

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

A MORALIDADE DA AUTONOMIA
estudo de teoria do direito privado

Osny da Silva Filho

São Paulo
2020

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

A MORALIDADE DA AUTONOMIA
estudo de teoria do direito privado

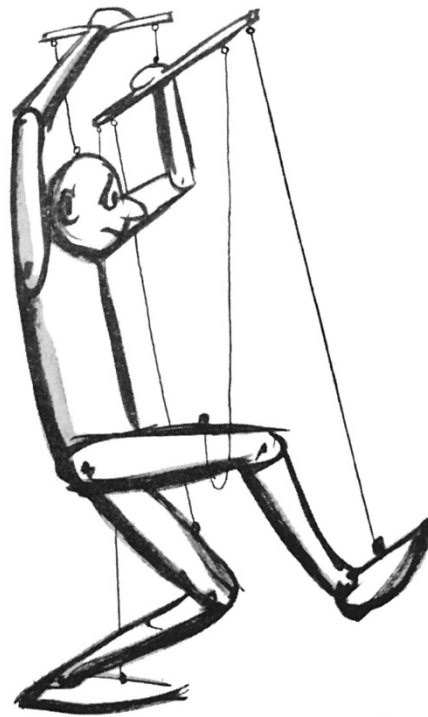
Osny da Silva Filho

Tese apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, e sob orientação do Professor Titular José Reinaldo de Lima Lopes.

Versão corrigida.

São Paulo
2020

Para a Marcele
e a Sofia, o Alec e o Dante



W Miller

Warren Miller, [Sem título], *New Yorker*, 26 de janeiro de 1963

Resumo

O trabalho discute a moralidade da autonomia no interior do pensamento jurídico moderno através de duas tradições filosóficas abrangentes: o kantismo e o individualismo. Além de examinar um conjunto de entendimentos teóricos, o texto sugere que a doutrina do direito privado se abstenha de empregar o conceito de autonomia enquanto sua referência permanecer injustificada ou se mantiver assimilada a noções menos exigentes de liberdade. Pretende-se, por fim, apresentar um caminho jurídico para a realização da moralidade da autonomia no Brasil.

Palavras-chave: moralidade, moralismo, autonomia, liberdade, direito privado, contrato, Kant, Mill, liberalismo, libertarianismo.

Abstract

The dissertation reviews the morality of autonomy within modern legal thought through two pervasive philosophical traditions: Kantism and Individualism. It surveys a set of theoretical propositions and suggests that private law doctrine shall refrain from using the concept of autonomy in cases where its reference remains unjustified or absorbed by less demanding ideas of freedom. In the end, it purports to provide a legal path for the realization of the morality of autonomy in Brazil.

Keywords: morals, morality, moralism, autonomy, freedom, private law, contract, Kant, Mill, liberalism, libertarianism.

Riassunto

La tesi discute la moralità dell'autonomia all'interno del pensiero giuridico moderno da due tradizioni filosofiche ampie: il kantismo e l'individualismo. Oltre agli enunciati teorici esaminati, il testo suggerisce che la dottrina del diritto deve rinunciare all'uso del concetto di autonomia nei casi in cui il suo riferimento sia ingiustificato o rimanga assimilato a nozioni più semplici di libertà. Alla fine, vuole proporsi un percorso giuridico per la realizzazione della moralità dell'autonomia in Brasile.

Parole chiave: moralità, moralismo, autonomia, libertà, diritto privato, contratto, Kant, Mill, liberalismo, libertarianismo, liberismo.

Agradecimento

Esta tese não estaria aqui se não fosse pela ajuda de muitos professores e amigos. Agradeço, em primeiro lugar, ao Professor José Reinaldo de Lima Lopes, primeira referência e exemplo para mim. E também a Aditi Bagchi, Adriana Ancona, Alfredo Migliore, Antônio Carlos Freitas, Bárbara Medrado, Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes, Bruno Meyerhof Salama, Bruno Nepomuceno, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Carlos Frederico Ramos de Jesus, Catarina Barbieri, Christine Korsgaard, Daniel Dias, Daniel Vargas, David Navarro, Duncan Kennedy, Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, Eduardo Jordão, Emerson Fabiani, Etiene Martins, Eurico de Santi, Fábio Ferreira Durço, Felipe Frank, Fernanda Palmeira, Fernando Sá, Francisco Paulo De Crescenzo Marino, Gabriel Buschinelli, Gabriela Braga, Gabriela Gattulli, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Guilherme Sena, Gustavo Haical, Hanoch Dagan, Helena Ferreira, Henderson Fürst, Isaías Coelho, Jan Peter Schmidt, João Marcelo Lima, João Victor Freitas, John Goldberg, José Alves Ribeiro, José Augusto Fontoura Costa, José Garcez Ghirardi, José George Teixeira Bezerra, Judith Martins-Costa, Juliana Palma, Lara Jarussi, Luiz Felipe Rosa Ramos, Luna Borges, Mafalda Sá, Maria Cecília Asperti, Mario Engler, Martijn Hesselink, Oscar Vilhena, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Paulo Henrique Rodrigues Pereira, Pedro Afonso Hartung, Pedro de Paula, Pedro Henrique Butelli, Pedro Marcos Nunes Barbosa, Pedro Ricardo e Serpa, Rafael Barros de Oliveira, Rafael Zanatta, Reinhard Zimmermann, Renan Medeiros, Roberto Dias, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, Roberto Mangabeira Unger, Romeu Amaral, Sergio Mendes, Sergio Tuthill Stanicia, Talita Ferrantelli, Tarcila Reis, Tathiane Piscitelli, Victor Leahy, Vivianne Ferreira e Wallace Corbo. Agradeço ainda o apoio dos colegas de pós-graduação, dos membros do Comitê de Ética em Pesquisas Envolvendo Seres Humanos da Fundação Getulio Vargas (FGV), de todos os funcionários da Escola de Direito de São Paulo da FGV e dos corpos administrativos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da Faculdade de Direito de Harvard e do Instituto Max Planck de Hamburgo. Meu pai, minha mãe e minhas irmãs me deram todo o incentivo possível. E eu não terminaria este trabalho se não fosse pela Marcele.

Sumário

Introdução	2
Metodologia	7
Delimitação	16
Justificação	23
Estrutura	28
1. Moralidade <i>contra</i> moralismo	30
1.1. Razões morais na doutrina jurídica	30
1.2. Razões morais para a teoria do direito	33
1.3. Razões morais através da metaética	36
2. A descoberta da autonomia individual	39
2.1. Contexto: secularização e racionalização	42
2.2. Kant e o desenvolvimento moral da autonomia	48
2.3. Imperativo categórico e dignidade humana	58
2.4. Correção, flexibilidade e abrangência	64
3. Variações individualistas: proposição e atomização	68
3.1. A descoberta de Stuart Mill: o bem da individualidade	70
3.2. Do bem da individualidade ao liberalismo político	74
3.3. Do liberalismo político ao naturalismo ético	77
3.4. O epílogo da moralidade: atomismo	80
4. Teorias jurídicas da autonomia individual	86
4.1. Hart e a renovação do positivismo jurídico	87
4.2. O debate pós-hartiano: Raz e Ronald Dworkin	92
4.3. Juridicidade da moral e persistência da moralidade	97
4.4. Exploração delimitada: teoria do direito privado	102
4.5. A percepção teórica da autonomia no Brasil	111
5. Autonomia na doutrina: insinuação e mistificação	119
5.1. Antecedentes: de Bártolo e Dumoulin a Foelix e Mancini	119
5.2. Submissão do direito à autonomia: afirmação e esgarçamento	127
5.3. Submissão da autonomia ao direito: transposição e bifurcação	132
5.4. Pressuposição com adaptação: disciplina do preço justo	142

5.5.	Pressuposição com inovação: contratos de adesão	145
5.6.	Fenomenologia da mistificação: Emilio Betti.....	148
6.	Desmistificação: autonomia para além do consentimento.....	154
6.1.	Caminhos do consentimento: da reflexão à descentralização	156
6.2.	A ilustração da bioética: dos princípios à vontade em curto-circuito	164
7.	A alternativa imanente: vontade, arbítrio e liberdade.....	170
7.1.	De volta a Kant: desdobrando o conceito de vontade	171
7.2.	Distinguindo, a partir da vontade, o conceito de arbítrio	173
7.3.	Esclarecendo o que é, quanto ao arbítrio, liberdade.....	175
7.4.	Tomando o livre-arbítrio de volta do atomismo	178
7.5.	Evitando encolhimentos e desentendimentos.....	182
Os futuros da autonomia.....		189
	Autonomia e moralidade.....	189
	Autonomia e arbitrariedade	191
	Autonomia e servidão	196
Bibliografia		199

INTRODUÇÃO

‘Moralidade’ e ‘autonomia’ são palavras familiares. Para quem se dedica ao direito privado, no entanto, parecem traduzir conceitos que não se aproximam senão para se cruzarem sem sentidos opostos. Imaginamos que para agir com autonomia temos que definir ou aprovar por conta própria as regras que orientam e eventualmente subordinam nossa ação. Ao mesmo tempo, supomos que a ação moral exige justamente o contrário: para agir moralmente, temos que abrir mão de nossas próprias regras e seguir as regras dos outros.

Nem sempre foi assim. Insinuando-se entre os séculos 16 e 17, *autonomia individual* e *moralidade moderna* nascem juntas no final do século 18. Kant será o primeiro a conectá-las. Em seus textos, a autonomia surge como fundamento secular e racional do direito e da virtude, critério de julgamento do que podemos esperar dos outros e exigir de nós mesmos – em suas palavras, “princípio supremo da moralidade.” O filósofo não foi o primeiro a falar de autonomia. A palavra vinha sendo empregada desde a Antiguidade para descrever organizações políticas independentes. Mas Kant será o primeiro a associá-la a indivíduos ou características individuais, e especialmente à moralidade individual.

Mas a descoberta kantiana logo será encoberta por novos achados. Ao longo do século 19, o conceito de autonomia se esgarça: de atributo individual comum, torna-se meio de separação dos indivíduos, de individualização no sentido mais forte da palavra. Associada a Stuart Mill (embora o próprio Mill jamais a tenha nomeado), essa nova autonomia, uma *autonomia individualista*, vai se expandir rapidamente sobre diferentes campos da vida e do pensamento, o direito entre eles. Em pouco tempo, parecerá necessidade histórica.

A autonomia individualista é, em linhas gerais, aquela que nos vêm à mente em oposição à moralidade. Mas os juristas também tentariam descobrir sua própria autonomia – também ela uma autonomia individual, e não individualista. Isso ocorre na virada do século 19 para o século 20. Havia motivo prático: era preciso justificar a legalidade dos novos contratos internacionais, então multiplicados por movimentos de unificação dos Estados nacionais e pela conseqüente expansão das cidadanias. Mas havia um problema. Diante do direito internacional, os juristas não podiam recorrer às razões do positivismo legalista, muito em voga naquela época, pois não havia (como eles mesmos reconheciam) algo que pudesse ser comparado ao Estado moderno na ordem internacional emergente. Isso explica seu primeiro e último passo em direção a um conceito de autonomia genuinamente jurídico.

Os professores de direito internacional também serão os responsáveis pela transposição da autonomia individual para o direito privado interno, o ‘direito pátrio’, como se dizia naquela época. Ao fazê-lo, no entanto, aqueles mesmos juristas que vislumbraram uma nova autonomia vão sucumbir ao legalismo de que não poderiam se socorrer diante dos contratos internacionais. O resultado é a redução de seu conceito de autonomia potencialmente renovador a fundamentos já identificados no interior do direito posto pelo Estado.

Não que isso tenha sido ruim. O ponto é que a redução da autonomia ao direito estatal em um contexto de prevalência do positivismo legalista ocultou seu caráter moral.

Dali em diante, as caravanas autonomistas seguiriam um entre dois caminhos jurídicos, ambos definidos a partir da cartografia oitocentista do direito privado. O primeiro caminho será o caminho da *assimilação*. Nesse caso, o conceito de autonomia se incorpora a noções mais antigas, naquele ponto menos disputadas: noções de liberdade de contratar e liberdade contratual, especialmente. Eram e são, claro, noções importantes, mas elas não tinham nem têm uma fração do potencial revolucionário veiculado pela autonomia.¹

O segundo caminho dos professores de direito privado será o do *isolamento*. Aqui, a justificação do conceito de autonomia se basta com a incorporação, ao direito, de verdades individualistas derivadas de ideologias naturalistas (dirigidas a explicações científicas totalizantes) ou liberais (voltadas para a promoção de organizações sociais insubordinadas à política). Em qualquer caso, o entrincheiramento dos privatistas não será justificado por eles mesmos: suas razões são atribuídas ou delegadas aos filósofos.

Mas a história continua, e em meados do século 20 algo novo parece surgir no horizonte da expedição autonomista. No lugar da antiga autonomia *da vontade*, descortina-se, pensavam, uma autonomia diferente, e diferente porque *privada*, mas não individualista. Em contraste com a *velha* autonomia naturalista e liberal, a nova autonomia privada seria transcendental e protetiva. Com ela, pensavam, todos sairiam ganhando. De um lado, os titulares

¹ A historiografia dos conceitos de liberdade de contratar e liberdade contratual é rica. Os comentários de Max Weber sobre o assunto ainda são importantes: *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978, p. 668–681. Mais recentemente, os conceitos foram estudados mais a fundo por Italo Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell’età moderna*, Torino: Giappichelli, 1997; e Wim Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2013. O caráter revolucionário do conceito de autonomia é evidenciado em Reinhart Koselleck, *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*, Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

da nova autonomia poderiam finalmente liberar-se do cientificismo pseudocientífico e acessar um mundo verdadeiramente igualitário; de outro, seus curadores, os juristas, poderiam até que enfim viajar de volta ao seu próprio tempo, que era o tempo europeu do pensamento social, da reorganização política entreguerras, e com isso talvez garantissem uma convivência propriamente política com seus semelhantes.

A inovação, contudo, não iria além do nome. No fim das contas, a autonomia privada não se desconecta da autonomia da vontade (a dos juristas do fim do século 19, não aquela de Kant): ela só reduz seu campo de atuação. Ao longo dessa história, o direito privado se submete de maneira cada vez menos resistida a variadas contingências do direito público local. Talvez não haja símbolo mais emblemático desse fenômeno que o consenso dos privatistas contemporâneos em torno da ideia de que a autonomia não pode existir sem uma gama variada e variável de limitações, e limitações impostas – de maneira *heterônoma*, como passarão a dizer alguns – pelo direito. O desfecho é infeliz: um conceito descoberto ou inventado justamente para garantir a realização de uma vontade humana que não fosse limitada senão por ela mesma passa, através do direito, a se subordinar a toda sorte de arbítrio.

Mas essa narrativa é só uma parte da história. Afinal, por que privatistas tão diferentes – socialistas, liberais-novos, realistas, moralistas e assim por diante – chegariam ao mesmo ponto? Por que a ideia de que a autonomia tem de ser em alguma medida limitada pelo direito, coisa kantianamente impensável, torna-se a única resposta possível? Para quem consegue enxergar estruturas, a explicação é *estrutural*: a superfície progressista do conceito de autonomia no direito privado esconde profundezas conservadoras ou mesmo reacionárias. Mas também é possível extrair algum entendimento da própria historiografia da autonomia, e especialmente da forma assumida pela *narrativa da passagem* da autonomia da vontade (que se torna o pecado original do indivíduo moderno, e especialmente do jurista) para a autonomia privada (a profecia de sua salvação). É pelo ocultamento cotidiano dessas profundezas que, um século e meio depois de ser anunciada como “princípio supremo da moralidade”, autonomia se transforma em *mistificação* de si mesma.²

² Discussão de movimentos parecidos em Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007; e mais próximo das conclusões deste trabalho, discutindo o que chama de ‘mitologia liberal’, Adilson José Moreira, *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*, São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 109–118. Nem todo mito é mistificador. Alguns nada têm com a mistificação (como a Lenda de Lótário), e outros podem servir inclusive à desmistificação (como o Mito da Caverna).

Apesar de ser teórico, este trabalho tem uma proposta concreta, dirigida tanto aos profissionais da prática jurídica quanto aos acadêmicos profissionais. Propõe-se que os juristas brasileiros passem a *justificar* suas referências ao conceito de autonomia, e também que *deixem de reduzi-lo* a noções menos exigentes (moralmente falando) ou naturalizadas (cientificamente falando) de liberdade.

Essa proposta tem uma razão geral e uma razão específica. A razão geral é que nenhum conceito pretensamente jurídico – nem mesmo um conceito aparentemente pacificado como o de autonomia – está imune a demandas de justificação, entendidas aqui como demandas de comunicação de razões epistêmicas e normativas que tenham sustentado ou sejam aptas a sustentar uma conclusão juridicamente relevante. Pois direito é justiça, e ainda que possa haver justiça sem justificação, não há justiça *num Estado de Direito* sem justificação. No caso da doutrina, em particular, a justificação é (como sempre foi) um elemento *constitutivo de seu modo de ser*: o que dizem os juristas, afinal, não tem (nem nunca teve) nenhuma validade que não seja (ou fosse) *atribuída* por algo ou alguém.³

A razão específica é que os casos em que a articulação doutrinária do conceito de autonomia pode se justificar são menos numerosos do que a ubiquidade de suas referências faz crer. Alguns desses casos (como também alguns contracasos) serão discutidos ao longo do texto,⁴ mas a investigação doutrinária dos desdobramentos da autonomia não é, como explico no restante desta Introdução, a finalidade deste trabalho – mesmo porque uma investigação desse tipo não poderia se apresentar senão como agenda de pesquisa.

Teria essa sugestão prática se tornado ilegal após a promulgação do artigo 3º, inciso V, da Lei 13.874 de 2019? Derivada da Medida Provisória 881, através da qual foi consagrada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, a Lei de 2019 parece veicular o primeiro comando jurídico envolvendo um conceito abrangente de

³ Exceção imaginável: hipótese de um jurista que fosse também soberano, ou xamã, ou deus, ou oráculo, ou coisa parecida. Mas em nenhum desses casos estaríamos diante de alguém que fosse *propriamente* um jurista.

⁴ Referências ao conceito de autonomia não se justificam, por exemplo, na maioria das discussões doutrinárias sobre liberdade de expressão. Mas podem se justificar em casos tradicionalmente analisados sob a rubrica da discriminação (exemplo no caso a que se refere a nota 161 adiante). Mesmo nos melhores trabalhos doutrinários sobre o assunto, no entanto, as referências inclinadamente individualistas ao conceito de autonomia permanecem injustificadas. Por exemplo, Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 203–204. Em um trabalho exauriente, o autor justifica o emprego doutrinário dos conceitos de igualdade e de justiça distributiva com acuidade, mas não fornece razões para a percepção doutrinária do conceito de autonomia – embora não deixe de reconhecê-lo, a meu ver corretamente, como um “elemento de cunho valorativo pertencente aos fundamentos do Direito Privado, parte fundante da ordem social, não se restringindo, portanto, a uma mera regra de competência passível de ser dada ou retirada ao alvedrio de decisões conjunturais.”

autonomia individual no Brasil (já contávamos com regras específicas sobre autonomias individuais da criança e do idoso). O texto da Lei dirige-se a profissionais que lidam diretamente com normas jurídicas, e diz o seguinte: “dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”. Mas o que exatamente significa “preservar a autonomia privada”?

À primeira vista, pode significar “permitir a ação livre na maior medida juridicamente possível”. Neste caso, estaríamos diante de uma instância da *lex permissiva* europeia moderna, a permissão jurídica geral de condutas que não estejam especificamente proibidas pelo direito. É uma forma de compatibilizar a liberdade natural com as expectativas de pacificação vinculadas ao direito. Nem todos aceitam essa espécie de permissão. Teocratas, por exemplo, defendem que algumas ilicitudes não derivam do direito: para eles, pecados não precisam ser integrados a nenhum comando jurídico para serem considerados ilícitos. Há muito tempo a maioria dos juristas deixou de defender esse tipo entendimento sobre o sentido da licitude,⁵ ao menos de modo explícito. Mas nem mesmo o mais renitente e indiscreto teocrata teria motivo para defender o silêncio geral dos juristas sobre que o direito não proíbe, pois hoje quase tudo que não é proibido pelo direito tampouco o é pela religião. Por que a doutrina do direito privado haveria de se omitir sobre aquilo que não fosse pecado? Teocracias não exigem esse tipo de coisa. Escrevo em 2020, e ainda não chegamos lá. Se “preservar a autonomia privada” é reconhecer a licitude de atos que não estejam proibidos, esta tese está de acordo. Ela trata de outra coisa.

Uma segunda leitura possível nos diz que “preservar a autonomia privada” quer dizer “empregar um específico método de interpretação definido pela autonomia privada.” A Lei libertária não explica como esse método funciona, ou então em que ele se diferencia dos métodos de interpretação mais conhecidos, mas podemos seguir com o argumento mesmo assim. Nessa leitura metodológica do artigo 3º, inciso V, da Lei 13.874 de 2019, a expressão “preservar a autonomia privada” entra no campo semântico de expressões como “partir da literalidade da lei”, “considerar as regras reciprocamente”, “buscar a vontade do legislador” e assim por diante. Essa leitura traz dois problemas. O primeiro é que nesse caso teríamos que concluir que a Lei de liberdade econômica derogou o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois de acordo com ele as omissões da lei não devem ser resolvidas por um “método da autonomia privada”, mas “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nada leva a crer que isso tenha sido pretendido. O segundo é que o próprio inciso V da Lei de 2019 admite “expressa disposição legal em contrário”, coisa que gera perplexidade: o método da autonomia é exceção ou

⁵ Como mostra, entre outros, Brian Tierney, *Liberty and Law: The Idea of Permissive Natural Law, 1100-1800*, Washington: The Catholic University of America Press, 2014.

regra? Não se pode saber. De qualquer forma, também não é deste segundo desentendimento da autonomia que esta tese trata.⁶

Metodologia

Se perguntarmos “o que é metodologia?” a quem tiver ingressado na universidade há pouco tempo, esta pessoa possivelmente vai nos responder que o termo designa um conjunto de normas técnicas ou convenções a respeito da forma e talvez da estrutura dos trabalhos acadêmicos. É uma resposta possível, mas não a melhor, pois reduz a metodologia a aspectos expositivos, deixando de lado o que vem antes disso. Há outra resposta possível. De acordo com ela, metodologia é a disciplina da investigação rigorosa, o estudo dos meios pelos quais conclusões reproduzíveis ou aceitáveis podem ser extraídas de premissas verdadeiras ou compartilhadas – a disciplina dos métodos da pesquisa acadêmica, afinal.

As referências ao conceito de metodologia ao longo deste trabalho assumem um sentido muito próximo deste último. Propõe-se, no entanto, restringi-lo um pouco mais, a fim de distingui-lo no interior de conjunto semântico mais abrangente, relativo aos procedimentos e formas de raciocínio compreensíveis. Essa proposta circunscreve o conceito de método, e com ele a metodologia, à designação de procedimentos e formas de raciocínio cuja avaliação depende antes de seus meios que de seu resultado. Não se trata de identificar meios que legitimem seus próprios fins, mas de distinguir meios *constitutivos* de uma certa prática, como aqueles que definem a prática acadêmica da história ou da filosofia, dos meios *instrumentais* a essas práticas, como por exemplo meu computador.

Restringir o conceito de método é especificamente importante para esta tese, mas acredito que suas vantagens não se esgotem nela, especialmente porque essa restrição pode aproximar a linguagem acadêmica da linguagem comum. Ser *metódico*, por exemplo, não é de modo geral algo bom. Reservamos essa qualificação a pessoas próximas, geralmente para recomendar que elas *deixem de ser metódicas*. Se dizemos a um acadêmico que ele é metódico, porém, e mesmo que não tenhamos a menor intimidade com ele, a acusação

⁶ Ao longo do texto, comentários mais longos que se desviem do argumento da seção em que se inserem serão feitos em tipo menor e menos espaçado, como no texto de referência desta nota. Já as notas de rodapé propriamente ditas (como a nota número 5 acima) ficam reservadas em primeiro lugar para as referências bibliográficas, e às vezes para comentários mais curtos.

provavelmente será recebida com lisonja. Não porque o acadêmico seja uma espécie diferente de pessoa, um sujeito que gosta de ser ofendido ou que não entende a diferença entre elogio e insulto, mas porque a ideia de método assume um sentido diferente no interior da academia, fazendo com que “metódico”, neste caso, deixe de ser demérito para se transformar em mérito. Na universidade, ser metódico é bom.

Os primeiros professores universitários de direito não tinham dúvida de que isso também valia para o seu campo. Eles sabiam que toda metodologia, e sua metodologia *jurídica* especialmente – o conjunto de procedimentos e formas de raciocínio que distinguia sua disciplina – valia em primeiro lugar por seus meios, não por seus resultados. Esses professores também sabiam que o direito era antes de tudo uma disciplina *prática*, uma disciplina da *razão prática* em particular, e que por essa razão seus métodos haveriam de ser buscados no exercício de virtudes ou competências jurídicas básicas – virtudes ou competências mínimas que todo aquele que se propusesse a ser jurista deveria dominar.

Essa descrição talvez sugira a existência de algum consenso sobre quais sejam ou devam ser essas virtudes ou competências jurídicas básicas. A verdade é que nunca houve completo acordo sobre isso. Nas últimas décadas, entretanto, a literatura secundária convergiu, ainda que com alguma variação terminológica, no reconhecimento de duas delas,⁷ e essas virtudes, ao que parece, ainda são nossas virtudes principais.

A primeira é diz respeito ao que hoje enxergamos como a capacidade de *sistematizar* o direito, e de sistematizar as *fontes do direito* em particular. Originariamente compostas pela redescoberta medieval das compilações jurídicas comissionadas pelo imperador Justiniano (c. 482-565) no final do século 6º, essas fontes passariam a compreender regulamentos feudais, cânones religiosos, ordenações régias e procedimentos de racionalização. A partir do século 18, elas são reconduzidas a leis e constituições nacionais, neste caso com exclusividade. A sistematização dessas fontes, em suas diferentes variações, pode ser vista como

⁷ Por todos: James R. Gordley, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 7–27 (história); e Fernanda Pirie, *Anthropology of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 220 (geografia). Discussão a partir de um conceito mais rigoroso de virtude em Claudio Michelon, *Legal Reasoning (Virtues)*, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020.

uma resposta dos juristas práticos às exigências de adequação e unidade veiculadas por diferentes conceitos de direito propostos pelos juristas acadêmicos.⁸

A segunda virtude básica em torno da qual a metodologia jurídica se desenvolve diz respeito à capacidade de *atualizar* as fontes do direito. Em princípio, essa capacidade foi mobilizada em favor da aplicação das fontes imediatamente disponíveis a hipóteses que não estivessem claramente previstas em seus textos. Nos casos centrais, a atualização do direito poderia ser descrita como um exercício aplicado de *analogia*, embora este termo tenha se tornado objeto de abuso.⁹ Aos poucos, a virtude da atualização passa a compreender também certas proposições de esgotamento ou superação de fontes específicas. A novidade é que as razões desse esgotamento não poderiam ser reconduzidas ao conteúdo das fontes esgotadas. Chega-se aqui ao que parece ser a fronteira entre o discurso jurídico e o discurso prático em sentido amplo.¹⁰ A versão mais famosa dessa competência alargada, quase *extrajurídica*, ao menos política, encontra-se hoje na teoria dos princípios, e especialmente no principia-lismo concebido e rejeitado por Ronald Dworkin.¹¹

O reconhecimento da sistematização e da atualização como virtudes básicas do jurista em diferentes lugares e variados momentos não deve ser entendido como uma sugestão de que os métodos jurídicos tenham permanecido estáveis. O que houve foi justamente o contrário: poucas disciplinas universitárias experimentaram tantas inovações e reviravoltas metodológicas quanto o direito. Glosadores e comentadores, humanistas, representantes do *usus modernus*, escolásticos e neoescolásticos, racionalistas, exegetas napoleônicos e republicanos, pandectistas, teóricos da jurisprudência dos conceitos, da jurisprudência dos interesses e da jurisprudência dos valores, naturalistas, entusiastas do direito livre, social-funcionalistas, realistas, teóricos da análise econômica neoclássica, da análise econômica institucional e da análise econômica comportamental, desconstrucionistas, promotores da

⁸ Referência clássica: Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 14–23.

⁹ Sobre o abuso, Frederick F. Schauer, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009, p. 85–95. Entendimento da analogia parecido com o do texto acima em Luís Duarte d’Almeida; Cláudio Michelon, “The Structure of Arguments by Analogy in Law”, *Argumentation*, v. 31, n. 2, p. 359–393, 2017.

¹⁰ Identificação em Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 276–278.

¹¹ Ronald Dworkin, “The Model of Rules I”, in: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978 (difusão); e *Law’s Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986 (rejeição).

constitucionalização e da desconstitucionalização do direito, niilistas e uma gama bastante rica de críticos: todos tinham ou têm para si que seus métodos, e não outros, compõem a verdadeira, mais correta ou mais conveniente metodologia jurídica.¹²

Mas há uma diferença importante entre a “melhor metodologia” dos professores de direito medievais e a “melhor metodologia” dos juristas modernos, e dos teóricos do direito e do pensamento jurídico em particular. Para os medievais, a sistematização e a atualização das fontes do direito pareciam suficientes para delimitar os horizontes de sua disciplina. Boas metodologias jurídicas haveriam de derivar dessas virtudes. Os modernos deixaram de pensar assim. Suas pretensões metodológicas se expandiram, assim como seu ceticismo em relação aos métodos empregados pelos juristas.

Não que a sistematização e da atualização do direito tenham deixado de ser encaradas como virtudes ou competências primárias do jurista. Elas continuam no centro do pensamento jurídico universitário, e especialmente daquilo que chamamos de *doutrina* ou *dogmática*.¹³ O ponto é que já não acreditamos, e aqui está a principal diferença entre a metodologia jurídica moderna e a metodologia jurídica medieval ou pré-moderna – já não acreditamos que a doutrina (podemos tomá-la como referência abrangente a partir daqui) possa definir as fronteiras metodológicas do nosso campo. Métodos reconhecidamente jurídicos já não se

¹² A história das orientações metodológicas exemplificadas no texto é contada em Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, 3. Aufl. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004; Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2012; James R. Gordley, *The Jurists: A Critical History*, Oxford: Oxford University Press, 2013; e por último em Rückert, Joachim; Seinek, Ralf (Orgs.), *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner*, 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017. No Brasil, a referência é o livro de José Reinaldo de Lima Lopes, *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, São Paulo: Editora 34, 2004. Sobre a história da metodologia jurídica em Roma, Aldo Schiavone, *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*, reedição. Torino: Einaudi, 2017.

¹³ Entendo que esses termos quase sempre deem conta indiferentemente das mesmas realizações, mas seus conceitos não são idênticos. Formalizada originalmente pelos franceses, a *doutrina* assumiu razoável amplitude ao longo do século 20, abarcando inclusive proposições reformistas ou *de lege ferenda*, ainda que nem sempre com níveis satisfatórios de imaginação jurídica ou institucional. Já a *dogmática* se desenvolveu em torno de um estatuto metodológico mais rigoroso, quase sempre reconduzido a métodos derivados do (ou opostos ao) conceitualismo alemão oitocentista, embora hoje se aplique também ao discurso (metodologicamente mais permissivo) dos princípios em geral e dos direitos fundamentais em particular. Referências desse entendimento: Philippe Jestaz; Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris: Dalloz, 2004 (história da doutrina); Christian Courtis, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, in: Courtis, Christian (Org.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, 2010 (doutrina *de lege lata* e *de lege ferenda*); Roberto Mangabeira Unger, *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*, 2. ed. Rio de Janeiro: Casa do Direito, 2017, p. 17 (déficits de imaginação); Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997 (história da dogmática); e Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2011 (ampliação da dogmática).

esgotam no exercício de virtudes especificamente jurídicas, seja na perspectiva dos profissionais da prática, seja sob o ponto de vista dos acadêmicos profissionais.

Dos profissionais da prática jurídica, passou-se a demandar o manejo competente de conceitos, técnicas e procedimentos concebidos ou articulados fora dos domínios tradicionais do pensamento jurídico: conceitos matemáticos, técnicas de programação e comunicação, procedimentos administrativos e todo um leque de padrões comportamentais. Os parâmetros de excelência também mudaram para os juristas acadêmicos. Professores de direito passaram a disputar o entendimento de conceitos que até há poucas décadas lhes pareciam (ou parecem-me ter-lhes parecido) indiferentes. Eficiências, desigualdades, identidades, vieses, inteligências artificiais, emancipações e tantas outras noções tornaram-se recorrentes nos discursos jurídicos acadêmicos, às vezes em detrimento de conceitos jurídicos tradicionais como personalidade, obrigação, discricionariedade, posse ou boa-fé.

Esse é o contexto do que poderíamos descrever como o *paradoxo da interdisciplinaridade jurídica*: a valorização de métodos originariamente estranhos ao direito insinua-se, agora, como novo traço distintivo do próprio pensamento jurídico.

Por uma série de circunstâncias, as manifestações desse paradoxo, como também suas perplexidades, revelaram-se mais intensas nos Estados Unidos da América que em outros lugares.¹⁴ É verdade que a expansão metodológica do pensamento jurídico não teria impacto direto sobre a prática do direito naquele país.¹⁵ Contudo, ela afetaria diretamente a academia. A partir da década de 1980, um número de crescente de doutores em ciência política, economia, filosofia e outras disciplinas universitárias passa a ocupar postos docentes estáveis nas faculdades de direito – *tenured positions*, como eles dizem. Nas décadas seguintes, esse movimento não perde fôlego, mas ganha críticos: haverá inclusive quem enxergue na “invasão dos PhDs” uma ameaça à estabilidade do direito ou mesmo à sua existência

¹⁴ Entre as razões estão a emergência de um realismo marcado pelas aberturas cognitiva e normativa desencadeadas pela Crise de 1929 e sintetizadas no interior do New Deal. Panorama em Lawrence Meir Friedman, *A History of American Law*, Edição: 3rd Revised ed. New York: Touchstone Books, 2005, p. 538–553.

¹⁵ Os proponentes da expansão metodológica, aliás, seriam os primeiros a reconhecer as limitações práticas de suas propostas. William M. Landes; Richard A. Posner, “The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study”, *The Journal of Law and Economics*, v. 36, n. 1, Part 2, p. 385–424, 1993. Em sua mais famosa decisão judicial, Posner chegaria a dizer que suas convicções acadêmicas não poderiam tomar o lugar da doutrina estabelecida. E não poderiam *por princípio*. Tratava-se, no caso, de doutrina segundo a qual cláusulas penais são em regra inválidas, podendo ser admitidas apenas se puderem ser convertidas em fórmulas de liquidação antecipada de prejuízos ou *liquidated damages*. Como acadêmico, Posner discordava dessa orientação. Como juiz, não hesitou em acatá-la. *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).

como disciplina distinta.¹⁶ Paralelamente, as revistas jurídicas mais prestigiadas dos Estados Unidos passam a evidenciar sua preferência por trabalhos que desafiem os métodos jurídicos tradicionais – que não chegam, contudo, a oferecer metodologias novas, limitando-se a importar métodos já estabelecidos em outras disciplinas.¹⁷

Esses entendimentos metodológicos são importantes para esta tese por três razões principais. Primeiro porque eles delimitam as pretensões da pesquisa. O trabalho não se propõe a sistematizar e atualizar o direito, nem a descrever a prática jurídica a partir de métodos definidos nas ciências sociais. Seu fim é esclarecer um conceito teórico. Por isso ele foi qualificado como um *estudo de teoria do direito privado* – e não de doutrina jurídica, tampouco de análise empírica. Suas conclusões podem ser relevantes para o desempenho da tarefa doutrinária, pois o trabalho *diz respeito* ao que se faz da autonomia na doutrina.¹⁸ Elas também poderiam servir de referência para investigações empíricas, pois correspondem a abstrações da prática. Os métodos empregados para chegar a elas, todavia, não são primariamente doutrinários, nem empíricos. Pode-se adiantar que a metodologia da história e da filosofia moral – e a história dos conceitos e a metaética, em particular – foram suas principais referências, mas isso ainda será justificado.

Ao longo do texto, as palavras *doutrina*, *teoria* e *empíria* serão usadas para designar modelos ou tipos ideais de pesquisa ou reprodução acadêmica do direito. Elas se distinguem primariamente pelos métodos que privilegiam, e secundariamente por suas aspirações e destinatários. Os modelos doutrinário, teórico e empírico permaneceram de modo geral indiferenciados até o século 19. Dali em diante, no entanto, e especialmente por conta da difusão de versões legalistas do positivismo jurídico e da ruptura dos juristas acadêmicos com a filosofia moral professada por escolásticos

¹⁶ Lynn M. LoPucki, “Disciplining Legal Scholarship”, *Tulane Law Review*, v. 90, p. 1, 2015.

¹⁷ Exemplo clássico é o da importação de métodos econômicos (notas 351, 353, 355 e 356 adiante). Exemplo mais recente, o da importação de métodos linguísticos (nota 561 adiante) e neurocientíficos (nota 220 adiante) – embora neste último caso ainda haja mais importação de conceitos e de suposições protonormativas que de métodos propriamente ditos. A valorização da interdisciplinaridade pelos periódicos jurídicos norte-americanos pode ser traçada a um momento anterior. Por tradição, esses periódicos são editados por estudantes das faculdades que os publicam. Como nos Estados Unidos o curso de direito é uma pós-graduação, seus ingressantes têm de ter ao menos um grau universitário, normalmente um bacharelado. É natural que pessoas graduadas em letras ou matemática valorizem métodos que linguísticos ou matemáticos em detrimento dos métodos jurídicos, ao menos no início de suas pós-graduações. Discussão em Natalie C. Cotton, “The Competence of Students as Editors of Law Reviews: A Response to Judge Posner”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 4, p. 951, 2006. Nas últimas décadas, a multiplicação e a qualificação de revistas jurídicas dirigidas especificamente ao público profissional – os periódicos da *American Bar Association* continuam sendo seu melhor exemplo – tem reforçado a percepção de distanciamento entre as demandas dos periódicos jurídicos universitários e da prática jurídica norte-americana.

¹⁸ Revisão bibliográfica nos itens 4.4 e 4.5, especialmente.

e jusnaturalistas, a teoria se desprende da doutrina como modelo distinto de reprodução acadêmica do direito. No século 20 será a vez da empiria.¹⁹

Robert Alexy (1945) distingue três “dimensões da dogmática jurídica”: a dimensão analítica, a dimensão normativa e a dimensão empírica. Convém, no entanto, destacar algumas diferenças importantes entre essa distinção e aquela adotada neste trabalho. Doutrina, teoria e empiria são resultado de uma abstração a respeito daquilo que de os juristas de fato têm feito a partir das faculdades de direito. Já as dimensões da dogmática reportam-se primariamente à “ciência do direito”, que Alexy reconduz ao “direito positivo de um determinado ordenamento jurídico.” Elas são mais demandantes. Até por isso, os modelos doutrinário, teórico e empírico de pesquisa do direito dão conta de modalidades de investigação universitária estranhas ao que Alexy associa às dimensões analítica, normativa e empírica da dogmática.

O modelo empírico não se limita à “cognição do direito positivo válido” e à “aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica” (como dimensão empírica). Ele também envolve, na fronteira com a doutrina, a exploração de pretensões de validade latentes identificadas de modo privilegiado através da prática jurídica consultiva – pretensões veiculadas na contratação para a inovação, por exemplo. O modelo doutrinário, por sua vez, não se restringe à “dissecção sistemático conceitual do direito vigente” (objeto da dimensão analítica de Alexy), mas também envolve a “crítica da práxis jurídica” (que ele associa à dimensão normativa). Por fim, o modelo teórico (que será o modelo privilegiado ao longo deste trabalho) não se limita à crítica da prática: ele acolhe sua reimaginação, e sobretudo a especulação a respeito de potenciais liberatórios academicamente inexplorados.

Nesse sentido, o que aqui é chamado de “teoria do direito privado” vai além daquilo que Alexy apresenta como a “questão central” da dimensão normativa: “[determinar], a partir do direito positivo válido, [...] qual a decisão correta em um caso concreto.”²⁰ No sentido aqui empregado, a teoria não está comprometida com a doutrina relativa a um ordenamento jurídico específico, ainda que ela não possa ser desenvolvida sem referência ao desempenho de virtudes jurídicas localizadas, ou então a normas utópicas. As diferenças de rótulo e abrangência de doutrina, teoria e empiria (de um lado) e dogmática analítica, normativa e empírica (de outro) podem, talvez, ser explicadas pelo fato de que na Alemanha as fronteiras do saber jurídico encontram-se mais claramente definidas que no Brasil. Outra explicação está no fato de a *teoria do direito* ser, para os alemães, antes de tudo uma *teoria da doutrina*.²¹

¹⁹ A história desses desdobramentos no interior da literatura contratual europeia e brasileira foi objeto da minha dissertação de mestrado, defendida em 2016 e intitulada *Direito dos contratos e doutrina contratual*, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016.

²⁰ Todos os trechos de Alexy foram retirados de sua *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 32–36.

²¹ Mais sobre isso na nota 42 adiante e texto correspondente.

Vale dizer ainda que a identificação da autonomia como um conceito teórico e não doutrinário representa um *resultado* da pesquisa, não sua premissa. Até porque essa identificação iria de encontro a um entendimento abrangente, quase um truísmo a respeito da localização dos conceitos doutrinários: entendimento segundo o qual o lugar desses conceitos é a doutrina. A afirmação talvez não seja tão óbvia, pois um conceito não precisa nascer na doutrina para ser doutrinário. Conceitos importados de outros campos podem se tornar doutrinários se forem incorporados a métodos jurídicos tradicionais.²² A autonomia é um conceito recorrente na prática e nos textos doutrinários, e sobretudo na prática e nos textos doutrinários de direito privado. Logo, ainda que sua origem não fosse propriamente doutrinária, seria razoável supor que ela tivesse, hoje, caráter doutrinário.

Quando observamos as referências da doutrina ao conceito de autonomia mais de perto, entretanto, vemos que elas não resultam do desempenho (ou da descrição do desempenho) de virtudes jurídicas básicas. Essas referências pressupõem, sim, que a autonomia seja um conceito derivado do exercício regular dessas virtudes: mas elas não se desincumbem de demonstrá-lo. Reproposto na alvorada do moderno direito internacional, o conceito de autonomia se cristaliza no direito privado como se já não houvesse dúvida ou disputa a seu respeito. Descoberta como princípio ao alcance de todos, fundamento da razão crítica, a autonomia individual se transforma em mistificação a serviço de alguns.

É importante deixar claro que a afirmação de que a autonomia foi doutrinariamente mistificada ao longo do século 20 não deve ser entendida como um juízo genericamente depreciativo da doutrina. Quanto a isso, o texto distancia-se da postura assumida pelos estudos críticos norte-americanos, aproximando-se, quanto a isso, da contra-crítica:

“os estudos críticos em direito de fato se apresentavam, ruidosamente, como competidores daquilo que seus acólitos designaram ‘legalismo liberal’. Esse combate talvez tenha refletido uma confusão grosseira entre interpretação e explicação, como de maneira pouco generosa eu uma vez sugeri. No entanto, a postura de antagonismo adotada por esses autores talvez tenha refletido um

²² José Reinaldo de Lima Lopes, “Raciocínio jurídico e economia”, *Revista de direito público da economia*, v. 8, 2004, p. 164 (reconhecendo que “o raciocínio jurídico e a boa dogmática jurídica não são surdos aos saberes alheios e se dão conta de que vários objetos constituídos por outras disciplinas são a matéria prima sobre a qual decidem”); e Luis Fernando Schuartz, “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130–158, 2008, p. 145–146 e 152 (referindo-se a uma “domesticação” jurídica de raciocínios forjados fora do campo do direito).

juízo mais profundo sobre as verdadeiras responsabilidades da literatura jurídica. Se o verdadeiro propósito de uma interpretação explicativa desmistificadora é mudar radicalmente a opinião e a prática, então pode ela alcançar esse objetivo mais facilmente se assumir uma forma colaborativa.”²³

A outra razão pela qual o esclarecimento das premissas metodológicas desta tese é importante diz respeito à nacionalidade de suas referências. Boa parte dos trabalhos citados nas próximas páginas vem dos Estados Unidos da América, ou então está no centro de debates acadêmicos apropriados pelos norte-americanos. Isso pode causar estranheza, e faz sentido que cause. Primeiro porque não parece haver razão plausível para acreditar que os americanos (ou quaisquer outros estrangeiros) tenham mais a dizer sobre a sistematização e a atualização do direito brasileiro do que os próprios brasileiros. Segundo porque já não temos dúvida de que transplantes doutrinários tendem ser mais custosos que benéficos,²⁴ especialmente nos casos em que não são acompanhados por transformações institucionais eficientes. Acrescentem-se a esses problemas o renitente desentendimento causado entre nós por referências insuficientemente justificadas a conceitos inventados nos Estados Unidos ou difundidos a partir dali – três exemplos: *danos punitivos*, *condições precedentes* e *privacidade* – e teremos bons motivos para ficar com um ou dois pés atrás diante de uma tese repleta de referências a trabalhos originalmente escritos em inglês.²⁵

Esse receio poderia ser genericamente contestado pela afirmação de que os Estados Unidos ocupam, de fato, um papel proeminente na produção e na avaliação das ideias, e das ideias jurídicas em particular. Se ocupam de modo legítimo ou competente é outra história.

²³ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Belknap, 2011, p. 144.

