem a necessidade de judicialização ou de acionamento dos poderes da administração pública.

Importa considerar ainda que em nenhum momento a teoria hartiana trata o poder privado como uma derivação do poder público. O poder privado em Hart é sugerido como uma modalidade do poder jurídico em geral – um poder que não foi rigorosamente definido pelo autor, apenas mencionado como uma caracterização ampla para cobrir situações que dizem respeito às prerrogativas dos funcionários do Estado e às faculdades dos indivíduos no domínio privado.<sup>59</sup> E assim como o poder público, o poder privado também pode ser considerado como expressão de um poder jurídico mais amplo, sendo que a noção de direito em sentido subjetivo (*right*) nem sempre é capaz de exprimi-lo adequadamente. Quando se considera o poder nos termos dos quatro conceitos jurídicos fundamentais vislumbrados por Wesley N. Hohfeld, tem-se que um homem detém poder jurídico “sempre que estiver apto para, mediante um ato voluntário seu, fazer variar a posição jurídica de outra pessoa”,<sup>60</sup> sendo essa uma habilidade que tem como alvo um agente que se encontra num estado de sujeição perante o detentor do poder.

O horizonte do poder jurídico, sobretudo a partir das elaborações de Hart, deu ensejo à perspectiva do direito como ordem normativa institucional, um paradigma que se afasta da referência da coercitividade do poder soberano ao priorizar a capacidade ou competência dos agentes para realizar atos jurídicos conforme procedimentos exigidos.<sup>61</sup> E entendido como ordem normativa institucional, o direito torna-se mais permeável à ideia de autonomia privada num sentido rigoroso, que aponta para uma normatividade que, nesses termos, já não é inteiramente dependente do Estado para se afirmar como jurídica. E mesmo que as condições de validade para o exercício de um poder jurídico sejam dadas, em diversos casos, por normas estatais, tem-se ainda que muitas dessas normas não são cogentes, permitindo que os agentes interessados negociem os termos e condições dos arranjos institucionais que estabelecem. Ora, esse

---

<sup>59</sup> HALPIN, Andrew. The concept of a legal power. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, n. 1. Oxford: 1996, p. 129-130.

<sup>60</sup> HART, Herbert. Legal powers. In: HART, Herbert. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 195.

<sup>61</sup> MACCORMICK, Neil. Powers and power-conferring norms. In: PAULSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski (ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 501-502.

é um aspecto bastante importante para se pensar a autonomia privada como um campo específico de realização do poder jurídico. Há que se considerar que “todo poder jurídico proporciona ao portador do poder a oportunidade de exercer o poder e afetar a posição jurídica de alguém sujeito a ele pela expressão de sua decisão sobre a matéria”,<sup>62</sup> o que vale também para diversas situações da esfera privada, a começar pelas relações que se estabelecem em torno do direito de propriedade.

## 5. Conclusão

A autonomia privada é explicável por vias distintas de raciocínio nas teorias de Kelsen e Hart, e essa diferença se inicia na visão contrastante dos autores sobre a criação jurídica. Kelsen adota a premissa do ordenamento jurídico enquanto sistema escalonado de normas no qual a norma superior valida a norma inferior e confere competência para a produção de novas normas jurídicas. A produção de novos conteúdos jurídicos realiza-se como criação de normas em conformidade com os critérios procedimentais estatuídos em cada nível hierárquico da ordem jurídica. Nesse modelo, a dinâmica do direito aparece como uma relação formal de validação entre normas em que prevalece o espírito burocrático do Estado moderno; Hart, por sua vez, entende o sistema jurídico como unidade entre regras primárias (disposições que instituem deveres) e regras secundárias (disposições que instituem poderes). No tocante às regras secundárias, destacam-se para o nosso estudo as regras que permitem a alteração dos conteúdos jurídicos (introdução de novas normas, reforma ou supressão das normas já existentes) e as regras que permitem o reconhecimento da juridicidade de determinadas disposições e práticas. A criação jurídica depende de um regramento cujo sentido é irreduzível ao estabelecimento de deveres, já que o cerne desse processo consiste na atribuição de poderes normativos, quer para os funcionários oficiais do direito, quer para os agentes particulares.