²⁴ Otto Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1–27, 1974 (crítica político-cultural); Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, 1991 (crítica jurídico-sistemática); e Pierre Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017 (crítica desconstrucionista). A ideia de transplante jurídico costuma ser atribuída a Alan Watson, “From Legal Transplants to Legal Formants”, *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 3, p. 469–476, 1995. A metáfora, no entanto, já era usada com alguma regularidade desde a década de 1970. John Cairns, “Watson, Walton, and the History of Legal Transplants”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, v. 41, n. 3, p. 637, 2014. Há, no Brasil, reflexão antiga e altamente refinada sobre a fragilidade de transposições conceituais descontextualizadas: Antonio Candido [de Mello e Souza], *Literatura e sociedade*, 1965; 13. ed. São Paulo: Ouro sobre Azul, 2014.

²⁵ Isso não significa que conceitos doutrinários norte-americanos não possam ser empregados pela doutrina brasileira com proveito. Significa que seu emprego exige cautelas que não costumam ser observadas. Tentei exemplificar esse entendimento em “Punitive (and) Pain-and-Suffering Damages in Brazil”, in: White, Mark D. (Org.), *Law and Social Economics: Essays in Ethical Values for Theory, Practice, and Policy*, New York: Palgrave Macmillan, 2015, 183–207.

Fato é que ocupam. Mas essa não seria uma boa contestação, pois proeminência nem sempre é sinal de correção. Também por isso, gostaria de dizer que as referências norte-americanas ou norte-americanizadas desta tese têm outra razão. É que a expansão (para seus críticos, hipertrofia) da metodologia jurídica nos Estados Unidos fez com que professores admitidos em suas faculdades de direito se engajassem com maior frequência e intensidade no escrutínio de conceitos que por aqui, como na Europa, tendem a ser subtraídos da competência dos juristas. A autonomia é um desses conceitos. É por isso que quanto a ela, em particular, os norte-americanos tiveram mais a dizer que os europeus e os brasileiros.

Delimitação

“Passando do campo filosófico para o jurídico, e aqui descendo do plano da filosofia do direito para o plano da teoria geral, e em seguida para a dogmática (ou ciência) jurídica, e então atravessando o setor – por assim dizer – do direito público, para daí alcançar o direito privado, a palavra ‘autonomia’, que se complica com a fórmula ‘autonomia privada’, adquiriu uma quantidade notável de significados, suscitando, que é o que mais importa, uma profusão de problemas.”²⁶

Assim começa o verbete que Salvatore Pugliatti (1903-1976) escreveu sobre o conceito discutido nesta tese. O texto foi publicado em 1959, num dos primeiros volumes da *Enciclopedia del diritto*. Neste ponto da história, os sentidos da autonomia já haviam se dispersado de tal modo que não parecia possível apreendê-los sinteticamente. E isso não valia apenas para o direito: depois de permanecer restrito a nichos neokantianos,²⁷ o conceito ressurge em trabalhos que entrariam para os cânones da psicologia, da epistemologia e da pedagogia, para ficar com apenas três exemplos.²⁸

²⁶ Salvatore Pugliatti, “Autonomia privata”, in: *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1959, v. 4, p. 366.

²⁷ Jerome B. Schneewind, “Autonomy after Kant”, in: Sensen, Oliver (Org.), *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 146–168. No direito, a referência é Rudolf Stammler (1856-1938).

²⁸ São, mais especificamente, os casos de Sigmund Freud (1856-1939) na psicanálise, Jean Piaget (1896-1980) na epistemologia e Paulo Freire (1921-1997) na pedagogia.

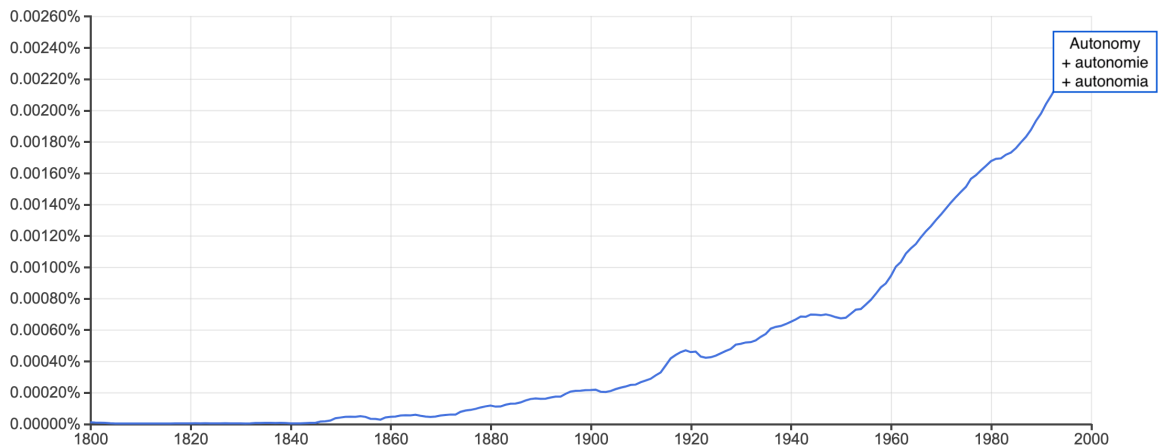


Gráfico obtido a partir da busca pelas palavras “autonomy”, “autonomie” e “autonomia” no Google Ngram Viewer (<https://books.google.com/ngrams>) em 22 de novembro de 2019. +

Se no final da década de 1950 parecia difícil levar adiante uma pesquisa sobre o conceito de autonomia sem alguma delimitação, hoje isso parece impossível.²⁹ Estabelecer essa delimitação a partir de fronteiras disciplinares pré-definidas talvez fosse a saída mais intuitiva. A investigação se restringiria, neste caso, ao conceito de autonomia no direito, e mais precisamente na doutrina do direito privado. É possível que essa delimitação viesse a se revelar insuficiente, mas ela poderia ser um primeiro passo. Em certo sentido, ela foi adotada: a doutrina é o Norte do trabalho. Mas nem sempre é possível ir para o Norte em linha reta, e no caso da autonomia as curvas da estrada não parecem se acabar.

Frente à dificuldade de uma delimitação baseada em fronteiras disciplinares, no entanto, o que fazer? Estaria a pesquisa fadada a ocultar a incompletude de sua própria ilimitação, a resignar-se diante de um indeterminismo radical, desconstrucionista, tendencialmente atomista – um indeterminismo que, não obstante, guiou boa parte do seu percurso, inclusive acadêmico?³⁰ Hoje acredito que a resposta seja não. Se pudermos reconsiderá-lo a

+ O Google Ngram Viewer é uma ferramenta que apresenta graficamente frequências absolutas e relativas de blocos de texto (*n-grams*) extraídos do acervo do Google Books.

²⁹ Para que se tenha uma ideia da amostragem do gráfico reproduzido acima, em outubro de 2019 o Google Books já havia indexado 40 milhões de livros. Isso é quase um terço de tudo que a humanidade já produziu desde a criação do tipo móvel. E muito provavelmente mais do que isso se considerarmos apenas a produção acadêmica, privilegiada pela ferramenta. Mais informações em *15 years of Google Books*, disponível em: <<https://www.blog.google/products/search/15-years-google-books/>>, acesso em: 2 ago. 2020.

³⁰ Essa resignação atomista é capturada em Unger, *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*, p. 49: “Pelo que o movimento de estudos críticos do direito pôs-se de pé? [...] Uma primeira corrente de ideias era a radicalização da indeterminação jurídica. Chame-a de abordagem da indeterminação ou desconstrução dos estudos críticos em direito. Seus antecedentes eram as teorias jurídicas antiformalistas,

partir de seus resultados e de seu horizonte de expectativas,³¹ o percurso deste trabalho revela uma delimitação que, na falta de expressão melhor, pode ser chamada de *meta-metodológica*: uma delimitação insubordinada a fronteiras disciplinares ou metódicas predeterminadas, mas submetida a revisões constantes a partir de metodologias reconhecidas.

Essa delimitação começou na história dos conceitos, seu principal modelo, e terminou na filosofia moral, e mais precisamente na metaética. Da história dos conceitos se extraíram três lições principais. A primeira delas é que um mesmo conceito pode ter vários nomes. Stuart Mill, por exemplo, não usa a palavra autonomia. Mas fala de autonomia, e seus textos são hoje a principal referência sobre o assunto.

A segunda é que um mesmo nome pode designar diferentes conceitos. Quem fala de autonomia a partir do direito privado tende a enxergar suas primeiras manifestações nos textos da *iurisprudencia* romana. De fato, práticas que hoje reconhecemos e criticamos através do conceito de autonomia, a constituição de obrigações contratuais em particular, foram identificadas ou formalizadas pela primeira vez Roma. Mas os jurisconsultos romanos não viviam em um mundo definido pelo secularismo e pela racionalidade; eles não se organizavam a partir da separação entre sociedade civil e Estado; e eles não assombravam pela calamidade da crise, tampouco se redimiam pela afirmação da crítica. Os romanos não poderiam, afinal, ter conhecido o conceito de autonomia.

A terceira lição extraída da história dos conceitos nos diz que sua metodologia, a própria metodologia da história dos conceitos, importa por si mesma, e não pela sua contribuição para a etimologia deste ou daquele nome ou aplicação conceitual secreta. Como diz Hayden White, a metodologia da história dos conceitos importa porque permite mapear “a invenção e o desenvolvimento de conceitos fundamentais (*Begriffe*) subjacentes a e

a desconstrução literária e abordagens estruturalistas à história das formas compartilhadas de consciência. Ela via a doutrina passada ou contemporânea como afirmação de uma visão particular de sociedade, enquanto enfatizava o caráter contraditório do argumento doutrinário e suscetibilidade à manipulação [...]. Uma condição teórica resguardava a tese da indeterminação radical. O direito pode ser indeterminado apenas se considerado na superfície de suas controvérsias. No entanto, tornava-se determinado à medida que seus intérpretes credenciados compartilhassem um modo de pensar sobre a sociedade, assim como sobre o direito. Esse modo de pensamento era o mais poderoso, já que deixado largamente implícito. A forma oculta de consciência era o que fazia o indeterminado determinado. [...] A lição da indeterminação radical desencaminhou seus proponentes a um deserto intelectual e político e os abandonou sem recursos ou perspectivas.”

³¹ Hoje entendo que o compromisso com a impossibilidade desse tipo de reconsideração seja a principal mensagem de um dos artigos mais impactantes que já li. Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, p. 1685–1778, 1976.

informadores de uma maneira distintamente histórica (*geschichtliche*) de estar no mundo.”³² É a partir dela que se propõe o reconhecimento – e quem sabe um horizonte para a superação – de uma maneira distintamente histórica, temporal mas não necessariamente cronológica, de conceber a autonomia no interior do mundo jurídico.

As lições metaéticas empregadas na delimitação da pesquisa dizem respeito em primeiro lugar ao reconhecimento de que a variedade dos métodos empregados no interior de diferentes disciplinas práticas não viola a unidade da razão. Direito, economia, filosofia moral, administração, psicologia, a lista é grande: direta ou indiretamente, todas dizem respeito a uma mesma razão prática, ainda que haja bons motivos para continuar reconhecendo suas diferenças. O ponto é que a unidade da razão prática garante a *compatibilidade* das disciplinas associadas às humanidades e às ciências sociais em sentido amplo: seus métodos podem circular, e sua crítica não precisa ser apenas interna.

Esse é um ponto delicado, pois até hoje o entendimento mais comum entre aqueles que se dedicam ao direito privado no Brasil parece ser outro. Quem diz que normas jurídicas “carimbam” fatos, ou então que sua “juridicidade” decorre da “incidência” do direito – coisas que repetimos cotidianamente, ainda que sem refletir –, pleiteia, ainda que sem querer ou com a melhor das intenções, uma pretensão bastante grave de soberania epistemológica, de primazia analítica pelo menos.³³

A teoria do *fato jurídico* representa a versão triunfalista, quase mitológica dessa pretensão. Seu sucesso pode ser verificado em qualquer manual de direito civil. Da esquerda à direita, do formalismo ao realismo, do jusnaturalismo ao positivismo, das introduções às monografias especializadas: referências à noção de fato jurídico podem ser encontradas nos mais diferentes espectros do pensamento jurídico.

O autor de uma tese importante a respeito de sua história partiu da premissa de que a noção teria desempenhado um papel “tecnicamente” análogo àquele que o conceito *causa* havia cumprido nos séculos precedentes.³⁴ O conceito de causa realmente

³² Hayden White, “Foreword”, in: Koselleck, Reinhart (Ed.), *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts*, Stanford: Stanford University Press, 2002, p. ix.

³³ Os dois termos são palavras-chave do *Tratado de direito privado* de Pontes de Miranda. Discussão em Torquato da Silva Castro Júnior, “Metáforas na teoria do fato jurídico”, in: Didier Júnior, Fredie; Ehrhardt Júnior, Marcos (Orgs.), *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*, São Paulo: Saraiva, 2010, 635–654. A pretensão de soberania veiculada por esses termos, mesmo involuntária, é uma das razões pelas quais o uso da expressão *relevância jurídica* parece-me preferível. A melhor elaboração do conceito de relevância jurídica, acompanhada pela defesa mais completa de sua preferência à subsunção, recondução típica ou incidência, foi feita, até onde sei, por Angelo Falzea no verbete “Efficacia giuridica”, in: *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1965, v. 14; e antes ainda, mas com mais inivação e menos detalhe, em *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano: Giuffrè, 1941.

³⁴ Thiago Reis, “From ‘Factum’ to Juridical Fact: Modern Legal Rationality Between Facts and Norms”, *Diritto & giustizia*, v. 40, p. 101–105, 2014, p. 101.

esteve no centro de alguns dos capítulos mais importantes da história do direito até o começo do século 19. A diferença é que suas referências só passaram a justificar pretensões de soberania epistemológica dos juristas a partir de meados do século 20, e através de reproposições moralmente esvaziadas que pouco ou nada tinham com as formulações anteriores do conceito.³⁵ A noção fato jurídico, ao contrário, nasce no contexto de um projeto político determinado: um projeto de soberania intelectual dos juristas, e de Savigny acima de todos, nas disputas pela distribuição de poder institucional que marcaram as primeiras décadas da Universidade de Berlim.

É nesse contexto que Savigny concebe a noção fato jurídico. E isso ajuda a entender seu caráter autorreferente: embora relevante para todos, praticamente inescapável, ela dependeria dos juristas – e apenas deles – para se realizar. De um ponto de vista especificamente institucional, o projeto político de Savigny sairia derrotado; de um ponto de vista intelectual mais abrangente, no entanto, sua vitória é inequívoca. De Jhering a Alexy, as contestações doutrinariamente reconhecidas do positivismo jamais conseguiram se desprender da heterodoxia: foram e ainda são oposição.

De todo modo, o ponto é que a noção de fato jurídico surge, ao contrário dos conceitos tradicionais, pré-novecentistas de causa, como um instrumento de dominação política dos professores de direito.³⁶

A boa notícia é que a unidade da razão prática já não é, entre nós, uma desconhecida.³⁷ Hoje, aliás, é mais fácil encontrar pretensões de soberania epistemológica em textos de direito-e-alguma-coisa (textos de direito e economia, direito e conjuntura, direito e linguagem e assim por diante) – esses textos admitem, afinal, *alguma* unidade da razão prática – que em textos convencionais de doutrina ou dogmática.

Alguns autores, no entanto, não parecem enxergar a metaética com bons olhos. Pior ainda se o ponto for trazê-la para a teoria jurídica. Ronald Dworkin, por exemplo, diz que a

³⁵ A mais conhecida reproposição do conceito de causa em termos moralmente esvaziados é, a meu ver, aquela veiculada pela causa-função social de Emilio Betti. Ela será discutida na última seção do capítulo 5. Até ali, e não por acaso, o conceito de causa sempre foi apresentado como uma *vestimenta* da ação humana, e não como um atributo intrínseco de fatos voluntários ou não-voluntários. Mais sobre isso no começo do capítulo 6.

³⁶ Conheço dois livros que contam essa história. O primeiro, mais específico, de James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton: Princeton University Press, 2014; o segundo, mais famoso, de Raoul Charles Van Caenegem, *Juizes, legisladores e professores*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³⁷ José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito e economia: os caminhos do debate”, *in*: Lima, Maria Lúcia L. M. Padua (Org.), *Direito e economia: 30 anos de Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2012. Formulação abrangente em Neil MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, (2008). Oxford: Oxford University Press, 2011. Para os dois autores, o reconhecimento da unidade da razão prática pode ser traçado a Tomás de Aquino. E também para Germain Grisez, “O primeiro princípio da razão prática (1965)”, *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 179–217, 2007. Tercio Sampaio Ferraz Júnior parece disputar esse entendimento. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ideia de metaética como disciplina distinta da filosofia moral é equivocada, pois ignora que o debate metaético *é ele mesmo moral*. O problema dessa opinião é que ela esconde uma leitura reducionista do campo: as pessoas que se dedicam à metaética, afinal, podem perfeitamente concluir – e concluem – que estão fazendo filosofia moral, sem com isso condenar todos aqueles que não estiverem de acordo com elas à deportação epistemológica.

O negacionismo disciplinar de dworkiniano é uma censura de espantalhos. Ele deriva da suposição de que os promotores da metaética desconhecem o que chama de “independência metafísica do valor” (em nota, Dworkin se reporta a Ayer: um autor importante para o campo, mas não o único),³⁸ e que insistem em separar a filosofia moral em dois segmentos: um relativo a “questões *de* moralidade – a justiça requer a universalização da assistência médica?”, e o outro a “questões *sobre* a moralidade – pode a proposição de que a justiça requer assistência médica ser verdadeira, ou ela expressa apenas uma atitude?”³⁹ Mas isso não é verdade, e mesmo autores que escreveram muito tempo antes da invenção da metaética – Kant e Mill, por exemplo – podem ser avaliados a partir de seus critérios.⁴⁰

De todo modo, um bom jurista não precisa ser dworkiniano para desconfiar da espécie de delimitação que vem sendo proposta. Esse jurista pode ter visões mais convencionais, pode inclusive ser alemão. Delimitações metodológicas, afinal – não é preciso metatizá-las –, são sabidamente insuficientes para a pesquisa doutrinária. O bom doutrinador sabe muito bem que faz pouco sentido propor uma doutrina *do direito*, ou mesmo *do direito privado*. Nenhum texto propriamente doutrinário poderia dar conta de *todo o direito privado*, muito menos *todo o direito*. A doutrina não pode fechar os olhos para os detalhes. E ir aos detalhes exige tempo e tinta.⁴¹ O que pode haver é boa doutrina da irretroatividade da condição

³⁸ Alfred Jules Ayer (1910-1989) foi, de fato, um dos grandes expoentes da metaética. Mas ele representa *uma* alternativa no interior de *um* segmento da metaética – que, de resto, já não parece ser dominante. Mais sobre isso no primeiro capítulo.

³⁹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 10.

⁴⁰ A afirmação dworkiniana de equívoco na identificação da metaética como disciplina acadêmica distinta poderia, a rigor, estender-se à distinção do direito: segundo Dworkin, ambos são províncias da moralidade em sentido amplo. Mas ele não dispensa ao direito o mesmo tratamento que dispensa à metaética.

⁴¹ Isso talvez sugira, ao menos a quem já estiver familiarizado com os textos de Kant, que no fim das contas o filósofo *não foi* um bom doutrinador. Ele propôs, afinal, toda uma *Doutrina do direito* em menos de 100 páginas – e essas 100 páginas não cobriam apenas o direito privado, mas também o direito público (mais sobre isso na nota 75 adiante). Sei que isso pode presunçoso, talvez ridículo em um trabalho como este, mas o ponto é que *é verdade*: ao menos diante da literatura doutrinária de sua época, Kant *não foi um bom doutrinador*. um Pothier (um quarto de século mais novo que Kant) tinha, a toda evidência, um domínio muito maior da doutrina.

suspensiva ou da renegociação de contratos de opção venda. Bons doutrinadores podem, claro, escrever sobre temas mais amplos ou abrangentes – condições em geral ou contratos de opção, por exemplo. Eles podem inclusive propor agendas de pesquisa mais extensas, agendas que podem, ao longo do tempo, e eventualmente com a colaboração de outras pessoas, cobrir um tema ou campo que ninguém seria capaz de cobrir em um só trabalho, ou mesmo em uma só vida. Mas essa abrangência – e com ela, a qualidade propriamente *doutrinária* de seus textos, – será inevitavelmente definida pelos detalhes da prática.

É por isso, em contrapartida, que ninguém espera que a pesquisa teórica vá aos pormenores da doutrina. Teóricos podem se dar ao luxo de investigar objetos que nenhum doutrinador se atreveria a cobrir sozinho e de uma só vez – a justiça, a paz, o Estado, a própria ideia de doutrina. A rigor, aliás, a teoria não precisa nem mesmo se conter nos sentidos a que a doutrina se reporta ou deve se reportar: acadêmicos profissionais que se dedicam à teoria não precisam falar de justiça, paz etc. no mesmo sentido que os juristas práticos. Os sentidos *institucionais* de um termo como “justiça”, por exemplo, – “entre na justiça!”, “isso vai para a Justiça Federal ou para a Justiça estadual?”, “a medida vai *reduzir a morosidade da justiça*” e assim por diante, – são tendencialmente diferentes daqueles que os teóricos da justiça (tanto filósofos quanto juristas) geralmente atribuir à palavra. Para não falar dos sentidos alheios às instituições jurídicas –, “Mévio fez justiça com as próprias mãos”, “o jeito é esperar a justiça divina!”, “o Tribunal de Justiça do Primeiro Comando da Capital” etc. Resumindo: a distância entre os sentidos teóricos e doutrinários de uma referência conceitual não pode ser tomada como índice de juridicidade da teoria.

Pode surgir alguma desconfiança neste ponto. Na Alemanha e nos países escandinavos, em particular, a teoria do direito é vista em primeiro lugar como uma teoria *da doutrina*, uma teoria da atividade doutrinária.⁴² E ideias parecidas ocorrem em outros lugares: numa passagem muito citada no Brasil, por exemplo, Bobbio propõe privilegiar a filosofia do direito *dos juristas* em detrimento da filosofia do direito *dos filósofos*: “é sempre preferível uma análise sem síntese (como a dos juristas filósofos) a uma síntese sem análise (vício

E o mesmo vale para os juristas-teólogos de Salamanca, os exegetas pós-napoleônicos e especialmente para os pandectistas.

⁴² Vários exemplos em Peczenik, Aleksander; Lindahl, Lars; Roermund, Bert van (Orgs.), *Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, 1. ed. 1984. Dordrecht: Springer, 2011.

comum dos filósofos juristas).”⁴³ Mesmo teóricos mais próximos e abertos à filosofia às vezes nos dizem que seus textos se dirigem ao esclarecimento deste ou daquele direito, e não ao esclarecimento do direito *qua* direito. Ronald Dworkin é um bom exemplo.⁴⁴

Mas nem todo teórico pensa assim. Herbert Hart, em particular, procurou deixar claro que seu propósito era outro. No famoso *Posfácio a O conceito de direito*, ele diz ter pretendido “fornecer uma teoria sobre o que o direito é que fosse ao mesmo tempo geral e descritiva. *Geral* no sentido de não estar amarrada a nenhum sistema ou cultura jurídica [...]; *descritiva* por ser moralmente neutra e não ter propósitos justificadores”.⁴⁵

Sabemos, de todo modo, que proposições doutrinárias não são gerais nesse sentido, nem descritivas. Proposições gerais e descritivas sobre conceitos como igualdade, paz ou Estado podem tornar a doutrina mais respeitável e persuasiva, mas não são capazes de conformá-la. Alguma desconfiança, portanto, permanece.

O perigo é que essa desconfiança pode, como sempre, acabar na vala comum da má vontade. Especialmente quando um conceito como o de autonomia é arrancado de seu habitat natural e submetido a uma cirurgia teórica de caráter histórico e metaético.

Justificação

Referências jurídicas à autonomia, afinal, – levemos a desconfiança ao limite da boa vontade – não cumprem apenas funções teóricas. Elas fazem mais do que os conceitos de igualdade, paz ou Estado. Elas *justificam premissas e conclusões jurídicas*, portam consigo *razões práticas juridicamente relevantes*. O doutrinador que recorre ao conceito de autonomia não quer apenas expandir sua autoridade epistêmica, tampouco ampliar a força perlocucionária de seus argumentos e nada mais. Do mesmo modo que o profissional da prática jurídica, e o juiz paradigmaticamente, o doutrinador que se reporta à autonomia não está em

⁴³ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1972, p. 44.

⁴⁴ Dworkin diz que o direito norte-americano – às vezes também o inglês – é o destino não apenas de seus textos jurídicos, mas também de sua filosofia moral. Isso é estranho, mas se justifica no interior de sua teoria. Ronald Dworkin, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁵ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. ed. Oxford: Clarendon, 1998, p. 239–240. Hart desenvolve, aqui, sua famosa qualificação do livro como um “ensaio de sociologia descritiva” (vi).

busca de *ethos* e *pathos* apenas, talvez nem primariamente: ele está em busca de *logos*. Suas referências ao conceito de autonomia são atalhos de justificação.⁴⁶

Isso tudo é verdade. Mas a desconfiança a respeito da submissão da autonomia a métodos históricos e metaéticos há de desaparecer, espero, diante do reconhecimento de que seu conceito, o conceito moderno de autonomia individual, vem gozando de um *privilégio* no interior do pensamento jurídico, um privilégio radicalizado no interior do direito privado. E um privilégio concedido não apenas pela doutrina, mas também pela teoria.

Todos que passamos por um curso de direito aprendemos que argumentos jurídicos, ao menos aqueles que se pretendam *justos*, têm de ser *justificados*, sobretudo se forem doutrinários, ou então se puderem afetar a vida de alguém. Todo jurista sabe que para fazer doutrina é preciso fornecer razões jurídicas, razões juridicamente justificadas. A doutrinadora que se reporta à disciplina do dolo accidental ou a um dever de mitigar o próprio prejuízo sabe que não pode tomar os conceitos de dolo accidental ou mitigação do próprio prejuízo como dados, tampouco terceirizar seu entendimento. Ela precisa justificá-los. E se quiser fazer *boa* doutrina, precisa justificá-los através de métodos *primariamente jurídicos*: métodos que possam ser reconhecidos e reproduzidos por qualquer jurista, seja ele profissional da prática ou acadêmico profissional: métodos derivados de virtudes jurídicas básicas.

O privilégio da autonomia é a suspensão dessa exigência.⁴⁷

Alguns textos nos informam, sim, que a palavra foi inventada pelos gregos, que ela aglutina *autos* e *nomos*, que os romanos não a valorizaram tanto quanto os modernos e que Kant disse coisas importantes a seu respeito. Em alguns casos, esses textos procuram nos convencer de que nosso conceito da autonomia é diferente daquele que se estabeleceu ao longo do século 19. Que ele se desenvolveu na Alemanha, submetendo-se aos benefícios sociais do direito público e aos limites individuais da moralidade positiva, diferenciando-se

⁴⁶ Esta também foi a conclusão de Duncan Kennedy em seu estudo sobre o conceito de autonomia no pensamento jurídico norte-americano. Duncan Kennedy, “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form’”, *Columbia Law Review*, v. 100, p. 94, 2000. Mas ele infelizmente discorda da distinção fundamental deste trabalho, que é distinção entre teoria e doutrina, pois parte de premissas que o levam a concluir de que todo conceito jurídico é, no fim das contas, indeterminado.

⁴⁷ E isso não vale apenas no Brasil. Ferri reconheceu que a autonomia também era privilegiada na Itália. Luigi Ferri, *La Autonomía privada*, Granada: Comares, 2001, p. 4: “No curso das minhas investigações preliminares, pude comprovar que não há uma verdadeira elaboração em profundidade do conceito de autonomia privada na doutrina italiana”. E Fried reconheceu o mesmo privilégio nos Estados Unidos: Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982, p. 1–2.

de um conceito mais antigo, francês por hereditariedade e positivista por convicção, articulado para atender ao liberalismo na política e ao individualismo na ética. A *autonomia privada* teria deixado a velha *autonomia da vontade* para trás.

Mas a carência de justificação permanece. Podemos pensar outra vez no dolo acidental e no dever de mitigação do próprio prejuízo. Esses conceitos estão no meio do caminho que os juristas percorrem para conectar fatos a normas e normas a resultados. Eles se justificam (ou se mostram injustificados, como parece ser o caso de um deles) mediante exercícios de sistematização e atualização do direito. Podemos, sim, descrever esses conceitos como dogmas, mas dogmas jurídicos não são Verdades. Dogmática não é Revelação. É justificação de práticas jurídico-institucionais mediante identificação e associação metódica de hipóteses e consequências. Essa justificação pode ser sumária – no caso do dolo acidental, por exemplo, a remissão ao texto dos artigos 145 e 146 do Código Civil é razão doutrinária suficiente –, mas ela continua sendo indispensável.

Por que haveria de ser diferente no caso da autonomia? Dizer que seu conceito é auto-evidente ou que ele já foi esclarecido pelos filósofos não responde à pergunta. A obviedade de um conceito doutrinário não o imuniza contra demandas de justificação, e o esclarecimento das implicações doutrinárias de um conceito – qualquer conceito, e o conceito de autonomia inclusive – não é tarefa de filósofos, mas de juristas. O que quero dizer é que a proposta de suspensão das referências doutrinárias ao conceito de autonomia avançada nesta tese não se justifica pelo equívoco ou pela inadequação dos textos em que ele surge (embora a pesquisa tenha revelado equívocos e inadequações, como veremos em um instante). Ela se justifica pelo *status* peculiar que o conceito assumiu no pensamento jurídico contemporâneo, e na literatura privatista brasileira em particular.

Mas será que a suspensão de suas referências é mesmo uma boa saída? Se o ponto da tese é dizer que a autonomia é um conceito insuficientemente justificado, que ele não se definiu nem mesmo na teoria, não seria melhor admitir que suas referências doutrinárias favorecem aquilo que Cass Sunstein chamou de *acordos incompletamente teorizados*? Investigar melhor o conceito talvez seja desejável, mas se suas referências não conduzem a

resultados práticos discrepantes – e hoje elas não parecem conduzir –, atacá-las é fazer muito barulho por nada. Melhor seria deixá-las em paz.⁴⁸

Ao menos três razões, no entanto, fazem crer que seja mais prudente suspender as referências doutrinárias à autonomia até que elas sejam justificadas.

A primeira diz respeito aos sujeitos a quem a autonomia tende a ser atribuída com maior naturalidade. Veremos que em suas melhores articulações a autonomia é antes de tudo um atributo dos seres humanos, e mais precisamente da vontade humana.⁴⁹ Os juristas, no entanto, acreditam que seja mais apropriado atribuí-la em primeiro lugar às pessoas jurídicas e às suas respectivas deliberações, especialmente quando essas pessoas jurídicas desempenham atividade empresarial. Essa crença, hoje endossada inclusive pelo Judiciário brasileiro,⁵⁰ reduz a autonomia a um exercício de racionalidade instrumental que nem sempre pode ser realizado por agentes sujeitos a emoções, vaidades, afetos ou quaisquer outros sentimentos alheios às equações liberais do mercado.

A segunda razão para suspender as referências doutrinárias ao conceito de autonomia em vez de acatá-las como incentivo para a realização de acordos incompletamente teorizados diz respeito aos atos e relações a que essas referências costumam ser associadas. Para os juristas, negócios jurídicos e contratos são atos de autonomia por excelência. Relações de caráter patrimonial são vistas como o terreno mais fértil para seu reconhecimento e sua promoção. Se na prática não forem, podem ser judicialmente redesenhadas para que passem a ser. Na reflexão filosófica, em contrapartida, a autonomia se mostra mais relevante quando o que está em jogo são relações que não se baseiam na atribuição de preços, mas no reconhecimento da dignidade humana. É verdade que no Brasil estas relações também podem ser estabelecidas por meio de contratos.⁵¹ Mas a suposição de que a autonomia desempenha um papel secundário na justificação de atos e relações jurídicas em que a dignidade esteja

⁴⁸ Cass R. Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements”, *Harvard Law Review*, v. 108, n. 7, p. 1733–1772, 1995.

⁴⁹ Mas a autonomia pode explicar um dever específico de respeito a animais não-humanos. Referências na nota 190 e texto respectivo.

⁵⁰ Por exemplo: “no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado.” STJ, Recurso Especial 1.158.815-RJ, Terceira Turma, relator Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07.02.2012.

⁵¹ Roxana Cardoso Brasileiro Borges, “Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)*, v. 11, p. 55–77, 2017.

em jogo vai de encontro aos entendimentos filosóficos sobre o conceito, e aos entendimentos filosóficos individualistas inclusive.

A terceira razão pela qual devemos abdicar de referências teoricamente disputadas e doutrinariamente injustificadas à autonomia é mais sutil que as duas primeiras. Ela diz respeito ao papel do Estado, e particularmente ao que esperar de um Estado que promova e garanta a autonomia. A impressão mais difundida entre os juristas sugere inescapável antagonismo entre ação autônoma e intervenção estatal. Negócios e contratos só podem florescer onde o Estado não se impuser. A própria palavra *intervenção* tende a nos sugerir uma ocorrência anormal ou indevida, reforçando a alergia estatal da autonomia.

Esse entendimento pode ser contraposto por uma crítica um tanto sobranceira, mas aparentemente correta: repudiar a intervenção estatal é desconhecer que não há contrato sem Estado, ou pelo menos que o papel dos contratos seria drasticamente reduzido se o Estado não se dispusesse a executá-los, e portanto a intervir. Essa crítica instancia um argumento mais comum, segundo o qual não há economia – nem riqueza, nem desigualdade, nem nada que se possa dizer institucional – sem que haja direito, e direito posto pelo Estado em particular.⁵² Quem se preocupa genuinamente com os riscos trazidos pela intervenção estatal ou professa ideologias que a satanizam poderia contra argumentar que essa crítica avacalha seu entendimento: o problema não é a execução de contratos *nos termos definidos pelos contratantes*, mas a modificação coativa desses termos, ou a imposição de contratos falsificados, pseudo-obrigações que jamais seriam livremente contratadas.⁵³

O ponto é que essa discussão deixa de fazer sentido quando consideramos o conceito de autonomia a partir de suas articulações filosóficas, incluindo aqui as articulações filosóficas capturadas pelos teóricos do direito. Voltaremos a este ponto na conclusão.

⁵² Esse argumento se popularizou no Brasil sobretudo a partir da tese espontaneísta de Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma; Bari: Laterza, 2003. Uma alternativa menos entusiasmada com o espontaneísmo foi recentemente proposta no livro de Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton: Princeton University Press, 2020.

⁵³ Há quem diga que estes são os problemas da doutrina contratual moderna. James R. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon, 1991, p. 1–9.

Estrutura

Depois desta seção, o texto se divide em sete capítulos.

O primeiro é uma *excusatio non petita*, mas breve. Dizer que o conceito de autonomia porta consigo alguma moralidade pode parecer uma tática para camuflar petições de ingenuidade jurídica sobre decisões que deveriam ser tomadas por cada um de nós de modo exclusivamente individual – para dizer de outra maneira, uma estratégia de avanço do moralismo ou de alguma crença moral oculta por meio do direito.⁵⁴ É imprescindível deixar claro desde logo que a moralidade discutida no trabalho nada tem com essa espécie de moralismo. O objetivo do primeiro capítulo é esclarecer esse ponto.

A discussão da moralidade *da autonomia* começa em seguida. Já se disse que a palavra vinha sendo usada há muito tempo, mas não no sentido que usamos hoje.⁵⁵ Kant foi o responsável pela invenção ou descoberta deste sentido no final do século 18, e ele é o protagonista do segundo capítulo do trabalho. Seus textos ganham forma a partir de condições intelectuais novas. O primeiro passo do capítulo é mapeá-las. O último, discutir alguns exageros e suposições indevidas a respeito da metaética kantiana.

O terceiro capítulo apresenta a mais sofisticada e influente alternativa filosófica à autonomia kantiana oferecida até o momento. Não seria incorreto descrevê-la como a origem das razões que hoje os juristas pressupõem na autonomia. Desta vez, o protagonista do texto será John Stuart Mill. Mas o desfecho dessa história é interpretado por outros autores – no caso, Harry Frankfurt e Gerald Dworkin. Seu propósito, diferente daquele perseguido nos textos de Mill, é redefinir o conceito de autonomia em termos individualistas, mas recorrer à moralidade: basicamente, encontrar uma autonomia moralmente esvaziada.

Já se adiantou que a sugestão prática deste trabalho é suspender as referências ao conceito de autonomia na doutrina brasileira do direito privado. Mas o que fazer com suas

⁵⁴ Esse talvez tenha sido o motivo implícito pelo qual John Gardner (1965-2019) decidiu abrir mão de qualquer referência à moralidade no último livro que publicou em vida, *From Personal Life to Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2018. O motivo declarado (11) foi impedir que suas propostas sucumbissem ao “perigoso charme” de um raciocínio segundo o qual “para fazer justiça à ideia de que a moralidade vincula a todos nós incondicionalmente” temos que “promover a eliminação das narrativas de fundo”, sucumbindo a “experimentos mentais [típicos] da filosofia moral contemporânea” (10). Este temor inclinadamente libertário (no caso de Gardner, apenas inclinadamente) será discutido ainda no primeiro capítulo.

⁵⁵ Uma síntese muito esclarecida dessa transformação é apresentada em Francesco Calasso, “Autonomia (storia)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 4 (Milano: Giuffrè, 1959).

referências teóricas? A resposta curta é *compreender e criticar*, e uma resposta mais elaborada é o que se propõe no quarto capítulo. Ele tem duas partes. A primeira cuida de referências à autonomia em textos teóricos abrangentes ou gerais pré-selecionados. Veremos que essas referências são muito parecidas com as referências filosóficas, às vezes não se distinguem delas. A segunda parte do capítulo trata de referências à autonomia na teoria do direito privado. Neste caso, que para mim foi surpreendente, elas se equiparam às referências normativamente pressupostas pela doutrina. Há realmente um ponto cego.

Chega-se enfim ao capítulo da doutrina. Ele tem seis seções, todas elas orientadas pela articulação prático-jurídica do conceito de autonomia individual. A primeira cuida de suas primeiras insinuações, aparentemente acidentais; a segunda, de suas primeiras referências propositadas. Essas duas seções iniciais dizem respeito ao direito internacional. As outras, ao direito privado. O propósito aqui é elaborar uma contra-narrativa da autonomia, que hoje ainda é a *narrativa da mistificação*. O ponto de chegada do capítulo é a investigação de como se constrói uma operação mistificadora exemplar.

O sexto capítulo enfrenta a mais perigosa redução conceitual da autonomia. Segundo ela, autonomia é *consentimento*. O capítulo é curto. Primeiro, ele reconta o esvaziamento moral da ideia de consentimento no interior do pensamento jurídico. Depois, apresenta um exemplo atual dos malefícios causados por esse conceito esvaziado.

O sétimo capítulo propõe um caminho para a realização da moralidade da autonomia no Brasil. Seu ponto de partida é a filosofia prática de Kant. O caminho proposto não pode ser chamado de subversivo, pois está latente no direito positivo brasileiro. Procura-se exemplificar essa afirmação a partir de distinções kantianas negligenciadas. Também a partir delas, antecipam-se possíveis acidentes de percurso.

A conclusão defende que o caminho apresentado no capítulo anterior é nosso melhor caminho. Ele é contrastado com o caminho brasileiro atual.

1. MORALIDADE *CONTRA* MORALISMO

Palavras como ‘moralismo’ não sugerem coisa boa. Se alguém nos diz que Tício “é um moralista”, a primeira imagem que nos vem à mente é a de uma pessoa que se vale de razões alegadamente morais para atribuir prioridade ou legitimidade a suas opiniões ou comportamentos em detrimento de opiniões ou comportamentos alheios. Nesses termos, o moralista tende a nos incomodar pelo simples fato de acreditar no que diz. Ele não precisa nem mesmo colocar suas ideias em prática. O simples fato de conhecermos suas crenças morais tende a ser suficiente para formarmos um juízo negativo a seu respeito.

Isso seria irrelevante para quem se ocupa do estudo do direito se o pensamento jurídico não fosse um dos refúgios favoritos dos moralistas.

1.1. Razões morais na doutrina jurídica

No caso da doutrina, entretanto, as razões moralistas nem sempre ficam evidentes, e a qualificação deste ou daquele discurso como moralista tende a ser rejeitada.

Até 2011, por exemplo, parte dos defensores da ilegalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo acreditava – ou dizia acreditar – que seu entendimento a respeito do assunto nada tinha com a moralidade, que se tratava de uma questão eminentemente jurídica, que seu interesse era apenas doutrinário. Até que ponto um discurso doutrinário *deve* permanecer alheio à moralidade é um problema grande que ainda não convém explorar. O ponto é que a maioria desses autores de fato se limitava à discussão de proposições doutrinárias *de lege lata* – e ao endosso de uma interpretação literal do artigo 226 da Constituição, em particular – para defender seu entendimento.⁵⁶

Isso tem de ser levado a sério se quisermos reconhecer o direito como um campo distinto no interior da razão prática e do pensamento metódico. Nenhum jurista prático pode supor que argumentos baseados na literalidade da lei devam por princípio ter menos peso

⁵⁶ Depois que o Supremo Tribunal Federal julgou, em 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, determinando que a expressão “homem e mulher” estabelecida no artigo 226 da Constituição *não pode* ser interpretada como uma restrição do casamento a pessoas de sexos diferentes, as razões doutrinárias em favor dessa restrição se tornaram, na melhor das hipóteses, argumentos *de lege ferenda*.

que argumentos morais, ao menos enquanto o que estiver em jogo for *apenas* a legalidade. A realidade das antinomias – ou da colisão de princípios, como hoje se diz hoje – não altera essa conclusão. Dúvidas jurídicas podem, sim, ser esclarecidas por razões morais, mas nenhuma razão moral nos autoriza a desconsiderar uma fonte formal do direito. Ou já não estaremos diante do direito, mas de outra prática social. Se a literalidade da lei ou a aparência da fonte formal coincide ou não as crenças morais do intérprete é outra história.

Diante disso, o doutrinador preocupado com princípios como o da livre-iniciativa e da liberdade de expressão, como é o caso da maioria, poderia propor um procedimento específico para lidar com razões supostamente moralistas no interior da doutrina. Para facilitar sua referência, podemos chamar esse procedimento de *liberalismo doutrinário*. Segundo o liberalismo doutrinário, razões morais só podem ser deixadas em segundo plano pela doutrina jurídica se se impuserem de antemão como razões *exclusivas* ou *prioritárias*. Nesses termos, uma razão moral só pode ser rejeitada se sua admissão implicar exclusão ou desvalorização irrefletida – *prima facie*, como às vezes se diz – de razões jurídicas.⁵⁷

Ainda que apenas em tese, é possível pensar em uma versão atomizada dessa espécie de liberalismo. Nela, razão nenhuma tem prioridade, tampouco exclusividade. Todas têm o mesmo peso, a despeito de seu caráter ou fonte. Não há razão que possa ser excluída antecipadamente. O problema dessa proposta – podemos chamá-la de *libertarianismo doutrinário* – é que com ela o bebê vai pelo ralo com a água suja: se todas as razões tiverem o mesmo peso no interior do direito, se a doutrina jurídica se transformar em um vale-tudo argumentativo, então ela já não será o veículo de um pensamento *distintamente* jurídico.

Os problemas do liberalismo doutrinário são mais sutis. O primeiro é que as razões moralistas mais repugnantes nem sempre se apresentam como razões morais, muito menos, claro, como razões moralistas. Muitas delas, aliás, são levantadas como razões indiferentes a qualquer moralidade, razões *amorais*, como dizem alguns de seus proponentes. Não por acaso, o combate a limitações alegadamente moralistas do debate público contemporâneo – limitações impostas pelo politicamente correto, pela ditadura da maioria, pelo mimimi e assim por diante – tende a ser o ponto de partida dos verdadeiros moralistas.

⁵⁷ Não se trata, neste ponto, daquilo que Joseph Raz chama de ‘razões de segunda ordem’. *Practical Reason and Norms*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 39. Veremos adiante que Harry Frankfurt e Gerald Dworkin usam a mesma expressão, também eles em um sentido bem diferente.

O segundo problema do liberalismo doutrinário é supor que a única função das razões morais empregadas no discurso jurídico é encobrir moralismos. Quem conhece a história do direito privado sabe que não é assim: a injustiça do preço cobrado por um bem, por exemplo, entendida como uma divergência significativa entre o preço praticado e o preço de mercado, foi e em certos casos ainda é encarada como razão *suficiente* para a anulação ou revisão do contrato que a formalizou. Se aceitarmos que essa espécie de justiça é uma parte da moralidade (e quase todos estão de acordo que ela seja),⁵⁸ então sua correlata *injustiça* será também uma *imoralidade*. Logo, afirmar que a injustiça do preço é razão suficiente para anular ou revisar um contrato é aceitar uma razão *prioritária* ou *exclusivamente* moral, mas não *moralista*, coisa que o liberalismo doutrinário não admite.

Alguém poderia insistir que a anulação ou a revisão de um contrato em razão da injustiça de seu preço é sim moralista, ou até mesmo repugnante. Que em uma sociedade verdadeiramente livre isso jamais poderia ser aceito. Que a revisão de um contrato celebrado livremente é o primeiro passo para a servidão. O argumento é sedutor, pois a ideia de que os contratos podem ser anulados ou revistos pela injustiça do preço realmente não surgiu em uma sociedade livre. A primeira regra abrangente a seu respeito foi, ao que parece, outorgada por Diocleciano e Maximiano há 1500 anos: “Se você ou seu pai vendem um terreno por um preço inferior àquele que ele vale,” dizia essa regra, “é equitativo (*humanum est*) que você devolva o preço para o comprador e retome o imóvel judicialmente, ou, se assim preferir o comprador, que você recupere a diferença do preço justo. O preço é considerado muito baixo se corresponder a menos da metade do que for devido.”⁵⁹

A partir de então, a regra seria reiterada de tempos em tempos, e na modernidade inclusive, para o escândalo de seus críticos, e especialmente daqueles que hoje chamamos de *economistas*.⁶⁰ No Brasil, após uma série de proposições esparsas, o 157 do Código Civil de 2002 determinou que os negócios jurídicos podem ser anulados ou revistos “quando uma

⁵⁸ Discussão em John Gardner, “Hart on Legality, Justice, and Morality”, in: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2014. Gardner reconhece que a identificação da justiça no interior da moralidade é de modo geral correta, mas propõe um entendimento um pouco diferente do que vou adotar aqui, pois identifica aspectos do estado de direito que podem integrar a ideia de justiça, mas não a moralidade. Esse ponto será retomado no quarto capítulo.

⁵⁹ Diocl., C. 4, 44, 2. Tradução baseada em Giovanni Vignali, *Corpo del diritto (Codice, vol. I)*, Napoli: Achille Morelli, 1860, p. 921–923.

⁶⁰ Propostas de teto para os juros contratuais tendem a causar estupefação parecida. Um entendimento herético sobre o assunto é proposto em Bruno Meyerhof Salama, “Spread bancário e enforcement contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica”, *Revista brasileira de economia*, v. 71, n. 1, p. 111–133, 2017.

pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Fato é que a regra do preço justo continua sendo mais que um subterfúgio moralista.

Em suma, não parece razoável rejeitar toda e qualquer referência doutrinária a razões morais – e a conceitos de justiça de modo mais específico – pela compreensível ojeriza do moralismo. Mas também não parece ser uma boa ideia submeter todo tipo de proposição aparentemente moral a um mesmo teste de adequação. A solução do liberalismo doutrinário soa razoável, pois garante que proposições morais não excluam proposições doutrinárias nem tenham por definição mais peso que elas. Mas essa solução é incompatível com a prioridade que a doutrina moderna do direito privado – e a doutrina brasileira não é exceção – atribui a regras jurídicas de fundo reconhecidamente moral.⁶¹

1.2. Razões morais para a teoria do direito

Quem se dedica à doutrina não costuma problematizar as razões morais empregadas em seu discurso. Isso simplesmente acontece. E faz sentido que seja assim, pois refletir sobre o lugar de razões morais no pensamento jurídico não é bem fazer doutrina, mas fazer teoria. Não por acaso, o debate sobre a relação estabelecida entre razões morais e jurídicas – ou entre direito e moral, como é mais comum dizer – tem sido, ao menos desde a conceituação do positivismo jurídico, o Grande Debate da teoria do direito, primeiro na Europa e depois também na América.

Há um acúmulo enorme, quase insondável de textos sobre o assunto. Mas por uma série de razões, e especialmente pela hegemonia contemporânea do pensamento teórico anglo-americano, o debate desencadeado a partir da crítica de Patrick Devlin (1905-1992) ao *Relatório Wolfenden* de 1957 tornou-se um ponto de partida canônico.

Advogado feito juiz em 1948 e promovido ao Tribunal Superior de Justiça Inglês (um tribunal de apelação) em 1960, Devlin insurge-se contra a proposta final do *Relatório*: que o “comportamento homossexual voluntário privado entre adultos” deixasse de ser crime

⁶¹ Há casos talvez mais óbvios que o do preço justo: normas sobre boa-fé e bons costumes, deveres de informar, de proteção e de cuidado, critérios de deserção e de prioridade creditória e assim por diante.

no Reino Unido. Pelas lentes do presente, é difícil não enxergar a insurgência devliniana como *moralista*, mas também é possível analisar seus argumentos por suas pretensões metaéticas. Seu propósito autodeclarado é criticar as “premissas filosóficas” que teriam orientado os trabalhos do comitê liderado pelo educador John Wolfenden (daí o nome do *Relatório*). Segundo Devlin, a tarefa básica do direito é “proteger a sociedade” por meio de uma “garantia da moralidade pública”. O comitê teria negligenciado essa tarefa: para a moralidade pública, afinal, as relações homossexuais ainda pareciam criminosas. Poderíamos questionar onde Devlin foi buscar essa moralidade, pois ele a distingue de sua opinião particular (embora não negue que elas sejam correspondentes). Ele responde: “naquilo que é aceitável ao homem ordinário, o homem do júri, que poderia também ser chamado homem razoável ou homem de princípios.”⁶²

Os juristas talvez já não se lembrassem da insurgência de Devlin se ela não tivesse servido de referência para a contra-crítica de Herbert Hart (1907-1992). Em uma série de textos publicados a partir de 1963, Hart argumenta que a proteção social identificada por Devlin não depende da preservação de crenças morais, ainda que muitos ou quase todos os sujeitos relevantes sustentem uma mesma crença. Não porque toda crença moral seja necessariamente falsa, mas porque crenças, *qua* crenças, não são suficientes para justificar a sanção institucionalizada do direito. Crenças podem, sim, compor justificações jurídicas satisfatórias, mas antes têm de ser elas mesmas justificadas. Para concluir a primeira versão de seu argumento, Hart dá um golpe de misericórdia: a insurgência de Devlin é ela mesma imoral, pois contraria “um princípio crítico, central pra toda moralidade, de acordo com o qual a miséria humana e a restrição da liberdade são más.”⁶³

Este capítulo do Grande Debate não termina aqui,⁶⁴ mas o importante neste ponto é a distinção hartiana – reconhecida pelos filósofos desde Bentham e Sidgwick,⁶⁵ mas aparentemente negligenciada pelos juristas até então – entre duas moralidades: uma *comum, positiva* ou *convencional*, sujeita à variação das nossas preferências, e outra *crítica*, imutável e talvez mais elevada, mas ainda assim arraigada profundamente no mundo humano. Hart vê

⁶² Patrick Devlin, *The enforcement of morals*, Oxford: Oxford University Press, 1965, p. 95.

⁶³ Herbert L. A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 17–24.

⁶⁴ Ele será retomado, por exemplo, em Ronald Dworkin, “Liberty and Moralism”, in: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

⁶⁵ Derek Parfit, *On What Matters*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 130–149.

uma conexão importante entre elas: a moralidade crítica forneceria os “princípios morais gerais usados na crítica de instituições concretas, entre as quais a moralidade positiva.”⁶⁶ Mas essa conexão é uma via de mão única: a moralidade positiva não poderia, por definição, informar a moralidade crítica, senão para levantar suspeitas sobre sua correção.

Essa distinção seria incorporada ao debate teórico posterior.

“Estejam certos os positivistas ou seus oponentes ‘moralistas’, todos parecem estar de acordo quanto à natureza da moralidade. Nós precisamos distinguir, como se diz comumente, entre a moralidade convencional e a moralidade crítica. A primeira delas consiste em proposições amparadas pelo consenso social; a última consiste em proposições asseveradas como verdade objetiva. Em todo caso, a moralidade, como o direito, consiste em proposições de normas que ou nós violamos, ou obedecemos.”⁶⁷

Hart voltaria ao debate para esclarecer que sua divergência de Devlin não deveria ser encarada como uma rejeição abrangente da moralidade positiva. Em 1967, ele propõe a distinção de duas teses a respeito do assunto. A primeira, chamada de *tese da desintegração*, diz que a moralidade positiva depende da sociedade, e não o contrário. A variação histórica e geográfica das crenças morais seria a melhor evidência disso.⁶⁸ Em algum momento, no entanto, a tese da desintegração pode entrar em colapso. É o nascimento da *tese conservadora*. Nela, a relação entre moralidade positiva e sociedade se inverte. A sociedade passa a depender da moralidade positiva, e particularmente do “ambiente moral” que sua estabilidade proporciona. Esta, diz Hart, é a verdadeira tese de Devlin.⁶⁹

Nessa leitura, conservadorismo e liberalismo – não o liberalismo político, nem o liberalismo econômico, mas aquele liberalismo *doutrinário* – não apenas se tocam: eles se *enlaçam*. O que era para ser um debate sobre diferenças inscritas no interior da teoria do direito e da filosofia moral redefine-se, assim, como questão *metaética*.

⁶⁶ Hart, *Law, Liberty, and Morality*, p. 20.

⁶⁷ George Fletcher, “Law and Morality: A Kantian Perspective”, *Columbia Law Review*, v. 87, p. 533, 1987, p. 533.

⁶⁸ Herbert L. A. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, 1967, p. 2.

⁶⁹ *Ibid.*

1.3. Razões morais através da metaética

Quem hoje fala desse assunto parece dar conta de um campo novo, e de fato o rótulo se popularizou há poucas décadas. Mas a espécie de reflexão que a chamada ‘metaética’ procura distinguir não é nova. Kant, por exemplo, fez na *Fundamentação da metafísica dos costumes* algo que hoje poderia ser chamado sem nenhuma falta grave de ‘metaética’. O filósofo apresentou, a partir de métodos emprestados de seus próprios objetos, uma articulação de instâncias assemelhadas da razão prática: uma *Doutrina do direito* e uma *Doutrina da virtude*. É algo parecido com o que Hart procura fazer. E ele o faz de maneira *quase* kantiana. Mas seu entendimento, como voltaremos a discutir, parece mais próximo daquele esposado por Mill.

No jargão metaético, entretanto, todos eles – Hart, Kant e Mill – são *cognitivistas*. Como todo jogador, o cognitivista quer ganhar o jogo; se perde, a depender de quando perde, ou abandona o campeonato ou parte para o próximo jogo. O não-cognitivista é diferente. Ele não desiste nem persiste: vira o tabuleiro. Não necessariamente porque não aceita perder (ainda que seja o caso de alguns), mas porque conclui que o jogo é uma grande farsa, que ele não vale nada. Ao que tudo indica, Devlin foi não-cognitivista, embora nunca tenha se assumido. Mas não podemos saber com certeza se ele concordaria ou não com o rótulo: seu moralismo, como mostrou Hart, não chegou a ser justificado.

Fato é que não seria justo reconhecer em Devlin um arquétipo do não-cognitivismo. Porque o não-cognitivista de verdade assume sua condição de frente. Ora por ter formado convicção de que a moralidade não existe, ora por concluir que não há nada que possa ser legitimamente chamado de moralidade – ou ainda porque reconhece que “moral” é apenas de uma palavra rebuscada que os filósofos inventaram para obscurecer a realidade dos nossos sentimentos (e talvez fosse este o caso de Devlin, mas paro por aqui com as conjecturas). Um não-cognitivista mais brutalizado talvez dissesse que essa é uma discussão tola: cada um de nós que se resolva com sua própria moralidade. Essa truculência tem seu encanto, sobretudo quando nossas crenças morais parecem inconciliáveis.

Há também quem vire o tabuleiro para mostrar que ele *sempre esteve virado*.⁷⁰ Apesar de ser menos atraente para o público em geral, essa variação do não-cognitivismo talvez tenha mais chance com os juristas. Segundo ela, proposições que qualificamos como “morais” não passam de idiosincrasias coincidentes. Elas não valem nada. É neste ponto que o argumento não-cognitivista pode seduzir os juristas: eles se tornariam, afinal, os únicos provedores de validade da razão prática. Mas o não-cognitivista não precisa negar em termos absolutos o valor da moralidade: esse valor pode ser atribuído à função normalizadora que proposições pretensamente morais exercem sobre nossas emoções.⁷¹

O não-cognitivista alcança, assim, a fronteira do cognitivismo. Mill parece estar nessa fronteira. Hart, um pouco além dela. Devlin, aquém.

Em princípio, o cognitivismo admite a recondução da moralidade ao resultado de somas contingentes e circunstanciadas de preferências individuais, mas lhe impõe certos requisitos – mecanismos minimalistas de controle de constitucionalidade, por exemplo. Em democracias equipadas com esse recurso, o resultado da agregação de preferências ser submetido a critérios de proteção suprapositivos – direitos humanos, por exemplo –, além de ser checado de tempos em tempos por procedimentos plebiscitários e eleitorais (embora neste caso já não estejamos falando de uma exigência metaética). O cognitivista enxerga, assim, uma parte importante da moralidade no interior do direito.

Esse entendimento pode salvar a moralidade de suas inevitáveis variações históricas e geográficas; mas ele também pode, em seus desdobramentos mais arrojados e encantadores, quase tão encantadores quanto aquele não-cognitivismo brutal, condenar o direito à ditadura de preferências desagregadas, ou então a agregações de preferências arbitrariamente segmentadas: preferências dos mais jovens, dos mais inteligentes, dos que fizeram mais pontos no concurso e assim por diante. Esses desdobramentos de um cognitivismo inicialmente aceitável se revelam em frases inofensivas como “nossa moralidade é diferente da moralidade dos nossos avós”, mas também em afirmações mais importantes como “além do papel

⁷⁰ Referências em Stephen Darwall; Allan Gibbard; Peter Railton, “Toward Fin de siècle Ethics: Some Trends”, *The Philosophical Review*, v. 101, n. 1, p. 115–189, 1992.

⁷¹ Por exemplo Alfred Jules Ayer, *Language, Truth, and Logic*, 2. ed. (1946; 1936). New York: Dover, 1952. Ronald Dworkin toma a parte da parte pelo todo: rejeita a distinção disciplinar da metaética por rejeitar o não-cognitivismo de Ayer. Referência na nota 38 acima.

puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra.”⁷²

Um entendimento metaético diferente, mas também associado ao cognitivismo, desconecta a moralidade de qualquer preferência ou agregado de preferências, submetendo-a em vez disso a prescrições autovalidadas, prescrições cuja validade pode não depender nem mesmo do nosso entendimento. Essas prescrições podem ser ditadas pelo soberano, pela ciência, pelo soberano, por divindades, pelo “método da economia” ou por qualquer outra fonte. Mas elas permanecem insubordinadas à nossa opinião.

Esta variação do cognitivismo pode ser identificada naqueles casos em que preferências individuais são contrariadas por razões que se apresentam como enormes obviedades: *foie gras* é delicioso, mas não é certo fazer aquilo com os patos; gostaríamos que o preço do nosso plano de telefonia celular fosse o mesmo que as operadoras oferecem a seus novos clientes, mas a mão invisível do mercado reverteria nosso benefício.⁷³

De vez em quando uma versão sofisticada deste último entendimento é atribuída a Kant. De fato, a moralidade kantiana não pode ser reduzida a preferências ou agregados de preferências individuais. Mas muito menos a determinações soberanas, verdades científicas, juízos oraculares, revelações sobrenaturais ou mensagens de autoajuda. Kant pode, sim, ser compreendido a partir do cognitivismo. Sua filosofia prática dificilmente se enquadra em suas principais repartições. Ela é o assunto do próximo capítulo.

⁷² Luís Roberto Barroso, “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 23–50, 2015, p. 42.

⁷³ Discussão em Harvey Cox, *The Market as God*, Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 3–22.

2. A DESCOBERTA DA AUTONOMIA INDIVIDUAL

Kant foi o responsável pela formulação paradigmática do conceito de autonomia como princípio secular e racional da moralidade. Seus textos, especialmente os escritos nas décadas de 1780 e 90, inauguram uma tradição de acordo com a qual problemas a respeito do que devemos ou não fazer de nossas vidas – problemas éticos, no sentido clássico da palavra – não são problemas de obediência, mas de autogoverno.

O filósofo apresenta sua concepção mais famosa de autonomia, e com ela sua antítese, a heteronomia, na *Fundamentação da metafísica dos costumes* de 1785. Suas ideias sobre o assunto já haviam sido ensaiadas, ainda de modo implícito, no panfleto *Resposta à pergunta: “o que é o esclarecimento?”*, divulgado um ano antes, e também nos *Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência* de 1783.⁷⁴ Situadas no interior do projeto sistemático kantiano no começo da década de 1780 com a edição da *Crítica da razão pura*, essas ideias seriam desenvolvidas nas duas outras críticas de sua trilogia, a *Crítica da razão prática* de 1788 e a *Crítica da faculdade de julgar* de 1790, e outra vez implicitamente em obras mais específicas como o artigo *Sobre a expressão corrente: “Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática”* e o livro *A religião nos limites da simples razão*, publicados em 1793 e 1796, respectivamente.

Mas o pensamento de Kant não atende a todas as expectativas, e especialmente ao que tende a ser a expectativa do jurista contemporâneo, os conceitos de autonomia e heteronomia não vêm à tona nos *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito*, ou simplesmente *Doutrina do direito (Rechtslehre)*, texto que corresponde à primeira parte da *Metafísica dos costumes* de 1797 (na segunda metade estão os *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do virtude*, a *Doutrina do virtude* ou *Tugendlehre*).⁷⁵ Há ali uma única menção

⁷⁴ Sobre a identificação da ideia kantiana de autonomia na *Resposta*, Paul Ricoeur, “Autonomia e vulnerabilidade”, in: Ricoeur, Paul (Ed.), *O justo*, São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 2, 79–100; sobre a autonomia nos *Prolegômenos*, Eric Watkins, “Autonomy and the Legislation of Laws in the Prolegomena (1783)”, in: Bacin, Stefano; Sensen, Oliver (Orgs.), *The Emergence of Autonomy in Kant’s Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

⁷⁵ Traduzir *Rechtslehre* e *Tugendlehre* como “doutrina do direito” e “doutrina da virtude” pode soar mal a alguns juristas, e especialmente àqueles acostumados a encontrar a palavra *Lehre* traduzida como “teoria”. O caso mais famoso é o da *Reine Rechtslehre* de Kelsen, a *Teoria pura do direito*. Ao longo do texto, no entanto, vou me referir às *Lehren* de Kant como *doutrinas*. Não porque Kant não faça teoria no sentido que o termo assume neste trabalho – é exatamente o contrário –, mas porque o filósofo não faz *apenas* teoria, e na *Rechtslehre*, em particular, a teoria ocupa menos espaço que a doutrina. Reunir *toda* a doutrina do direito em meio

à palavra “autonomia”, que surge, porém, em seu sentido antigo, relativo às organizações políticas, e neste caso específico em referência aos poderes (legislativo, executivo e judiciário) através dos quais o Estado “configura e preserva a si mesmo.”⁷⁶

Todos esses trabalhos – da *Resposta à pergunta* às duas partes da *Metafísica dos costumes* – são representativos de uma *fase crítica* da reflexão kantiana. Essa fase é inaugurada pela *Crítica da razão pura* de 1781 e encerrada por um conjunto de textos póstumos produzidos após a edição da *Antropologia de um ponto de vista pragmático* de 1798 e d’*O conflito das faculdades* publicado no mesmo ano.⁷⁷ Há alguma inovação substancial nos textos kantianos produzidos ao longo dessa fase. Isso, como era de se esperar, causou algum tumulto na literatura secundária, e na *Kant-Forschung* em particular, especialmente no que toca à possibilidade de interpretar a *Metafísica* de 1797 à luz da *Crítica da razão pura*.⁷⁸ E o percurso da fase crítica também é marcado por importantes alterações terminológicas. Na *Crítica da faculdade de julgar*, por exemplo, Kant esboça o conceito de *heautonomia*, que associa ao caráter ao mesmo tempo subjetivo (porque fundado “no sentimento singular de prazer ou desprazer” de cada um) e objetivo (porque baseado em “faculdades superiores do conhecimento” pretensamente universais) do juízo estético reflexivo.⁷⁹ E antes disso, na *Crítica da razão prática*, como veremos em detalhe no último capítulo, o filósofo distingue a

livro é uma ideia no mínimo ousada, e isso ajuda a entender as fragilidades técnicas que sucessivas gerações de juristas têm identificado no texto kantiano. Exemplos mais recentes tanto em leitores críticos – como Gonçalves de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law: A Philosophical History of Liberal Legalism*, London: Hart, 2019. – como em kantianos autodeclarados – como Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press, 2009.

⁷⁶ Immanuel Kant, *Metafísica dos costumes*, Petrópolis: Vozes, 2017, p. 124 (318). A segunda edição da *Metafísica*, publicada em 1798, incorpora um apêndice importante à *Doutrina do direito*.

⁷⁷ As traduções que consultei foram as seguintes: *Crítica da razão pura*, 4. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2015; Immanuel Kant, *Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*, São Paulo: Estação Liberdade, 2014; “Resposta à pergunta: que é ‘esclarecimento’?”, in: *Textos seletos*, Petrópolis: Vozes, 2012; *Fundamentação da metafísica dos costumes*; *Crítica da razão prática*, São Paulo: Vozes, 2016 trad. Monique Hulshof; *Crítica da faculdade de julgar*, São Paulo: Vozes, 2017; “Sobre a expressão corrente: ‘Isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática’”, in: *A paz perpétua e outros opúsculos*, 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2008; “A paz perpétua”, in: *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa: Edições 70, 2008; *A religião nos limites da simples razão*, Lisboa: Edições 70, 2008; *Metafísica dos costumes*, trad. Clélia Aparecida Martins; *Antropologia de um ponto de vista pragmático*, São Paulo: Iluminuras, 2006 trad. Clélia Aparecida Martins; e *O conflito das faculdades*, Lisboa: Edições 70, 2017. Infelizmente não obtive a tradução que Guido Antônio de Almeida preparou para a *Fundamentação da metafísica dos costumes* a tempo de alterar as referências. Ela seria mais adequada ao texto. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, São Paulo: Discurso, 2009.

⁷⁸ Uma tese extraordinária sobre o assunto rejeita essa possibilidade. Diego Kosbiau Trevisan, *O tribunal da razão: um estudo histórico e sistemático sobre as metáforas jurídicas na Crítica da razão pura*, tese de doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2015, p. 71.

⁷⁹ Kant, *Crítica da faculdade de julgar*, p. 86 (185).

ideia de *vontade em sentido estrito* do decisivo conceito de *arbitrio*, que por sua vez está na base de uma redefinição juridicamente informada de *liberdade*. Sem embargo dessas mudanças, seguirei aqui a opinião daqueles para os quais Kant não teria alterado significativamente seu projeto filosófico-crítico ao longo das décadas de 1780 e 1790.⁸⁰ No mais, como o propósito central desta tese é examinar a ideia de moralidade da autonomia no campo do direito privado, e não oferecer uma exegese historicamente rigorosa dos conceitos filosóficos mobilizados na crítica kantiana,⁸¹ vou discutir variações conceituais apenas na medida em que elas forem úteis ao nosso esclarecimento.

Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant define a “autonomia da vontade” (*Autonomie des Willens*) como o “princípio supremo da moralidade” (*oberstes Prinzip der Sittlichkeit*), descrevendo-a como uma propriedade da vontade “graças à qual ela [a vontade, *der Wille*] é para si mesma sua lei (independentemente dos objetos do querer).”⁸² Pouco antes, Kant já havia informado que “[a] dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral) é a *obrigação*”, e que “[a] necessidade objetiva de uma ação por obrigação chama-se *dever*.”⁸³

Embora tenha sido inventada (ou, como consta do título deste capítulo, *descoberta*) por Kant,⁸⁴ essa ideia de autonomia representa uma *síntese* de movimentos intelectuais precedentes. Esses movimentos, por sua vez, são tributários de duas transformações políticas decisivas para a história do que hoje chamamos de direito privado – e essas transformações são decisivas *para o direito privado* porque não se esgotam no campo político, mas refletem

⁸⁰ Esta é a tese de Henry E. Allison, *Kant's Theory of Freedom* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990). Voltarei a ela no final do terceiro capítulo.

⁸¹ Outra vez, referência em Trevisan, *O tribunal da razão: um estudo histórico e sistemático sobre as metáforas jurídicas na Crítica da razão pura*, que dedica a primeira parte e sua tese a essa empreitada.

⁸² Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 90 (BA 87).

⁸³ *Ibid.*, p. 89 (BA 86).

⁸⁴ Em sua famosa história da filosofia moral moderna, Jerome Schneewind (1930) lançou a ideia de que a autonomia foi uma *invenção* kantiana. Isso não quer dizer que até Kant ninguém houvesse pensado em nada parecido com a autonomia. O próprio Schneewind, aliás, defende justamente o contrário disso, e não é por outra razão que o capítulo sobre Kant é o último de seu livro. O que Schneewind quer dizer com “invenção da autonomia” é que antes de Kant ninguém havia qualificado a autonomia como um princípio moral que não estivesse dado. *A invenção da autonomia*, São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 29. O próprio Kant, no entanto, parece enxergar sua concepção de autonomia como uma *descoberta*, e não propriamente uma invenção, como mostra Henry E. Allison, *Kant's Groundwork for the Metaphysics of Morals: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1, nota 1.

mudanças profundas na vida pessoal.⁸⁵ A primeira dessas transformações políticas vem à tona em reação às guerras religiosas dos séculos 16 e 17, desagua no absolutismo clássico; a segunda nasce no século 18 em oposição a esse mesmo absolutismo, e prospera nas expressões paradigmáticas da democracia representativa: o controle de constitucionalidade e os direitos humanos.

2.1. Contexto: secularização e racionalização

A concepção kantiana de autonomia sintetiza, como disse, duas transformações político-pessoais decisivas para a constituição intelectual da modernidade. A primeira delas é ilustrada por Hugo Grócio (1583-1645). Considerado um prodígio em seu tempo – o “milagre da Holanda”, como o chamou rei Henrique IV da França (1553-1610) –, Grócio ingressa na Faculdade de Direito de Leiden aos 11 anos, obtém o título de doutor em Orléans aos 15, torna-se conselheiro real aos 21 e publica uma obra de impacto global aos 26.⁸⁶ Ao lado de Francisco de Vitória (1483-1546) e Alberico Gentili (1552-1608), ele assume a paternidade do moderno direito internacional público – o direito das gentes, como era então chamado, em uma redefinição do antigo *ius gentium* romano. As ideias de Grócio ganharão forma madura ao longo dos três volumes de seu mais importante tratado, o *Direito da guerra e da paz*, concluído em 1623 e publicado dois anos depois.⁸⁷

Extraídas dessa obra, as contribuições mais significativas do autor para a história da autonomia individual são quase imperceptíveis ao leitor contemporâneo. A primeira delas é específica, e diz respeito à ideia de *liberdade natural*. Essa não era uma ideia propriamente nova. Ulpiano e outros juristas romanos já reconheciam que “graças ao direito natural todos [os homens romanos pertencentes a certos extratos sociais] nascem livres.”⁸⁸ Este direito natural, entretanto, ainda não era clara ou conscientemente associado a uma ideia de moralidade – uma ideia inescapavelmente humana que a tradição jusnaturalista posterior traz

⁸⁵ Koselleck, *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*; Marcel Gauchet, *The Disenchantment of the World: A Political History of Religion*, 2. ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

⁸⁶ Hugo Grotius, *Mare Liberum*, Leiden: Brill, 2009.

⁸⁷ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Indianapolis: Liberty Fund, 2005. Obtive as informações biográficas de Grócio no verbete de Jon Miller, “Hugo Grotius”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2014.

⁸⁸ Ulp. 1 inst., D. 1, 1, 4: “[...] cum iure naturali omnes liberi nascerentur [...]”

para o centro de sua reflexão. Em Roma, a liberdade veiculada pelo direito natural dizia respeito ao que na época de Justiniano se designava “faculdade natural de fazer o que bem entender.”⁸⁹ Não surpreende que essa faculdade não fosse atribuída apenas “aos homens”, mas também “aos outros animais.”⁹⁰

Para Grócio é diferente. Em seus textos, o direito que garante a liberdade natural já não se reduz ao conjunto de posições jurídicas identificadas diante da ausência empírica de escravidão ou servidão. Não estamos diante de um direito “em sentido negativo” (essa qualificação é empregada pelo próprio Grócio),⁹¹ mas do direito “em sentido positivo”, entendido como “a Qualidade moral anexada à Pessoa que a habilita a ter ou fazer algo de modo justo.”⁹² Brian Tierney associa esse entendimento ao que chama de *jusnaturalismo permissivo*. Essa tradição antecede Grócio e chega a Kant.⁹³ Mas Grócio dá um passo que os jusnaturalistas anteriores – e especialmente Francisco Suárez (1548-1617) – procuraram repelir veementemente.⁹⁴ E isso nos conduz à segunda e mais importante contribuição de Grócio para a história da autonomia individual.

Trata-se, neste caso, de uma contribuição abrangente. “Tudo que dissemos até aqui”, escreve ele no *Discurso Preliminar* ao seu *Direito da guerra e da paz*, “deveria valer ainda que admitíssemos, e isso não pode ser admitido senão com a maior perversidade, que Deus não existe, ou que os negócios humanos não interessam a ele.”⁹⁵ Infelizmente muito pouco havia sido dito até este ponto. A passagem famosa, que ficaria conhecida pela expressão “ainda que admitíssemos” – *etiamsi daremus*, conforme o texto original em latim –, está nas primeiras páginas do *Discurso*. Antes de enunciá-la, Grócio defende, de modo não propriamente inovador, a possibilidade da articulação de princípios universalmente válidos de direito natural. Seu oponente intelectual neste ponto é o céptico platônico Carnéades (214/3-129/8 a.E.C.), autor para quem (segundo nos informa Grócio) o egoísmo humano impediria

⁸⁹ Inst. 1,3 1: “*Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur.*”

⁹⁰ Inst. 1, 2 pr.: “*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit [...].*”

⁹¹ Grotius, *The Rights of War and Peace*, p. 136 (I, 1, 1, 3).

⁹² *Ibid.*, p. 138 (I, 1, 1, 4).

⁹³ Tierney, *Liberty and law*.

⁹⁴ Knud Haakonssen, *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 21–22.

⁹⁵ Grotius, *The Rights of War and Peace*, p. 89 (Prol. XI).

genericamente a empreitada jusnaturalista. Essa oposição tem de ser bem compreendida: o propósito de Grócio não era apenas avançar uma certa interpretação sobre a história antiga, mas evidenciar um ponto teórico. O autor do *Direito da guerra e da paz* se dirigia ao ceticismo moderno de modo geral.⁹⁶ Nesse contexto, a ressalva trazida à tona pelo *etiamsi daremus* sintetiza, ao menos à primeira vista, a ideia de que questões humanas devem, afinal, ser pensadas como questões humanas.⁹⁷

Mas também esta última leitura tem de ser qualificada. Se Grócio estivesse dizendo simplesmente que nem tudo que existe no mundo depende de forças sobrenaturais, ele não teria ido muito mais longe que Sócrates, “o primeiro a tirar a filosofia do céu e estabelecê-la nas cidades dos homens, trazendo-a para as casas e levando-a a cogitar sobre a vida, a moral e as coisas boas e más.”⁹⁸ Grócio também não teria inovado significativamente se tivesse se limitado a afirmar que o *conhecimento* do certo e do errado independe de Deus, e em particular de sua vontade ou mesmo de sua absoluta razão. Isso já havia sido sugerido por teólogos-juristas como o já mencionado Suárez, e antes dele Gregório de Rimini (1300?-1358).⁹⁹ Suárez, aliás, atribuía ao próprio Gregório a ideia de que “mesmo se Deus não existisse, ou que Ele não se valesse da razão, ou ainda que Ele não julgasse as coisas corretamente, ainda assim os mesmos ditados da boa razão residiriam no homem, garantindo constantemente, por exemplo, que mentir é um mal.”¹⁰⁰

A “ímpia hipótese” do *etiamsi daremus*, portanto, deve dizer algo mais. E ela diz: Grócio supõe que a própria *fundamentação* da moralidade – e não apenas sua *cognição* – pode prescindir de Deus: que não é preciso recorrer a mandamentos divinos para afirmar o

⁹⁶ Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, p. 24–25.

⁹⁷ Essa é a interpretação de Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 648–649.

⁹⁸ Marco Túlio Cícero, *Tusculanae Disputationes*, disponível em: <https://la.wikisource.org/wiki/Tusculan%C3%A6_Disputationes/Liber_V>, acesso em: 3 out. 2019, p. V, iv, 10: “*Socrates autem primus philosophiam devocavit e caelo et in urbibus conlocavit et in domus etiam introduxit et coegit de vita et moribus rebusque bonis et malis quaerere.*”

⁹⁹ Schneewind, *A invenção da autonomia*, p. 85–92.

¹⁰⁰ O trecho do *De legibus, ac Deo legislatore* (1612) de Suárez é reproduzido por Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, 19. Suárez, como disse, imputa essa leitura a Gregório de Rimini, e procura contrastá-la com o voluntarismo nominalista de Guilherme de Ockham (1285-1347). Mas Haakonssen enfatiza que “ao imputar a Gregório essa leitura, Suárez está sugerindo que seu antecessor pensava que poderia haver obrigação sem Deus, um ponto que Suárez obviamente considerava um absurdo auto-evidente.” (20-21).

caráter moralmente obrigatório deste ou daquele comportamento.¹⁰¹ “Pois nada é propriamente suscetível de Direitos e Obrigações,” diz o filósofo, “senão um Ser capaz de formar Máximas gerais”.¹⁰² Essa é uma inovação do jusnaturalismo de Grócio.¹⁰³ E ela será, como observa Höffe, levada ao centro da filosofia moral kantiana:

“Para Kant, uma máxima não é moral porque Deus em seu soberano poder a ordena, mas Deus a ordena porque ela e Ele mesmo são racionais. Mesmo se do ponto de vista empírico às vezes possa tratar-se do oposto, do ponto de vista sistemático a moralidade não resulta da fé, mas a antecede.”¹⁰⁴

Grócio, no entanto, escreve um século e meio antes de Kant, e nas primeiras décadas do século 17, muito mais do que nas últimas do 18 (e talvez tanto quanto em certas distopias presentes),¹⁰⁵ a sugestão de uma moralidade fundamentalmente secular tinha graves conotações políticas. Síntese dos conflitos religiosos do período, a Guerra dos Trinta Anos havia sido desencadeada em 1618. Em 1620, Grócio é condenado à prisão perpétua por conta de sua oposição circunstancial ao príncipe de Orange, que pouco antes aplicara um bem-sucedido golpe de Estado calvinista na Holanda. Depois de alguns meses preso no castelo de

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 29. Em contraste com Suárez, Grócio nega, por exemplo, que o conteúdo do direito natural possa ser reduzido aos preceitos do Velho e do Novo Testamento. Grotius, *The Rights of War and Peace*, p. 124 e 126 (Prol. XLIX e LI).

¹⁰² Grotius, *The Rights of War and Peace*, p. 157 (Prol. XII).

¹⁰³ Quanto a isso estão de acordo Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, p. 24–30 (que identifica em Grócio um ponto de partida para a modernização do jusnaturalismo); e Tierney, *Liberty and law*, p. 229–236 (para quem Grócio antecipa o ponto de chegada jusnaturalista de Kant).

¹⁰⁴ Otfried Höffe, *Immanuel Kant*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222.

¹⁰⁵ Jamil Chade, *Itamaraty contraria Constituição e prega religião como política de Estado*, Uol, disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2019/11/28/governo-bolsonaro-cristaos-hungria-diplomacia-itamaraty.htm>>, acesso em: 28 nov. 2019. Segundo o Secretário de Assuntos de Soberania Nacional e Soberania do Itamaraty, “[u]ma das principais mudanças conduzidas pelo governo Bolsonaro foi exatamente colocar a religião no processo de formulação de políticas no Brasil.” Teocracia é diferente de respeito à religião, como fica claro, por exemplo, em um documento recente do Vaticano: “*Papa Francesco sottolinea che la libertà religiosa non mira a preservare una “sottocultura”, come vorrebbe un certo laicismo, ma costituisce un prezioso dono di Dio per tutti, garanzia basilare di ogni altra espressione di libertà, baluardo contro i totalitarismi e contributo decisivo all’umana fraternità. Alcuni testi classici delle religioni hanno una forza di motivazione che apre sempre nuovi orizzonti, stimola il pensiero e fa crescere l’intelligenza e la sensibilità. Così possono anche offrire un significato per tutte le epoche. I governi devono – fra tutti i loro compiti – tutelare, proteggere e difendere i diritti umani come la libertà di coscienza e religiosa. Infatti, rispettare il diritto alla libertà religiosa rende più forte una nazione e la rinnova. [...] L’impegno culturale e sociale dell’agire credente, che si esprime anche nella costituzione di aggregazioni intermedie e nella promozione di iniziative pubbliche, è pure una dimensione di questo impegno, che i cristiani sono chiamati a condividere con ogni uomo e donna del loro tempo, indipendentemente dalle differenze di cultura e di religione. Nel dire “indipendentemente” non s’intende, naturalmente, che queste differenze devono essere ignorate e considerate insignificanti. Significa piuttosto che esse devono essere rispettate e giudicate come componenti vitali della persona e valorizzate congruamente nella ricchezza dei loro apporti alla vitalità concreta della sfera pubblica. [...]*” (Citações omitidas). Commissione Teologica Internazionale, Sottocommissione libertà religiosa, “La libertà religiosa per il bene di tutti: approccio teologico alle sfide contemporanee”, 2019.

Loevestein, o jurista, que ainda não tinha quarenta anos, foge para Amsterdam escondido em um baú de livros (fato que garantiria sua fama fora dos círculos intelectuais), e dali segue para Paris. Os três volumes do *Direito da guerra e da paz* são concluídos nesse período turbulento, situado entre a prisão holandesa e o exílio francês. Não surpreende que seu autor tenha adotado certas precauções, e a ideia de que a “ímpia hipótese” de uma moralidade secular não passa de um exercício mental é uma delas.¹⁰⁶

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) será menos cauteloso. Sua trajetória, ainda mais acidentada que a de Grócio (e talvez que de qualquer outro filósofo moderno), não o impediria de refletir paradigmaticamente as transformações pessoais e políticas de seu tempo. Nascido em uma família calvinista de Genebra, Rousseau perde a mãe antes de completar um mês de vida, e até os dez anos é criado por seu pai, um relojoeiro de classe média (digamos assim) chamado Isaac. Por ter recebido o título de *citoyen de Genève* de seu pai, que por sua vez o havia recebido de seu avô, que por sua vez o havia recebido de seu bisavô, Rousseau estava entre os poucos que podiam exercer direitos políticos na cidade.¹⁰⁷ Ele jamais esconderia seu orgulho por essa distinção.

Em meados da década de 1740, Rousseau conhece Thérèse Levasseur, mulher muito pobre e iletrada por quem se apaixona e com quem tem cinco filhos, todos eles abandonados pouco depois de seu nascimento. As desventuras de sua vida poderiam ser animadamente descritas em muitas páginas, mas precisamos ir ao que interessa. Em 1762, Rousseau publica seus textos mais conhecidos: *Emílio, ou da educação*, uma antropologia filosófica apresentada como tratado de pedagogia, e *Do contrato social*, primeiro passo de um amplo projeto teórico-político inconcluso. Por conta desses trabalhos, e sobretudo pelo ataque à religião revelada condensado em *A profissão de fé do vigário saboiano*, que está no quarto livro do *Emílio*,¹⁰⁸ o filósofo passa a ser censurado e perseguido. Em 1763, renuncia à cidadania genebrina, e dois anos depois se vê obrigado a fugir da Suíça.

Depois de passar pela França, Rousseau se instala na Inglaterra, a convite de David Hume (1711-1776). Ao longo dos quatorze meses que permanece em Staffordshire, rompe

¹⁰⁶ Grotius, *The Rights of War and Peace*, p. 89 (Prol. XI).

¹⁰⁷ A árvore genealógica de Rousseau e a cidadania de seus ascendentes podem ser consultados em <https://gw.geneanet.org/rossellat?lang=fr&n=rousseau&oc=0&p=jean+jacques&type=tree>.

¹⁰⁸ Jean-Jacques Rousseau, *Emílio, ou da educação*, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 372–449.

com Hume e começa a escrever uma autobiografia. Intitulada *Confissões*, ela vem definitivamente a público em 1782, quatro anos depois de sua morte.¹⁰⁹

Apesar desse destino um tanto trágico, Rousseau vive em um período de crescente tolerância religiosa. Isso, aliás, ajuda a entender o tom desprendido, quase intrépido de seu texto. “Toda justiça vem de Deus, somente ele é sua fonte”, reconhece no segundo livro *Do contrato social*. E já sem uma fração da cautela de Grócio, prossegue: “mas se soubéssemos recebê-la de tão alto, não necessitaríamos nem de governo, nem de leis.”¹¹⁰ Contrariando a ideia de que seríamos tão livres quanto fôssemos capazes de satisfazer nossos desejos – pense na espécie de liberdade de que gozava a nobreza antes das revoluções burguesas –, Rousseau argumenta que a “a forma mais elevada” da liberdade não decorre da satisfação irrestrita de nossas inclinações, mas, ao contrário, de seu domínio racional: “porque o impulso do puro apetite”, escreve em 1762, “é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade.”¹¹¹

Ao redefinir a liberdade em um sentido que a literatura posterior vai chamar de “positivo” (rótulo muito mal compreendido, como voltaremos a discutir), Rousseau vira a tradição filosófico-moral ao avesso: ser livre já não significa atender às nossas paixões de maneira independente, mas independê-las dessas mesmas paixões. A partir daqui, passa a ser possível encarar as “limitações” da liberdade natural – limitações da liberdade contratual e da liberdade de contratar, inclusive –, com um pouco mais de naturalidade. Através de Rousseau, a liberdade será redefinida como um aspecto da ação *racional*, e nesse sentido como característica da agência de alguns animais apenas, não de todos. A associação entre uma liberdade e racionalidade será aprofundada pela filosofia crítica kantiana, e a autonomia se tornará, como vimos e voltaremos a discutir, seu conceito-chave.

Embora a influência de Rousseau sobre Kant seja traçada predominantemente ao campo da filosofia política, e à ideia de contrato social em particular,¹¹² há importantes

¹⁰⁹ Obtive as informações biográficas de Rousseau na introdução de Maurice Cranston a Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 88 (II, 6).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 40 (I, 8).

¹¹² Diego Kosbiau Trevisan, “Volonté générale e a autonomia da vontade. A presença de Rousseau na origem político-jurídica da filosofia moral de Kant”, *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 22, n. 3, p. 129–142, 2017.

pontos de contato entre a filosofia moral kantiana e as ideias pedagógicas elaboradas no *Emílio*.¹¹³ No final do século 18, os ofícios ainda eram organizados em corporações e ensinados em regime de aprendizado. O pai de Rousseau foi relojoeiro porque seu avô havia sido relojoeiro; e seu avô havia sido relojoeiro porque antes disso seu bisavô fora iniciado neste mesmo ofício. O fato de Rousseau não ter tido a mesma sorte de seus ascendentes talvez seja fortuito, mas ele será levado ao centro de sua filosofia da educação. A naturalização das diferenças discriminatórias entre *Emílio* e *Sophie* (personagem que ilustra as propostas rousseauianas para a educação das mulheres), é verdade, ainda ecoará sobre o criticismo de Kant, e especialmente sobre seus comentários pejorativos a respeito das mulheres.¹¹⁴ (Essa naturalização será, como veremos, explicitamente rejeitada no interior do individualismo ético de Stuart Mill).¹¹⁵ Ainda assim, a crítica rousseauiana ao aprendizado por repetição e o papel que o filósofo confere à singularidade vão ecoar positivamente não apenas sobre o conceito kantiano de esclarecimento – um conceito através do qual a ideia de autonomia, em particular, se insinua como instrumento para a superação da menoridade da razão –,¹¹⁶ mas também sobre o conceito moral de individualidade.¹¹⁷

2.2. Kant e o desenvolvimento moral da autonomia

A biografia de Immanuel Kant (1724-1804) é muito menos movimentada que a de Grócio ou Rousseau.¹¹⁸ Quarto filho de uma família de artesãos – outros cinco viriam depois dele –, Kant passa a vida em Königsberg, atual Kaliningrado, então capital política e entreposto portuário do Império Prussiano oriental. Ao contrário de Grócio, não é perseguido por suas posições políticas, e jamais teria que fugir de sua cidade natal; e diferentemente de

¹¹³ Descobri esses pontos de contato graças à inclusão do *Emílio* na bibliografia do curso “Tópicos da moralidade moderna (a questão da autonomia)” oferecido pelo Professor Cícero Araújo na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo no segundo semestre de 2017.

¹¹⁴ O tema é discutido detalhadamente no oitavo capítulo de Maria Borges, *Emotion, Reason, and Action in Kant*, New York: Bloomsbury, 2019. v. nota 641 adiante.

¹¹⁵ John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, London: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1869.

¹¹⁶ Kant, Resposta à pergunta: que é ‘esclarecimento’?

¹¹⁷ Minha referência, aqui, é a síntese de Geraint Parry, “Émile: Learning to Be Men, Women, and Citizens”, in: Riley, Patrick (Org.), *The Cambridge Companion to Rousseau*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

¹¹⁸ Essa é a primeira observação de Höffe em sua obra panorâmica sobre o filósofo. *Immanuel Kant*, p. 1.