Diante desses diferentes modelos teóricos, encontraremos um contraste relevante na explicação sobre a validade de um negócio jurídico e sobre a própria ideia de autonomia privada que o contempla na dogmática jurídica. Trata-se de saber se os particulares podem ser encarados como agentes criadores de direito e, caso isso seja possível, em que sentido se daria essa criação. Para Kelsen, um negócio jurídico não é senão uma norma individual cuja produção é autorizada por critérios de competência estabelecidos por lei (como o Código Civil). A validade do negócio jurídico fundamenta-

---

<sup>62</sup> HALPIN, Andrew. The concept of a legal power. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 16, n. 1, p. 129-152, 1996, p. 140.

se na validade da lei que o autoriza, do mesmo modo que a validade dessa lei repousa na constituição (e esta, por sua vez, é respaldada por uma hipotética norma fundamental). O que se tem nesse esquema é a leitura do negócio jurídico como uma via de produção normativa que se dá por delegação. Os efeitos normativos dos pactos entre os particulares são tomados como jurídicos apenas em função da lei enquanto norma imediatamente superior na hierarquia sistêmica do ordenamento. A autonomia privada, assim, consiste apenas numa extensão autorizada da cadeia de normas para além das instâncias estatais, e por isso não haveria uma produção normativa propriamente autônoma, assim como sequer haveria, a rigor, um direito privado distinguível do direito público.

Em Hart, porém, surge uma possibilidade diferente. Uma transação jurídica entre particulares consiste no exercício de um poder reconhecido no sistema jurídico, sendo que esse reconhecimento decorre de práticas convergentes, quer no que concerne os agentes oficiais da autoridade jurídica, quer no que concerne os próprios agentes privados. Essas práticas convergentes formam, tal como ocorre na linguagem, um sentido compartilhado acerca do que vale e do que não vale como direito, sendo esse um juízo cabível não apenas para os deveres, mas também para os poderes. E de acordo com o ponto de vista interno expressamente reivindicado na elaboração hartiana, a juricidade desses poderes de alteração da ordem jurídica é socialmente percebida não apenas no âmbito dos órgãos estatais, mas também na própria esfera privada, em que o indivíduo emerge como participante direto da criação jurídica – não como um legislador derivado, como na leitura kelseniana, e sim como um criador independente de conteúdo jurídico. É claro que, na concepção hartiana, a regra de reconhecimento admite relações hierárquicas entre regras<sup>63</sup> (como a subordinação do costume e dos precedentes judiciais à legislação, ou dos negócios jurídicos à lei), mas a origem, o processo de produção normativa, não passa necessariamente pelo crivo do Estado. Extrai-se daí que a ideia de autonomia privada é conceitualmente mais forte em Hart, pois exprime um poder privado mais autêntico, originalmente apartado da legislação.

### Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito civil: teoria geral*, vol. 3: relações e situações jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

---

<sup>63</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 105.

- BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene, 1973.
- BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BIX, Brian. *Jurisprudence: theory and context*. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HACKER, Peter Michael Stephan. Hart's philosophy of law. In: HACKER, Peter Michael Stephan; RAZ, Joseph (ed.). *Law, morality, and society: essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 1977.
- HALPIN, Andrew. The concept of a legal power. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, n. 1. Oxford: 1996.
- HART, Herbert. Legal powers. In: HART, Herbert. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. New York: Oxford University Press, 2001.
- HART, Herbert. Legal responsibility and excuses. In: HART, Herbert. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRAMER, Matthew. *H. L. A. Hart: the nature of law*. Cambridge: Polity, 2018.
- MACCORMICK, Neil. Powers and power-conferring norms. In: PAULSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski (ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1.<sup>a</sup> parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MERKL, Adolf. *Escritos de teoria do direito*. Trad. Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 2018.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Introdução à ciência do direito privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PAULSON, Stanley. How Merkl's *Stufenbaulehre* informs Kelsen's concept of law. *Revus, Kranj*, vol. 21, p. 29-45, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 2012.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.

SIMÕES, Marcel Edvar. *O modelo posicional-relacional na teoria geral do direito*. São Paulo: Núria Fabris, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2018.

VIDIGAL, Erick. A *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 47, n. 186. Brasília-DF: abr.-jun./2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

**Como citar:**

BIONDI, Pablo. Autonomia privada e teoria do direito em Kelsen e Hart. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 3, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

5.9.2025

Aprovado em:

22.12.2025