Rousseau, preserva ao longo de toda a vida hábitos quase monásticos, ainda que (em prejuízo de sua caricatura) também encontrasse tempo para alguma distração social.¹¹⁹

Formado sob a tradição do pietismo, vertente da religião luterana que enfatiza a importância da conversão, a crença na graça divina, a entrega às emoções religiosas e a dedicação introspectiva à exegese bíblica, Kant estudaria na Albertina, nome pelo qual era conhecida a Universidade de Königsberg em seu tempo, dedicando-se inicialmente aos clássicos e em seguida à filosofia, disciplina que então abrangia a matemática, a física, a lógica, a metafísica, a ética e o direito natural. Nesses anos iniciais, suas mais importantes referências vêm de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) e da crítica leibniziana de Christian Wolff (1679–1750) – autor que antecipa, em sua discussão teológica, a algo da “autonomização” da filosofia prática kantiana,¹²⁰ e que mais tarde voltaria a influenciar Kant através de sua articulação metodológica do deducionismo.¹²¹ Naquele tempo, Christian August Crusius (1714-1775) era o mais conhecido oponente intelectual de Wolff (e através dele de Leibniz), e também ele exerceria grande influência na formação kantiana – coisa que é evidenciada nos textos preparatórios da fase crítica.¹²²

Mas a formação de Kant é mais ampla. Ainda jovem, ele teria enveredado pela lógica de Aristóteles e pelos primeiros textos do iluminismo escocês, incluídos aqui os textos de Adam Smith (1723-1790) – autor que, como Wolff, também parece antecipar elementos importantes da moralidade autônoma kantiana.¹²³ Ainda na Albertina, Kant seria exposto ao empiricismo de John Locke (1632–1704) através das lições do pietista Martin Knutzen

¹¹⁹ Höffe dá notícia de que Kant teria sustentado seus estudos universitários com aulas particulares e com a ajuda de parentes, mas também com seu talento para o bilhar, e que jamais teria deixado de frequentar o teatro e os salões de Königsberg. *Ibid.*, p. 6–14.

¹²⁰ Allison, *Kant's Groundwork for the Metaphysics of Morals: A Commentary*, p. 2.

¹²¹ Trevisan, *O tribunal da razão: um estudo histórico e sistemático sobre as metáforas jurídicas na Crítica da razão pura*, p. 109–112. Quanto ao desenvolvimento do deducionismo, Trevisan se reporta também aos trabalhos então muito difundidos de Gottfried Achenwall (1719-1772) e Johann Stephan Pütter (1725-1807), que juntos escreveram o manual de direito natural usado por Kant em seus cursos. Voltaremos a isso.

¹²² Susan Meld Shell, “Anticipations of Autonomy: Freedom, Obligation, and the Concept of a World in Kant’s Writings of the Mid-1750s to Mid-1760s”, in: Bacin, Stefano; Sensen, Oliver (Orgs.), *The Emergence of Autonomy in Kant’s Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 29–36; no mesmo livro, o distanciamento entre a filosofia madura de Kant e essas primeiras referências é enfatizado por Heiner F. Klemme, “How Is Moral Obligation Possible? Kant’s ‘Principle of Autonomy’ in Historical Context”, in: Bacin, Stefano; Sensen, Oliver (Orgs.), *The Emergence of Autonomy in Kant’s Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 11–12.

¹²³ Evidência em Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, p. 148–153. A aproximação entre Kant e Adam Smith parece ser comum na literatura metaética.

(1713–1751), seu professor predileto.¹²⁴ David Hume (1711–1776) não parece ter acordado o filósofo de seu “sono dogmático” muito depois deste ponto.¹²⁵

Kant vive em um período de razoável tolerância religiosa e prosperidade econômica.¹²⁶ Sua vida coincide com o reinado de Frederico Guilherme I (1713-1740), o Rei Soldado, e Frederico II, o Grande (1740-1786), absolutistas ilustrados responsáveis pela consolidação militar do território da Prússia e pela concepção de seu famoso Código Geral, o *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* ou ALR (que só seria instituído em 1794, após a queda de Frederico II).¹²⁷ Concluídos os estudos universitários, Kant passa seis anos atuando como preceptor de jovens ricos nos arredores de Königsberg, até conseguir uma posição docente (a *venia legendi*, como ainda se diz na Europa) em sua *alma mater*, já em meados de 1755. Inicialmente sustentado por seus estudantes e pelo posto de bibliotecário do Castelo Real da cidade (naquele tempo apenas os professores catedráticos eram institucionalmente remunerados), Kant seria indicado para a cadeira de lógica e metafísica da Universidade em 1770, aos 46 anos (não exatamente cedo para os padrões da época), nela permanecendo até os 72, quando, depois de mais de quatro décadas de ensino, encerra suas atividades docentes. Isso ocorre em 1796, um ano antes da publicação das *Doutrinas* que compõem a *Metafísica dos costumes*, e pouco mais de uma década depois da publicação de sua *Fundamentação*. É nesta última obra que Kant qualifica a autonomia como o “princípio supremo da moralidade”.¹²⁸

Para entender o que isso significa, parece útil esclarecer o que o filósofo chama de princípio; mas para entender o que ele chama de princípio é preciso esclarecer alguns outros conceitos e distinções.

Princípio | Na *Crítica da razão pura* de 1781, Kant diz que um princípio é uma espécie de juízo que “cont[ém] em si os fundamentos de outros juízos”.¹²⁹ Nossos juízos precisam de fundamentos, que também poderíamos chamar de condições de

¹²⁴ Michael Rohlf, “Immanuel Kant”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Rohlf dá notícia de que recentemente tem se afirmado que Kant só teria tido contato direto com as ideias de Locke mais tarde.

¹²⁵ Explicação na nota 129 logo adiante.

¹²⁶ Kant, porém, não chegaria a ter uma vida nababesca, e no prefácio d’*O conflito das faculdades*, relata problemas com a censura de sua obra tardia sobre religião.

¹²⁷ Para uma apreciação do ALR no quadro das primeiras codificações racionalistas, v. Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 365–395.

¹²⁸ v. nota 82 acima e referência no texto.

¹²⁹ Kant, *Crítica da razão pura*, p. 181 (B 188).

inteligibilidade, porque sem isso não somos capazes de dar sentido a outros conceitos e à nossa própria experiência.¹³⁰ O princípio da identidade ou da não-contradição é um exemplo de princípio nesse sentido.¹³¹ Em sua formulação mais simples, ele nos diz que todo objeto é idêntico a si mesmo. Dizer que “uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa” pode parecer uma trivialidade, mas é graças ao fato de isso ser um princípio que podemos articular outros pensamentos a partir dele.

Juízos analíticos e sintéticos | Kant qualifica a identidade como um princípio do conhecimento analítico. Em sua formulação mais conhecida, os juízos que constituem essa espécie de conhecimento, chamados de analíticos, são aqueles cujo predicado nada acrescenta ao sujeito. “A esfera é redonda” é um exemplo de juízo analítico porque o predicado “redonda” já está incluído no sujeito “esfera”. O princípio da identidade, nesse sentido, nos informa que uma esfera não pode ser “quadrada”, pois *para ser* esfera *tem de ser* redonda. Juízos sintéticos, em contrapartida, introduzem elementos que não estão embutidos nos sujeitos a que dizem respeito. “A esfera é azul” é um exemplo de juízo sintético: é perfeitamente possível que uma esfera seja azul, mas a cor azul não é uma qualidade *necessária* das esferas. Qualificar uma esfera como azul é acrescentar algo novo à sua descrição.

Juízos *a priori* e *a posteriori* | Na segunda edição de sua primeira *Crítica*, Kant apresenta mais uma distinção para o seu quadro dos juízos.¹³² Além de analíticos e sintéticos, diz o filósofo, os juízos podem ser *a priori* ou *a posteriori*.¹³³ Juízos *a priori* não dependem da experiência: não preciso conhecer uma esfera em particular para dizer que esferas são redondas, que toda esfera tem de ser redonda. Esferas são redondas *a priori* – racional ou metafisicamente redondas, se quisermos. É diferente do que ocorre com os juízos *a posteriori*: só saberei que certa esfera é azul se puder observá-la, ou se alguém me contar que ela é azul, ou se eu puder inferir que essa é sua cor etc. Uma esfera é azul *a posteriori*.

Juízo e ciência | Combinadas, essas duas dicotomias sugerem que todo juízo analítico é *a priori*, e todo juízo sintético, *a posteriori*. De fato, não faz sentido pensar em um predicado que já esteja incluído no sujeito, mas seja acessível somente pela experiência, e por isso juízos analíticos *a posteriori* são inconcebíveis. A novidade

¹³⁰ Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), ao que parece, já dizia algo parecido. Para ele, representações do mundo existiriam na alma humana (ou na mente, como dizemos hoje) antes de qualquer experiência sensível. David Hume (1711-1776) discordava: para o filósofo escocês, todo conhecimento que não derivasse da experiência seria ilusório. A leitura de Hume, que alguns céticos contemporâneos ainda cultivam, teria feito Kant acordar de seu “sono dogmático” e desenvolver sua própria teoria do conhecimento. Höffe, *Immanuel Kant*, p. 14.

¹³¹ Kant, *Crítica da razão pura*, p. 182 (B 190). Trata-se, de acordo com Kant, de um “critério universal, ainda que negativo, da toda verdade.”

¹³² Para uma genealogia dessa discussão no contexto da filosofia moral kantiana, v. Marco Zingano, *Razão e história em Kant*, São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 66–76.

¹³³ A distinção entre juízos *a priori* e *a posteriori* não era nova. Grócio, por exemplo, já a empregava. Mas em Kant ela se torna o ponto de partida da moralidade, coisa que não ocorre em Grócio. *The Rights of War and Peace*, p. 159 (Prol. XII).

de Kant é dizer que o mesmo não ocorre com os juízos sintéticos *a priori*. Esses juízos, diz o filósofo, são mais do que simplesmente possíveis: eles são o ponto de partida das ciências em geral.

Ciências formais e materiais | No sistema filosófico kantiano, sigamos com mais alguns conceitos preliminares, as ciências se apresentam sob duas modalidades. Ciências *formais* são aquelas que independem de seu objeto. Segundo Kant, a lógica é o paradigma de ciência formal. Já as ciências *materiais* são aquelas que governam objetos determinados. Os objetos das ciências materiais, por sua vez, dizem respeito à *natureza* ou à *liberdade*, ambas entendidas em sentido amplo. A física é o paradigma da ciência da natureza; a filosofia moral (ou ética, como os antigos a chamavam),¹³⁴ o paradigma da ciência da liberdade. Para Kant, tanto a física quanto a filosofia moral têm uma parte pura ou racional e uma parte empírica. Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, encontramos a parte pura ou racional da filosofia moral kantiana; na *Doutrina do direito* e na *Doutrina da virtude*, sua parte empírica. Em Kant, esses textos constituem a ciência da liberdade.

Idealismo transcendental | Este é o ponto de chegada. Com a expressão idealismo transcendental, Kant sintetiza a ideia de que nós, seres humanos racionais, habitamos, como outros animais e plantas e demais coisas vivas, um certo mundo natural; mas, aparentemente ao contrário deles, apenas nós podemos frequentar também o mundo inteligível (o *nosso*, eu acrescentaria), mundo este cujo primeiro morador parece equivaler ao que chamamos de Deus.¹³⁵ No mundo inteligível não há tempo nem espaço nem causalidade, nem precisa haver: o que há são *representações*. Nós podemos visitar esse mundo sem ficarmos presos ali para sempre. Podemos inclusive buscar ali respostas – ao menos *princípios de respostas* – para questões que nem mesmo se apresentariam fora da história, da geografia e das causalidades naturais. Nisso reside o caráter *transcendental* do idealismo kantiano.¹³⁶

¹³⁴ Kant, *Metafísica dos costumes*, 189 (379): “Nos tempos antigos, *ética* significava a *doutrina dos costumes* (*philosophia moralis*) em geral, a qual era também denominada *doutrina dos deveres*. Em seguida, achou-se aconselhável atribuir esse nome a apenas uma parte da doutrina dos costumes, a saber, à doutrina dos deveres que não estão sob leis externas [...], de modo que, agora, o sistema da doutrina universal dos deveres é dividido em sistema da *doutrina do direito* (*ius*), à qual convêm leis externas, e da *doutrina da virtude* (*ethica*), à qual aquelas não convêm”.

¹³⁵ Heiner Klemme fala de “dupla cidadania”. How Is Moral Obligation Possible? Kant’s “Principle of Autonomy” in Historical Context, p. 26.

¹³⁶ Kant, *Crítica da razão pura*, 331 (A369): “Por *idealismo transcendental* de todos os fenômenos [...] entendendo a doutrina segundo a qual nós os consideramos [aos fenômenos], em seu conjunto, como meras representações, e não como coisas em si mesmas, e o tempo e o espaço, de acordo com isso, são apenas formas sensíveis da nossa intuição, e não determinações ou condições, dadas por si mesmas, dos objetos como coisas em si mesmas.” Kant opõe o idealismo transcendental ao *realismo* transcendental, “que considera o tempo e o espaço como algo dado em si (independentemente da nossa sensibilidade)” e o idealismo *empírico*, que toma as “modificações de nossa sensibilidade [que são *meras representações*] como coisas subsistentes em si mesmas” (406 [B519]). v. Nicholas F. Stang, “Kant’s Transcendental Idealism”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018.

Ainda há o que dizer sobre tudo isso,¹³⁷ mas já podemos voltar à autonomia.

Para Kant, a autonomia, como a identidade, é um princípio. A diferença é que a identidade é um *princípio da razão teórica*, e a autonomia, um *princípio da razão prática*. O princípio da identidade permite-nos conhecer o que é, sem confusão; o princípio da autonomia abre-nos a possibilidade de querer como deve ser, *racionalmente*.¹³⁸ Não fosse o princípio da autonomia, não seríamos capazes de compreender a moralidade, nem de formular juízos morais, muito menos de agir moralmente – e esta última capacidade mostra que a autonomia não pode ser plenamente compreendida apenas como componente de um conjunto de liberdades negativas, como acreditam e professam exemplarmente alguns juristas.¹³⁹ Ela tem de ser encarada como um princípio objetivo da ação.

Claro que é difícil resistir a formulações ideologizadas de categorias abrangentes como *liberdade negativa e liberdade positiva*. Mas essa resistência é necessária. Como notou Charles Taylor, “[q]uando as pessoas atacam teorias da liberdade positiva, elas costumam ter mente alguma tese esquerdista totalitária de acordo com a qual a liberdade reside exclusivamente no exercício coletivo do controle sobre o destino alheio em uma sociedade

¹³⁷ Allison, *Kant’s Groundwork for the Metaphysics of Morals: A Commentary*, p. 3–4. Ruth Chang acrescenta que se trata de uma metaética especificamente *formal*, mas isso, a meu ver, não implica um kantismo necessariamente *arbitrário*. Ruth Chang, “Grounding Practical Normativity: Going Hybrid”, *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, v. 164, n. 1, p. 163–187, 2013.

¹³⁸ O conceito kantiano de princípio não corresponde àquele que os juristas costumem ter em mente, e essa diferença se complica pelo fato de não haver consenso a respeito do significado dessa palavra no campo do direito. Embora os romanos já falassem de princípios, seu sentido se tornaria objeto de disputa sobretudo a partir da publicação dos primeiros trabalhos de Ronald Dworkin sobre o tema. Dworkin procurou associar o conceito de princípio às ideias de ponderação e proporcionalidade (ideias que já vinham sendo articuladas por representantes do pensamento social desde o final do século 19), forjando, assim, uma diferença *estrutural* entre princípios e regras. Embora o próprio Dworkin tenha abandonado seu entendimento inicial a respeito do assunto (voltaremos a isso no começo do quarto capítulo), traduções livres de suas primeiras formulações continuam sendo empregadas no Brasil. José Reinaldo de Lima Lopes, “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”, *Revista de informação legislativa*, v. 40, p. 49–64, 2003. Minha referência sobre as concepções romanas de princípio é Sandro Schipani, “‘Principia iuris potissima pars principium est’: princípios gerais do direito”, in: Araujo, Danilo Borges dos Santos Gomes de; Schipani, Sandro (Orgs.), *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, São Paulo: FGV Direito SP, 2015. Quanto à origem da proporcionalidade no pensamento social, remete-se a Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000”, in: Trubek, David M.; Santos, Alvaro (Orgs.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 63: “The key transformed element of the social is policy analysis, but based on ‘conflicting considerations’ (also called balancing or proportionality). It produces rules that are ad hoc compromises, rather than the social rules dictated by single social purposes in coherently adaptive new legal regimes. This mode can also be right or left, and is present everywhere, sometimes therefore, surprisingly, coexisting with neoformalism.”

¹³⁹ Em 2003, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana registrou que “liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct”. *Lawrence v. Texas*, 538 U.S. 558 (2003).

sem classes, o tipo de tese subjacente, por exemplo, ao comunismo oficial.”¹⁴⁰ O problema, continua Taylor, é que isso corresponde a uma “caricatura absurda” da liberdade positiva, uma caricatura correspondente, em sua insensatez, à “guerra de todos contra todos” e outras alegorias bélicas pretensamente hobbesianas da liberdade negativa.¹⁴¹

Ao longo dos textos citados até aqui, Kant adapta uma série de conceitos filosóficos tradicionais às particularidades do sistema crítico, e a razão prática não foge à regra. Aristóteles empregava um conceito comumente traduzido por essa mesma expressão ao discutir de que modo a virtude intelectual nos permite deliberar sobre questões práticas, e sobre a realização de uma vida boa em particular.¹⁴² Mas a razão prática kantiana parece ser diferente. Ela já não corresponde a uma *disposição* para o que é *bom*, mas a uma *faculdade* ou *capacidade moral* relativa ao *correto*.

Este ponto costuma ser identificado como a diferença fundamental entre as éticas aristotélica e kantiana. Em Kant, a razão prática diz respeito primariamente ao dever, e não à excelência; ela se manifesta através do respeito à lei moral, e não da ação virtuosa. Por isso sua ética se diz *deontológica* (de *deon*, dever, e *logos*, ciência), em contraste com a ética das virtudes de Aristóteles (mas também, como veremos, com a ética das consequências de Bentham e Mill). Esses rótulos, claro, são muitíssimo controversos.

Embora reconheça que “[t]udo na natureza age segundo leis”, Kant enfatiza que “só um ser racional tem a capacidade de *agir segundo a representação das leis*, isto é, segundo princípios,” e por isso “só ele tem uma *vontade*”; como, no entanto, “para derivar as ações das leis é necessária a *razão*, a vontade não é outra coisa senão razão prática.”¹⁴³ Ao longo da *Fundamentação*, Kant parece esgotar a ideia de razão prática na moralidade da autonomia. Sugeriu-se recentemente que ele teria rejeitado essa conclusão na *Crítica da faculdade de julgar* – coisa que parece fazer quando recorre ao conceito de *heautonomia*, felizmente

¹⁴⁰ Charles Taylor, “What’s Wrong with Negative Liberty”, in: *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 211.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 211–212.

¹⁴² Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 40 (II.1, 1103a14-20) e 132-133 (VI.5, 1140a24-31). Aristóteles usa a palavra *phronesis*. Alguns a traduzem como “razão prática”, mas há também quem prefira chamá-la de *sabedoria prática* ou, como é mais comum, *prudência*. Caeiro inovou, optando por traduzir *phronesis* como *sensatez*.

¹⁴³ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 47 (BA 37).

impopular –,¹⁴⁴ e há algum tempo filósofos kantianos têm defendido uma concepção de razão prática explicitamente permeável à consideração de elementos empíricos, ainda que primariamente referida à abstração moral. “A razão prática, que inclui a razão ética,” diz Onora O’Neill, “não é um esporte para espectadores.”¹⁴⁵

Seja como for, parece possível – veremos – desenvolver uma metaética inclinadamente kantiana que dê conta não apenas de teorias jurídicas que reivindicam o seu legado, mas também daquelas que o rejeitam ou querem rejeitá-lo. Até lá, no entanto, não precisamos tomar partido sobre o esgotamento da razão prática no mundo inteligível da moralidade, e podemos supor que este também seja o mundo autonomia.

As palavras “vontade” e “razão” acumulavam uma boa quilometragem no século 18. Elas já eram familiares. Ao afirmar que para agir “segundo princípios” precisamos contar com essas duas coisas, no entanto, Kant propõe novos sentidos para esses termos.

Em primeiro lugar, ele nos diz que *vontade* não é um simples motivo, uma *causa eficiente* ou estímulo causal. Kant distingue com firmeza o domínio moral da ação, que é o campo próprio da vontade, do domínio de suas determinações empíricas, que é o campo dos impulsos e das necessidades naturais. Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, entretanto, a ideia de vontade é empregada em *sentido amplo* para designar tanto o fundamento objetivo da ação quanto seus móveis subjetivos. A partir da *Crítica da razão prática*, e de maneira sistemática na *Metafísica dos costumes*, como veremos, Kant restringe sua ideia de vontade a um sentido mais específico.

Em segundo lugar, o filósofo vincula seu conceito de vontade a um específico domínio *racional*, e isso vale inclusive para as ciências materiais da liberdade, e para a moralidade jurídica e ética em particular. Na *Crítica da razão prática*, Kant diz que “[a] própria lei moral é dada, por assim dizer, como um fato (no original, *factum*) da razão pura”.¹⁴⁶ A

¹⁴⁴ Laura Papish, “Kant’s Revised Account of the Non-Moral Imperatives of Practical Reason”, *Ergo*, v. 5, 2018.

¹⁴⁵ Assim na nova *Introdução* ao seu clássico *Acting on Principle: An Essay on Kantian Ethics*, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 11. Segue a O’Neill: “Na razão prática – seja ela ética ou técnica, jurídica ou política – nós miramos primeiramente em justificar princípios, e só então em implementá-los ou instanciá-los em situações reais: a particularidade das implementações é necessariamente subsequente à ação, logo não pode nem precisa ser pressuposta.”

¹⁴⁶ Kant, *Crítica da razão prática*, p. 50 (A56).

literatura secundária diverge sobre o sentido dessa referência na trajetória filosófica de Kant. Há quem acentue a mudança, mas também quem enfatize a permanência.¹⁴⁷ Não podemos reduzir a razão kantiana a um raciocínio de adequação entre meios e fins – uma *deliberação* no sentido aristotélico,¹⁴⁸ se quisermos, ou uma espécie de *razão* ou *racionalidade instrumental*.¹⁴⁹ Quem decide matar alguém pode escolher meios que facilitam ou dificultam o desempenho desse fim: matar alguém com uma arma de fogo, por exemplo, é *em certo sentido* mais racional que matar alguém com golpes de colher. Mas a racionalidade envolvida nesses juízos não esgota a ideia de razão, pois matar alguém não é um fim *prima facie* (ou superavelmente) aceitável – ele não passaria pelo crivo do “tribunal da razão” mencionado por Kant na primeira de suas críticas.¹⁵⁰

Isso não significa que a filosofia prática kantiana seja indiferente à adequação dos meios da ação aos seus fins. “Quem quer o fim,” diz Kant, “quer também (se a razão tem influência decisiva sobre as suas ações) o meio indispensavelmente necessário para o alcançar, que esteja no seu poder.”¹⁵¹ Isso remete ao que se propôs chamar de *método* na introdução desta tese. Mas o método, no sentido proposto, é entendido como algo *racionalmente indispensável* na pesquisa acadêmica, e apenas nela. Pode ser que seja em outros domínios da ação humana, mas não se pretende tomar posição sobre isso. De todo modo, Kant deixa claro que contrário, a derivação da vontade dos fins pela vontade dos meios – uma *deliberação plenamente racional* sobre os meios adequados à persecução de fins irracionais ou não racionalizados, se quisermos – não pode ocorrer.¹⁵²

¹⁴⁷ Por exemplo, e respectivamente, Allison, *Kant's Theory of Freedom*, p. 214; e Höffe, *Immanuel Kant*, p. 226.

¹⁴⁸ Aristoteles, *Ética a Nicômaco*, 63 (III.3, 1112b12): “Deliberamos, assim, não sobre os fins, mas sobre os meios de os atingirmos.”

¹⁴⁹ Desenvolvimento dessa referência weberiana na nota 643 adiante.

¹⁵⁰ Kant, *Crítica da razão pura*, p. 553 (B 779): “Pode-se considerar a crítica da razão pura como o verdadeiro tribunal para todas as suas controvérsias; pois ela não está implicada nestas últimas, que se dirigem imediatamente ao objeto, mas está na posição de determinar e julgar, segundo os princípios de sua primeira instituição, os direitos da razão em geral.”; O papel da metáfora do “tribunal da razão” é examinado historicamente, genética e sistematicamente no trabalho de Trevisan, *O tribunal da razão: um estudo histórico e sistemático sobre as metáforas jurídicas na Crítica da razão pura*.

¹⁵¹ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 54 (BA 45–46).

¹⁵² É por isso, aliás, que um kantiano eclético como Amartya Sen critica a centralidade da ideia de preferência no pensamento econômico moderno. *Sobre ética e economia*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Uma leitura mais generosa a respeito da utilidade do utilitarismo para a ética é oferecida por John Broome, *Ethics Out of Economics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Kant lança mão de uma ideia que ficaria famosa para explicar de que modo a razão atua sobre os fins da ação humana, e nesse sentido sobre a moralidade. Seu ponto de partida é uma petição de princípio histórica. Segundo o filósofo, até então a moralidade vinha sendo definida a partir de imperativos *hipotéticos*: “faça isso se quiser escapar da punição divina”, “não faça aquilo se quiser evitar a sanção estatal;” ou ainda, em versões menos explícitas, “é óbvio que isso é uma má ideia”, ou “estou com a melhor doutrina”.

O problema de uma moralidade orientada por imperativos hipotéticos, diz Kant, é que ela esvazia a razão prática, reduzindo-a aos afetos, tradições ou mesmo a uma concepção totalizante de racionalidade instrumental. Não parece ser uma boa maneira de conceber as leis morais. Ao definir os conceitos de obrigação e dever a partir da “dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia”, Kant viabiliza uma compreensão sintética *a priori* da ciência da liberdade, e particularmente da filosofia moral.¹⁵³ Sua modernidade consiste precisamente em ter desacorrentado a moralidade dos elementos empíricos (como as necessidades da natureza e dos instintos) ou exteriores (como Deus ou soberano) para submetê-la integralmente à razão.¹⁵⁴ Nesses termos, não parece possível reconduzi-lo sem muitos poréns a uma das vertentes metaéticas cognitivistas apresentadas no primeiro capítulo, por exemplo.

É por conta do caráter estritamente racional das leis morais que seu princípio (ou condição de inteligibilidade) passa a ser a *autonomia da vontade*, e seu critério de avaliação (ou proposição normativa fundamental), um *imperativo categórico*.¹⁵⁵ Trata-se de um *imperativo* porque ainda estamos diante de um mandamento, de um dever em sentido moral;¹⁵⁶ mas esse imperativo é *categórico* porque se justifica única e exclusivamente através da

¹⁵³ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 89 (BA 86).

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 87 (BA 90).

¹⁵⁵ Alguns autores preferem caracterizar a autonomia como uma propriedade da vontade apenas, reservando a qualidade de “princípio” ao imperativo categórico. *e.g.* Robert Johnson; Adam Cureton, “Kant’s Moral Philosophy”, *in*: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2019. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019. Otfried Höffe discorda, e eu venho procurando refletir essa discordância no texto. Para Höffe, a autonomia da vontade representa o “princípio” ou “fundamento último” da ação moral, e o imperativo categórico, o “critério supremo de ajuizamento da moralidade”. *Immanuel Kant*, p. 215–216 e 197,.

¹⁵⁶ Assim, por exemplo, em Dieter Schönecker; Allen W. Wood, *A Fundamentação da metafísica dos costumes de Kant: um comentário introdutório*, São Paulo: Loyola, 2014. Quando comecei a estudar o assunto, a opção terminológica de Schönecker e Wood (e de seus tradutores) me causou confusão. Como não pretendo passar essa confusão adiante, vou me referir ao imperativo categórico com a expressão “imperativo categórico”, e não através da palavra “dever”.

razão, e não a partir de inclinações, preferências ou conseqüências – ou desejos particulares, ou fins eficientes, ou funções sociais e assim por diante.

2.3. Imperativo categórico e dignidade humana

Por volta da metade da segunda seção da *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant apresenta seu conceito de imperativo categórico a partir de três fórmulas distintas. A primeira delas é a *fórmula da lei universal*. Ela diz o seguinte: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.”¹⁵⁷ Trata-se de um teste de moralidade para as *máximas*, “princípios subjetivos da ação” (Kant estende a eles seu conceito princípio)¹⁵⁸ definidos de modo analítico como “proposições fundamentais subjetivas do agir que contêm uma determinação universal da vontade e dependem de diversas regras práticas.”¹⁵⁹

A segunda fórmula do imperativo categórico é a *fórmula da humanidade*: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”¹⁶⁰ As palavras usadas por Kant são capciosas, e podem sugerir interpretações equivocadas.

O que está em jogo na fórmula da humanidade não é uma vedação genérica ao emprego de talentos, préstimos ou atributos alheios. Se assim fosse, aliás, não poderíamos escapar de uma conclusão absurda segundo a qual todo contrato de empreitada ou de prestação de serviços é, por definição, imoral. E por que chegaríamos a essa conclusão? Porque através desses contratos nós nos valemos de outras pessoas como meios para alcançar fins que são nossos: quando contratamos os serviços de um jardineiro, queremos que nossas plantas – e não nosso jardineiro – floresçam. O florescimento do jardineiro é um bem, e viveríamos em um mundo mais florido se todos o perseguissem; mas não faz sentido persegui-lo através de contratos de prestação de serviços de jardinagem.

¹⁵⁷ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 73 (BA 66, 67).

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 61, nota ** (BA 51).

¹⁵⁹ Höffe, *Immanuel Kant*, p. 203.

¹⁶⁰ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 73 (BA 66, 67).

O que se vem dizendo, aliás, vale para os contratos em geral: a modernização do direito dos contratos evidenciou que finalidades contratuais típicas não exigem a realização pessoal dos contratantes. Mas elas não permitem dificultar, muito menos negar essa realização: se permitissem, violariam a *lex permissiva*. Kant, é claro, não ignorava essa constatação, e conseguiu resumi-la em um advérbio. “Usar” uma pessoa para cuidar do nosso jardim não significa, em princípio, ignorar sua humanidade. Pelo contrário: contratos são ferramentas essencialmente humanas. Eles nos põem em contato com o *outro*, com aquilo que somos sem que possamos saber. Mas o contrato de jardinagem violará a segunda formulação do imperativo categórico se considerarmos o jardineiro *simplesmente* como um jardineiro, como um meio de jardinagem, como equivalente da tesoura de poda, o rastelo ou a enxada. O jardineiro tem de ser respeitado como ser humano.

Essa ideia pode servir de base para a articulação de uma doutrina abrangente dos acordos degradantes. Tome-se o exemplo do arremesso de anão (na verdade, uma série de casos parecidos julgados por tribunais europeus). Um privatista brasileiro que não se contentasse com uma espécie de adjudicação baseada em valores extraídos diretamente de princípios constitucionais poderia recorrer à ideia de que o negócio jurídico identificado no caso é ilícito (artigo 13 do Código Civil) ou nulo por ilicitude de seu objeto (artigos 104, II e 166, II do Código Civil).

Mas essas soluções não são triviais, e para colocá-las em prática é preciso passar ao direito público, pois as causas de ilicitude que poderíamos identificar estão baseadas em critérios de igualdade e desigualdade – isto é, critérios distributivos tradicionalmente excluídos do direito privado. O privatista que não se contenta com a adjudicação fundada em valores constitucionais possivelmente terá restrições à submissão de casos típicos de seu campo a regras de direito público, ainda que essa alternativa lhe pareça metodologicamente menos insegura.

A adoção de um conceito rigoroso e justificado de autonomia, no entanto, pode conduzir a uma solução ainda mais robusta do ponto de vista doutrinário. E ela não demanda a identificação de causas caracteristicamente públicas de ilicitude. Se considerarmos que a ação humana – e então todo negócio jurídico ou contrato – deve ser causada não apenas pelo arbítrio eficiente do agente, mas também por sua autonomia moral, então poderemos dizer que os acordos de arremesso não são contratos em sentido jurídico, pois só podem ser celebrados por anões. Como diz Korsgaard, todo agente tem, sim, de ser eficaz, “pois seus movimentos são aquilo que transforma o mundo”, mas essa eficácia não pode se resumir a um “amontoado de impulsos”, ou já não estaremos diante de uma ação propriamente humana.¹⁶¹

¹⁶¹ Christine M. Korsgaard, *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 213.

Logo, ainda que os “contratos” de arremesso de anão decorram do livre-arbítrio das partes – de sua liberdade de contratar, como nós, juristas, desde antes da descoberta da autonomia –, eles *não são propriamente contratos*, pois violam o imperativo categórico: um de seus figurantes, afinal, deve necessariamente ser um anão, mas ninguém pode ser contratado *simplesmente por isso*. Por derivarem da autonomia, contratos não admitem que um de seus figurantes seja desumanizado.

Esta conclusão talvez pudesse ser obtida através de teorias da discriminação, mais desenvolvidas na literatura jurídica contemporânea que a leituras kantiana aqui insinuada. O problema é que essas teorias tendem a demandar compromissos teóricos mais demandantes, e por isso menos atraentes para a doutrina privatista – que além de ser menos afeita a inovações metodológicas, já se encontra exposta ao conceito de autonomia, ainda que em variações mistificadas.

Resumindo: como o acordo de arremesso não é um ato de autonomia, ele não é um contrato em sentido jurídico. Logo, sua solução já não pode ser contratual. Ela tem de ser extracontratual. O suposto contrato não passaria, assim, de um ato ilícito cometido contra o anão, talvez com sua própria concorrência, mas ainda um ato ilícito. Um ato contrário aos “bons costumes” (artigos 13 e 187 do Código Civil), se quisermos avançar para o seu tratamento doutrinário.

Outra ilustração: táxis podem ser usados *simplesmente* como meios de transporte. Taxistas não. Eles devem ser respeitados “sempre e simultaneamente” pela sua humanidade. E isso também vale para carros alugados e motoristas de aplicativo, e também para motocicletas e *motoboy*s. E aparentemente vale até mesmo para cavalos, mulas, camelos e animais assemelhados, ainda que nestes casos o respeito que devemos a esses animais não decorra da sua humanidade, mas da nossa.¹⁶²

Menos discutida, a terceira fórmula do imperativo categórico é a que mais interessa neste ponto. Trata-se da *fórmula da autonomia*. Inicialmente, Kant procura traçá-la à ideia de que “a vontade de todo ser racional” pode ser “concebida como vontade legisladora universal.”¹⁶³ Um tanto elíptica, essa proposição é desdobrada algumas páginas adiante, e reafirmada quando o filósofo sustenta que “o princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.”¹⁶⁴ A fórmula da autonomia diferencia-se da fórmula da lei universal na medida em que seu foco não recai sobre os *sujeitos da legislação*, mas sobre os

¹⁶² Johnson; Cureton, Kant’s Moral Philosophy. Mais sobre isso na nota 190 adiante.

¹⁶³ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77 (BA 70).

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 90 (BA 87).

legisladores. Essas fórmulas tendem a se confundir porque na filosofia prática kantiana legisladores e sujeitos da legislação são, em regra, um mesmo ente.¹⁶⁵

O imperativo categórico conta, ainda, com uma quarta proposição, geralmente apresentada como uma variação da fórmula da autonomia. É a *fórmula do reino dos fins* (*Reich der Zwecke*): “Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível.”¹⁶⁶ Com essa fórmula, Kant procura deixar claro que a moralidade consiste não apenas em *determinar* as máximas que orientam a ação – uma operação que tende a nos parecer *teórica* –, mas também em *agir* de acordo com elas – uma operação especificamente *prática*. O conjunto das ações conformes à legislação universal (em algum instante de um mundo possível, talvez) representa, para Kant, o *mundo moral possível*, e este é o sentido do reino dos fins.

Mais de um século e meio depois, Rawls propõe algo muito parecido, mas em termos contratualistas, na famosa alegoria da *posição original*.¹⁶⁷ Descrita como uma “interpretação procedimental” do reino dos fins kantiano,¹⁶⁸ a posição original representa a idealização de uma comunidade constituída por agentes racionais dotados de boa vontade e destituídos de condicionamentos empíricos – sejam esses condicionamentos ditados por inclinações particulares, que Kant associa “à dependência em que a faculdade de desejar está em face das sensações”,¹⁶⁹ sejam eles estabelecidos por preferências anti-igualitárias, problema que Rawls encobre com seu “véu da ignorância”.¹⁷⁰

Depois esclarecer que um ser racional só pode pertencer ao reino dos fins enquanto for ao mesmo tempo legislador e sujeito da legislação, e nesse sentido na medida em que

¹⁶⁵ “Em regra” porque de acordo com alguns intérpretes contemporâneos de Kant, que voltaremos a discutir ainda neste capítulo, certos animais não humanos também devem ser considerados sujeitos da legislação.

¹⁶⁶ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 87 (BA 84).

¹⁶⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap, 1971, p. 17.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 256.

¹⁶⁹ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 51, nota * (BA 38). O filósofo contrasta os conceitos de “inclinação” (*Neigung*) e “interesse” (*Interesse*), definindo este último como “a dependência em que uma vontade contingentemente determinável se encontra em face dos princípios da razão.” Assim definido, o interesse kantiano não se confunde com as noções subjetivistas de interesse frequentemente mobilizadas por juristas e economistas – pense no “interesse juridicamente tutelado” dos positivistas ou o “autointeresse” dos neoclássicos. Mas parece corresponder ao que Bourdieu chama de interesse: Pierre Bourdieu, *Razões práticas: sobre a teoria da ação*, 11. ed. Campinas: Papirus, 1996. Como a autonomia, o conceito de interesse mereceria uma investigação específica.

¹⁷⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 136–137.

não estiver submetido à vontade de nenhum outro,¹⁷¹ Kant apresenta um argumento que faria sucesso entre os juristas. “No reino dos fins”, diz ele, “tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade* [*Würde*]. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.”¹⁷²

O filósofo distingue em seguida duas espécies de preço. As coisas relativas às nossas inclinações e necessidades compartilhadas têm um “preço venal”; aquilo que nos anima sem uma finalidade comum, um “preço de afeição” ou “de sentimento”.¹⁷³ (A palavra “venal”, como aprendemos nos cursos de direito tributário, teria vindo de *venda*, e é por isso que a base de cálculo de impostos sobre a titularidade e a transmissão de direitos sobre bens imóveis tem de ser estabelecida sobre o seu *valor venal*, e não a partir daquilo que os bens valem individualmente para cada um de nós).

Nenhuma dessas espécies de preço tem lugar quando o que está em jogo é a dignidade humana, que Kant estende a toda a “humanidade enquanto capaz de moralidade.”¹⁷⁴ Como o princípio supremo moralidade, enfim, a autonomia ressurge nas páginas seguintes – e agora de modo mais claro, mas talvez surpreendente para quem se dedica ao direito – como “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.”¹⁷⁵

Kant volta a usar o conceito de dignidade na *Doutrina da virtude*. Embora haja bastante controvérsia sobre o sentido dessa palavra nesta etapa final do projeto crítico kantiano,¹⁷⁶ suas articulações mais detalhadas parecem remeter ao texto da *Fundamentação*. “Somente o homem considerado como *pessoa*,” diz Kant,

“isto é, como sujeito de uma razão prático-moral, eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (*homo noumenon*) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma *dignidade* (um valor interno

¹⁷¹ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 81 (BA 76).

¹⁷² *Ibid.*, p. 82 (BA 77).

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 84 (BA 79).

¹⁷⁶ Minha referência aqui é Oliver Sensen, *Kant on Human Dignity*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011.

absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter *respeito* por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade.”¹⁷⁷

A mesma linha de argumentação é usada adiante:

“A humanidade é ela própria uma dignidade, pois o homem não pode ser usado por nenhum homem (nem pelos outros nem sequer por si mesmo) apenas como meio, mas tem sempre de ser ao mesmo tempo usado como fim, e nisto (a personalidade) consiste propriamente sua dignidade, por meio da qual ele se eleva sobre todos os outros seres do mundo que não são homens e que podem certamente ser usados; e eleva-se, portanto, sobre todas as coisas. Logo, assim como ele não pode alienar-se a si próprio por preço algum (o que seria contrário ao dever de autoestima), do mesmo modo ele não pode agir contra a autoestima igualmente necessária dos outros enquanto homens, isto é, o homem é obrigado a reconhecer praticamente a dignidade da humanidade em todos os outros homens, portanto, radica nele um dever que se refere ao respeito que se tem necessariamente de mostrar por todo outro homem.”¹⁷⁸

Nada disso é totalmente estranho ao pensamento jurídico contemporâneo. Mas nossas intuições a respeito da ideia de dignidade, sobretudo no que toca à relação estabelecida entre dignidade e autonomia, não costumam corresponder àquilo que emerge dos textos de Kant. Para o filósofo, a dignidade humana é uma *decorrência* da moralidade, não seu *fundamento*. E nem poderia ser diferente, porque no sistema kantiano é a autonomia que justifica a dignidade, não o contrário. Neste caso, falar de “limitações” da autonomia significa abrir todas as portas e janelas para o moralismo. Ordens morais *fundadas* no conceito kantiano de dignidade não são autônomas, mas heterônomas.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 247 (435).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 277 (463).

¹⁷⁹ Este é o argumento central do livro de Sensen, *Kant on Human Dignity*, p. 201: “Dignity is explicitly said to follow from the demand of the Formula of Humanity, it is not the ground of it.”

Na doutrina brasileira, já se reconhece que o caráter ambíguo da dignidade “tem realmente permitido o emprego do princípio como instrumento em favor da heteronomia.”¹⁸⁰ Para que isso ocorra, no entanto, seu conceito – ou o de autonomia – tem de ser entendido em termos bem diferentes daqueles empregados por Kant.¹⁸¹

2.4. Correção, flexibilidade e abrangência

O lado ruim do impacto que Kant causou na filosofia prática ocidental é a multiplicação de suposições equivocadas ou imprecisas a respeito do que ele disse.

Para Kant, não precisamos *fazer o bem* para agir de acordo com a moralidade. Uma ação moral pode, sim, ser também uma boa ação, e no fim das contas o conjunto das ações morais parece ser um *bem* no sentido clássico da palavra.¹⁸² Kant preferiu chamá-lo, como vimos, de reino dos fins. Mas para ele o ponto dessa discussão – e esse é um ponto da maior importância para o entendimento da autonomia – não é a bondade (e muito menos a bondade absoluta, que Kant chama muito apropriadamente de *santidade*), tampouco a utilidade, o bem-estar, a riqueza social ou o tamanho da conta bancária (noções importantes, como veremos, para algumas modalidades de individualismo). Para Kant, o que está em jogo na moralidade é a *correção* das ações, e o atendimento do *dever* de agir corretamente em particular. É o que ele parece dizer na *Fundamentação*:

“A *moralidade* é pois a relação das ações com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio das suas máximas. A ação que possa concordar com a autonomia da vontade é *permitida*; a que com ela não concorde é *proibida*. A vontade, cujas máximas concordem necessariamente com as leis da autonomia, é uma vontade *santa*, absolutamente boa. A dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral) é a *obrigação*. Esta não pode,

¹⁸⁰ Daniel Sarmiento, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, [s.l.: s.n.], 2016, p. 184.

¹⁸¹ É o que ocorre, por exemplo, no artigo de Antonio Junqueira de Azevedo, “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 97 (2002): 107–25, que, aliás, apresenta – e rejeita – um conceito de dignidade bastante fiel aos textos de Kant.

¹⁸² Penso no sentido tomista. Grisez, *O primeiro princípio da razão prática* (1965).

portanto, referir-se a um ser santo. A necessidade objetiva de uma ação por obrigação chama-se *dever*.”¹⁸³

Outro conjunto de ideias erradas ou imprecisas sobre Kant diz respeito à *universalidade* das leis morais. O caráter universal da moralidade kantiana não nem a engessa, sem exige que ela seja aplicada nos mesmos termos em todos os lugares. Por se concretizar através de *máximas*, e não regras dotadas de hipóteses e consequências predefinidas, a lei moral está sujeita aos avanços da ciência e da técnica, e não pode ser abstraída das circunstâncias de sua realização. Ela pode instruir o direito, mas não *é* direito.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 de 2008 pode ilustrar esse ponto. Até há poucas décadas, a pesquisa com embriões produzidos em laboratório não passava de ficção. Humanoides criados conservados como girinos? Não só profano: impensável. Com o desenvolvimento de técnicas de fertilização *in vitro*, no entanto, essa ideia se tornou realidade, e os problemas éticos envolvendo a manipulação desses embriões logo chegaram ao direito. Ainda que sob uma perspectiva kantiana a *fundamentação* das decisões a respeito desse assunto não deixe de se reportar ao imperativo categórico, as máximas que vierem a presidi-las haverão de se adequar às suas particularidades. Para além da retórica, isso não passou despercebido ao Supremo Tribunal Federal:

“Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do progresso da ciência e do desenvolvimento da biotecnologia, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos.”¹⁸⁴

¹⁸³ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 88 (BA 85–86).

¹⁸⁴ STF, ADI 3510, Pleno, relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgada em 29.05.2008. O trecho reproduzido no texto foi extraído do voto do Ministro Celso de Mello.

Um segundo exemplo pode ser extraído do reconhecimento da capacidade de fato de pessoas com deficiência, uma inovação legislativa viabilizada pelo barateamento de tecnologias de integração ou assistência.¹⁸⁵ Também neste caso se poderia dizer que a autodeterminação racional da moralidade a partir de máximas permitiu a adequação do conteúdo da lei moral a avanços científicos e novas circunstâncias da vida.

Agir em razão de máximas, afinal, não é o mesmo que obedecer a regras ou seguir algoritmos: regras podem ser aprendidas por quase todo tipo de animal; algoritmos podem ser seguidos por máquinas. Mas nem todo animal – e nenhuma máquina – pode agir através de máximas. São elas que nos habilitam a agir como seres humanos.

Gostaria de retomar um último ponto. O fato de a moralidade kantiana ser ditada por máximas da razão prática – não por critérios morais previamente conhecidos, por cartilhas de adestramento ou pelo direito posto – não exclui, por si só, alguma espécie de *respeito* a entes que não compartilhem dessa razão ou possam acessá-la.¹⁸⁶ O caso escolar é o do tratamento jurídico dos seres humanos em coma – “daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, como diz o artigo 4º, III, do Código Civil. A doutrina reconhece que o estado neurológico de inconsciência não altera a *personalidade*, entendida como o reconhecimento jurídico do indivíduo enquanto pessoa; que ele não altera a *capacidade jurídica*, pensada como a aptidão para a titularidade de direitos;¹⁸⁷ mas não há dúvida de que ele afeta, sim, a *capacidade de fato* da pessoa inconsciente, sua possibilidade de agir *em razão* do direito.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Lei 13.146/2015, art. 4º, § 1º. O barateamento de “adaptações razoáveis”, ainda nos termos do Estatuto, também pode ser visto como um fator que contribuiu para a atribuição de capacidade plena aos deficientes. As mudanças do estatuto jurídico da pessoa com deficiência são discutidas por Heloísa Helena Barboza, “A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões”, in: Ehrhardt Jr., Marcos (Org.), *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁸⁶ Digo “alguma espécie” porque essa ideia de respeito não parece corresponder àquela que Kant associa à dignidade humana. Discussão na nota 179 e referências no texto.

¹⁸⁷ Existe muito desacordo na doutrina moderna do direito privado a respeito dos conceitos de personalidade e capacidade jurídica. Alguns autores não os diferenciam. Outros definem a capacidade jurídica como um atributo mais abrangente que a personalidade – a personalidade civil, afinal, começaria “do nascimento com vida”, nos termos do artigo 2º do Código Civil –, e o conceito de capacidade jurídica daria conta da aptidão mencionada no final do artigo – conforme o qual “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Parte da doutrina brasileira, no entanto, sugere o contrário: o conceito de capacidade jurídica seria menos abrangente que o de personalidade – coisa que, a despeito da literalidade do artigo 2º, os nascituros também teriam.

¹⁸⁸ O Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015 modificou a espécie de incapacidade de fato atribuída às pessoas transitória ou permanentemente incapazes de exprimir sua vontade: elas deixaram de ser qualificadas

O caso dos animais não humanos talvez seja o mesmo, mas ainda não está resolvido. Não consigo atribuir *preço* a nenhum dos meus cachorros. Muito menos um preço venal. Para mim, eles valem muito mais do que qualquer um seria capaz de pagar. Ainda que dessa constatação não se possa extrair (ao menos diretamente) um dever moral ou jurídico em benefício deles – não os comer, por exemplo –, quem se dedica ao tema parece convergir no entendimento de que o fato de animais não humanos serem, num sentido aparentemente científico, ‘irracionais’, e talvez nem todos sejam,¹⁸⁹ não é suficiente para excluí-los do rol dos sujeitos – de direito? – a quem nós, seres humanos, devemos respeito.¹⁹⁰

como absolutamente incapazes e passaram a ser qualificadas como relativamente incapazes. De todo modo, o estado neurológico de inconsciência ainda acarreta uma mudança em sua capacidade de fato.

¹⁸⁹ Evidências reportadas em Alfredo Domingues Barbosa Migliore, *A personalidade jurídica dos grandes primatas*, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹⁹⁰ Por exemplo Christine M. Korsgaard, “Kantian Ethics, Animals, and the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 33, n. 4, p. 629–648, 2013. A melhor e mais completa discussão sobre o assunto que conheço está no trabalho de Carlos Frederico Ramos de Jesus, *Entre pessoas e coisas: o status moral-jurídico dos animais*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

3. VARIAÇÕES INDIVIDUALISTAS: PROPOSIÇÃO E ATOMIZAÇÃO

Um espectro ronda a filosofia prática no século 19. Manifestando-se no pensamento e na ação, ele não demora a tomar a autonomia. Descoberta como síntese do que temos em comum, ela se desfigura como fundamento das nossas diferenças, razão daquilo que nos separa. A reboque dessa transformação, ela se converte em dogma: de princípio secular e racional da moralidade, transforma-se em “liberdade completa de formar nossas opiniões morais,” uma liberdade garantida circularmente pela suposição de que “o julgamento consciente de cada agente moral deve ser absolutamente respeitado.”¹⁹¹

O “respeito absoluto” devido a escolhas feitas com “liberdade completa” ainda é o que nos vem à mente quando nós, juristas, somos instados a explicar por que o direito privado deve reconhecer ou delegar poderes de criação do direito – poderes contratuais, por exemplo – a indivíduos que não foram eleitos, tampouco habilitados a adjudicar. E não há muito mais a dizer: o respeito devido à autonomia nos parece óbvio, por mais que os filósofos insistam em complicá-lo. Mas preservamos a autoridade de Kant. Seu conceito recebe o individualismo, mas é também sua profecia.

Como toda designação abrangente daquilo que nos parece assemelhado, o individualismo dá conta de um conjunto de ideias nem sempre idênticas. Reconhecido a partir de suas extremidades – núcleo utópico da vida moderna para uns, sua chaga indelével para outros –,¹⁹² o individualismo encontra terreno fértil no direito, tornando-se o espantalho predileto de vários outros *ismos* jurídicos inventados entre os séculos 19 e 20: naturalismo, realismo, funcionalismo, neoconstitucionalismo e assim sucessivamente. Em comum entre eles, a crença na urgência do combate ao individualismo

Num sentido específico, entretanto, essas alternativas também podem ser – e aqui serão – descritas como *continuações* do individualismo. De variações atomizadas do individualismo inclusive, versões pretensamente alheias à moralidade. Por quê? Porque os ismos jurídicos novecentistas não foram de modo geral capazes de alterar os fundamentos do direito, e do direito privado em particular. Quanto ao aqui nos interessa, o ponto é que esses movimentos não foram capazes de alterar a pressuposição individualista de autonomia.

¹⁹¹ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 518.

¹⁹² Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books, 2013; e Charles Taylor, *As fontes do self: a construção da identidade moderna*, São Paulo: Loyola, 2005.

Propostas de reforma do direito foram, sim, importantes para a transformação de ideias e práticas injustas mascaradas no interior da doutrina: ideias e práticas que vão da desigualdade entre os cônjuges ao desequilíbrio contratual, assuntos importantes não apenas do ponto de vista do direito. Mas o conceito de autonomia continuou sendo encarado através daquilo que um de seus primeiros historiadores chamou de ‘robinsonismo social’.¹⁹³

Quem hoje investiga a moralidade de autonomia de modo mais amplo – historiadores do pensamento, das ideias e dos conceitos, mas também filósofos morais e proponentes da metaética – tende a traçar a origem de suas reproposições individualistas aos textos do filósofo John Stuart Mill (1806-1873). Como sugere Onora O’Neill, “a admiração contemporânea pela autonomia individual ou pessoal ainda se deve muito mais a Mill do que a Kant: embora muitos dos admiradores da autonomia pleiteiem credenciais kantianas, eles desenvolvem concepções de autonomia individual baseadas em um entendimento naturalista da ação humana.”¹⁹⁴ Podemos seguir essa sugestão.

Em termos metaéticos, entretanto, já não parece correto dizer que o naturalismo seja *necessariamente* incompatível com o reconhecimento da autonomia como princípio de uma moralidade de base naturalista. Na medida do possível, este ponto é esclarecido no debate travado entre Derek Parfit (que jamais se apresentou como um naturalista, tampouco foi acusado de sê-lo) e Peter Railton (um dos principais proponentes do naturalismo filosófico-moral contemporâneo).¹⁹⁵

O relato final de Railton merece ser lembrado:

“A resposta de Derek Parfit é, para mim, imensamente reconfortante. Nós estamos de fato escalando a mesma montanha. A despeito de nossos pontos de partida serem diferentes, nossos caminhos nos aproximaram cada vez mais. Claro, a própria geometria das montanhas tende a produzir esse resultado – desde que aqueles que decidem escalá-las estejam realmente se aproximando do topo.”¹⁹⁶

¹⁹³ Esse ‘robinsonismo’ é a ideia-chave da crítica de Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon: Rousseau, 1912, p. 322: “Os pretensos Robinsons são produtos da sociedade. Toda pujança material e intelectual de que dispõem, dispõem por conta da vida social. Não há Robinson de nascença.”

¹⁹⁴ Onora O’Neill, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 30; no mesmo sentido, Schneewind, *Autonomy after Kant*, p. 159. Mill não chega a empregar a palavra “autonomia” em seu sentido moderno. O’Neill informa que ele se refere apenas à autonomia dos estados, ou seja, ao sentido pré-moderno da palavra. *Autonomy and Trust in Bioethics*, p. 30. A referência a Mill como figura-chave para o entendimento contemporâneo da autonomia, no entanto, vem sendo reiterada por seus principais intérpretes há décadas. Exemplo e referências em John Skorupski, *John Stuart Mill*, London: Routledge, 1989, p. 250.

¹⁹⁵ Derek Parfit, *On What Matters*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 91–127.

¹⁹⁶ Comentário de Peter Railton reproduzido em *Ibid.*, p. 113.

Esta tese evidentemente não poderia alcançar essa altitude, e por isso daqui em diante as referências ao que O’Neill chamou de “entendimento naturalista da ação humana” vão pressupor naturalismos *incompatíveis* com a moralidade da autonomia – como, de resto, a própria O’Neill pressupõe e admite. Esse estereótipo naturalista vai ajudar a esclarecer a particularidade dos pontos de partida individualistas, mas não impede, espero, que um dia possamos chegar ao mesmo ponto.

3.1. A descoberta de Stuart Mill: o bem da individualidade

Como Grócio, Stuart Mill ingressa cedo na vida intelectual. Consta que tenha aprendido grego aos três anos de idade, e latim aos sete; que aos 13 já se dedicava à lógica aristotélica, e no ano seguinte, aos clássicos da filosofia política inglesa.¹⁹⁷ E com apenas 15 anos, bastante cedo para os padrões atuais, encontra o que descreve como “o verdadeiro objeto” de sua vida: “ser um reformador do mundo.”¹⁹⁸

Sob influência de seu pai, o economista e também filósofo James Mill (1773-1836), abraça o *radicalismo filosófico* de Jeremy Bentham (1748-1832), David Ricardo (1772-1823) e John Austin (1790–1859). Esse radicalismo tinha uma agenda metodológica e teórica clara: segundo ele, o papel da filosofia seria promover reformas sociais e políticas reguladas pelas consequências da ação singular – daí o seu *consequencialismo* – e orientadas pela diferença entre sua utilidade e sua desutilidade – daí o seu *utilitarismo*.¹⁹⁹

Por volta dos 20 anos de idade, porém, Mill (a partir daqui sempre o filho) cai em uma profunda crise intelectual e emocional. Embora só o tenha acompanhado por meses, ela viria a assombrá-lo por anos. Outra vez segundo ele próprio, sua terapia mais eficaz teria sido o distanciamento do radicalismo filosófico paterno, que no entanto jamais deixará de reverenciar. Começa assim sua conversão ao individualismo. E também aquela que parece ser sua mais importante descoberta.

¹⁹⁷ David Bromwich, “A Note on the Life and Thought of John Stuart Mill”, in: Mill, John Stuart (Ed.), *On Liberty*, New Haven: Yale University Press, 2003, p. 2–7.

¹⁹⁸ John Stuart Mill, *Autobiography and Literary Essays*, Toronto: University of Toronto Press, 2000, p. 137.

¹⁹⁹ Os utilitaristas não chegaram a um consenso sobre sua unidade de medida. Alguns propuseram a adoção de agregações de felicidade; outros, de prazer; outros ainda de riqueza, satisfação de preferências ou bem-estar. David Brink, “Mill’s Moral and Political Philosophy”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018.

Não será, porém, uma conversão acrítica, tampouco uma descoberta simples. O lugar de Mill na história da tradição individualista será garantido pelo seu compromisso liberal; mas sua trajetória também será marcada pela singularidade. Insinuada ainda cedo pelo seu flerte com as tradições romântica e conservadora – durante a depressão, Thomas Carlyle (1795-1881) e Samuel Coleridge (1772-1834) tornam-se seus melhores amigos –, essa singularidade será definida sobretudo pela influência profunda duradoura da filósofa e ativista política Harriet Taylor (1807-1858), com quem Mill se casa em 1851.²⁰⁰

Dessa inflexão individualista vão resultar suas duas obras mais importantes e influentes: *Sobre a liberdade* de 1859 e *Utilitarismo* de 1863.²⁰¹

Mill, como Bentham, desenvolve uma teoria moral regulada pelas consequências, orientada pela utilidade e baseada na ideia de felicidade. Ele reconhece que “deve haver um princípio ou lei fundamental na raiz de toda a moral, ou, se existirem vários, deve haver entre eles uma determinada ordem de precedência; e o princípio, ou a regra para decidir entre os vários princípios quando estes entram em conflito, deve ser auto-evidente.”²⁰² Sua principal novidade reside na ideia de que a felicidade não deriva (ou não deriva apenas) da satisfação de desejos indiferenciados e não-hierarquizáveis, como propunha o utilitarismo hedonista. Em Mill, a felicidade – e com ela o utilitarismo – redefine-se pela descoberta de um novo princípio moral. O filósofo decide chamá-lo de *individualidade*.²⁰³

É o que parece: aquilo que nos define como indivíduos, que faz de cada um de nós um ser humano único – talvez mesmo o que nos torna seres *humanos*. “Alguém cujos desejos e impulsos não são seus”, diz Mill, “tem tanto caráter quanto uma máquina a vapor.”²⁰⁴

Há, no entanto, quem prefira identificar o primeiro esboço desse conceito de individualidade já em Kant, e em sua *Resposta à pergunta “o que é o esclarecimento?”* em

²⁰⁰ As ideias de Harriet Taylor teriam sido a principal referência do individualismo de Mill ao longo da década de 1830 – ou seja, entre seus 20 e 30 anos. Taylor, que se divorciara de seu primeiro marido em 1833, restringiria sua relação Mill ao campo intelectual por quase duas décadas, apesar de reconhecer sentimentos recíprocos. A história dessa relação é bonita, e é contada em Friedrich A. von Hayek, *John Stuart Mill and Harriet Taylor: Their Correspondence and Subsequent Marriage*, Chicago: University of Chicago Press, 1951.

²⁰¹ Bromwich, A Note on the Life and Thought of John Stuart Mill, p. 2–7.

²⁰² John Stuart Mill, *Utilitarismo*, Porto: Porto Editora, 2005, p. 43.

²⁰³

²⁰⁴ John Stuart Mill, *Sobre a liberdade*, Lisboa: Edições 70, 2006, p. 112.

particular. Publicada 1783 – um ano antes, portanto, da *Fundamentação* –, a *Resposta* tem um tom muito diferente daquele adotado nos textos acadêmicos kantianos. Trata-se de um panfleto contra aqueles que deixam de agir de maneira autônoma mesmo quando são perfeitamente capazes de fazê-lo.²⁰⁵ Essa omissão é uma espécie de *menoridade* porque o indolente, muito mais do que o temperante, entrega-se a uma “incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro.” E ela é *auto-imposta* porque “não resulta da falta de entendimento, mas da falta de resolução e de coragem.”²⁰⁶

Mill, como Kant, associa a maturidade à capacidade de “usar e interpretar a experiência à sua própria maneira.”²⁰⁷ Mas vai adiante. “Quanto mais cada pessoa desenvolve a sua individualidade,” lemos em *Sobre a liberdade*, “tanto mais se torna valiosa para si própria, e pode por isso ser mais valiosa para os outros.”²⁰⁸ Isso Kant não diz. Apesar de algum aceno para a ética das virtudes – “resolução e coragem”, no caso – ele parece preservar um entendimento essencialmente binário da moralidade: ou o agente se entrega à menoridade, ou passa à maioridade.

E para passar à maioridade, diz Kant, o agente precisa apenas *buscar* um entendimento próprio. O sucesso dessa busca é uma questão empírica, e portanto alheia à moralidade.²⁰⁹ Para Mill, em contrapartida, a individualidade é uma questão de grau: ela se assemelha, sim, a uma excelência ou virtude em sentido antigo, mas sua melhor explicação reside no consequencialismo utilitarista. Se Ricoeur estiver certo, isso mostraria que Mill, grande expoente do individualismo – e para os mais críticos, do egoísmo –, foi talvez menos egoísta que Kant: ele se preocupou com a “desigualdade fundamental dos homens quanto ao domínio da palavra” e com o fato de que “numerossíssimas pessoas não são desprovidas simplesmente de potência, mas *privadas* de potência.”²¹⁰

²⁰⁵ Kant ainda não usa a palavra *autonomia* no texto da *Resposta*. Mas não parece haver divergência na literatura secundária a respeito de sua identificação. Ricoeur, *Autonomia e vulnerabilidade*.

²⁰⁶ Kant, *Resposta à pergunta: que é ‘esclarecimento’?*, p. 63.

²⁰⁷ Mill, *Sobre a liberdade*, p. 108.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 115.

²⁰⁹ Uma vez alcançada a maioridade, o agente pode ou não avançar na constituição de si próprio. Se radicalizar sua indolência, talvez possa mesmo retornar à menoridade. Mas Kant não parece ter se dedicado especificamente a essas questões, que ficaram a cargo seus continuadores. Por exemplo Korsgaard, *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*.

²¹⁰ Ricoeur, *Autonomia e vulnerabilidade*, p. 85. Essa leitura, porém, está longe de ser unânime. O texto citado na nota anterior fornece boas razões para rejeitá-la. Sem a mesma clareza, esta tese também a rejeita.

O valor intrínseco da individualidade ajuda a entender a ênfase de Mill sobre uma velha conhecida dos juristas: a virtude da *imparcialidade*. Não é um conceito fácil de definir. Genericamente associado a ideias de justiça e jurisdição, a imparcialidade surge, neste caso, como uma demanda moral. Mill a define negativamente como a ausência de “predileção ou preferência por uma pessoa em detrimento de outra em questões nas quais a predileção e a preferência não se aplicam apropriadamente.”²¹¹ A desatenção do utilitarismo precedente para com a imparcialidade teria sido, ainda de acordo com ele, seu principal equívoco: “a felicidade que constitui o padrão utilitarista daquilo que está certo na conduta”, diz Mill, “não é a felicidade do próprio agente, mas a de todos os envolvidos.” Mais um ponto contra seu suposto egoísmo. “Quanto à escolha entre a sua própria felicidade e a felicidade dos outros,” conclui, “o utilitarismo exige que ele [o agente] seja tão estritamente *imparcial* como um espectador desinteressado e benevolente.”²¹²

O dever de tratamento imparcial se torna, assim, “uma condição necessária para o cumprimento das outras obrigações de justiça,” e mais do que isso, “o superior padrão abstrato da justiça social e distributiva, para o qual devem convergir no maior grau possível todas as instituições e os esforços de todos os cidadãos virtuosos.”²¹³

Estes últimos pontos talvez fiquem mais claros diante da distinção entre consequencialismo de atos (*act-consequentialism*) e consequencialismo de regras (*rule-consequentialism*).²¹⁴ No consequencialismo de atos, o valor da ação é baseado nos resultados de cada ação singularmente considerada. No consequencialismo de regras, são as consequências da obediência generalizada à lei que preside a ação – não seus resultados – que definem seu

²¹¹ Mill, *Utilitarismo*, p. 86.

²¹² *Ibid.*, p. 58 (destaquei).

²¹³ *Ibid.*, p. 102.

²¹⁴ A distinção foi originalmente proposta por John J. C. Smart, “An Outline of a System of Utilitarian Ethics”, in: Smart, John J. C.; Williams, Bernard (Eds.), *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge: Cambridge University Press, 1973. Respondendo a ele, Bernard Williams preferiu falar de consequencialismo *direto* e *indireto*. “A Critique of Utilitarianism”, in: Smart, John J. C.; Williams, Bernard (Eds.), *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge: Cambridge University Press, 1973. Essas classificações se sobrepõem, mas não são correspondentes. Quando ao consequencialismo indireto, Williams deixa claro que “está preocupado com o valor indireto de várias outras coisas além das regras, como disposições.” (81).

valor.²¹⁵ Definida no interior de um consequencialismo de atos, a imparcialidade de Mill torna-se exigível de todos em *cada uma* de suas ações.

Segundo o filósofo, esse seria o sentimento comum a respeito da moralidade: “a grande maioria das boas ações *não tem em vista* o benefício do mundo,” diz, “mas o de indivíduos a partir dos quais se constitui o bem do mundo;” e é por isso, continua, que “nessas ocasiões os pensamentos do homem mais virtuoso não precisam de ir além das pessoas específicas envolvidas, exceto na medida em que lhe seja necessário assegurar-se de que, ao beneficiá-las, não está violando os direitos – a isto é, as expectativas legítimas e autorizadas – de qualquer outra pessoa.”²¹⁶

Esta última sugestão nos conduz à ideia-chave da filosofia moral de Mill: o *princípio da prevenção do dano a outros*, ou simplesmente *princípio do dano* (*harm principle*), como o apelida Joel Feinberg, um de seus mais importantes divulgadores.²¹⁷

3.2. Do bem da individualidade ao liberalismo político

“O objetivo deste ensaio”, escreve Mill no começo de *Sobre a liberdade*,

“é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interação da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e ao controle, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação do outro, é a autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade,

²¹⁵ John Smart associa a versão idealista do consequencialismo de regras à primeira fórmula do imperativo categórico de Kant. O problema dessa sugestão, a meu ver é reduzir indevidamente o imperativo categórico à sua primeira formulação, que é, de fato, fundamentalmente objetiva, negligenciando porém o papel desempenhado pela subjetividade em suas outras duas fórmulas. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, p. 9.

²¹⁶ Mill, *Utilitarismo*, p. 59–60.

²¹⁷ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1990. Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4: Harmless Wrongdoing*, Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 319 No último volume de sua obra sobre a filosofia do direito penal, no entanto, em um verdadeiro *plot twist*, Feinberg admite, em contraste com Mill, a criminalização de ofensas que não acarretam danos.

é o de *prevenir dano a outros*. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode ser corretamente forçada a fazer ou deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto. Essas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo. Para justificar tal coisa, é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-la cause um mal a outra pessoa. A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano.”²¹⁸

Essa se tornaria não apenas a passagem mais citada da bibliografia de Mill, mas também uma das melhores sínteses do liberalismo político moderno. Ao sustentar que o princípio do dano é “o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada”, Mill imuniza o pensamento liberal posterior contra duas espécies de limitações à autonomia. A primeira ocorre quando as possibilidades de ação de uma pessoa são limitadas por razões associadas ao seu próprio benefício ou interesse. Essa espécie de limitação corresponde àquilo que hoje chamamos de *paternalismo*: uma palavra usada para designar a imposição coercitiva de comportamentos que promovam a utilidade (ou a felicidade, ou a riqueza, ou o bem-estar) da pessoa coagida. Trata-se, aqui, de um paternalismo *forte*, que consiste em “tratar adultos como se fossem crianças, ou crianças como se fossem ainda mais novas, forçando-as a atuar ou se abster de certas maneiras.”²¹⁹ Essa espécie de paternalismo foi recentemente contraposta a um paternalismo supostamente *fraco*, na qual a coerção é substituída por *nudges*, “empurrões” ou incentivos estáveis dirigidos à correção de vieses e heurísticas,²²⁰ e *boosts*, mecanismos temporários de manipulação heurística.²²¹

²¹⁸ Mill, *Sobre a liberdade*, p. 39–40 (destaquei).

²¹⁹ Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*, p. 5.

²²⁰ Richard H. Thaler; Cass R. Sunstein, “Libertarian Paternalism”, *American Economic Review*, v. 93, p. 175–179, 2003; e depois *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New York: Penguin, 2008.

²²¹ Till Grüne-Yanoff; Ralph Hertwig, “Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?”, *Minds and Machines*, v. 26, n. 1–2, p. 149–183, 2016.

A segunda espécie de limitação à autonomia aventada por Mill tem lugar quando a agência de uma pessoa é limitada por razões estranhas às suas preferências ou, de modo mais abstrato, à sua individualidade. Em seu *Utilitarismo*, Mill associa essas razões não-individuais à ideia kantiana de autonomia, que, por sua vez, será descrita como uma modalidade de coletivismo moral: “Para dar algum significado ao princípio de Kant,” diz Mill, “o sentido a atribuir-lhe tem de ser o de que devemos moldar a nossa conduta segundo uma regra que todos os seres racionais possam adotar *com benefício para o seu interesse coletivo*.”²²² David Brink sugere chamar essa espécie de limitação da autonomia de *moralista*.²²³ Mas é preciso tomar cuidado com esse rótulo, pois sabemos que a metaética kantiana reconhece um campo abrangente para o desenvolvimento da moralidade, mas rejeita qualquer espécie de *moralismo*. E esse moralismo tampouco pode ser confundido com a moralidade implicada no próprio princípio do dano. A concepção milliana de individualidade não é, como se escreveu recentemente, “apenas uma teoria sobre a política: ela é uma teoria *moral* substantiva, perfeccionista, dirigida ao bem.”²²⁴

De resto, Mill reconhece que certas condutas não prejudiciais podem ser legitimamente limitadas quando seu agente não dispuser de todas as informações relevantes para desempenhá-las. Sua ilustração é tão anedótica quanto esclarecedora: “Se um funcionário público ou qualquer outra pessoa visse alguém tentando atravessar uma ponte que havia sido classificada como insegura, e não tivesse tempo para avisar desse perigo, poderia agarrá-la e fazê-la voltar para trás, sem qualquer infração real da sua liberdade; pois a liberdade consiste em fazer o que se deseja, e a pessoa não deseja cair no rio.”²²⁵ Argumentos parecidos são, hoje, usados com frequência para justificar uma série de normas, de deveres de registro público a controles de trânsito.

Mill distingue, ainda, danos aptos a justificar limitações à autonomia de simples *ofensas* (em seu texto, *harms* e *offences*, respectivamente). Essa distinção está na base de sua famosa defesa da liberdade de expressão. No mais das vezes, ela será apropriada por aqueles que defendem a suficiência da liberdade negativa para a composição do nosso universo

²²² Mill, *Utilitarismo*, p. 94.

²²³ Brink, *Mill’s Moral and Political Philosophy*.

²²⁴ Gerald Gaus; Shane D. Courtland; David Schmitz, “Liberalism”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018.

²²⁵ Mill, *Sobre a liberdade*, p. 162–162.

moral, no mais das vezes a partir de uma “caricatura absurda” da liberdade positiva, como diz Taylor.²²⁶ As ofensas, esclarece Mill, só “perdem a sua imunidade quando as circunstâncias em que são expressas são tais que a sua expressão constitui efetivamente uma instigação a um ato danoso.”²²⁷ Há, como se pode imaginar, enorme desacordo a respeito de quais sejam essas “circunstâncias”, assim como sobre o que deve contar como “instigação”. O infundável debate em torno da hipótese holmesiana do falso alerta de incêndio no teatro lotado – ato ilícito? conduta protegida pela Primeira Emenda? nenhum dos dois? – talvez seja a melhor ilustração desses desacordos no direito.²²⁸

3.3. Do liberalismo político ao naturalismo ético

Leitores contemporâneos de Mill tendem a identificar a redefinição individualista do conceito autonomia no interior de sua filosofia política. Neste caso, a alternativa conceitual é traçada à sua reproposição individualista do *utilitarismo* e do *liberalismo*. Nestes casos, entretanto, o confronto entre Kant e Mill é dificultado, pois Kant não se refere à autonomia como um conceito político. Ele a discute como um conceito moral.

Mas também é possível traçar a reproposição individualista da autonomia à filosofia moral, e particularmente àquilo que os filósofos morais convencionaram chamar de *naturalismo ético*.²²⁹ O’Neill, como vimos, atribui a Mill a formulação paradigmática de um “entendimento naturalista da ação humana.”²³⁰ Esse entendimento consiste em encarar a ação humana como resultado da atuação causal da atuação de preferências individuais. O naturalismo ético poderia ser encarado como um desdobramento do empiricismo, e do empiricismo

²²⁶ Nota 141 acima e referências no texto.

²²⁷ Mill, *Sobre a liberdade*, p. 105.

²²⁸ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Adotada em 1791, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787 proíbe, entre outras coisas, a edição de leis que limitem a liberdade de expressão.

²²⁹ Christopher Macleod, “John Stuart Mill”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018, para quem Mill foi “um naturalista, um utilitarista e um liberal, cujos trabalhos exploram as consequências de um olhar profundamente empiricista.” O naturalismo ético de Mill é visto como Norte de toda a sua filosofia por Skorupski, *John Stuart Mill*.

²³⁰ Nota 194 acima.

de David Hume (1711-1776) em particular, embora Mill rejeitasse essa associação.²³¹ Outra associação comum, mas também rejeitada por Mill diz respeito ao naturalismo cientificista, e especialmente ao naturalismo de Herbert Spencer (1820-1903), coqueluche na literatura jurídica brasileira da segunda metade do século 19.

Mas Mill tem razão. Seu naturalismo não leva ao ceticismo humeano. Mill não pode ser considerado antirrealista, tampouco não-cognitivista. O cientificismo naturalista, por sua vez, pode sim ser visto como um desdobramento do naturalismo ético, mas o naturalismo ético não o implica necessariamente. Mill foi um crítico de Spencer,²³² e seu individualismo jamais o cegou para exigências éticas estranhas ou mesmo contrárias às nossas inclinações. Não há nada próximo do conservadorismo e do evolucionismo spenceriano em seus textos. A culpa de sua apropriação neoconservadora e pseudocientífica não é sua.²³³

E surpreenderia se fosse diferente: em seu tempo, Mill representou um paradigma de filósofo progressista e igualitário. Nesse sentido, aliás, o pensamento jurídico brasileiro deve menos a ele que a Spencer. O tratamento dispensado à mulher casada no Código Civil brasileiro de 1916 é uma ilustração conhecida. Pelo texto do diploma, mulheres casadas dependeriam da autorização do marido para exercer profissão,²³⁴ receber herança, alienar seus próprios bens, desempenhar função pública, litigar e representar terceiros por força de contrato.²³⁵ Elas só poderiam assumir o poder familiar diante da falta ou impedimento do

²³¹ Em um ensaio de 1938, Mill não economiza nas tintas. Hume é descrito como o “príncipe dos diletantes”, um “pensador negativo” que teria abraçado o ceticismo por conveniência: “até descobrir que os homens podem se contentar em ser ricos sem fé, mas não podem ser pobres sem ela,” ponto em que “a religião e a moralidade voltam à baila em uma defesa barata do aluguel e do dízimo.” John Stuart Mill, “Bentham”, in: Robson, John M. (Org.), *Essays on Ethics, Religion and Society*, Indianapolis: Liberty Fund, 2006, p. 80, notas q-q38.

²³² Spencer, de sua parte, tentava arvorar-se nas ideias de Mill. *Utilitarismo*, p. 103, nota: “Numa comunicação privada sobre a nota precedente, o Sr. Herbert Spencer recusa ser considerado um adversário do utilitarismo, e declara que considera a eticidade o fim último da moralidade, mas entende que esse fim é apenas parcialmente alcançável através de generalizações empíricas baseadas nos resultados observáveis da conduta, e que só é completamente alcançável se deduzirmos, a partir das leis da vida e das condições da existência, que tipos de ação tendem necessariamente a produzir a felicidade e que tipos de ação tendem a produzir a infelicidade.”

²³³ Exemplo e referências em Gertrude Himmelfarb, *A Imaginação Moral: Jane Austen e George Eliot, Burke e Stuart Mill, Disraeli e Churchill, Oakeshott e Trilling e outros grandes nomes da política e da literatura*, São Paulo: É Realizações, 2018.

²³⁴ Código Civil brasileiro de 1916, art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal. [¶] Compete-lhe: [...] IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do texto conjugal.”

²³⁵ Código Civil brasileiro de 1916, art. 242: “A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): [...] II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). [¶] III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. [¶] IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. [¶] V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. [¶] VI. Litigiar

marido,²³⁶ e mesmo o poder sobre os filhos, que em princípio dividiam com seus cônjuges, seria delas subtraído caso se casassem pela segunda vez.²³⁷ Como se não bastasse, o artigo 6º do Código de 1916 autenticava uma justificação pretensamente dogmática para todas essas disposições ao determinar que, uma vez casadas, as mulheres passavam a ser relativamente incapazes para a prática de atos da vida civil.²³⁸

Essas regras, que no interior da tradição privatista ecoavam a desigualdade legalizada através da velha *manus* romana, o poder que o *ius civile* atribuía aos *patres familias* sobre a vida de suas esposas,²³⁹ encontravam porto seguro no naturalismo spenceriano. “E qual é o significado da afirmação de que a mulher é mentalmente inferior ao homem?”, perguntava-se Spencer em 1851. A resposta parecia natural: “Simplesmente que suas faculdades são menos poderosas.” Segue: “E o significado do dogma segundo o qual [...] a mulher tem direitos menos extensos? Apenas isto: que por ter faculdades mais fracas que o homem, ela não pode ter a mesma liberdade de exercê-las.”²⁴⁰

É fundamentalmente o contrário do que defendia Mill. Para ele, a submissão das mulheres não se explicaria por suposições naturalistas de fragilidade, mas pela imposição e estímulo dos homens. Essa desigualdade seria, por isso, política, jurídica e moralmente injustificável: “o princípio que regula as relações atualmente existentes entre os dois sexos – a subordinação jurídica de um sexo ao outro –”, escreve Mill em 1869, “é errado em si mesmo, e hoje representa um dos principais empecilhos ao desenvolvimento humano.”²⁴¹

em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. [¶] VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). [¶] VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. [¶] IX. Aceitar mandato (art. 1.299).

²³⁶ Código Civil brasileiro de 1916, art. 380: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”

²³⁷ Código Civil brasileiro de 1916, art. 393: “A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.”

²³⁸ Código Civil brasileiro de 1916, art. 6º: “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.”

²³⁹ Eva Cantarella, “Women and Patriarchy in Roman Law”, in: Plessis, Paul J. du; Ando, Clifford; Tuori, Kaius (Orgs.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2016. Eva Cantarella, “Women and Patriarchy in Roman Law”, in: Plessis, Paul J. du; Ando, Clifford; Tuori, Kaius (Orgs.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2016. Desde cedo o direito romano admitiu o matrimônio *sine manu*. Neste caso, porém, a mulher não se tornava juridicamente independente (*sui iuris*), mas permanecia sobre a *potestas* de seu pai (e portanto *alieni iuris*).

²⁴⁰ Herbert Spencer, *Social Statics (1851)*, Edição americana. [s.l.]: Williams and Norgate, 1868, p. 177.

²⁴¹ Mill, *The Subjection of Women*, p. 1.

Embora corrigido por avanços jurisprudenciais tópicos, o tratamento privilegiado do marido permaneceria legalizado no Brasil até quase cem anos depois da morte de Mill. Ele começaria a ser revertido com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121) de 1962.²⁴²

3.4. O epílogo da moralidade: atomismo

As exigências morais de Mill vão além daquilo que a doutrina moderna do direito privado parece esperar do conceito de autonomia. Mas isso não vale para todas as vertentes da tradição individualista, e particularmente para vertentes que se ensurdecem para todo tipo de questionamento moral: vertentes do individualismo que o transformam em *atomismo*.

No atomismo, a individualidade já não representa um bem, mas o elemento distintivo da existência humana, condição ontológica que diferencia a nós, seres humanos, das coisas e dos outros viventes. O individualismo deixa de traduzir uma busca. Torna-se um dado.

As vertentes atomistas do individualismo se desençam não apenas do liberalismo político de Mill, mas também de suas repositórias conservadoras. No atomismo, a individualidade não é um bem, tampouco um mal: é simplesmente um retrato das nossas fronteiras, daquilo que nos separa sem nos diferenciar. Diante dela, a autonomia surge como um procedimento heurístico de ordenação consciente e informada de preferências, uma ordenação encarada como mecanismo explicativo de nossa inescapável atomização.

Na segunda metade do século 20, essas ideias vão encontrar formulações exemplares em Harry Frankfurt (1929) e Gerald Dworkin (1937).²⁴³ Suas referências ao conceito de

²⁴² Um avanço duvidoso é a submissão da autonomia da mulher ao juiz em caso de divergência sobre o exercício do poder familiar, estabelecida pelo Estatuto de 62 em substituição à soberania do pátrio poder. Antônio Junqueira de Azevedo chama a atenção para este ponto, resultante da modificação do artigo 380 do Código Civil de 1916. “O direito civil tende a desaparecer?”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 70, p. 197–210, 1975, p. 201. Quanto a outra mudança importante trazida pelo Estatuto de 1962, desta vez em relação ao artigo 326 do Código, sua crítica é menos clara. A inovação, diz ele, teria habilitado o juiz “a decidir, discricionariamente, no desquite judicial, em que os dois cônjuges são considerados culpados, com quem devem ficar os filhos (antigamente, embora com ressalvas, até os seis anos de idade, os filhos e as filhas ficavam sob a guarda da mãe e, depois dessa idade, os filhos passavam para a guarda do pai, continuando as meninas com a mãe. Hoje, nenhuma dessas distinções existe, o juiz decide no interesse dos menores).”

²⁴³ Ambos são destacados por Schneewind, *Autonomy after Kant*, p. 156–157. A permeabilidade teórica e o apelo prático dessa espécie de subjetivismo poderiam, no entanto, sugerir o exame de autores tão diferentes quanto Richard Hare (1919-2002), Daniel Kahneman (1934) e mesmo John Rawls (1921-2002) – no primeiro caso, pela distinção entre raciocínio crítico e raciocínio intuitivo; no segundo, entre sistema instintivo e

autonomia já não servirão de resposta para perguntas morais abrangentes, perguntas sobre *o que* devemos das nossas vidas. A autonomia não servirá nem mesmo para desvendar razões instrumentais, para esclarecer *como* podemos fazer o que queremos. Em seu atomismo, a pergunta originária da autonomia é logicamente anterior a tudo isso. Ela diz respeito ao que somos, não ao que devemos ser. Ao apontar para o que nos separa, essa sua autonomia, pensam eles, revela-se como o que verdadeiramente nos une.

Este é o ponto de Harry Frankfurt em seu artigo mais famoso, *Freedom of the will and the concept of a person*, de 1971.²⁴⁴ Assim como Mill, Frankfurt não chama a autonomia pelo seu nome, embora venha a reconhecê-la em textos posteriores.²⁴⁵ Sua reflexão sobre o conceito vem à tona de modo incidental: ele insiste que seu objetivo é diferente daqueles perseguidos no interior da tradição individualista. Frankfurt nos diz que seu objetivo é *antropológico* no sentido clássico da palavra, que ele pretende investigar o que distingue as pessoas – que em seu texto quer dizer *seres humanos* – dos outros animais.

Para Frankfurt, isso não deveria ser buscado na moralidade – como queriam Kant e Mill, e antes deles um sem-número de filósofos até Aristóteles, e alguns juristas inclusive.²⁴⁶ O elemento distintivo das pessoas deveria ser buscado no que chama de “estrutura da vontade humana.”²⁴⁷ Seu argumento é engenhoso: embora não sejamos os únicos a deliberar previamente sobre as decisões que tomamos, apenas nós, animais humanos, somos capazes de formar desejos *secundários* ou *de segunda ordem*, desejos sobre desejos. Nenhum outro ser vivo é capaz de desenvolver essa espécie de “auto-avaliação reflexiva”.²⁴⁸ Por isso apenas nós somos e podemos ser autônomos.

emocional (ou sistema 1) e sistema deliberativo e lógico (ou sistema 2); e no terceiro, entre autonomia racional e autonomia integral. Richard M. Hare, *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*, Oxford: Oxford University Press, 1981; Daniel Kahneman, *Thinking, fast and slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011; e John Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *The Journal of Philosophy*, v. 77, n. 9, p. 515–572, 1980. Frankfurt e Dworkin, no entanto, mantêm um compromisso atomista: eles nem mesmo se reportam à moralidade.

²⁴⁴ Harry G. Frankfurt, “Freedom of the Will and the Concept of a Person”, in: *The Importance of What We Care About: Philosophical Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

²⁴⁵ Assim no prefácio de sua coletânea Harry G. Frankfurt, *The Importance of What We Care About: Philosophical Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. ix.

²⁴⁶ Referência na nota 90 acima e texto correspondente.

²⁴⁷ Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, p. 12.

²⁴⁸ *Ibid.*

Gerald Dworkin chega ao mesmo ponto, mas seu caminho é mais longo. Em um texto ainda bastante citado de 1970, defende que a liberdade da ação humana – que como Frankfurt, ainda não chama de autonomia, mas vai chamar algum tempo depois – depende da “atitude do agente sobre os desejos e razões que motivam sua conduta.”²⁴⁹ Agentes que não se identificam com seus motivos, diz, não podem ser considerados genuinamente livres. É o contrário do que acontece quando a ação é orientada por escolhas refletidas, ainda que essas escolhas tenham origem em determinações alheias. Mas a reflexão ainda não parece desempenhar um papel central em seu pensamento.

Essa ideia levará Gerald Dworkin a propor a uma restrição inusitada do conceito de coação. Ele não nega que coagir seja impor a um agente uma conduta com a qual ele não se identifica. Mas defende que isso não ocorre quando o agente é convencido a *querer fazer* o que de outro modo não quererá.²⁵⁰ De acordo com essa restrição, mesmo o sujeito inequivocamente manipulado – o sujeito que faz uma doação para garantir a adjudicação da escritura de seu imóvel no céu, por exemplo – não deixa de ser autônomo.²⁵¹ E não deixa de ser autônomo porque sua ação é especificamente sua: ela é *autêntica*.

A ideia geraldworkiniana de autonomia como autenticidade seria alvo de críticas importantes.²⁵² Diante delas, e a partir da década de 1980, a ideia de liberdade será pouco a pouco restringida à atuação de razões de primeira ordem, e a palavra “autonomia”, reservada para a descrição de uma capacidade permanente de revisar as razões da ação livre – capacidade de que não dispõem, por exemplo, pessoas lobotomizadas e animais não-humanos.

Este novo entendimento será sintetizado no livro mais famoso de Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, publicado em 1988:

“Autonomia é a capacidade de segunda ordem que as pessoas têm de refletir criticamente sobre suas preferências, aspirações e desejos de primeira ordem,

²⁴⁹ Gerald Dworkin, “Acting Freely”, *Noûs*, v. 4, n. 4, p. 367, 1970, p. 377.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 377 e 382.

²⁵¹ O Judiciário brasileiro felizmente discorda. Por exemplo TJ-RS, Ap. 0009691-72, Décima Câmara Cível, relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, julgada em 15 de maio de 2016 (anulando doação de R\$41.255,00 para a Igreja Universal do Reino de Deus). O STJ manteve a decisão. REsp 1.455.521-RS, relatora Ministra Nancy Andriighi, julgado em 16 de fevereiro de 2018.

²⁵² Por exemplo Tom L. Beauchamp; James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 103–104.

e a capacidade de aceitá-las ou mudá-las [aceitar ou mudar as preferências, aspirações e desejos de primeira ordem] à luz de preferências ou valores de ordem mais elevada. Ao exercitar essa[s] capacidade[s], as pessoas definem sua natureza, dando sentido e coerência às suas vidas, e assumindo responsabilidade pelo tipo de pessoas que são.”²⁵³

Assim definida, a autonomia pode até mesmo ser *contraposta* à liberdade, e o autor nos brinda com uma ilustração erudita. Como conta Homero, para não sucumbir ao canto das sereias e soçobrar seu navio nas pedras, Ulisses ordenou a seus homens que cobrissem seus ouvidos de cera e o amarrassem ao mastro da embarcação. Restringindo sua própria liberdade, o herói afirmou sua autonomia. Segundo Gerald Dworkin, Ulisses não tinha dúvida de que o desejo de se entregar às sereias e conseqüentemente naufragar – coisa que muito provavelmente aconteceria se ouvisse seu canto – era estranho aos seus desejos ou preferências de ordem mais elevada. Por isso ele agiu autonomamente.²⁵⁴

Questão menos simples é definir quem poderia ter adquirido a liberdade de Ulisses. A liberdade não parece ser algo que possamos tornar *res derelicta*. No exemplo homérico, a superioridade hierárquica de Ulisses vem a calhar: ele é o comandante, os demais agentes são seus comandados. E não fica claro se estes últimos também abrem mão de uma parte de sua liberdade. A tese de Gerald Dworkin parece se enfraquecer quando subtraímos a existência de hierarquias reconhecidas e controles inquestionados. Podemos alienar nossa liberdade ao Estado? e ao Estado brasileiro? mais especificamente, podemos ceder a ele alguns dos nossos direitos – a liberdade de contratar e a livre-iniciativa, digamos? se sim, por quais razões? a busca de um bem superior – o desenvolvimento, talvez o progresso – é uma delas?

O atomismo de Harry Frankfurt e Gerald Dworkin não oferece respostas definitivas, mas pode, em tese, ajudar a identificar respostas inaceitáveis.²⁵⁵ Ele parece nos autorizar a dizer que ações alinhadas com os desejos de primeira ordem de seus agentes podem ser juridicamente desestimuladas (ou proibidas) se dificultarem (ou impedirem) o desdobramento de suas preferências ou valores de ordem mais elevada. Isso evidentemente não

²⁵³ Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 20.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 106.

²⁵⁵ Um critério de *autenticidade* como aquele defendido por Gerald Dworkin em seus primeiros textos impediria até mesmo isso. Como diz o outro Dworkin, Ronald, “os filósofos modernos que pregam a autenticidade negam da maneira mais enérgica a possibilidade de valores objetivos.” Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 213.

elimina a dificuldade envolvida na revelação de preferências secundárias: ao contrário das preferências de primeira ordem, elas não se revelam na ação.

Os defensores dessa espécie de individualismo talvez acreditem que as preferências secundárias *não devem importar*, mesmo porque a rigor *não importam*. Eles talvez acreditem que essas preferências, que todos pensamos ter, são apenas moralismos convenientes, frutos de autoengano ou ilusão. Assim como os adeptos daquilo que chamamos de *libertarianismo doutrinário*, os defensores do atomismo acreditam ter descoberto que *é tudo da lei*, ao menos para cada um de nós. Mas eles não podem revelar seu segredo: um entendimento filosófico atomístico, afinal, é mais aceitável que uma completa falsificação da moralidade. Sem coragem de confessar sua descrença, eles nos catequizam até onde lhes convém.

Essa evidentemente não é a forma mais generosa de confrontá-los, pois sua profissão de fé pode ser sincera. Quem está disposto a admitir que nossas convicções – todas elas – não passam de moralismo? Que toda razão tem o mesmo peso, onde quer que seja? que tanto a ética quanto o direito não precisam ter nem um mínimo de moralidade para se sustentarem *como ética e como direito*? Até a década de 1960 ninguém ousou confessar esses pecados. Se mesmo filósofos e juristas inclinados ao purismo reconheceram a necessidade de um *mínimo de eficácia*, e quanto a isso não precisamos ir além de Kant e Kelsen, por que nós, tão mais realistas que eles, não haveríamos de admitir coisa parecida? E correr o risco – voltamos ao terror libertário – de enveredar pelo caminho da servidão? Nem pensar.

A tragédia do atomismo é acreditar que o tal caminho da servidão *é* nosso caminho, inexoravelmente: que ele é necessário, inescapável, divino – ou talvez exato oposto de divino, coisa que nesse caso dá na mesma. É dessa verdade, dessa sina, dessa escatologia que esses individualistas pretendem nos preservar. Confundem seu segredo com o mistério, e disso derivam um dever de sigilo absoluto, que alguns – os mais sinceros – parecem impor inclusive a si mesmos. Sabem, talvez, que a sinceridade de sua crença não será capaz de expiá-los de seu falso testemunho, mas ainda acreditam que sua profissão de fé poderá, no fim das contas, redimir *alguém*. Sua crença vira sua verdade.

Sincero ou não, esse individualismo, que já podemos sobrepor ao libertarianismo doutrinário, sugere um procedimento heurístico elegante: um algoritmo de verificação da consciência individual, uma racionalização descomplicada da autonomia. Ao calar sobre quais sejam ou de que modo podem ser identificadas nossas “preferências ou valores de

ordem mais elevada”, no entanto, esse entendimento nega a possibilidade mesma de um saber prático metódico. No direito, nega a própria distinção da doutrina – coisa anunciada na introdução, mas só agora justificada. Diante do atomismo, todo esforço de sistematização e atualização do direito um dia orientado por razões morais transforma-se em farsa, manipulação ou engano. Destroncadas da tradição liberal, as variações atomizadas do individualismo vão outra vez se enlaçar, desta vez com o cinismo.

Para o jurista que acredita na seriedade de sua profissão, essa espécie de atomismo não serve. Menos ainda sua concepção de autonomia.

4. TEORIAS JURÍDICAS DA AUTONOMIA INDIVIDUAL

Vem-se dizendo que a doutrina do direito privado pressupõe que as razões da autonomia sejam óbvias, ou então que não caiba ao jurista justificá-las – seja porque isso escapa da sua competência, seja porque alguém já o fez. Também se disse que as pressuposições individualistas da autonomia deixaram de ser percebidas pelos privatistas ao longo do século 20, embora as referências ao conceito tenham se multiplicado, inclusive fora do direito. Este fenômeno foi chamado de *mistificação*.

Podemos agora investigar uma hipótese explicativa.

Conceitos morais são vistos com desconfiança no interior do direito privado. Os juristas os reconhecem, mas dificilmente se manifestam à revelia da tradição. Se perguntarmos a um estudioso do direito privado que espécie de conceito é o conceito de preço justo, ele dificilmente nos dirá que se trata de um conceito moral. Sim, um prosélito do atomismo talvez nos diga, mas só por despeito: dirá que é um conceito moral para em seguida lembrar que ele deve ser escorraçado do pensamento jurídico. O jurista moderado, talvez um adepto do liberalismo doutrinário, responderá que a origem do preço justo não importa: importa saber se ele é, em um dado momento e território, um conceito positivo. No Brasil, o artigo 157 do Código Civil nos diz que é. Isso basta.

Não haveria incorreção ou inconveniência nessa conclusão se esse e outros conceitos morais incorporados ao direito positivo continuassem sendo discutidos *como conceitos morais*. O problema é que sua positivação tende a ser encarada como esvaziamento moral: mais que *juridicamente positivados*, conceitos morais incorporados ao direito positivo tornam-se, pensam alguns, conceitos positivos *tout court*. O problema dessa conclusão talvez fique mais claro ao avesso. Pense nesta regra: “Pelo contrato de compra e venda de escravo, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de uma pessoa negra, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.” Por N razões, essa é uma regra obviamente imoral. Agora imagine que um novo Código Civil é promulgado pelo presidente da República, e com ele, essa regra. A imoralidade da escravatura deixaria de importar ao jurista? Dizer que a incorporação de conceitos imorais ao direito positivo torna sua imoralidade juridicamente irrelevante é um absurdo escandaloso. O mesmo vale para os conceitos morais.

Mas não esse o tipo de raciocínio que vem à tona quando o que está em jogo já não é a doutrina, mas a teoria do direito privado. Neste caso, a moralidade da autonomia se inscreve no interior de discursos muito mais nuançados e disputados. Do ponto de vista teórico, aliás, ‘positivismo jurídico’ pode significar muitas coisas, e frequentemente significa uma coisa para aqueles que o defendem e outra coisa para os que o repudiam. A discussão contemporânea a seu respeito parece eclipsar até mesmo sua oposição ao jusnaturalismo – o Grande Debate da teoria do direito. Frente a ela, dificilmente se poderia dizer algo útil se não fosse possível avaliar argumentos opostos em torno de um mesmo ponto de partida. Graças a Herbert Hart (1907-1992), isso continua sendo possível.

4.1. Hart e a renovação do positivismo jurídico

Ao lado de Kelsen, Hart foi o principal responsável pelo renascimento do positivismo jurídico na segunda metade do século 20. O debate contemporâneo da teoria do direito pode ser encarado como uma metonímia do debate hartiano: ainda hoje, seus termos são basicamente os termos de *O conceito de direito*.

Hart ingressa no New College de Oxford em 1926 para estudar *litterae humaniores*, “uma combinação de grego, latim, história antiga e filosofia.”²⁵⁶ Dedicar-se aos estudos jurídicos paralelamente, formando-se em 1929, antes de encerrar o percurso a que se propusera originalmente. Depois de uma tentativa frustrada de ingressar em All Souls como pesquisador permanente, é aprovado no primeiro exame da ordem dos advogados inglesa, habilitando-se definitivamente à advocacia em 1932.²⁵⁷ A partir daí, exerce a profissão por oito anos, atuando em diferentes áreas. Em 1940, no entanto, deixa a advocacia para assumir um posto importante na divisão de espionagem do serviço de inteligência inglês, o MI5. Neste ponto, suas pretensões acadêmicas pareciam ter ficado para trás.

Mas a história segue, e diante do estreitamento de suas perspectivas de carreira após o fim da Segunda Guerra Mundial, Hart decide aceitar um posto docente (uma *teaching fellowship*) no curso de filosofia do *college* em que se graduara. Ali escreverá aquele que

²⁵⁶ Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 22.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 40.

costuma ser visto como o texto inaugural de sua trajetória acadêmica, *The Ascription of Responsibility and Rights*, publicado nos anais da Sociedade Aristotélica em 1949.²⁵⁸

Hart permanece na academia partir daí. Torna-se *Professor of Jurisprudence* em Oxford em 1952, publica *O conceito de direito* em 1961 e encerra suas atividades docentes em 1968 – Ronald Dworkin (1931-2013) assume sua vaga no ano seguinte. Além de definir os termos do debate posterior, ele vai formar seus principais interlocutores: depois do próprio Dworkin, orienta Kent Greenwalt (1936), Joseph Raz (1939), John Finnis (1940), Neil MacCormick (1941-2009) e John Gardner (1965-2019), entre outros.

Desde o seu retorno a Oxford, Hart se engajaria em uma empreitada ambiciosa e nem sempre bem compreendida: além de investigar o que o direito deve ser, coisa que não seria novidade para os teóricos do direito, ele se dedicaria a esclarecer, ainda sob um ponto de vista teórico, *o que o direito é*. Começamos a discutir este ponto na Introdução ao mencionar a pretensão *geral e descritiva* de *O conceito de direito*.²⁵⁹ Trata-se de um projeto anunciado.²⁶⁰ Em *Positivism and the Separation of Law and Morals*, de 1958,²⁶¹ Hart já havia antecipado as propostas sistematizadas três anos depois.²⁶²

Hart redefine o positivismo de autores como Jeremy Bentham e John Austin (e indiretamente de Savigny e Jhering) ao romper com duas daquelas que pareciam ser suas três teses centrais. A primeira é a *tese do imperativismo normativo*, segundo a qual normas jurídicas são comandos dotados de sanção; a segunda, a *tese da abstração*, que desvincula a análise jurídico-conceitual da investigação sobre as fontes do direito. Hart preserva, no entanto, a *tese da separação* entre direito e moral,²⁶³ abrindo assim um novo capítulo do Grande Debate, desta vez a partir de um ponto de vista privilegiadamente jurídico.

²⁵⁸ Herbert L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, n. 1, p. 171–194, 1949.

²⁵⁹ Nota 45 acima e citação respectiva.

²⁶⁰ Hart publicaria alguns poucos textos antes de 1952, entre os quais um importante artigo sobre a ideia de imputação. *The Ascription of Responsibility and Rights*.

²⁶¹ Herbert L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958.

²⁶² Hart, *The Concept of Law*.

²⁶³ Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Hart consolidaria essas ideias na primeira edição do clássico *The Concept of Law*, publicada em 1961. O jurista refinaria sua posição no celebre *Postscript* à segunda edição citada.

Isso, no entanto, é uma simplificação unificadora de suas leituras. Nas últimas décadas, a recepção de seus textos tem se dividido (isto ainda é uma simplificação, mas menos simples que a anterior) em dois segmentos dominantes. Um primeiro grupo de leitores vislumbra nos textos de Hart uma continuação das propostas de Austin e Bentham. Ele seria, como eles, um positivista exemplar, ainda que seu positivismo tenha se desenvolvido em um sentido próprio. E um sentido próprio oposto de Kelsen, pois no lugar de sua complicada norma fundamental – que Kelsen encara como pressuposição racional de matriz epistemologicamente kantiana até 1960, quando passa a descrevê-la como ficção em um sentido mais próximo daquele proposto por Kierkegaard –,²⁶⁴ Hart propõe o conceito de *regra de reconhecimento*: uma regra ainda jurídica, mas *secundária*, pois “aceita e empregada para identificar regras de obrigação primárias.”²⁶⁵

Raz (mais sobre ele no próximo item) costuma ser visto como o principal representante desse primeiro grupo de leitores. De Hart, ele extrai o que chama de *tese das fontes*. Esta tese, por sua vez, será marca de nascença de um *positivismo linha dura* ou *exclusivo*.²⁶⁶ Em sua formulação inicial, a tese das fontes nos diz que a afirmação da existência do direito é um problema de fato ou empírico, e não uma questão moral. Diante dela, a moralidade do direito se torna “um assunto contingente, que depende do conteúdo do direito e das circunstâncias da sociedade em que ele é aplicado.”²⁶⁷

Um segundo grupo de autores tomaria os textos de Hart como ponto de partida para a identificação de conexões específicas entre direito e moral. Alguns desses leitores procurariam não apenas adaptar o positivismo hartiano, mas restringir o sentido do seu endosso à tese da separação, sugerido em vários de seus trabalhos. Neste caso, seria preciso reconhecer que nas passagens em que o autor de *O conceito de direito* afirma que “*não existe uma conexão necessária entre direito e moral*”,²⁶⁸ o que no fundo ele está defendendo é que *sim, existe uma conexão necessária entre direito e moral*. Seu ponto, dizem esses leitores, é que essa conexão *não é necessária* para resolver todos os casos, pois nem tudo que associamos

²⁶⁴ Mais sobre isso adiante, no texto relativo às notas 737 e seguintes.

²⁶⁵ Esse é o primeiro passo do sexto capítulo de *The Concept of Law*, p. 100.

²⁶⁶ As qualificações “exclusivo” e “inclusivo” ganhariam popularidade a partir de Wilfrid J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon, 1994, p. 80.

²⁶⁷ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 37.

²⁶⁸ Por exemplo, Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 601, nota 25 (destaquei).

à moralidade do direito tem de ser moral: elementos da Legalidade ou do Estado de Direito, em particular, não são morais, ainda que componham a justiça.²⁶⁹

Gardner sintetiza esse entendimento através de que chama de “cadeia de conexões necessárias (porque conceituais)” entre os domínios do direito e da moral. Essa cadeia corresponderia à sequência “Direito ↔ ideal de Legalidade ou Estado de Direito [*rule of law*] ↔ justiça ↔ moralidade”, sendo que nenhum desses termos esgota o termo sucessivo ou precedente.²⁷⁰ No *Posfácio*, o próprio Hart autentica uma leitura muito próxima desta, vinculando-se ao que rotula *positivismo permissivo (soft positivism)*, ou *positivismo inclusivo*, como se convencionou chamá-lo no debate posterior.²⁷¹ “Em alguns sistemas jurídicos,” diz ele, tomando os Estados Unidos como exemplo, “o critério primordial de validade jurídica incorpora explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”, e mesmo onde isso não é *explícito* – segundo Hart, na Inglaterra –, “a legislação pode se conformar de modo não menos escrupuloso com a justiça ou a moralidade.”²⁷²

E o que essa clivagem nos diz sobre a moralidade da autonomia? Já sabemos que Hart dedicou-se menos à moralidade que à sua “descrição sociológica” do direito.²⁷³ Gardner chega a afirmar que “não seria exagero dizer que a discussão de Hart sobre a moralidade – em profundo contraste com seu tratamento do direito – é uma confusão.”²⁷⁴ Parece-me um exagero.²⁷⁵ Hart, como vimos, não apenas distingue a moralidade crítica da moralidade positiva, mas fornece uma narrativa da distinção entre duas formas de moralidade positiva – a sua e a degenerada. E ainda que suas distinções não tenham desencadeado um imediato debate metaético, elas foram absorvidas pela literatura posterior, e continuam sendo usadas.

²⁶⁹ Adiantou-se que esta é uma leitura heterodoxa da moralidade (nota 58 acima e discussão respectiva). A leitura ortodoxa põe a justiça no seu interior. A leitura heterodoxa também pode atender àqueles para quem a sanção jurídica não é um elemento indispensável à moralidade do direito. v. Klaus Günther, *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁷⁰ Gardner, *Hart on Legality, Justice, and Morality*, p. 224.

²⁷¹ Hart, *The Concept of Law*, p. 250.

²⁷² *Ibid.*, p. 204.

²⁷³ Raz e Dworkin, veremos no próximo item, são exceções.

²⁷⁴ John Gardner, “Law as a Leap of Faith”, in: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 236.

²⁷⁵ A injustiça talvez se explique pela indisposição de Gardner com a moralidade. Discussão na nota 54 acima.

Por outro lado, e mesmo que Hart não tenha avançado (explicitamente ao menos) para a reflexão metaética, o jurista jamais escondeu suas premissas filosóficas, e não parece errado chamá-las – como já se fez – de *cognitivistas* e *individualistas*. Vimos que ele diz com todas as letras que “a miséria humana e a restrição da liberdade são *más*,” endossando, com isso, um entendimento da moralidade muito próximo daquele esposado por Mill.²⁷⁶ E a omissão da palavra “autonomia” em seus textos pode ser reveladora. Não há referência alguma a ela no debate com Devlin.²⁷⁷ Em *O conceito de direito*, ela só é lembrada em uma nota relativa à discussão kelseniana sobre o assunto.²⁷⁸ Hart não se reporta ao termo em nenhum dos ensaios reunidos por John Gardner em *Punishment and Responsibility*,²⁷⁹ e embora o capítulo sobre contratos do livro que escreveu com Tony Honoré haja menção à palavra “autonomia”, a referência pode nem mesmo ter sido sua.²⁸⁰

A omissão da palavra no *corpus* hartiano é reveladora porque um *conceito* de autonomia – que não é o conceito o kantiano – parece vir à tona aqui e ali.²⁸¹ Em um de seus últimos textos, Hart chegará a dizer que o utilitarismo “tem de capturar a *essência* da moralidade política.”²⁸² No mesmo artigo, ele qualifica a crítica Bernard Williams e John Rawls ao utilitarismo “como uma variação do princípio kantiano segundo o qual as pessoas são fins e si mesmos”²⁸³ – uma qualificação metaética, ou pelo menos interdisciplinar. Mas no fim das contas seus comentários metaéticos são apenas o que são: comentários. Não é possível identificar uma reflexão metaética completa em Hart.

²⁷⁶ Hart, *Law, Liberty, and Morality*, p. 217.

²⁷⁷ Hart, *Law, Liberty, and Morality*.

²⁷⁸ Hart, *The Concept of Law*, 286, nota à página 41. A palavra “autonomia” surge em outros pontos do trabalho, mas sempre em seu sentido político.

²⁷⁹ Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

²⁸⁰ Herbert L. A. Hart; Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 308–324.

²⁸¹ Herbert L. A. Hart, “Between Utility and Rights”, *Columbia Law Review*, n. 79, p. 828–846, 1979; reproduzido nos *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983.

²⁸² Hart, *Between Utility and Rights*, p. 198.

²⁸³ *Ibid.*, p. 199.

4.2. O debate pós-hartiano: Raz e Ronald Dworkin

Não que seja impossível desenvolver uma metaética especificamente hartiana, ou mesmo uma leitura hartiana sobre a moralidade autonomia. O problema é que para fazer justiça ao pensamento *de Hart* seria preciso contemplar um volume gigantesco e ainda crescente de leituras e releituras de seus textos, escrutínios minuciosos da crítica dworkiniana ou pós-dworkiniana ao seu positivismo. Juristas e filósofos americanos e ingleses vêm fazendo isso já há algumas décadas, e nos últimos anos trabalhos de qualidade equivalente foram produzidos no Brasil. Não é, porém, o caminho mais curto para a renovação do pensamento brasileiro, nem o mais seguro, tampouco a forma intelectualmente mais promissora de avançarmos sem deixar de ser quem somos.

O que evidentemente não significa que o debate pós-hartiano possa ser ignorado. Mas parece melhor considerá-lo pelas suas extremidades, não pelos seus meandros. Se nosso Norte neste ponto é a revisão metaética da moralidade da autonomia, as leituras de Joseph Raz (1939) e Ronald Dworkin (1931-2013) parecem ser as mais promissaras.

Raz ocupa uma posição singular do debate metaético,²⁸⁴ e isso se reflete em sua articulação da autonomia. No campo jurídico, o conceito serve à radicalização do seu positivismo. “Dado que as pessoas devem levar vidas autônomas,” escreve ele em *A moralidade da liberdade*, “o Estado não pode forçá-las a serem morais.”²⁸⁵ Não por acaso, Paulson aproxima esse entendimento do kantismo seletivo de Kelsen: nos dois casos, a moralidade é reconhecida, mas expulsa do pensamento jurídico.²⁸⁶ Mas a dimensão moral da metaética de Raz é mais complexa. Seu ponto de partida é reconhecimento de que a autonomia representa um propósito tipicamente moderno, “uma concepção particular de bem-estar individual” segundo a qual “as pessoas deveriam decidir sobre suas próprias vidas”.²⁸⁷ Para perseguir esse

²⁸⁴ Rafael Mafei descreve-a como uma singularidade no debate jurídico e na filosofia moral em sua apresentação a Joseph Raz, *A moralidade da liberdade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 420.

²⁸⁶ Stanley L. Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 3, p. 311–332, 1992, p. 332.

²⁸⁷ Raz, *A moralidade da liberdade*, p. 346. Alguns leitores enfatizam o caráter dual da concepção raziana de autonomia. Matthew Kramer, por exemplo, diz que para Raz a autonomia é ao mesmo tempo um ideal e uma capacidade. *Liberalism with excellence*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 228. Diante de um horizonte moral secular e racionalizado, esses dois aspectos se apresentam como faces de uma mesma moeda. Isso é identificado por Ricoeur em sua leitura da filosofia moral de Kant. Para Ricoeur, a autonomia kantiana seria

propósito, no entanto, precisamos não apenas de capacidade e independência – Kant e Mill e mesmo os atomistas estão de acordo quanto a isso – mas também de *uma gama adequada de alternativas*.²⁸⁸ Consequentemente, para Raz o conceito de autonomia demanda a oferta pública de “muitas opções moralmente aceitáveis.”²⁸⁹

Mas como a oferta de opções *moralmente* aceitáveis pode ser uma demanda da autonomia se ela mesma, a autonomia, nos exige que o Estado *não imponha* nenhuma moralidade? Raz responder a essa pergunta a partir de uma interpretação generosa do princípio do dano de Mill – uma interpretação “desconcertante”, como Kramer prefere qualificá-la.²⁹⁰ De acordo com ela, os indivíduos sofrem danos não apenas quando seus atos são indevidamente limitados (de modo paternalista ou moralista, por exemplo), *mas também* quando o Estado não lhes assegura a possibilidade de uma vida boa autônoma.²⁹¹ “Algumas vezes,” escreve Raz, “não conseguir melhorar a situação do outro é lesá-lo.”²⁹²

Essa não é uma tese trivial, e fica ainda mais complicada. Raz diz que a autonomia exige mais que a *oferta* de opções morais adequadas: ela também envolve a “eliminação [...] de opções moralmente repugnantes”.²⁹³ O problema é que isso envolve uma moralidade que aparentemente *antecede* a autonomia, desafiando seu caráter constitutivo, inclusive sob uma perspectiva individualista. Se a autonomia corresponde à capacidade de escolher independentemente entre opções que não causem danos, como alguém além de nós pode decidir que uma opção *inofensiva* é repugnante, e por isso subtraí-la do rol de opções que poderíamos ter à nossa disposição? Raz recorre a um argumento de sabor societário: o *valor* da autonomia, e com ela das razões autônomas, não está em sua *propriedade* – naquilo que nos torna *capazes* de agir autonomamente –, mas em seu *controle* – na própria *agência autônoma*.

ao mesmo tempo uma pressuposição (ou uma capacidade) e uma tarefa (ou um ideal). Ricoeur, *Autonomia e vulnerabilidade*. v. nota 74 acima. Ricoeur reconhece que essas dimensões não depõem contra a unidade da autonomia.

²⁸⁸ Raz, *A moralidade da liberdade*, p. 346–355.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 355–357.

²⁹⁰ Kramer, *Liberalism with excellence*, p. 243.

²⁹¹ Para uma ampliação recente desse debate, v. Steven Wall, “Autonomy as a Perfection”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 61, n. 2, p. 175–194, 2016.

²⁹² Raz, *A moralidade da liberdade*, p. 388.

²⁹³ *Ibid.*, p. 355–357.

No domínio normativo da filosofia política, haverá quem veja aqui uma rejeição cabal do individualismo, e mesmo quem aproxime Raz de autores comunitaristas como Sandel e Taylor.²⁹⁴ Estes, como ele, subordinam a agência “autônoma” individual a princípios coletivamente justificados de moralidade política – princípios que são, nesse sentido, anteriores à *propriedade* da autonomia. O próprio Raz chega a dizer que a “autonomia é valiosa apenas se exercida na busca pelo bem”.²⁹⁵ Pouco depois, no entanto, acrescenta que o valor da autonomia individual não se revela apenas quando ela é mobilizada na busca de *outros* fins valorosos, pois ela é *em si mesma* um bem – seu valor não precisa ser *absoluto* para ser *intrínseco*.²⁹⁶ O perfeccionismo de uma concepção intrinsecamente valorosa de autonomia se combina, assim, com a conveniência do pluralismo.²⁹⁷

Ronald Dworkin defende aproximadamente o contrário de tudo isso. Sua importância para a filosofia prática contemporânea parece inegável, ao menos no interior do direito,²⁹⁸ e se desdobra em uma série variada e variável de críticas ao positivismo de Hart e a formulações arquetípicas do individualismo. Infelizmente Dworkin não se dedicou à autonomia com o mesmo denodo de Raz, mas isso não significa que a tenha ignorado.

Suas percepção do conceito insinua-se já em 1964 com o primeiro *Modelo de regras*, esclarecendo-se nos textos reunidos em seu importante e obsessivamente parafraseado *Levando os direitos a sério*, de 1977. Para Dworkin, a reproposição hartiana do positivismo não teria sido capaz de dar conta da moralidade que vem à tona “quando advogados raciocinam ou controvertem sobre direitos e obrigações jurídicas, especialmente naqueles casos difíceis em que nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos”.²⁹⁹ Diante deles, os advogados empregariam “normas que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de norma.”³⁰⁰ Embora muitas das ideias

²⁹⁴ Rainer Forst, *Contextos de justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, p. 83.

²⁹⁵ Raz, *A moralidade da liberdade*, p. 357.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 366–369.

²⁹⁷ Há quem diga que essa combinação é impossível. Por exemplo Jonathan Quong, *Liberalism without perfection*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 58; e Kramer, *Liberalism with excellence*, p. 233.

²⁹⁸ Fred R. Shapiro, “The Most-Cited Legal Scholars”, *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. S1, p. 409–426, 2000.

²⁹⁹ Dworkin, *The Model of Rules I*, p. 21.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 22.

articuladas nesta primeira fase da reflexão de Dworkin tenham sido abandonadas em seus textos posteriores, algumas delas – a distinção entre regras e princípios, especialmente – continuariam sendo adotadas e adaptadas pelos juristas. Isso parece ter ocorrido paradigmaticamente no Brasil, onde o antigo debate sobre o sentido dos *principia iuris* foi substituído por transposições doutrinárias do principialismo dworkiniano.³⁰¹

Entre o final da década de 1970 e os primeiros anos 80, Dworkin radicaliza sua leitura moral do campo jurídico, e da Constituição norte-americana em particular: uma leitura que, em suas palavras, “insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional.”³⁰² Esses trabalhos vão se consolidar em outro livro famoso, *O império do direito*, publicado em 1986.³⁰³ Desta vez, seu ponto de chegada será a unificação do direito e da moralidade – que ele, como vimos, não aceita chamar de *metaética*. No direito, essa proposta ficaria conhecida como *tese do sistema único*. Paralelamente, Dworkin assume a paternidade do *interpretativismo*, uma teoria a respeito dos fundamentos (em sua terminologia, *grounds*) “essencialmente controvertidos” do direito.³⁰⁴

De acordo com Ronaldo Porto Macedo Junior, aqui começa o “segundo round” da batalha dworkiniana contra o positivismo jurídico.³⁰⁵ Nele, o positivismo passa a ser encarado como uma teoria não apenas incompleta, mas incapaz de ir além da reafirmação de fatos sociais ou históricos – uma instância “contra-iluminista” do pensamento jurídico, se quisermos: uma teoria contra o futuro.³⁰⁶ O primeiro golpe de Dworkin é desferido através da *picada semântica*.³⁰⁷ O ponto de partida do argumento parece altamente razoável: as controvérsias estabelecidas entre os juristas não seriam apenas empíricas, mas também teóricas,

³⁰¹ Sobre o debate antigo, Schipani, “Principia iuris potissima pars principium est”: princípios gerais do direito.

³⁰² Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

³⁰³ Dworkin, *Law's Empire*.

³⁰⁴ O caráter *doutrinário* do interpretativismo de Dworkin é enfatizado por Thomas Bustamante, “Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian Response to Mark Greenberg’s Moral Impact Theory of Law”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 32, n. 1, p. 5–43, 2019. A terminologia remete a Walter Bryce Gallie, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, p. 167–198, 1955.

³⁰⁵ Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 179. Macedo Júnior esclarece que seu objetivo não é “analisar em detalhe todos os argumentos desse debate”, e sim “mostrar como ele se construiu até o presente.” (ainda em 179, nota 67).

³⁰⁶ Não são expressões de Macedo Júnior. “Contra-iluminismo” é expressão corrente. Volto a ela na última seção do trabalho: nota 753 adiante e texto correspondente.

³⁰⁷ Dworkin, *Law's Empire*, p. 73–74.

e portanto não envolveriam só fatos, mas também valores. Negá-lo é sucumbir à picada semântica. Seu interpretativismo estaria imune a ela, com a vantagem de se projetar sobre o futuro sem cair em reproposições naturalistas.

Se supusermos que Dworkin não nocauteou o positivismo com a sua picada, os anos 90, 2000 e 2010 poderiam ser descritos como um terceiro *round*. A partir daí, a tese do sistema único vai se amalgamar a uma outra, mais ambiciosa, e é neste ponto que sua reflexão sobre a autonomia fica explícita. “A raposa conhece muitas coisas,” escreve Dworkin em 2011, parafraseando o Arquíloco e Bernard Williams, “mas o ouriço conhece uma grande coisa. Esta grande coisa é o valor.”³⁰⁸ A alegoria serve de inspiração para o desenvolvimento da *tese da unidade do valor*. O argumento começa com uma comparação entre moralidade e ciência. Para Dworkin, se quisermos preservar a insubordinação moralista da moralidade – a “independência metafísica do valor”, em seus termos,³⁰⁹ – precisamos reconhecer que assim como só é possível *fazer ciência* a partir de ciência, só é possível *extrair valores* de valores. Um aceno a Kant?

Dworkin confessa simpatia pela “tese de Immanuel Kant de acordo com a qual nós não podemos respeitar nossa própria humanidade se não respeitarmos a humanidade nos outros.”³¹⁰ Mas também deixa claro que a *sua* tese não se esgota no “conceito kantiano de moralidade” – e portanto na moralidade da autonomia.³¹¹ De fato, a metaética dworkiniana parece limitar a articulação da moralidade da autonomia no interior do direito. No começo de *Justice for Hedgehogs*, por exemplo, Dworkin nos informa que “não apoia nenhum direito geral de liberdade.”³¹² Rejeição antecipada da *lex permissiva* moralmente autônoma de Kant, poderíamos pensar. Mas pouco mais de duzentas páginas depois Dworkin diz ter ignorado a metaética kantiana: “eu concedo que ignorei completamente uma parte da discussão que muitos estudiosos de Kant consideram a mais importante e característica: a metafísica e a teoria da razão articuladas em suas críticas.”³¹³

³⁰⁸ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 1.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 9.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

³¹¹ *Ibid.*, p. 19.

³¹² *Ibid.*, p. 4.

³¹³ *Ibid.*, p. 267.

Kantiana ou não, a tese da unidade do valor parte também ela de um ponto de partida razoável. Para desafiá-lo, teríamos que endossar afirmações como “aquecimento global é coisa de esquerda” ou “graças à direita hoje sabemos que a terra é plana”.³¹⁴

Mas o diabo mora nos detalhes: extrair valores de valores nunca foi algo simples. Inclusive no interior do direito. Os métodos articulados a partir de virtudes básicas dos juristas, no entanto, sempre foram mais inclinados à simplificação que os métodos da filosofia moral. Apesar dos pesares, a ideia de que o direito tem *fontes* favorece nosso trabalho. Não precisamos descobrir a verdade – nem sempre, pelo menos. A proposta de Dworkin, todavia, é justamente transformar – na verdade, admitir a transformação – da metodologia jurídico-doutrinária em uma metodologia da moralidade. Afinal, ele nos diz, os desacordos existentes no interior das disciplinas do valor não têm o condão de romper sua unidade. Tudo aquilo que somos capazes de avaliar – a beleza, a utilidade, a justiça e até mesmo a liberdade – pode e deve ser reconciliado, pois o valor, a grande coisa conhecida pelo ouriço, é um só.³¹⁵⁻

³¹⁶ Será esse o destino da moralidade da autonomia?

4.3. Juridicidade da moral e persistência da moralidade

A resposta curta é *não*. A longa é desenvolvida nos próximos capítulos.

³¹⁴ Uma variação do primeiro exemplo foi proposta por Ernesto Araújo, Ministro das Relações Exteriores do governo Bolsonaro, que em 2018 qualificou o aquecimento global como “uma invenção marxista”. “Brazil’s New Foreign Minister Believes Climate Change Is a Marxist Plot”, *The Guardian*, 2018.

³¹⁵ Esta tese está na base de outra, muito mais falada no Brasil, que é a tese da única resposta correta ou *one right answer*. Em inglês, a expressão *one right answer* traduz não apenas a correção absoluta desta ou daquela resposta oferecida através do direito, mas também um ideal de unidade – *one right* – do campo jurídico. A tradução *única resposta correta* infelizmente não captura essa aparente sutileza.

³¹⁶ Raz identifica a “luta pela unidade” como uma característica central dos últimos textos de Dworkin. Joseph Raz, “A Hedgehog’s Unity of Value”, in: Waluchow, Wil; Sciaraffa, Stefan (Orgs.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford: Oxford University Press, 2016, 3–22. Dworkin realmente vai defender a tese da unidade do valor até o fim, e em sua teologia ateia inclusive. Por exemplo *Religion Without God*, Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 28–29: “So a god’s existence can be shown to be either necessary or sufficient to justify a particular conviction of value only if some independent background principle explains why. We might well be convinced of some such principle. We might think, for instance, that the sacrifice of God’s son on the cross gives us a responsibility of gratitude to honor the principles for which he died. Or that we owe the deference to the god who created us that we owe a parent, except that our deference to that god must be unlimited and unstinting. Believers will have no trouble constructing other such principles. But the principles they cite, whatever they are, must have independent force seen. only as claims of morality or some other department of value. Theists must have an independent faith in some such principle; it is that principle, rather than just the divine events or other facts they claim pertinent, that they must find they cannot but believe. What divides godly and godless religion—the science of godly religion—is not as important as the faith in value that unites them.”

O positivismo exclusivo de Raz e o antipositivismo totalizante de Dworkin representam, na teoria do direito, entendimentos metaéticos opostos sobre a moralidade da autonomia. É possível encará-los como limites teórico-jurídicos do que parecem ter as melhores incursões teórico-jurídicas do cognitivismo. Em Raz, uma *lex permissiva* moralmente esvaziada encobre a concepção moral totalizante de autonomia; em Dworkin, é uma concepção moral totalizante de autonomia que encobre a *lex permissiva* potencialmente totalizante. Embora extremos, nenhum desses entendimentos é claramente absurdo.

Mas esses entendimentos não parecem condizer com a realidade da doutrina. Quem reconhece a moralidade da autonomia no interior da prática não se propõe a expulsá-la do direito, tampouco submete tudo que é jurídico a ela.

A percepção da moralidade no interior do direito positivo é antiga. Em 1795, Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) dizia que “o direito é uma espécie de liberdade sancionada pela razão que serve como condição para alcançar o ‘propósito mais alto’,” sua forma de descrever a moralidade.³¹⁷ Feuerbach será uma figura central para modernização do direito penal no Ocidente, o Brasil incluído, tanto pelo desenvolvimento de uma moderna dogmática penalista quanto pela sua distinção positiva. “O ponto de partida de Feuerbach”, diz Rafael Mafei, “foi encontrar um fundamento para o direito que não estivesse nos deveres de terceiros; e que deveria ser positivamente ligado com a razão, pois o fundamento do direito só poderia ser uma autorização positiva da razão pura prática.”³¹⁸ Não é insignificante que os feuerbachs do direito privado – sobretudo Savigny – tenham recusado não só a razão pura prática kantiana, mas toda metaética estabelecida pelo filósofo. Mesmo um jurista reconhecidamente vinculado a Kant como Pütter (falaremos mais dele) procurou restringir a moralidade do direito privado a um domínio específico da moralidade positiva ou comum – no caso, às relações domésticas.

Apesar disso, os pais fundadores do direito privado moderno não foram capazes de conter a penetração da moralidade crítica em seu campo. Seus herdeiros tampouco. As

³¹⁷ A citação é de Fletcher, *Law and Morality: A Kantian Perspective*, p. 556. O título do texto de Feuerbach citado por Fletcher é *Versuch über den Begriff des Rechts*, e ele teria sido publicado em 1795 em um *Miethammers Philosophisches Journal*.

³¹⁸ Rafael Mafei Rabelo Queiroz, *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*, Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009, p. 168.

demandas dessa moralidade, aliás, têm se intensificado. Petições de reparação de prejuízos não econômicos, intervenções em favor de intervenção estatal mínima, disputas entre ciência e convicção religiosa e propostas de limitação tecnológica de responsabilidade: todas elas são, no fim do dia, demandas morais estranhas à moralidade positiva. Elas se articulam em torno de concepções divergentes sobre o bom, o útil ou o correto. O fato de serem tendencialmente individualizadas não elide seu caráter crítico, mas o reforça.

A persistência das demandas morais no interior de um segmento do direito positivo historicamente hostil ao raciocínio moral talvez se explique melhor se partirmos de um lugar diferente daquele determinado pela teoria do direito. A ideia é substituir as perguntas sobre a moralidade do direito para investigar a *juridicidade da moral*. Este talvez tenha sido o ponto de chegada de Dworkin, mas não foi seu ponto de partida. Foi, no entanto, o ponto de partida de Habermas.³¹⁹ Em sua leitura, que agora convém examinar, a persistência jurídica da moralidade é explicada por três déficits congênitos do pensamento moral.

O primeiro é *cognitivo*. Ele decorreria da prevalência moderna de formulações morais baseadas em princípios abrangentes, e não em regras específicas. Em Kant, como vimos, a moralidade deixa de ser ditada por autoridades exteriores e passa a ser constituída através de procedimentos racionais jurídica ou eticamente situados. Ao fundar-se em um único princípio, no entanto, a moralidade kantiana abre as portas do pensamento para sua própria subversão: o esvaziamento moral do conceito de autonomia no interior do atomismo parece ser o ponto de chegada desse movimento.

Ainda segundo Habermas, o fato de Kant não fornecer um cardápio pré-definido de regras morais desestimularia a investigação de seus preceitos, ainda que essa investigação seja, por definição, possível. Ao organizar-se em torno de vastos corpos de regras escritas, o direito moderno torna-se, assim, seu *atalho cognitivo*, especialmente no que diz respeito à justiça privada ou particular – entendida, neste caso desde há muito, como a disciplina da atribuição de bens exteriores. “Boas leis civis”, dizia Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-

³¹⁹ Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 147–153. Cheguei a essa referência a partir da tese de Felipe Gonçalves Silva, *Liberdades em disputa: a reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*, São Paulo: Saraiva, 2016.

1807) em seu *Discurso preliminar ao primeiro projeto de Código Civil* de 1801, “são muitas vezes a *única moral do povo*, e sempre fazem parte de sua liberdade.”³²⁰

Não há dúvida de que a moralidade não se esgota em boas leis, e não consta que algum legislador tenha tentado traduzir a moralidade de modo efetivamente universal. Portalis não escondia seu agnosticismo.³²¹ Pois “tudo simplificar”, continuava o jurista em sua introdução ao projeto de Código Civil francês, “é uma operação sobre a qual é preciso que nos entendamos.”³²² Apesar da centralização política desencadeada pelo 18 Brumário, o conteúdo da moralidade moderna ainda não parecia estar totalmente definido: a insistência de Napoleão, contra Portalis e sua comissão, em retomar o conceito de preço justo na disciplina da compra e venda imobiliária é um exemplo notável. O ponto é que as codificações dos séculos 19 e 20 podem ser vistas como um *reforço cognitivo* da moralidade moderna.³²³ Não seria incorreto dizer que a migração para as cláusulas gerais, resposta jurídica para o pluralismo social, tenha servido a esse mesmo propósito.

O segundo déficit da moralidade moderna diz respeito à sua *motivação*. Ao instituir formas coercitivas de regulação da conduta, – mas jamais do pensamento e de sua manifestação na esfera pública, que devem, como insiste Mill, permanecer livres, – o direito se torna uma espécie de “reforço motivacional” da moralidade moderna.

Mas essa sugestão parece conduzir a um paradoxo. O reforço que Habermas tem em mente diz respeito à substituição da *força de vontade*, entendida como “a força para agir segundo intuições morais, inclusive contra seus próprios interesses,” pela *coerção jurídica*, a “facticidade da imposição do direito.”³²⁴ Kant, todavia, diz a todo tempo que a moralidade

³²⁰ Jean-Étienne-Marie Portalis, “Discurso preliminar ao primeiro projeto de Código Civil”, in: Lopes, José Reinaldo de Lima; Queiroz, Rafael Mafei Rabelo; Acca, Thiago dos Santos (Eds.), *Curso de história do direito*, São Paulo: Método, 2009, p. 204.

³²¹ Bobbio se reporta à crítica que Portalis teria dirigido ao pensamento kantiano em uma obra póstuma, *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*. Essa crítica diria respeito “à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo” – descrição que permite supor que Portalis (ou o Portalis de Bobbio) não entendeu Kant. Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 2006, p. 71–72.

³²² Portalis, *Discurso preliminar ao primeiro projeto de Código Civil*, p. 205.

³²³ Essa ideia vai ao encontro de certas leituras hartianas e especialmente da tese de Maris Köpcke Tinturé, *Legal Validity: The Fabric of Justice* (London: Bloomsbury, 2019), 3. Para a autora, “a validade jurídica pode ajudar uma grande comunidade a promover a justiça precisamente ao ajudá-la a contornar preocupações com a justiça e outras questões concomitantes.”

³²⁴ Habermas, *Direito e democracia*, p. 151.

não pode se submeter à empiria, à determinação de instintos ou impulsos causais. Seria a modernização habermasiana diferente daquela encaminhada por Kant? Se o “reforço fático” habermasiano corresponder ao “impulso empírico” de Kant, sim. Apesar de sua oposição à “estratégia deflacionária [de] operacionalização [...] do conteúdo normativo do processo democrático”,³²⁵ Habermas dirá que para Kant “o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários de vincular sua vontade por conta própria, pois assume que o *arbitrio* é uma fonte suficiente para o comportamento lícito.”³²⁶

Mas essa leitura não parece correta. Se a licitude se esgotasse no arbitrio, a persistência da moralidade crítica não passaria de um repetido acidente de percurso. A verdade é que o direito *não se contenta* com a arbitrariedade dos indivíduos. Pelo contrário: na legislação e especialmente na doutrina, hipóteses juridicamente reconhecidas de arbitrariedade são consistentemente reconduzidas a razões suplementares. Fora isso, a leitura habermasiana de Kant não é a única possível: entendo que não seja a melhor. Embora as referências do entendimento favorecido nesta tese venham de textos de kantianos de profissão – Reiner Klemme, Henry Allison e Ricardo Terra, por exemplo,³²⁷ – ele, em si, não é novo. Em 1963, por exemplo, Mary Gregor (1928-1994) já sustentava que

“o direito é independente da ética no sentido de que ele não precisa da obrigação ética para determinar seus deveres. Mas ele não pode ser independente do supremo princípio moral; pois se suas leis não forem derivadas do imperativo categórico, então a coerção exercida pela legislação jurídica não será uma obrigação legal, mas mera violência arbitrária.”³²⁸

³²⁵ Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 26–27.

³²⁶ Habermas, *Direito e democracia*, p. 147. Na tradução brasileira, consta “o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar sua vontade,” expressão que não transmite adequadamente o argumento do autor. O trecho completo na tradução americana é o seguinte: “*Kant characterized the legality, or juridical form, of behavior through three abstractions referring to the addressees, and not the authors, of law. Law abstracts, first, from the capacity of the addressees to bind their will of their own accord, because it assumes that free choice is a sufficient source of law-abiding behavior. Second, the law abstracts from the complexities that action plans owe to their lifeworld contexts; it restricts itself to the external relation of interactive influence that typical social actors exert on one another. Third, we have already seen that law abstracts from the kind of motivation; it is satisfied with action that outwardly conforms to rules, however such conformity might arise.*” Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 112.

³²⁷ Klemme, How Is Moral Obligation Possible? Kant’s “Principle of Autonomy” in Historical Context; Allison, *Kant’s Theory of Freedom*; Ricardo Ribeiro Terra, “A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana”, *Filosofia política*, v. 4, p. 49–65, 1987.

³²⁸ Gregor, *Laws of Freedom*, p. 31.

Esse entendimento não implica, porém – voltaremos a isso no último capítulo, – qualquer vinculação *absoluta* entre as razões do direito e sua moralidade. Da mesma forma que é possível agir moralmente e em desacordo com uma regra jurídica, é igualmente possível desempenhar uma conduta lícita – *prima facie moral* – por motivos alheios, ou mesmo contrários à moralidade. Neste caso, entretanto, o defeito moral da ação não implicará nenhuma ilegalidade. Kant se refere a isso quando menciona as ações “conformes ao dever, mas para as quais os homens não sentem imediatamente *nenhuma inclinação*, embora as pratiquem porque a isso são levados por outra tendência.”³²⁹

O terceiro déficit da moralidade moderna identificado por Habermas diz respeito à exigência de *organização* trazida pelas suas demandas normativas. Quando Kant reconhece a universalidade da lei moral, ele não tem em vista apenas o *conhecimento* dos preceitos morais – coisa que, como vimos no começo do segundo capítulo, já se esboçava desde os escolásticos –, mas se refere sobretudo ao caráter *universalmente normativo* da moralidade, à sua *obligatoriedade universal*. De fato, no que toca ao uso público da razão, todos nós, seres humanos adultos neurologicamente conscientes sem doenças psiquiátricas graves, estamos igualmente adstritos à ação moral. Mas a moralidade da autonomia não pode se submeter a mecanismos regulatórios baseados exclusivamente na força do soberano ou na autoridade mítica da divindade disponível. Para agir moralmente, temos que nos orientar por razões que possamos justificar por conta própria. As democracias modernas encontraram uma forma de afirmar essa justificação, reconectando a moralidade da autonomia ao sentido antigo da palavra. São regras jurídicas definidas por cada um de nós, afinal, que dão aos funcionários públicos o poder de dizer o direito a que devemos nos submeter.³³⁰

4.4. Exploração delimitada: teoria do direito privado

A história do conceito de autonomia no direito privado moderno ainda está sendo contada. Sua referência clássica continua sendo o livro de Emmanuel Gounot (1885-1960),

³²⁹ Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 27 (BA 8–9).

³³⁰ Este é o famoso argumento de Hart no quinto capítulo de *The Concept of Law*. A distinção entre regras primárias e secundárias é retomada, já no sétimo capítulo do livro (136-141), para refutar a sugestão realista de que o direito é aquilo que os juízes dizem.

*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.*³³¹ Gounot evidencia o impacto do individualismo sobre a formação do conceito jurídico de autonomia entre as últimas décadas do século 19 e os primeiros anos do século 20. Mas seu texto é de 1912, e não poderia cuidar de sua mistificação posterior. Em 1980, outro trabalho importante sobre o assunto foi apresentado por Véronique Ranouil. Ela evidenciou as origens internacionalistas do conceito de autonomia no pensamento jurídico francês.³³² Mas a obra não tem pretensão teórica, e limita-se geograficamente ao pensamento francês.

Mais recentemente, Junichi Murakami chegou a anunciar um projeto de história abrangente da autonomia individual no direito,³³³ mas não parece ter levado a ideia adiante. Jürgen Schmidt desincumbiu-se de uma tarefa parecida, mas relativa ao conceito de liberdade contratual. Lidou com a autonomia, portanto, apenas na medida de sua sobreposição com esta antiga liberdade,³³⁴ – sobreposição no mais das vezes indevida, como vimos. Patrick Atiyah fez o mesmo, mas em relação ao direito inglês.³³⁵ Da Itália, Paolo Grossi estimulou uma série de investigações históricas sobre o conceito de autonomia individual, mas foram investigações pontuais, e permanecem fragmentárias.³³⁶

A falta de uma história abrangente do conceito de autonomia parece contribuir com a extensão de suas pressuposições doutrinárias para a teoria. Mas os teóricos do direito privado não se furtaram de investigar o assunto. Publicada em 1943, traduzida para o português de Portugal em 1969 e reeditada em 1994, a *Teoria generale del negozio giuridico* de Emilio

³³¹ Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: étude critique de l'individualisme juridique*. Ainda que não tenha alcançado o prestígio de um Léon Duguit (1859-1928) ou de um François Geny (1861-1959), Gounot será uma das principais referências da crítica francesa ao individualismo, e por conseguinte das reformas jurídicas dali decorrentes. Jestaz; Jamin, *La doctrine*, p. 140.

³³² Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

³³³ Junichi Murakami, "Zur Geschichte des Begriffs 'Privatautonomie'", in: Dieckmann, Albrecht; Müller-Freienfels, Wolfram (Orgs.), *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*, Baden-Baden: Nomos, 1986.

³³⁴ Jürgen Schmidt, *Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform: Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

³³⁵ Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon, 1979.

³³⁶ Vários exemplos em um volume recente dos *Quaderni* de Paolo Grossi, destacando-se Giovanni Cazzetta, "Pagina introduttiva. Autonomia: per un'archeologia del sapere giuridico fra Otto e Novecento", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 1–21, 2014; Luca Fomesu, "Il ritorno dell'autonomia. Kant e la filosofia classica tedesca", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 25–61, 2014; Jean-Louis Halpérin, "L'autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté?", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 461–480, 2014; e Emanuela Navarretta, "L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 589–647, 2014.

Betti (1890-1968) continua sendo uma referência central, especialmente no Brasil.³³⁷ Betti tende a ser visto como um renovador da ideia de autonomia, um dos responsáveis pela transição da autonomia da vontade para a autonomia privada.³³⁸ Mas essa leitura tem de ser qualificada. Apesar de ter sido um dos últimos privatistas europeus realmente imersos na cultura filosófica de seu tempo, Betti não foi capaz de resgatar o conceito de autonomia do vazio metaético a que ele viria a se submeter. Ele não se debruçou sobre a *moralidade* da autonomia. Cuidou apenas de sua manipulação.

Isso, é claro, não diminui sua importância para composição histórica do conceito no campo jurídico. Betti foi, aliás, o responsável por aquela que talvez seja sua associação teórica mais controvertida: a associação entre autonomia e função econômico-social. Resistindo ao individualismo de Giuseppe Stolfi (1902-1976),³³⁹ ela seria levada ao artigo 1322 do Código Civil Italiano, que submete a “autonomia contratual” ao que chama de “interesses merecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico”.³⁴⁰ A associação de Betti chegará inclusive ao Brasil, embora através da versão conceitualmente reduzida da autonomia: proposto originalmente pelo próprio Miguel Reale e recentemente desfigurado,³⁴¹ o artigo 421

³³⁷ Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994; *Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 1969. Betti se reportaria ao conceito de autonomia desde seus textos mais antigos. Por exemplo “Autonomia privata e competenza della ‘lex loci actus’”, *Rivista di diritto internazionale*, v. 22, 9, 1930. O jurista foi, ainda, o responsável pela confecção do verbete “Autonomia privata”, in: *Novissimo digesto italiano*, Torino: Tipografia Sociale, 1958, v. 1, 2, mas boa parte do texto reproduz o que já havia sido publicado na *Teoria generale* quinze anos antes.

³³⁸ Sobre isso, de modo geral, Natalino Irti, *Lecture bettiniane sul negozio giuridico* (Milano: Giuffrè, 1991); e antes dele Luigi Ferri, *La Autonomia privada*, trad. Luis Sancho Mendizábal e José Luis Monereo Pérez (Granada: Comares, 2001); e Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (Napoli: Jovene, 1950). A importância de Betti para a suposta transição da autonomia não se limita à Itália. Sua relevância internacional é indicada na introdução de Paolo Grossi a um volume dos *Quaderni* dedicado ao jurista. “Pagina introduttiva”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 7 (1978): 1–4.

³³⁹ Giuseppe Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova: Cedam, 1947. O debate Betti-Stolfi animaria o direito civil italiano por alguns anos. Para uma síntese, v. Natalino Irti, “Itinerari del negozio giuridico (1978)”, in: *Lecture bettiniane del negozio giuridico*, Milano: Giuffrè, 1990. Sua mais conhecida reproposição será oferecida por Ferri, *La Autonomia privada*.

³⁴⁰ Código Civil italiano de 1942, artigo 1.322: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. [¶] Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*”

³⁴¹ A sugestão de Reale encontra-se manuscrita em seus comentários ao primeiro esboço completo do Código Civil brasileiro de 2002. Esses comentários, ainda inéditos, encontram-se preservados no acervo bibliográfico da Professora Judith Martins-Costa, a quem agradeço por ter me franqueado sua consulta já há alguns anos.

do Código Civil de 2002 determinaria que “[a] liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”³⁴²

Mas ainda é preciso que falar do que se diz da autonomia fora do Brasil. Embora não tenha examinado o conceito em detalhe, a mais profunda investigação de seu contexto intelectual está, a meu ver, na tese de Gonçalo de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law: A Philosophical History of Liberal Legalism*.³⁴³ Ribeiro combina a erudição europeia e o rigor analítico norte-americano para traçar uma história que, segundo ele, teria chegado ao fim.³⁴⁴ Sua leitura leva a “narrativa da Morte da Razão” proposta por Duncan Kennedy às últimas consequências.³⁴⁵ Para Ribeiro, uma moralidade universal, secular e racionalizada da autonomia já não teria lugar no interior do pensamento jurídico – e esse juízo poderia ser estendido a outras categorias do direito privado moderno, e talvez ao direito privado mesmo. Seus pontos de partida são diferentes daqueles que orientam esta tese, mas as conclusões de sua pesquisa iluminaram uma série de problemas enfrentados aqui.

Já sabemos que a teoria privatista da autonomia se desenvolveu de modo particularmente sofisticado nos Estados Unidos. Seu impulso inicial pode ser traçado a uma série de trabalhos de Lon Fuller (1902-1978): seus textos sobre *reliance* e *expectation damages* de 1936,³⁴⁶ sua redefinição alegadamente moralizada da autonomia no artigo *Consideration*

³⁴² A Declaração libertária de 2019 tolheu o termo “em razão”. Agora o *caput* do artigo 421 (que passou a contar com um parágrafo único) diz apenas que “[a] liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato.” Foi uma poda congressual. Sua Medida provisória de origem (a Medida provisória 881 de 2019) já havia acrescentado, porém, o parágrafo único, conforme o qual “[n]as relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”

³⁴³ Ribeiro, *The Decline of Private Law: A Philosophical History of Liberal Legalism*.

³⁴⁴ A difusão do estilo anglo-norte-americano de debate teórico privatista pode ser exemplificada por artigos divulgados recentemente em dois periódicos importantes do direito privado europeu contemporâneo, o *European Review of Private Law* e o *European Review of Contract Law* (exemplos nas notas 374 e 611 adiante), assim como por textos teóricos publicados nos últimos anos na *Revue trimestrielle de droit civil*, na *Rivista di diritto civile* ou mesmo (em menor medida) na *Archiv für die civilistische Praxis* (que é voltada, como sugere seu nome, para a prática). Alguns artigos recentes da *Revista de direito civil contemporâneo* também parecem se aproximar do modelo anglo-norte-americano de teoria do direito privado, embora a inclinação deste último periódico seja (como no caso do *Archiv*) reconhecidamente doutrinária.

³⁴⁵ Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy*, p. 98.

³⁴⁶ Lon L. Fuller; William R. Perdue, “The Reliance Interest in Contract Damages: 1”, *The Yale Law Journal*, v. 46, n. 1, p. 52–96, 1936; e “The Reliance Interest in Contract Damages: 2”, *The Yale Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 373–420, 1937.

and Form, de 1941³⁴⁷⁻³⁴⁸ e seu intercâmbio com Hart a partir do final dos anos 50.³⁴⁹ Fuller chegará a dizer que “entre as concepções básicas do direito dos contratos, a mais disseminada e indispensável é o princípio da autonomia privada.”³⁵⁰

Há quem prefira traçar a percepção da importância do conceito de autonomia no direito privado ao pensamento econômico, e particularmente ao segundo texto famoso de Ronald Coase (1910-2013), *The Problem of Social Cost*, de 1960.³⁵¹⁻³⁵² Será a partir dele que, já nos anos 70, um grupo de autores liderado por Guido Calabresi (1932) e unido em torno de uma análise econômica do direito progressista ganharia forma.³⁵³ Este grupo parece esboçar uma alternativa moderada às articulações metaéticas extremas da moralidade da autonomia. Seu foco, porém, é deslocado para fora do direito.

Paralelamente, propostas de redução do direito privado a regras sobre propriedade e responsabilidade civil (ponto de chegada do famoso livro sobre a “morte” do contrato de Grant Gilmore)³⁵⁴ e aos fins ditados pela eficiência (tese que levou Richard Posner ao

³⁴⁷ Lon L. Fuller, “Consideration and Form”, *Columbia Law Review*, v. 41, n. 5, p. 799, 1941.

³⁴⁸ No final da década de 1960, Fuller tornou-se um autor central para a teoria do direito *em geral* (ou para a teoria geral do direito), sobretudo por conta da publicação de seu clássico *The Morality of Law*, Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1969. Mas Kennedy mostrou que muito antes disso Fuller já havia se tornado uma figura-chave para uma teoria mais específica que é a teoria *do direito privado*. Kennedy, From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy. No Brasil, Fuller é conhecido sobretudo pelo seu *Caso dos exploradores de cavernas*.

³⁴⁹ Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630, 1958; em diálogo com Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals. Fuller desenvolveria suas ideias a respeito da teoria geral do direito no clássico *The Morality of Law*. Mais recentemente, Benjamin Zipursky argumentou que as propostas teóricas gerais de Fuller não seriam totalmente adequadas ao direito privado. “The Inner Morality of Private Law”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 58, p. 27–44, 2013.

³⁵⁰ Fuller, Consideration and Form, p. 806.

³⁵¹ Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1–44, 1960. O outro texto famoso de Coase é “The Nature of the Firm”, *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.

³⁵² Peter Cane, “The Anatomy of Private Law Theory: A 25th Anniversary Essay”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 2, p. 203–217, 2005, p. 203.

³⁵³ O texto inaugural da análise econômica do direito progressiva é o artigo de Guido Calabresi; A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089–1128, 1972. O papel de Coase para a formação desse movimento (mas também de Walton Hamilton, responsável pela introdução do rótulo *economia institucional* em Yale) é destacado por Calabresi em seu memorial *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven: Yale University Press, 2016.

³⁵⁴ Grant Gilmore, *The Death of Contract*, 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

estrelato)³⁵⁵ tomariam de assalto a teoria do direito privado norte-americana. Em contraste com Fuller e Calabresi, estes últimos autores – teóricos da morte do contrato, economistas conservadores, economistas progressistas, mas também proponentes de coisas que combinam essas três orientações,³⁵⁶ – rejeitam a moralidade da autonomia em favor de variações mais ou menos explícitas do que vimos chamando de ‘atomismo’.

É diante desse quadro que vem à tona um dos trabalhos mais influentes da teoria do direito privado norte-americana, e certamente o mais importante para a articulação individualista – cognitivista mas algo conservadora – da moralidade da autonomia nos Estados Unidos. Publicado por Charles Fried (1935) em 1981, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* deixa esse propósito claro desde as suas primeiras páginas: “Um indivíduo está moralmente adstrito a manter suas promessas”, escreve Fried, “na medida em que invoca intencionalmente uma convenção cuja função é fundamental – fundamental moralmente – a expectativa alheia de desempenho futuro.” Renegar essa convenção, diz ele, “é abusar de uma confiança que ele [o promitente] teve liberdade de criar ou não [para o promissário], e que intencionalmente criou.” Abusar dela “é como mentir (embora não seja exatamente uma mentira): trata-se do abuso de uma instituição social compartilhada cujo propósito é invocar vínculos de confiança.”³⁵⁷

Esses comentários iniciais evidenciam que a importância do texto de *Contract as Promise* não está apenas na sugestão de seu título.³⁵⁸ A ideia de contrato como promessa,

³⁵⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown and Company, 1973. Para uma síntese em língua portuguesa das transformações experimentadas pelo pensamento de Posner, e especialmente de sua inflexão pragmatista de 1990, v. Bruno Meyerhof Salama, “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”, in: Lima, Maria Lúcia L. M. Pádua (Org.), *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*, São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

³⁵⁶ Exemplo recente em Robert D. Cooter; Ariel Porat, *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts, and Restitution*, Princeton: Princeton University Press, 2014.

³⁵⁷ Fried, *Contract as Promise*, p. 16.

³⁵⁸ Em um artigo de resto muito rigoroso, Pedro Múrias desqualifica o trabalho de Fried por essa razão. “Não é fácil, no entanto, compreender a importância deste livro, cujo conteúdo não é muito original. Têm interesse, sim, os estudos da mesma altura de P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon, 1979, e *Promises, Morals and Law*, Clarendon, [1983].” Pedro Múrias, “A unificação das impossibilidades”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, v. 29, p. 129–199, 2015, p. 138, nota 17. Mas Atiyah, ao contrário de Fried, não se dedicou à investigação do papel da moralidade crítica no interior do direito privado. No texto de 1983, Atiyah rejeita a relevância jurídica dessa moralidade de maneira mais ampla, argumentando que não se pode extrair direito senão de um “sentido social” reconduzido à opinião da “maioria”. Patrick S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Oxford: Clarendon, 1983, p. 124–131. Esse entendimento vai ao encontro de uma leitura do positivismo jurídico marcadamente raziana, mas a extrapola ao estender o radicalismo positivista à moralidade. Em Raz e em Atiyah, a moralidade crítica não define o conteúdo do direito. Mas apenas Atiyah rejeita a própria

afinal, não era nova no *common law*, e Fried evidentemente sabia disso: ela fora articulada nos *Commentaries on the Laws of England* de William Blackstone (1723-1780),³⁵⁹ e levada ao centro do famoso tratado de direito dos contratos de Samuel Williston (1861-1963).³⁶⁰ Também não parece correto reduzir o livro de Fried à sua contribuição ideológica para a difusão jurídica do liberalismo político, ainda que esse pareça ser seu propósito de fundo.³⁶¹ *Contract as Promise* não é um clássico pelo seu valor de face, nem pela sua ideologia. Ele é um clássico por ter recobrado a moralidade da autonomia sem se entregar ao moralismo.

Isso ajuda a entender por que a moralidade do direito privado se tornou o principal ponto de desacordo entre os leitores de Fried. Alguns tentarão substituir sua concepção de autonomia pelos atalhos do consentimento e da informação.³⁶² Outros vão reposicionar sua moralidade através do conceito de justiça comutativa. James Gordley, em particular, tentará justificar esse reposicionamento pela história;³⁶³ Ernest Weinrib, por uma rearticulação inclinadamente kantiana da teoria.³⁶⁴⁻³⁶⁵ Anthony Kronman também parte de Fried para relacionar moralidade e autonomia, mas, diferentemente de Gordley e Weinrib, procurará

ideia de moralidade crítica, revelando-se um não-cognitivista. Algo parecido foi dito pelo próprio Raz em recensão à obra de Atiyah. Joseph Raz, “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review*, v. 95, n. 4, p. 916, 1982. Seja como for, *Promises, Morals, and Law* é (e penso que Múrias concordaria) um livro ótimo e de fato pouco discutido.

³⁵⁹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, reedição. Philadelphia: Lippincot, 1893. O ponto é discutido em Duncan Kennedy, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, *Buffalo Law Review*, v. 28, p. 205, 1978, p. 322–335.

³⁶⁰ Entre 1920 e 1922, o tratado seria publicado em 5 volumes, ampliados no final da década de 30. Samuel Williston, *Selections from Williston’s Treatise on the law of contracts*, New York: Baker, Voorhis & Co., 1938.

³⁶¹ As preocupações políticas de Fried seriam evidenciadas entre 1985 e 1989, anos em que, sob a liderança de Ronald Reagan, ele atua como Advogado Geral da União (*Solicitor General of the United States*). Em 2008, seu compromisso liberal o levaria a declarar voto em Barack Obama, a despeito de seu apoio inicial a John McCain. Cass R. Sunstein, “Reagan Appointee and (recent) McCain Adviser Charles Fried Supports Obama”, *The New Republic*, 2008.

³⁶² Por exemplo Randy Barnett, “A Consent Theory of Contract”, *Columbia Law Review*, v. 86, p. 269–321, 1986.

³⁶³ James R. Gordley, “Equality in Exchange”, *California Law Review*, v. 69, n. 6, p. 1587, 1981; *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine; Foundations of Private Law*; e Gordley, *The Jurists: A Critical History*.

³⁶⁴ Ernest J. Weinrib, “Law as a Kantian Idea of Reason”, *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472–508, 1987; e depois, de modo sistemático, Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012; e outra vez em Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

³⁶⁵ Há dois trabalhos abrangentes sobre os textos de Gordley e Weinrib em língua portuguesa. São os livros de Maria Paula Costa Bertran Muñoz, *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir* (São Paulo: Edusp, 2015); e Catarina Helena Cortada Barbieri, *Filosofia e direito privado: a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinrib* (São Paulo: Almedina, 2019).

concentrar-se sobre as sugestões liberais-igualitárias de John Rawls (1921-2002),³⁶⁶ um caminho recorrente na literatura norte-americana que vem sendo explorado com grande competência a partir do Brasil.³⁶⁷ Fried servirá de referência inclusive para quem prefere rejeitar a existência de uma teoria abrangente dos contratos privados.³⁶⁸

Mais recentemente, uma concepção de autonomia muito próxima do atomismo passou a ser articulada em vários textos de Hanoch Dagan.³⁶⁹ Ora por conta própria, ora em coautoria com Avihay Dorfman e Michael Heller, Dagan reconhece a importância de Fried para a reabilitação da autonomia na segunda metade do século 20, mas procura distinguir-se de sua referência.³⁷⁰ Seus textos são parada obrigatória na reflexão teórica sobre a moralidade da autonomia no direito privado,³⁷¹ mas propõem, a despeito do que anunciam, o esvaziamento moral do campo,³⁷² além de se restringirem, de modo propositado mas nem sempre justificado, ao contexto norte-americano.³⁷³

A moralidade da autonomia não receberá a mesma atenção da literatura europeia, mas é possível identificar incursões teóricas relevantes a seu respeito no interior de investigações doutrinárias. A maioria delas se inclina em favor de uma moralização individualista

³⁶⁶ Anthony T. Kronman, “Contract Law and Distributive Justice”, *Yale Law Journal*, v. 89, p. 472–511, 1980.

³⁶⁷ Kevin Kordana; David Blankfein-Tabachnick, “Rawls and Contract Law”, *George Washington Law Review*, v. 73, p. 598–632, 2005; no Brasil, Leandro Martins Zanitelli vem já há alguns anos explorando as implicações do liberalismo igualitário sobre o direito privado. Por último, v. “Rawls and Private Law”, *Juris poiesis*, v. 22, n. 28, p. 59–76, 2019.

³⁶⁸ Robert A. Hillman, *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht: Springer, 1996.

³⁶⁹ Entre vários outros textos, podem-se citar Hanoch Dagan, “Autonomy, Pluralism, and Contract Theory”, *Law & Contemporary Problems*, v. 76, p. 19–38, 2013; Hanoch Dagan; Avihay Dorfman, “Just Relationships”, *Columbia Law Review*, v. 116, n. 6, p. 1395–1460, 2016; e Hanoch Dagan; Michael Heller, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

³⁷⁰ Dagan; Heller, *The Choice Theory of Contracts*, p. ii: “We are not the first on this path. Charles Fried, in his 1981 volume *Contract as Promise, recovered autonomy as the moral core of contract*.”

³⁷¹ Bibliografia até 2016 em Osny da Silva Filho, “Contract as Inequality”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 12 (26 de novembro de 2017): 89–107.

³⁷² John Gardner, “Dagan and Dorfman on the Value of Private Law”, *Columbia Law Review Online*, v. 117, p. 179–201, 2017, p. 201.

³⁷³ A jactância provinciana com que Dagan trata suas próprias ideias é criticada em Dori Kimel, “The Choice Theory of Contract. By Hanoch Dagan and Michael Heller”, *The Cambridge Law Journal*, v. 78, n. 1, p. 202–207, 2019, p. 202–204: : “The book describes itself as a ‘landmark in law and jurisprudence’ and, in a boast which must test the limits of collegiality in an established and rather crowded field, as ‘the first coherent, liberal account of contract law’. The blurb departs further from academic publishing convention by providing evaluative descriptions of the authors, as ‘two of the world’s leading private law theorists’ and individually as ‘one of the world’s leading private law theorists’ and ‘one of America’s leading authorities on property’.”

– caso de Jacques Ghestin (1931), Guido Alpa (1947), Jan Smits (1967) e Martjin Hesselink (1968),³⁷⁴ entre outros, – mas haverá também quem a identifique no corpo de um espantalho (no bom sentido) do discurso jurídico liberal – Thomas Wilhelmsson (1939) fornece o caso exemplar,³⁷⁵ e Pietro Perlingieri (1937), o mais popular no Brasil.³⁷⁶

O impulso mais antigo no sentido da renovação teórica do conceito vem da Alemanha. Primeiro nas refutações abrangentes do individualismo articuladas por Karl Larenz (1903-1993), Ludwig Raiser (1904-1980) e Werner Flume (1908-2009),³⁷⁷ para não falar, claro – e embora neste ponto a crítica ao individualismo ainda não fosse a chave de leitura dominante –, de Rudolf von Jhering (1818-1892).³⁷⁸ Depois deles, a percepção teórica da autonomia será retomada, agora em aparente reconciliação com o individualismo, na obra de Claus-Wilhelm Canaris (1937).³⁷⁹ Daí em diante, o debate alemão permanecerá ecumênico, e a moralidade individualista da autonomia voltará a ser pressuposta por autores tão diferentes quanto Horst Eidenmüller (1963),³⁸⁰ Reinhard Zimmermann (1952),³⁸¹ Gunther

³⁷⁴ Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris: L.G.D.J., 2006; Guido Alpa, *Che cos 'è il diritto privato?*, Bari: Laterza, 2007; Jan M. Smits, *Advanced Introduction to Private Law*, Cheltenham: Elgar, 2017; e para ficar com apenas um artigo da já ampla produção teórica de Martijn Hesselink, “Democratic Contract Law”, *European Review of Contract Law*, v. 11, 2015.

³⁷⁵ Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law: A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*, Dordrecht: Springer, 1992.

³⁷⁶ Seu texto mais importante seria inclusive traduzido: Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

³⁷⁷ Larenz, *Metodologia da ciência do direito*; Ludwig Raiser, “La libertà contrattuale oggi”, in: *Il compito del diritto privato: Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano: Giuffrè, 1990; Werner Flume, *El negocio jurídico*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

³⁷⁸ Rudolf von Jhering, “Im juristischen Begriffshimmel: Ein Phantastiebild”, in: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig: Breitkopf & Hartel, 1884.

³⁷⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München: Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997. Canaris contribuiu para o desenvolvimento da teoria do direito privado com vários outros textos. Dois deles foram traduzidos para o português: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*; e *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2003.

³⁸⁰ Depois de publicar (em alemão) um livro muito aclamado no qual procura transplantar o eficientismo estadunidense para a reflexão teórica de seu país, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. ed. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), Eidenmüller concentraria sua produção acadêmica na língua inglesa. Hoje ele é professor em Oxford.

³⁸¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reedição. Oxford: Clarendon, 1996.

Teubner (1944),³⁸² Hans Micklitz (1949)³⁸³ e Stefan Grundmann (1958),³⁸⁴ para mencionar apenas cinco exemplos.³⁸⁵ Há também Emilio Betti (1890-1988), que foi quase um alemão. Vamos discuti-lo no final do quinto capítulo.

4.5. A percepção teórica da autonomia no Brasil

A percepção teórica do conceito de autonomia na doutrina jurídica brasileira começa, também aqui, no direito internacional: primeiro com Pimenta Bueno (1803-1878),³⁸⁶ divulgador daquela que (veremos no próximo capítulo) parece ser sua primeira referência conscientemente explícita no direito, e de modo mais desenvolvido com Irineu Strenger (1923-2007),³⁸⁷ neste caso já a partir de pressuposições individualistas.

No interior do direito privado, o conceito parece surgir pressuposto. Ele desperta a atenção de autores importantes como Vicente Ráo (1892-1978),³⁸⁸ Pontes de Miranda (1892-

³⁸² Por exemplo Gunther Teubner, “‘Coincidentia Oppositorum’: Hybrid Networks Beyond Contract Organization”, in: Amstutz, Marc; Teubner, Gunther (Orgs.), *Networks: Legal Issues of Multilateral Co-operation*, London: Hart, 2009.

³⁸³ Hans-W. Micklitz, “The ‘New’ European Private Law”, in: Amtenbrink, Fabian *et al* (Orgs.), *The Internal Market and the Future of European Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 578–589.

³⁸⁴ Por exemplo Teubner, “‘Coincidentia Oppositorum’: Hybrid Networks Beyond Contract Organization”; Micklitz, The ‘New’ European Private Law; Grundmann, Stefan; Riesenhuber, Karl (Orgs.), *Private Law Development in Context: German Private Law and Scholarship in the 20th Century*, Antwerp: Intersentia, 2018. Uma boa síntese das ideias de Grundmann encontra-se em Otavio Luiz Rodrigues Junior; Karina Nunes-Fritz; Sérgio Rodas, “Entrevista com Stefan Grundmann”, *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 9, p. 337–350, 2016.

³⁸⁵ Para um panorama mais amplo da doutrina alemã contemporânea, remete-se a Otavio Luiz Rodrigues Junior, *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, 2. ed. São Paulo: GEN, 2019, p. 9–15.

³⁸⁶ José Antônio Pimenta Bueno, *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*, Rio de Janeiro: Villeneuve, 1863.

³⁸⁷ Irineu Strenger, *Autonomia da vontade em direito internacional privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Antes dele, o tema seria examinado monograficamente por Adalmo de Araujo Andrade, *Autonomia da vontade no direito internacional privado*, Tese de livre-docência, Santa Maria, Belo Horizonte, 1953.

³⁸⁸ Vicente Ráo, *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, São Paulo: Max Limonad, 1961.

1979),³⁸⁹ Orlando Gomes (1909-1988)³⁹⁰ e Clóvis do Couto e Silva (1930-1992),³⁹¹ mas só servirá de referência para comentários teóricos específicos – mas sempre orientados pela doutrina – a partir de Antônio Junqueira de Azevedo (1939-2009).

Em sua tese de titularidade de 1986,³⁹² inédita mas ainda assim famosa, Junqueira caracteriza a autonomia da vontade e a autonomia privada como leituras “à francesa” e “à italiana” do conceito, respectivamente. O conceito de autonomia já havia sido considerado em sua tese de livre-docência,³⁹³ mas agora a apreciação do autor é mais dura: “a autonomia da vontade [...] é ideia excessivamente individualista [...] [que] pode ser útil para discutir o maior ou menor âmbito a ser dado à iniciativa privada, ou para expor a possibilidade de se criarem contratos atípicos, mas, certamente, não fundamenta a vertente ‘social’ do negócio jurídico.”³⁹⁴ A partir daí, Junqueira concentra seus esforços na articulação dos desdobramentos doutrinários desta “vertente social” do negócio jurídico, que, contudo, afirma não estar fundada em uma autonomia “à italiana”.³⁹⁵

Seu entendimento teórico do conceito não fica totalmente claro. Mas pode ser esclarecido a partir de um artigo anterior no qual Junqueira não se refere nominalmente à autonomia. Nesse texto, publicado em 1975 e oportunamente republicado há poucos anos,³⁹⁶ Junqueira identifica, a partir de uma série de evidências então emergentes, – do adensamento da legislação protetiva aos esforços de redefinição teórica dos direitos subjetivos, passando

³⁸⁹ Na década de 1950, o tema surge várias vezes no *Tratado de direito privado* ponteano, e antes disso (mas não frente ao direito civil) em seu *Tratado de direito internacional privado*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.

³⁹⁰ Orlando Gomes, *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972; e de modo pioneiro, mas mais abrangente, os textos reunidos na primeira edição da *A crise do direito*, Bahia: Vera-Cruz, 1945.

³⁹¹ Clovis V. do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, [s.l.]: Editora FGV, 2014, p. 24–32.

³⁹² Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*, Tese de titularidade, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 1986.

³⁹³ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁹⁴ Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*, p. 80.

³⁹⁵ Junqueira reporta-se elogiosamente a Betti, no entanto. *Ibid.*, p. 79, nota 15. O assunto seria retomado em trabalhos doutrinários posteriores. Por exemplo Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*; e depois os textos teóricos reproduzidos nos *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004; e nos *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁹⁶ Azevedo, *O direito civil tende a desaparecer?* O artigo foi republicado em 2014 no primeiro volume da *Revista de direito civil contemporâneo*.

pela compartimentação regulatória do negócio jurídico,³⁹⁷ – uma “tendência anti-liberal e anti-igualitária” no campo do direito privado.³⁹⁸ Além do diagnóstico, o antigo professor da Universidade de São Paulo avança para um prognóstico pouco otimista:

“assim, prezado leitor que me acompanhou até aqui, somos obrigados a terminar com o mesmo pessimismo com que começamos. Certamente, durante algum tempo, ainda, o direito civil, hoje já sem sua característica de direito comum e de pessoas comuns, continuará, graças a sua aperfeiçoada técnica, a ser o direito-base da ciência do direito; ele fornecerá, ainda por algum tempo, aos outros ramos do direito, modelos para as elaborações científicas, enriquecendo-os (é a partilha em vida do espólio civilístico). Depois, – e agora com base na evolução orgânica das culturas, quase passamos a exercer a difícil arte da profecia – se vier mesmo o fim da civilização liberal-igualitária, cuja decadência estamos assistindo, o direito civil não escapará. Dele, poderá permanecer um resíduo, como o que uma época deixa para a que vem após si, mas estaremos inteiramente sob a batuta autoritária do direito público. Como este, no nosso sistema jurídico romano-germânico, é muito menos direito que o direito privado, estaremos em época pouco jurídica. Infelizmente, a se confirmar a hipótese, esta será a situação, até que novos tempos, com novas exigências de liberdade e igualdade, venham provocar um renascimento republicano e a reinvenção do direito civil. Por ora, ainda que procurando, fiéis até o fim, aperfeiçoar nossa ciência, e mesmo sem aceitar tudo como necessidade histórica, não podemos deixar de concluir[,] com [Oswald] Spengler [1880-1936], que “devemos incluir nos nossos cálculos, os duros e frios fatos de uma vida vivida numa fase tardia. Essa nossa época não foi escolhida por nós. Não podemos alterar o fato de termos nascido como homens do incipiente inverno da civilização amadurecida.”³⁹⁹

³⁹⁷ Antonio Junqueira de Azevedo, “O direito civil tende a desaparecer?”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 70 (1º de janeiro de 1975): 207–8: “Antigamente, em linha de princípio, um direito subjetivo determinado era atribuído a alguém no interesse desse alguém e ficava entregue à sua vontade usá-lo ou não. Entendia-se que através dele, o seu titular procuraria ter as condições de vida que desejasse. O interesse social de dar a cada pessoa boas condições de vida usava do instituto jurídico do direito subjetivo, por entender que, através dele, cada um, por conta própria, utilizaria a prerrogativa pré-estabelecida na lei, segundo suas próprias conveniências. (Ah, belos tempos!)”

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 200.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 209–210.

Seus discípulos vão retomar a autonomia sem o mesmo fatalismo. Otavio Luiz Rodrigues Junior dedica sua tese de doutorado à articulação do conceito na disciplina da revisão contratual,⁴⁰⁰ e continua a desenvolvê-lo em trabalhos posteriores. O último deles, aliás, é um divisor de águas na teoria brasileira do direito privado,⁴⁰¹ e voltaremos a discuti-lo. Cristiano de Souza Zanetti também se reporta à autonomia em sua detalhada narrativa do que chama de “fragmentação da liberdade contratual” no interior do direito luso-brasileiro.⁴⁰² Nesse caso, porém, as referências ao conceito são delimitadas por entendimentos anteriores e menos exigentes, pois as liberdades contratuais, como vimos, foram concebidas antes da autonomia, e podem prescindir de sua carga moral.

Orientada por Junqueira em seu doutorado – base de seu conhecido e importante *A boa-fé no direito privado* –,⁴⁰³ Judith Martins-Costa também viria a explorar o conceito de autonomia, desta vez em sua tese de livre-docência. O trabalho avança consciente e percuientemente sobre o campo teórico. Infelizmente permanece inédito.⁴⁰⁴

Paralelamente, pioneiros do movimento brasileiro de constitucionalização do direito – Maria Celina Bodin de Moraes, Gustavo Tepedino, Luís Roberto Barroso e assim por diante – desafiariam as pressuposições individualistas do conceito de autonomia através da incorporação de valores associados ao texto da Constituição de 1988 ao direito infraconstitucional, e especialmente ao direito civil.⁴⁰⁵ A partir de Pietro Perlingieri,⁴⁰⁶ Moraes propõe o que chama de ‘autonomia existencial’, encarada, a partir daí, como noção “inserida dentro

⁴⁰⁰ Otavio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁴⁰¹ Especialmente Otavio Luiz Rodrigues Junior, “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, 2004; e *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*.

⁴⁰² Cristiano de Souza Zanetti, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação* (São Paulo: Método, 2008).

⁴⁰³ Judith Hofmeister Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴⁰⁴ Judith Hofmeister Martins-Costa, *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*, Tese de livre-docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2004. Síntese em Judith Hofmeister Martins-Costa, “Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos”, *Cadernos do PPG em Direito UFRGS*, v. 6, p. 13–49, 2007.

⁴⁰⁵ Maria Celina Bodin Moraes, “A caminho de um direito civil-constitucional”, *Estado, Direito e Sociedade* 1 (1991); Gustavo Tepedino, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”, *Revista de direito do Estado* 2 (2006): 27–53; Luís Roberto Barroso, “Eficácia e efetividade do direito à liberdade”, in *Temas de direito constitucional* (Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁴⁰⁶ Referência na nota 376 acima.

de uma perspectiva relacional entre subjetividade e intersubjetividade [...] que não mais se dirige à segurança de uma vontade individual exercida indiscriminadamente.”⁴⁰⁷ Posta nestes termos, a ideia de aponta para uma leitura contramajoritária – e nesse sentido potencialmente desmistificadora – da moralidade da autonomia. Mas esse potencial não é sugerido ou explorado. Retoma-se, em vez disso, o relato-chave da mistificação – a *narrativa da passagem* da autonomia da vontade para a autonomia privada.⁴⁰⁸

As maiores inquietações despertadas pelo movimento de constitucionalização do direito têm caráter metodológico. A julgar por uma articulação recente,⁴⁰⁹ seus métodos de fato demandam compromissos personalistas arriscados, que podem, no limite, reduzir a moralidade da autonomia à indiferença do moralismo. Mas essa não é sua única alternativa, como mostram – se pudermos reconduzi-los a este primeiro movimento brasileiro de constitucionalização – o cuidadoso trabalho de Daniel Sarmiento a respeito do conceito jurídico de dignidade,⁴¹⁰ bem como uma proposta recente de reconhecimento de uma *identidade constitucional* estabelecida pelo Constituinte brasileiro em 1988.⁴¹¹

Também em referência à constitucionalização do direito, mas a partir de premissas diferentes daquelas que marcaram sua emergência, Teresa Negreiros insere o conceito de autonomia no que chama de *paradigma da essencialidade*, distinguindo, assim, conteúdos aparentemente moralizados.⁴¹² Ao mesmo tempo, mas a partir do Rio Grande do Sul, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem vão propor uma leitura setorial redistributiva da constitucionalização, evidenciando as fragilidades do direito privado comum através de uma análise doutrinária pormenorizada do direito do consumidor.⁴¹³

⁴⁰⁷ Maria Celina Bodin de Moraes; Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, “A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo”, *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 19, n. 3, p. 779–818, 2014, p. 782–783.

⁴⁰⁸ Ana Carolina Brochado Teixeira, “Autonomia existencial”, *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 16, n. 0, p. 75, 2018, p. 82–83.

⁴⁰⁹ Exemplo na nota 72 acima.

⁴¹⁰ Sarmiento, *Dignidade da pessoa humana*.

⁴¹¹ Wallace de Almeida Corbo, *Identidade constitucional: formação, transformação e crise*, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 141–151.

⁴¹² Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994; Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴¹³ Os autores têm vários trabalhos sobre o tema. Uma síntese recente de suas ideias pode ser encontrada em Claudia Lima Marques; Bruno Miragem, “Autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro”, in: Grundmann, Stefan *et al* (Orgs.), *Autonomie im Recht*, [s.l.]: Nomos, 2016, 17–60.

De modo geral, no entanto, o enfrentamento constitucionalmente orientado das pressuposições individualistas se contém em formulações esparsas. E em alguns casos, como o da autonomia existencial, será anulado pela aproximação de referências mistificadoras.

Abdicando de estratégias ostracizantes, a oposição aos movimentos de constitucionalização ganharia força a partir de 2010. Num mapeamento meticuloso dos riscos trazidos por suas proposições metodológicas, Fernando Leal enfatizou o “perigo para o exercício da autonomia” verificado “quando o Estado passa a se compreender como primordial guardião dos interesses individuais, atuando como se conhecesse as preferências dos seus cidadãos melhor do que eles mesmos.”⁴¹⁴ Antes, Virgílio Afonso da Silva procurou mostrar a obscuridade implicada na constitucionalização da autonomia, seja na Alemanha, seja no Brasil.⁴¹⁵ Segundo ele, sua qualificação como direito fundamental – por enquanto mais clara na doutrina alemã – teria conduzido à conclusão equivocada de que a autonomia pode ser sopesada com – e conseqüentemente limitada por – outros direitos fundamentais. Não pela sua ilimitação intrínseca, mas pelo que Afonso da Silva identifica como seu caráter *formal*.⁴¹⁶

Apesar de seu rigor, o argumento de Afonso da Silva incorre, a meu ver, em dois equívocos teóricos importantes, embora superáveis. O primeiro está em sua descrição de um conceito moral (que é o conceito de autonomia) como um princípio *formal*. A autonomia *não* é um princípio formal. E isso não vale apenas para ela, mas para qualquer conceito moral, e conceitos morais pré-kantianos inclusive.

É por isso que o comentário de Gardner sobre o caráter alegadamente *formal* da justiça particular aristotélica pode ser estendido à autonomia kantiana:

“há princípios de justiça razoáveis e não-razoáveis, e isso vale tanto para a justiça distributiva quanto para a justiça corretiva. A pessoa justa, não seria preciso dizer, é aquela animada por princípios *razoáveis* de justiça. Agir a partir de princípios não-razoáveis – como ‘dar às pessoas negras menos benefícios que a pessoas brancas’ ou ‘olho por olho, dente por dente’ é o mesmo que ser uma pessoa *injusta*; é possuir, ao invés da virtude [da justiça], seu vício correspondente. [...] A forma de alguns princípios, em

⁴¹⁴ Fernando Leal, “Seis objeções ao direito civil Constitucional”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, n. 33, p. 123–164, 2015, p. 146.

⁴¹⁵ Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 96–97.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 153–156.

outras palavras, pode torna-los princípios de justiça. Mas não os torna princípios de justiça *razoáveis*.⁴¹⁷

Essa conclusão, de resto, vai ao encontro das nossas intuições: ninguém acredita que um contratante inequivocamente manipulado se torna autônomo simplesmente porque seu contrato não foi invalidado por causas formalmente vinculadas ao conceito de autonomia – dolo, lesão, abuso de direito e assim por diante. Sabemos, ainda que lá no fundo, que a autonomia deve ser mais do que isso. O fato de ela *ter forma* não a converte em *princípio formal*. Ela tem forma porque sem forma não pode se articular de maneira justa. Sua forma é uma *conformação* jurídica. Mas essa conformação não se confunde com o seu *fundamento*. Dizer que cães são animais peludos pode nos ajudar, na prática, a distinguir cães de galinhas e postes, inclusive cães que nunca vimos antes. Mas vacas também são peludas, e vacas não são cães, e com isso voltamos ao ponto de partida, pois ainda não sabemos *o que faz do cão, cão*.

Definir o conceito jurídico de autonomia como um princípio formal é como definir os cães pelo pelo. Isso pode ser útil para resolver este ou aquele caso levado a juízo, mas não é uma definição juridicamente aceitável, pois permanece injustificada.

Chegamos assim ao segundo equívoco teórico veiculado pela redução formal da autonomia: esse entendimento, como sói acontecer, *pressupõe* um conceito de autonomia *individualista*. Isso seria um problema de divergência moral se, no entanto, esse conceito não correspondesse a uma variação problemática, insustentável do individualismo, aparentemente idêntica às primeiras formulações de Gerald Dworkin, que, como vimos, foram abandonadas em seu individualismo radical posterior. Como diz Afonso da Silva logo depois de distinguir (rigorosa e corretamente) desigualdade *de fato* de desigualdade *material*, “a desigualdade material não interfere, necessariamente, na *autenticidade* das vontades.”⁴¹⁸

O ponto é que a autenticidade das vontades não pode ser *fundamento* da autonomia. Ele não explica por que “o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos.”⁴¹⁹ O anão que se entrega a arremessos pode ter toda a autenticidade do mundo, e nem por isso será autônomo.⁴²⁰ Pode não ser incorreto dizer que ele exerceu regularmente as *liberdades contratuais* – expressão que poderia substituir com vantagem as referências de Afonso da Silva à autonomia. Além de ser conceitualmente mais rigorosa, ela tem a vantagem de encontrar fundamento na

⁴¹⁷ John Gardner, “The Virtue of Justice and the Character of Law”, in: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 247.

⁴¹⁸ Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157. Destaquei.

⁴¹⁹ Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 160.

⁴²⁰ Caso discutido no comentário relativo à nota 161 acima.

legislação infraconstitucional, reforçando sua defesa da eficácia *indireta* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴²¹

Do interior do direito privado, a mais elaborada crítica metodológica aos movimentos brasileiros de constitucionalização viria à tona na tese de livre-docência de Otavio Luiz Rodrigues Junior, *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, defendida no final de 2017 e publicada em 2018.⁴²² Nela, o continuador da escola doutrinária inaugurada por Junqueira põe as alternativas teóricas ensaiadas pela doutrina contemporânea do direito privado em perspectiva, defendendo, mediante confronto entre as experiências brasileira e alemã, uma espécie de *neutralização formal* dos movimentos de constitucionalização no Brasil.

Assim como Afonso da Silva, Rodrigues Junior conclui que o recurso moralmente neutro e legalisticamente intermediado à Constituição – um modelo *fraco* de eficácia indireta dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares, em suas palavras – “é a resposta mais adequada às características da sociedade brasileira.”⁴²³ Não precisamos abrir mão da moralidade da autonomia para endossar esse entendimento.

⁴²¹ 147-148 e 169.

⁴²² Rodrigues Junior, *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*.

⁴²³ *Ibid.*, p. 359.

5. AUTONOMIA NA DOCTRINA: INSINUAÇÃO E MISTIFICAÇÃO

Boa parte daquilo que se poderia esperar deste capítulo já foi contado: que o conceito de autonomia não se revela na doutrina jurídica até meados do século 19; que ele só é nomeado em seus últimos anos; que isso se dá no direito internacional, onde ele se esboça, em princípio, de modo metaética e teórico-juridicamente inovador; que não demora para que este conceito latente de autonomia seja transposto para o direito privado, onde se assimila a normas jurídicas positivas que, contudo, não o pressupunham; que este caminho se tornará, no fim das contas, o caminho único da doutrina posterior; e que esta doutrina vai substituir o ensaio internacionalista de reinvenção da autonomia pela sua mistificação.

5.1. Antecedentes: de Bártolo e Dumoulin a Foelix e Mancini

Mas se formos mais a fundo nas referências originárias do conceito no campo jurídico, poderemos verificar que as perguntas que conduziram à sua reproposição remontam a esforços mais antigos, e especialmente a tentativas medievais de delimitar o âmbito geográfico de regras jurídicas potencialmente conflitantes. Essas tentativas começam a ganhar corpo já no séculos 14, quando o reconhecimento pluralidade de jurisdições no continente europeu – que agora pode ser visto como um ensaio medieval daquilo que no começo da tese foi descrito como a *expansão oitocentista das cidadanias* – conduz à recuperação do antigo conceito antigo, fundamentalmente político de autonomia.⁴²⁴

Neste ponto da história, os princípios disponíveis para a solução do problema do conflito de leis no espaço eram, em termos genéricos, o da aliança pessoal ou tribal e o da territorialidade feudal.⁴²⁵ À frente dos glosadores, Bártolo de Saxoferrato (1313-1357) procuraria atualizar e generalizar esses princípios a partir da distinção romana entre pessoas,

⁴²⁴ Calasso, *Autonomia (storia)*, p. 354. Pouco adiante (355), Calasso traça um paralelo entre a concepção política de autonomia e suas variações individualistas, historicamente abstraídas: “É um traço característico da época que vimos discutindo o desenvolvimento paralelo dos poderes da ordem jurídica e da autonomia dos privados: à emergência das grandes ordens políticas [...] corresponde contemporaneamente a relevância sempre crescentemente reconhecida do elemento interior do agente privado que opera sob a ordem jurídica.”

⁴²⁵ Peter E. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Clarendon, 1999, p. 3.

coisas e ações.⁴²⁶ O âmbito de aplicação de uma lei dependeria, neste caso, de seu conteúdo. Leis sobre pessoas se aplicariam aos súditos (talvez também aos vassalos) onde quer que eles estivessem. Leis sobre coisas, e particularmente sobre coisas qualificadas como imóveis, teriam lugar apenas nos territórios em que elas se situassem. Leis sobre atos e contratos também se aplicariam localmente: *locus regit actum*.⁴²⁷

Este último caso não traria dificuldades se a formação e o cumprimento de um contrato se dessem em um mesmo local, como ocorre em contratos de execução instantânea como a compra e venda comum. Mas como regular uma obrigação contratual adimplida em um território diferente daquele em que tivesse sido estabelecida? Um contrato de mútuo constituído no Brasil (com a entrega do dinheiro) e executado na Itália (com a sua devolução), por exemplo? A solução de Bártolo era intuitiva: problemas que envolvessem a formação de um contrato (como alegações de erro ou coação) seriam governados pela lei do local em que o contrato houvesse sido convencionado; problemas que envolvessem seu cumprimento (hipóteses de impossibilidade superveniente ou inadimplemento, em particular) se submeteriam à lei do local da execução do contrato. Escrevendo no século 14, Bártolo presunha que as partes não poderiam alterar essas regras: a solução dos conflitos de leis no espaço seria um problema dos estados, não dos indivíduos. Essa será a solução convencionalmente adotada pelos internacionalistas até meados do século 19.⁴²⁸

É por ter desafiado a pressuposição de que o direito aplicável a uma relação jurídica depende exclusivamente da nacionalidade ou da territorialidade que Charles Dumoulin (1500-1566) costuma ser apresentado como o pai da ideia – ainda não de um *conceito* – de autonomia no direito internacional privado.

Advogado convertido à literatura jurídica por conta de um problema de dicção, Dumoulin foi o mais célebre doutrinador erudito dos costumes jurídicos franceses. Sucederam-lhe escritores hoje pouco conhecidos como Bertrand d'Argentré, Guy Coquille e Antoine Loysel. Herdeiros intelectuais de Philippe de Beaumanoir (1247-

⁴²⁶ Sobre o papel da *atualização* e da *generalização* do direito romano no pensamento jurídico medieval, v. Gordley, *The Jurists: A Critical History*, p. 32. Nas Institutas de Justiniano, o livro que Gaio dedicava às ações é dividido em duas partes, a primeira relativa às obrigações contratuais, e a segunda às obrigações extracontratuais.

⁴²⁷ Nygh, *Autonomy in International Contracts*, p. 4.

⁴²⁸ Por exemplo Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, Boston: Hilliard, Gray, 1834, p. 217 (§ 261).

1296), autor dos vanguardistas Coutumes du Beauvois (1283), juristas como Dumoulin, d'Argentré, Coquille e Loysel valiam-se de métodos similares àqueles empregados pelos glosadores, mas não lidavam prioritariamente com o direito romano, e sim com o que enxergavam como os costumes de seu tempo.⁴²⁹ Trata-se, talvez, da primeira alternativa metaética ainda cognitivista ao cognitivismo que domina o pensamento jurídico até o começo do século 19.

Dumoulin, no entanto, jamais empregou o termo “autonomia” em seus textos, tampouco o conceito que essa palavra viria a representar. Sua reflexão se reporta, em vez disso, à ideia de “intenção implícita das partes”, e mesmo assim em um sentido bastante restrito: o jurista não se referia aos contratos em geral, mas ao matrimônio, e particularmente à intenção alegadamente implícita de submetê-lo à lei do lugar de residência do marido.⁴³⁰ A ideia de intenção implícita serve, aqui, para justificar uma exceção específica à regra da territorialidade, contornando assim a submissão do regime de bens matrimônios à lei do lugar da celebração do casamento – e, portanto, por conta de uma praxe que ainda se preserva em nossa cultura, à lei do lugar de residência da família da mulher.

O alcance restrito da tese de Dumoulin não impediria os críticos da autonomia de tomá-lo como espantalho, e um bom exemplo disso pode ser encontrado em Pontes de Miranda. Para ele, Dumoulin teria sido o responsável por “um rombo na teoria dos estatutos,” e mais do que isso, um “rombo propositado, talvez com certa dose de má fé.”⁴³¹ O sucesso da ideia de intenção implícita das partes se explicaria, no fim das contas, pela preguiça: “Estavam a favor de Dumoulin a pressa dos julgamentos,” continua Pontes de Miranda, “o mínimo esforço a que sempre é propício o não entrar no estudo da lei competente e a falta de meditação nos problemas de Direito internacional privado.”⁴³² Essa opinião seria

⁴²⁹ Jestaz; Jamin, *La doctrine*, p. 52–53.

⁴³⁰ “Se a Dumoulin cabe o mérito de ter colocado em relevo a função da vontade nos atos jurídicos, a teoria da autonomia da vontade não ganharia importância senão no século 19. Foi, de fato, a partir deste ponto que o princípio da autonomia da vontade passou a ser empregado para resolver [...] um problema bem mais vasto: aquele da lei competente a regular as obrigações em geral, e os contratos em particular.” Riccardo Rocca, *La teoria dell'autonomia della volontà in diritto internazionale privato*, Torino: A. Viretto, 1914, p. 29. Marcel Caleb diria o mesmo alguns anos depois: “Sem dúvida Dumoulin foi o primeiro a proclamar e afirmar de maneira categórica o papel eminente da vontade. [...] Mas na realidade a venerável doutrina da autonomia da vontade é moderna.” *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris: Sirey, 1927, p. 163.

⁴³¹ Miranda, *Tratado de direito internacional privado*, p. 542.

⁴³² *Ibid.*, p. 543.

representativa da orientação que fez o Brasil se manter em uma “zona de rejeição do princípio da autonomia” na América Latina até o final do século 20.⁴³³ Voltaremos a isso.

A tese de Dumoulin é retomada no final do século 17 pelo jurista suíço Ulrik Huber (1636-1694). Se as partes tinham em mente a lei de um lugar diferente daquele em que convencionaram, argumenta Huber, sua intenção não poderia deixar de ser levada em conta na definição da lei aplicável. Trata-se, aqui, dizia o jurista, não apenas “da força da lei, mas também do consenso das partes que comunicam seus bens mutuamente.”⁴³⁴ Como Dumoulin, no entanto, Huber se referia à hipótese do matrimônio contraído em um lugar diferente daquele em que os cônjuges viessem a estabelecer residência.

Embora não fosse inédita, a solução de Huber exerceria grande influência sobre a literatura subsequente. Em 1760, ela seria lembrada por Lord Mansfield em seu muito citado *obiter dictum* no caso *Robinson v Bland*.⁴³⁵ Frequentemente descrito como fonte remota da ideia de autonomia no direito inglês, o comentário de Mansfield inovava ao ampliar a sugestão de Huber para o âmbito contratual – tratava-se, no caso, de um mútuo contraído entre dois ingleses em Paris –, mas ainda se limitava à ideia de intenção implícita das partes: o direito que as partes supunham aplicável ao pagamento, argumentava Mansfield, haveria de ser o inglês, e não o francês, a despeito da contratação na França.⁴³⁶

Nas décadas seguintes, a ideia de que as partes podem escolher a lei aplicável às suas relações jurídicas se tornará consensual entre os internacionalistas. Seus primeiros sinais vêm à tona ainda na primeira metade do século. Em uma obra de 1843, Jean-Jacques Gaspard Foelix (1791-1853) se reporta a questões “regidas pelo livre arbítrio ou pela autonomia do homem” nas relações internacionais.⁴³⁷ Diferentemente de Dumoulin, Huber e Mansfield, Foelix não limita a autonomia à intenção implícita das partes, mas reconhece a possibilidade de submissão explícita de seus atos uma lei específica.

⁴³³ Naiara Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova: CEDAM, 2010, p. 374.

⁴³⁴ Ulrik Huber, *Conflito de leis*, [s.l.: s.n.], 1951, p. 24.

⁴³⁵ *Robinson v Bland* (1760) 2 Burr. 1077.

⁴³⁶ Nygh, *Autonomy in International Contracts*, p. 5.

⁴³⁷ Jean-Jacques Gaspard Foelix, *Traité du droit international privé: ou, du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris: Joubert, 1843, p. 82; Foelix, veremos adiante, será uma referência central para Pimenta Bueno, o primeiro autor a explicitar a ideia de autonomia no Brasil. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios*.

Ao contrário do que a equiparação ao “livre arbítrio” dá a entender, no entanto, a autonomia de Foelix tinha um escopo bastante limitado. Ela só teria lugar na ausência de regras que determinassem a aplicação dos “estatutos pessoais e reais”, e também deveria desconsiderada quando os contratantes buscassem fraudar a lei, “viajando para um país estrangeiro com a intenção de eludir uma proibição estipulada em seu país de origem.”⁴³⁸ Os bons costumes também restringiriam a autonomia, inclusive quanto objeto dos atos jurídicos.⁴³⁹ Um cidadão francês não poderia, por exemplo, submeter-se à lei brasileira para tornar válida a aquisição de um escravo. Ainda assim, Foelix sustentava que “o indivíduo é, em regra, livre para contratar, obrigar-se e dispor de seus bens”, e que “essa liberdade é chamada, na Alemanha, de autonomia dos cidadãos.”⁴⁴⁰ Poucos anos depois, essa leitura será divulgada no Brasil por Pimenta Bueno, já mencionado no capítulo anterior.⁴⁴¹

Na própria Alemanha, entretanto, a ideia de autonomia como liberdade “para contratar, obrigar-se e dispor de seus bens” encontrava-se muito menos difundida do que o texto de Foelix sugere. Essa não era exatamente a ideia de Kant tinha em mente, como vimos no segundo capítulo. Em 1854, o *Deutsches Wörterbuch* dos irmãos Jacob e Wilhelm Grimm não registrava o termo entre seus verbetes – nem mesmo para designar o antigo sentido político da palavra, que pouco mais de cem anos antes ainda era reproduzido na *Encyclopédie* de Diderot e d’Alambert,⁴⁴² e que seria reiterado na quarta edição do *Philosophisches Lexikon* de Walch, já poucos anos antes da redefinição kantiana.⁴⁴³ Savigny rejeitaria explicitamente o emprego do conceito de autonomia como autodeterminação legislativa, e seu entendimento só seria explicitamente desafiado no século seguinte.

A concepção internacionalista de autonomia ganhará contornos mais claros na obra de Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888).⁴⁴⁴ Autor “praticamente esquecido” até meados

⁴³⁸ Foelix, *Traité du droit international privé*, p. 142–143.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 145.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 112 (destaquei).

⁴⁴¹ Nota 386 acima.

⁴⁴² Denis Diderot *et al*, *Encyclopédie, ou, Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris: Briasson, 1751, p. 897.

⁴⁴³ Johann Georg Walch, *Philosophisches Lexicon*, 4. ed. Leipzig: Gleditschens, 1775, p. 271.

⁴⁴⁴ Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, p. 71–72: “não de pode negar que a doutrina de Mancini reconhecia à autonomia da vontade, sob muitos aspectos, o mesmo sentido que ela tem hoje”; e Sagi Peari, *The Foundation of Choice of Law: Choice*

do século 20,⁴⁴⁵ Mancini será, ao lado de Savigny e Story, um dos grandes reformadores oitocentistas do direito internacional privado. Seu propósito declarado será enquadrar as soluções tradicionalmente oferecidas aos conflitos de leis em categorias abrangentes: em suas palavras, “princípios filosóficos” passíveis de “aplicação sistemática” no campo das relações internacionais.⁴⁴⁶

O conceito de autonomia se insinua nos textos de Mancini como um desses princípios. Ao seu lado estão a nacionalidade (que assume um papel central a partir daí) e a soberania (uma reproposição politicamente conformada do antigo critério da territorialidade).⁴⁴⁷ Diferentemente do que um percurso pela literatura secundária poderia sugerir, entretanto, o professor italiano não chama a autonomia pelo seu nome.⁴⁴⁸ A palavra surge, sim, em alguns de seus escritos, mas é empregada para justificar o princípio da nacionalidade – no sentido antigo ou político, portanto –, e não para fundamentar um específico elemento de conexão baseado na intenção das partes (como hoje dizemos). As ideias que mais se aproximam do conceito de autonomia em seus textos são apresentadas em referência ao conceito mais estreito de liberdade – que é chamado pelo próprio nome.⁴⁴⁹

Mancini associa seus princípios filosóficos a segmentos específicos do direito. Nacionalidade e autonomia surgem como princípios característicos do direito privado.

and Equality, New York: Oxford University Press, 2018, p. 90: “Apesar da aceitação geral do princípio da autonomia das partes na prática, seus fundamentos teóricos permanecem obscuros. Mais especificamente, o princípio cria pelo menos dois obstáculos para o pensamento positivista. Primeiro, qual é a sua justificação normativa? O próprio conceito de estado soberano, cujo corpo legislativo edita direito positivo, parece não ser compatível com a ideia de que as partes são habilitadas a determinar por si mesmas o quadro que guiará sua disputa. [...] Segundo, por que deveria ser permitido às partes escolher um quadro que não seja o do direito positivo de um estado singular, como é o caso dos princípios UNIDROIT? A possibilidade de aplicar uma norma não estatal parece engendrar um problema ainda mais profundo para o positivismo jurídico tradicional, que por sua natureza se limita ao direito posto pelo estado”. Para uma crítica ainda isolada à sobreposição entre os conceitos de autonomia das partes e autonomia da vontade, remete-se a Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 21 (assimilando, porém, o conceito de autonomia da vontade ao que chama de “autonomia contratual”).

⁴⁴⁵ Erik Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padova: CEDAM, 1988, p. 17.

⁴⁴⁶ Pasquale Stanislao Mancini, “De l’utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journal de droit international*, v. 1, p. 285–304, 1874, p. 285.

⁴⁴⁷ Pasquale Stanislao Mancini, “Samama”, in: *Quistioni di diritto*, Napoli: Marghieri, 1878, v. 2, p. 230.

⁴⁴⁸ O estudo mais completo sobre o assunto foi elaborado por Yuko Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg: Winter, 2000.

⁴⁴⁹ Mancini, *Samamapassim*.

Soberania, como um princípio característico do direito público. O princípio da nacionalidade traduz a ideia de que todo homem deve, em suas relações pessoais, sujeitar-se ao direito de seu país de origem. A soberania, por sua vez, traduz um conjunto de regras inderrogáveis sobre as quais se assenta o poder do estado. Para Mancini, este é o caso da tradicional regra de aplicação da *lex loci rei sitae*.⁴⁵⁰ Como nota Erik Jayme, a distinção entre princípios relativos ao direito público e ao privado não se afasta significativamente do antigo contraste entre os *statuta personalia* e os *statuta realia*.⁴⁵¹

O princípio da *autonomia das partes*, por sua vez – protótipo e derivação de uma autonomia juridicamente reinventada –, diz respeito à faculdade de decidir sobre a lei que deve reger uma relação contratual (a autonomia em sentido próprio) e ao juízo que poderá adjudicar as controvérsias a seu respeito (a eleição de foro).⁴⁵² Como Foelix, Mancini não reduz essa autonomia às “intenções implícitas” de que falavam Dumoulin, Huber e Mansfield. Ele a toma como manifestação explícita, ou demonstrável, a respeito da lei e da jurisdição aplicáveis.⁴⁵³ Nesse sentido, sua autonomia não se limita a hipóteses de dúvida sobre o lugar da contratação ou sobre a validade do cumprimento em lugares diferentes daquele em que a obrigação contratual fora constituída – casos em que Teixeira de Freitas, por exemplo, admitia a aplicação das leis que fossem “mais favoráveis à plenitude da intenção das partes contratantes.”⁴⁵⁴ De todo modo, a autonomia de Mancini ainda se subordina à existência de previsão legislativa específica que a reconheça.⁴⁵⁵

As ideias de Mancini se refletirão sobre as disposições preliminares do Código Civil italiano de 1865, para cuja redação o jurista contribuíra decisivamente.⁴⁵⁶ Seu princípio da autonomia, em particular, virá à tona na parte final do artigo 9:

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 230.

⁴⁵¹ Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini*, p. 21.

⁴⁵² Mancini, De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, p. 301–302.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 302; o ponto é enfatizado por Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini*, p. 21.

⁴⁵⁴ Teixeira de Freitas, *Esbôço* (1860-1864), artigo 1963: “O lugar de cumprimento dos contratos reputar-se-á ser: [...] 5º. Tendo-se designado mais de um lugar para o cumprimento do contrato, ou havendo dúvida sobre o lugar em que o contrato foi feito, ou sobre o lugar do domicílio do devedor; aquele dentre os lugares designados, ou duvidosos, cujas leis forem mais favoráveis à plenitude da intenção das partes” (referências cruzadas omitidas).

⁴⁵⁵ Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini*, p. 21.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 110–111.

“As formas extrínsecas dos atos entre vivos e de última vontade são determinadas pelo lugar em que forem praticados. É, no entanto, facultado aos disponentes ou contratantes seguir a forma de sua lei nacional, se ela for comum a todas as partes. [¶] A substância e os efeitos das doações e das disposições de última vontade se consideram regulados pela lei nacional dos disponentes. A substância e os efeitos das obrigações se reputam regulados pela lei do lugar em cujos atos foram praticados, e, se os contratantes estrangeiros pertencerem a uma mesma nação, pela sua lei nacional. Põe-se a salvo, em todo caso, a demonstração de uma vontade diversa.”⁴⁵⁷

O diploma italiano representa, no entanto, uma exceção no panorama legislativo europeu da segunda metade do século 19. Antes de seu reconhecimento legislativo abrangente, a ideia de autonomia das partes se submeteria a um intenso escrutínio político. O novo conceito sinalizava, de fato, a emergência de uma política econômica voltada à expansão global dos mercados – política econômica que, naquela altura, parecia ir de encontro aos interesses centralizadores de nações recém-constituídas como a Alemanha. Não por acaso, essa tensão marcaria o debate que antecedeu à promulgação do *Bürgerliches Gesetzbuch*, como revelaram seus materiais secretos divulgados em 1973.⁴⁵⁸ Ela também alcançaria a América Latina, impedindo a incorporação da figura ao Tratado de Montevideu de Direito Civil Internacional de 1889 e ao Código Bustamante de 1928.⁴⁵⁹

Para além do debate político a respeito da conveniência de seu reconhecimento, a adoção do princípio da autonomia das partes enfrentaria uma objeção formal recorrente. De acordo com ela, a lei que submetesse seu próprio império ao arbítrio individual incorreria em “impropriedade lógica.”⁴⁶⁰ Por ser “precedente e independente da vontade dirigida à

⁴⁵⁷ Disposições preliminares do Código Civil italiano de 1865, artigo 9 (destaquei). No original: “*Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È però in facoltà de' disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti. [¶] La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale dei disponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà.*”

⁴⁵⁸ Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini*, p. 113.

⁴⁵⁹ Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, p. 54 e 64–65 Para Antonio Bustamante (1865-1961), diz a autora (66), a função do direito internacional privado era “delimitar a competência legislativa entre os estados”, e não “conduzir a princípios que tivessem validade geral, como propunha Mancini.”

⁴⁶⁰ Mario Guiliano, “La loi applicable aux contrats: problèmes choisis”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 158, p. 183–270, 1977, p. 199–213.

conclusão do negócio” (ou do contrato), essa lei não poderia ser reconduzida ao conteúdo negócio jurídico; se fosse, estaríamos diante de um círculo vicioso no qual o negócio seria, ao mesmo tempo, “matéria e fonte de regras jurídicas.”⁴⁶¹

A resposta mais comum a esta espécie de objeção era que a escolha, pelas partes, da lei aplicável aos seus atos representa um – entre outros – elementos de conexão com esta ou aquela ordem jurídica estatal (ou corpo de *soft law*, acrescentaríamos hoje),⁴⁶² submetendo-se, assim, às suas regras, ainda que retrospectivamente.⁴⁶³ Essa resposta seria paulatinamente assimilada pelos tribunais e pela legislação internacional.⁴⁶⁴ No final do século 20, ela justificará a redução das críticas à autonomia das partes a uma “curiosidade histórica” decorrente de um “mito do contrato sem lei”.⁴⁶⁵

5.2. Submissão do direito à autonomia: afirmação e esgarçamento

A expressão “autonomia da vontade” só se estabiliza no discurso internacionalista nas últimas décadas do século 19. O principal responsável por essa estabilização será André Weiss (1858-1928), um professor de direito internacional de Dijon que também vai atuar na Universidade de Paris e assumir um assento no Tribunal Permanente de Justiça Internacional da Liga das Nações. Na primeira edição de seu *Traité élémentaire de droit international privé*, publicada em 1886, Weiss argumenta que a regra geral da personalidade do direito, de acordo com a qual a lei aplicável a um nacional deve regular também suas relações

⁴⁶¹ Betti, *Autonomia privata e competenza della ‘lex loci actus’*, p. 10.

⁴⁶² A recondução da disciplina de uma relação jurídica a corpos de *soft law* ainda não é, entretanto, absoluta, na medida em que esses diplomas tendem a reconhecer a aplicação de regras jurídicas estatais de caráter cogente. O artigo 1.4 da edição de 2016 dos Princípios Unidroit, por exemplo, determina que “Nada nesses Princípios deve restringir a aplicação de regras cogentes, sejam de origem nacional, sejam de origem internacional ou supranacional, as quais se aplicam de acordo com as regras relevantes do direito internacional privado.” Adiante, o artigo 3.3.1 do mesmo diploma estabelece que “Nos casos em que um contrato infrinja uma regra cogente, seja de origem nacional, seja de origem internacional ou supranacional, que se aplique sob o artigo 1.4 destes Princípios, os efeitos dessa infração sobre o contrato serão, se houver algum, os efeitos expressamente prescritos por essa regra cogente.”

⁴⁶³ Ole Lando, “Contracts”, in: Lipstein, Kurt; David, René; Lando, Ole (Orgs.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen: Mohr, 1976, v. 3, Private International law.

⁴⁶⁴ O próprio Betti reconhecia que essa resposta é aceitável “em abstrato”. *Autonomia privata e competenza della ‘lex loci actus’*, p. 10.

⁴⁶⁵ Gabriella Carella, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, [s.l.: s.n.], 1999, p. 23.

extraterritoriais, comporta três exceções abrangentes. A primeira delas decorre das “leis de ordem pública internacional”, entendidas como “leis de interesse geral impostas a todos que se encontrarem no território onde forem editadas.”⁴⁶⁶ A segunda, da máxima *locus regit actum*, relativa aos “requisitos de forma” localmente impostos à validade atos jurídicos.⁴⁶⁷ E a terceira, da “autonomia da vontade”, conforme a qual as partes de submetem de maneira voluntária ao “direito que melhor atenda aos seus interesses”.⁴⁶⁸

Tomada como *exceção* ao direito positivo – e portanto não mais como regra vastamente excepcionada (como em Foelix) ou faculdade sujeita a reconhecimento estatal (como em Mancini) –, a autonomia da vontade assume, assim, uma abrangência inédita. Ela se insinua como um conceito *realmente novo e propriamente jurídico*. Weiss, entretanto, procura – não de maneira totalmente convincente – definir seus *limites*.⁴⁶⁹ As partes poderiam, sim, definir substancialmente o direito aplicável à sua relação, inclusive ao arrepio de seu direito nacional; mas não estariam habilitadas a excepcionar as “leis imperativas” da ordem jurídica escolhida.⁴⁷⁰ “Baseada apenas no interesse das pessoas,” escreve o autor em seu *Traité* de 1886, “a restrição imposta pela autonomia da vontade à teoria da personalidade não é, portanto, imperativa; ela se subordina, de um lado, à lei pessoal do interessado, cuja aplicação pode ser por ele rejeitada, e de outro à escolha deste, que pode preferir a aplicação de sua lei pessoal a qualquer outra.”⁴⁷¹

Mas a autonomia limitada de Weiss não será a única a se insinuar no século 19. Sua mais influente alternativa será apresentada por Fernand Surville (1853-1922), professor de direito internacional privado em Poitiers e autor de um *Cours élémentaire de droit*

⁴⁶⁶ André Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris: L. Larose et Forcel, 1886, p. 517.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 521–522.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 527–528. Nenhum autor é citado por Weiss neste ponto. Sua referência à vontade implícita antecipa aquilo que se tornará o cerne das disputas a respeito do assunto: “no silêncio do contrato, será necessário recorrer a presunções interpretativas a respeito da vontade das partes.” (528). Antes de Weiss, no entanto, Charles Brocher (1811-1884), cujo pensamento será discutido adiante, já havia associado as palavras “vontade” e “autonomia” para descrever a prática contratual, como lembra Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, p. 41. Para Brocher, contudo, a autonomia da vontade tinha um sentido diferente daquele assumido pelo conceito a partir de Weiss, ou mesmo oposto a ele: tratava-se de uma expressão voluntária cujo caráter jurídico “emana da lei.” Brocher, *Cours de droit international privé*, 2: 67.

⁴⁶⁹ Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, p. 48.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 528.

international privé muito citado nas décadas seguintes.⁴⁷² Para Surville, a autonomia da vontade seria um poder individual soberano: um poder apto a derrogar não apenas regras jurídicas dispositivas, mas também – e sobretudo – regras cogentes.

Em seu *De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé*, publicado em 1889, Surville argumenta que o elemento distintivo da autonomia da vontade no direito internacional privado reside precisamente na possibilidade de *rejeitar* a aplicação de “leis imperativas” da ordem jurídica que ordinariamente regeria o contrato.⁴⁷³ Para o autor, apenas a “ordem pública internacional” teria o condão de limitar a autonomia dos contratantes,⁴⁷⁴ e apenas os juízes estariam habilitados definir o conteúdo da ordem pública internacional.⁴⁷⁵ Seu argumento tem fundo prático. Limitações que fossem além da ordem pública, justifica o autor na edição de 1925 de seu *Cours*, representariam “um enorme entrave ao comércio internacional.”⁴⁷⁶

A opinião de Surville ganharia eco no início do século 20, e não apenas na França. Antes de servir de espantinho para os críticos da autonomia da vontade, ela influenciaria uma importante geração de internacionalistas europeus. Em 1914, por exemplo, leremos em uma monografia italiana que “uma ideia de autonomia da vontade restrita às leis de caráter supletivo não tem o condão de constituir uma teoria especial de direito internacional privado”, e que portanto “a teoria da autonomia da vontade deve ser [...] admitida em toda a sua eficácia, inclusive sobre as normas imperativas.”⁴⁷⁷

As questões metaéticas que se poderiam opor a uma tese arrojada como a de Surville, entretanto – por que alguém pode excepcionar o direito? por que os juízes? quais juízes? em que circunstâncias? – aparentemente não chegaram a ser formuladas.

A insinuação teórica do conceito de autonomia na doutrina internacionalista não ficaria imune à crítica, sobretudo em suas formulações mais duras, tendencialmente

⁴⁷² Por todos, Betti, *Autonomia privata e competenza della ‘lex loci actus’*.

⁴⁷³ Pierre Gustave Fernand Surville, “De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé”, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, v. 16, 1889, p. 537.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 538.

⁴⁷⁵ Surville, 538: “cabe ao juiz [...] decidir se uma lei é ou não de ordem pública internacional.”

⁴⁷⁶ Pierre Gustave Fernand Surville, *Cours élémentaire de droit international privé, conforme au programme des facultés de droit*, 7. ed. Paris: Rousseau, 1925, p. 351.

⁴⁷⁷ Rocca, *La teoria dell'autonomia della volontà in diritto internazionale privato*, p. 4.

atomistas, que procuram subordinar o que então se chamava de ‘leis imperativas’ a coincidências arbitrárias da autonomia contratual.

Em uma série de artigos publicados a partir de 1894, Antoine Pillet (1857-1926) sustenta que admitir o afastamento contratual de leis imperativas é “desnaturar a substância do direito”, privilegiando relações entre nacionais e estrangeiros em detrimento de relações entre nacionais.⁴⁷⁸ O autor distingue, então, dois grupos de leis imperativas. O primeiro, destinado à “garantia social”, diz respeito a temas de interesse público como crédito e propriedade; o segundo, dirigido à “proteção individual”, dá conta de assuntos de interesse privado como capacidade e vícios da vontade. A distinção entre é relevante porque no primeiro caso o princípio da autonomia da vontade deve ceder em favor da lei do país cuja ordem pública estiver ameaçada, e no segundo, em favor da lei de nacionalidade da parte prejudicada.⁴⁷⁹

A identificação de leis imperativas também é a preocupação central de Jules Aubry (1853-1906). Diferentemente de Pillet, Aubry não parte de uma classificação abstrata da lei, mas elabora, em vez disso, um paralelo entre a disciplina da autonomia da vontade no direito internacional privado e o tratamento da liberdade de contratar do direito interno, reconduzindo a noção de lei imperativa à ideia de ordem pública do art. 6 do *Code* de 1804, de acordo com o qual “[n]ão se podem derrogar por convenções particulares leis relativas à ordem pública e aos bons costumes.” Para Pillet, “o domínio da autonomia e o domínio da ordem pública se tocam, mas permanecem impenetráveis um ao outro, em compartimentos estanques.”⁴⁸⁰ Por seu referencial civilista, e ainda em contraste com Pillet, Aubry não se reporta às leis imperativas de caráter público, restringindo-se ao que chama de “leis de tutela individual”, exemplificadas pelas regras civilistas sobre consentimento e lesão.⁴⁸¹

O responsável pela mais intrincada crítica internacionalista à autonomia da vontade do século 19 será, porém, Louis Olive. Em seu *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé* de 1899, o jurista sustentará, em contraste a literalidade do art. 6, que “todas as leis interessam à ordem pública”, ainda que nem todas atuem do mesmo modo. Algumas leis definem o conteúdo da ordem pública; outras garantem sua manutenção.⁴⁸² Ao contrário do que pode parecer, o propósito de Olive não

⁴⁷⁸ Antoine Pillet, “Essai d’un système général de solution des conflits de lois [I]”, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1894, p. 718. Pillet abandonará essa posição no início do século 20, e passará a defender que a ideia autonomia da vontade não permite resolver nem mesmo conflitos entre leis supletivas. Antoine Pillet, “La synthèse du droit international privé”, *Journal du droit international privé*, 1900, p. 280.

⁴⁷⁹ Antoine Pillet, “Essai d’un système général de solution des conflits de lois [II]”, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1895, p. 939–944.

⁴⁸⁰ Jules Aubry, “Le domaine de la loi d’autonomie en droit international privé”, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, v. 23, 1896, p. 470.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 473.

⁴⁸² Louis-Henri-Emmanuel Olive, *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, [s.l.: s.n.], 1899, p. 48.

é anular a normatividade da autonomia, mas garantir que seu exercício não seja submetido à chancela judicial. Leis interpretativas e supletivas, explica Olive, são relevantes para a ordem pública pois evitam que o silêncio das partes transfira a deliberação que lhes caberia para os juízes: “o que interessa à ordem pública é a existência das leis supletivas, e não seu conteúdo.”⁴⁸³ Seria preciso, por isso, multiplicá-las, estabelecendo um conjunto “presunções legais de vontade” apto a evitar a devolução da autonomia ao Judiciário.⁴⁸⁴

A abrangência conferida à ideia de autonomia formaliza um problema de distribuição de poder político nas nascentes democracias liberais. Reconhecer normatividade plena à autonomia da vontade é submeter uma parcela relevante desse poder ao controle não mediado dos indivíduos. Subtrair as leis imperativas do controle individual é devolver ao estado parte do poder avocado pela autonomia, evitando, assim, sua completa dissolução. Sustentar essa subtração a partir de uma hermenêutica positivista – uma hermenêutica conforme a qual nem todas as regras jurídicas estão sujeitas à interpretação, em particular – é garantir que o poder estatal não seja sequestrado pelo Judiciário. No *fin de siècle* europeu, essa combinação mais ou menos estável de autonomia limitada e comedimento hermenêutico garantirá aos juristas um lugar de destaque entre os fiadores de uma ainda frágil conjuntura democrática.⁴⁸⁵ Mas alguns autores esgarçariam a reação.

Um deles é Charles Brocher (1811-1884). Escrevendo em 1872, Brocher será um dos primeiros a empregar a palavra “autonomia” sistematicamente,⁴⁸⁶ mas o fará com um propósito negativo: “não se pode admitir um estatuto da autonomia que repouse unicamente sobre a vontade individual,” escreve ele no segundo volume de seu *Cours de droit international privé*, “pois não existe fato jurídico que independa da lei.”⁴⁸⁷ Como Aubry e Olive, Brocher estende sua crítica ao direito interno. Para se afastar da leitura permissiva de seus contemporâneos, no entanto, procura acentuar o caráter *legal* das “convenções legalmente formadas” a que o artigo 1134 do Código Napoleão confere “força de lei.”⁴⁸⁸ Neste ponto, as ideias de Brocher se aproximam da antiga crítica de Savigny, para quem a autonomia – uma autonomia diferenciadora que circulava no pensamento jurídico alemão – jamais poderia ser considerada fonte do direito. Brocher não se reporta a Savigny.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 49.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁸⁵ Nessa chave de leitura, é possível enxergar a rejeição da autonomia por Savigny como uma contrapartida de sua hermenêutica totalizante. Subtraindo poder do legislador e dos indivíduos, essa combinação concentraria poder nas mãos do Judiciário. Savigny acreditava que essa concentração poderia ser contida pela submissão do Judiciário à academia – algo imaginável, talvez, na Alemanha, mas não fora dali.

⁴⁸⁶ Ver nota 468 acima.

⁴⁸⁷ Brocher, *Cours de droit international privé*, p. 79.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

Sua crítica será retomada em 1904 por Georges Dreyfus, para quem “o vício da teoria da autonomia reside menos em seus exageros que em seu princípio,” ou seja, na ideia de que as pessoas podem, por conta própria, definir direta e reciprocamente o conteúdo do direito que regulará suas interações.⁴⁸⁹ Pouco mais de vinte anos depois, Jean-Paulin Niboyet (1886-1952) dirá o mesmo: “a autonomia da vontade, como tal, não existe,” pois a vontade não tem, ao contrário da lei, “poder de criar o direito.”⁴⁹⁰ As partes poderiam, sim, rejeitar leis supletivas, desde que manifestassem sua vontade de modo “absolutamente certo.”⁴⁹¹ Não se poderia cogitar, no entanto, de qualquer “intenção implícita” dos agentes a respeito dessa rejeição. No silêncio das partes, as leis supletivas se tornariam imperativas.⁴⁹²

A história da autonomia da vontade no pensamento internacionalista reflete a história da transformação do súdito em cidadão, e do cidadão em legislador privado.

Na segunda década do século 20, entretanto, essa história parece se esgarçar. Associada a um individualismo inclinadamente atomista, a ideia de autonomia da vontade não encontra espaço no quadro ideológico dos emergentes regimes totalitários europeus e latino-americanos, e especialmente em suas relações internacionais. “Na doutrina internacionalista,” escreve Ranouil, “a agonia da autonomia da vontade começa em 1894 com Pillet, e sua morte é consumada em 1927 com Niboyet.”⁴⁹³

Nas décadas seguintes, civilistas como Betti e Larenz procurariam compatibilizar o conceito de autonomia individual com uma ideologia de submissão do indivíduo ao Estado, mas não ousarão enfrentar a pressuposição individualista da autonomia.

5.3. Submissão da autonomia ao direito: transposição e bifurcação

Será no contexto da controvérsia a respeito da submissão das leis imperativas à autonomia da vontade que Weiss estenderá seu argumento internacionalista – um argumento

⁴⁸⁹ Dreyfus, *L'acte juridique en droit privé international: étude sur le conflit de lois*, Paris: Arthur Rousseau, 1904, p. 105.

⁴⁹⁰ Jean Paulin Niboyet, “La théorie de l'autonomie de la volonté”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, v. 16, p. 1–116, 1928, p. 51.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 146.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et evolution d'un concept*, p. 126.

mais cauteloso que o de Surville, como vimos, mas certamente mais ambíguo que o do professor de Poitiers – para o direito civil francês.

Em seu *Traité théorique et pratique de droit international privé* de 1892, Weiss reconduz seu “princípio da autonomia da vontade” à primeira parte do artigo 1.134 do *Code Civil* de 1804, de acordo com o qual as “convenções legalmente estabelecidas têm força de lei entre aqueles que as celebram”.⁴⁹⁴ ⁴⁹⁵ Não era uma proposta qualquer. Até então, a ideia de contrato como *lex privata* estabelecida no artigo 1.134 não era empregada para justificar proposições teóricas abrangentes – não era, portanto, *lex permissiva*. A disposição, aliás, remonta a uma analogia pontual de Ulpiano generalizada pelos medievais, redefinida pelos escolásticos, apropriada por Domat e só então levada ao Código Civil.⁴⁹⁶ Não por acaso, em 1805 a *Cour de Cassation* deixaria claro que o artigo 1.134 “está de acordo com as leis francesas antigas e as leis romanas.”⁴⁹⁷ A disposição nada tinha com as variedades de individualismo que se manifestavam através do conceito de autonomia da vontade. Weiss confere ao artigo 1.134 um papel sistemático que ela jamais havia desempenhado.

No começo do século 20, a identificação de um “princípio da autonomia da vontade” no artigo 1134 do Código Civil francês e em suas derivações estrangeiras já terá se convertido em “verdade revelada”.⁴⁹⁸ Mas não se tratava de revelação, e sim de *mistificação*. A autonomia da vontade, dirá um autor francês em 1919, “existe porque existe.”⁴⁹⁹ Essa petição de princípio seria reconhecida pela literatura posterior, que, no entanto, também passaria a justificá-la como uma forma de abreviar fundamentos complexos figurados na filosofia de Kant: deles cuidariam os filósofos.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, IV: 348.

⁴⁹⁵ Em sua redação original, o Código Civil francês definia *contrato* no artigo 1.321, e no artigo 1.101, *convenção*. Com a reforma de 2016, essas definições se integraram através da ideia de “acordo de vontades”.

⁴⁹⁶ Ulp. 29 ad sab., D. 50, 17, 23. v. Italo Birocchi, “Notazioni sul contratto”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 19, 1990.

⁴⁹⁷ Julgado da Cour de Cassation de 19 de junho de 1805, citado por Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon: aux soubassements de la France moderne*, Bouere: Morin, 2003, p. 449.

⁴⁹⁸ Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, p. 9.

⁴⁹⁹ H. Gérardin, *De la loi applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes*, Paris: Société des Publications du Centre, 1919, p. 12.

⁵⁰⁰ Marcel Waline, *L' Individualisme et le droit*, Paris: Domat-Montchrestien, 1945, p. 169.

O caminho do direito internacional, ao que parece, foi outro. A partir da metade do século 20, quase sempre sob a rubrica da “autonomia das partes”, redefinições jurídicas moderadas da autonomia da vontade serão reconhecidas em uma série de declarações, em um movimento que se intensifica a partir da década de 1980.

A partir deste ponto, o escopo da autonomia das partes será estendido em duas direções. Primeiro, em relação ao seu âmbito, que deixa de se limitar relações patrimoniais para alcançar também relações de direito de família, para usar a tradicional dicotomia de Savigny. Segundo, em relação ao seu objeto, que se estende das ordens jurídicas estatais internacionalmente reconhecidas para os diplomas de *soft law*, “codificações não legislativas”⁵⁰¹ como os Princípios UNIDROIT de 1994,⁵⁰² os Principles of European Contract Law de 1995,⁵⁰³ o Code Européen des Contrats de 2004,⁵⁰⁴ os Aquis Principles de 2007⁵⁰⁵ e o Draft Common Frame of Reference de 2009,⁵⁰⁶ bem como os recentes Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos de 2017.⁵⁰⁷

No âmbito das conferências de Haia, a ideia de autonomia como elemento de conexão será contemplada pelo seu instrumento de origem, a Convenção sobre a Lei Aplicável aos às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos de 1955 (em vigor em 1964),⁵⁰⁸ e depois pela Convenção sobre a Lei Aplicável aos

⁵⁰¹ Nils Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, [s.l.]: Oxford University Press, 2010.

⁵⁰² International Institute for the Unification of Private Law, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma: Unidroit, 1994.

⁵⁰³ Commission on European Contract Law, *Principles of European contract law. Parts I, II and III*, Boston: Kluwer Law International, 2000.

⁵⁰⁴ Accademia dei giusprivatisti europei, *Code Européen des Contrats: Avant-projet, Livre premier*, Milano: Giuffrè, 2004.

⁵⁰⁵ Research Group on EC Private Law, *Contract: principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, München: Sellier European Law Publishers, 2007.

⁵⁰⁶ Study group on a European Civil Code, *Principles, definitions and model rules of European private law draft common frame of reference (DCFR)*, München: Sellier, 2009.

⁵⁰⁷ Íñigo de la Maza Gazmuri; Carlos Pizarro Wilson; Alvaro Vidal Olivares, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Madrid: Imprenta Nacional, 2017.

⁵⁰⁸ Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos de 1955, artigo 2º: “A venda é regulada pela lei interna do país designado pelas partes contratantes. [¶] Esta designação deve ser objeto uma cláusula expressa, ou resultar inequivocamente das disposições do contrato. [¶] As condições relativas ao consentimento das partes, quanto à lei declarada aplicável, são determinados por esta lei.”

Contratos de Mediação e à Representação de 1978 (em vigor em 1992),⁵⁰⁹ pela Convenção sobre a Lei Aplicável a Regimes de Bens Matrimoniais de 1978 (em vigor em 1992),⁵¹⁰ pela Convenção sobre a Lei Aplicável aos Trusts e ao seu Reconhecimento de 1985 (em vigor em 1992),⁵¹¹ pela Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1986 (que não chegou a ser posta em vigor),⁵¹² pelo Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos de 2007 (em vigor em 2013)⁵¹³ e finalmente pelos Princípios sobre a

⁵⁰⁹ Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação de 1978, artigo 5º: “A lei interna designada pelas partes regula a relação de representação entre o representado e o intermediário. [¶] A designação deve ser expressa ou resultar com razoável certeza das disposições do contrato e das circunstâncias da causa.”

⁵¹⁰ Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável a Regimes de Bens Matrimoniais de 1978, artigo 3º: O regime de bens é regido pela lei interna designada pelos cônjuges antes do casamento. [¶] Os cônjuges podem designar somente uma das seguintes leis – [¶] (1) a lei de qualquer Estado da qual qualquer cônjuge é um nacional no tempo da designação; [¶] (2) a lei do Estado no qual qualquer cônjuge tenha sua residência habitual no tempo da designação; [¶] (3) a lei do primeiro Estado onde um dos cônjuges estabelece uma nova residência habitual após o casamento. [¶] A lei assim designada aplica-se a todos os bens. [¶] Mesmo assim, os cônjuges, se eles designaram, ou não, uma lei dentre os parágrafos anteriores, podem designar com respeito a todos ou alguns dos imóveis, a lei do local onde estes imóveis estão situados. Eles podem também prever que quaisquer imóveis dos quais podem, subseqüentemente, ser adquiridos, serão regidos pela lei do lugar onde tais imóveis estão situados.”

⁵¹¹ Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Trusts e ao seu Reconhecimento de 1985, artigo 6º: “O *trust* será regulado pela lei escolhida pelo outorgante. A escolha deve ser feita de modo expresso ou tácito nos instrumentos que tenham criado o trust ou nos documentos que evidenciem sua existência; [estes instrumentos e documentos] serão interpretados, se necessário, à luz das circunstâncias do caso.”

⁵¹² Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1955, artigo 1: “A presente Convenção determina a lei aplicável aos contratos de compra e venda de mercadorias: [¶] a) entre partes cujos estabelecimentos comerciais se encontram em Estados diferentes; [¶] b) em todos os demais casos que envolvam uma escolha entre as leis de Estados diferentes, a menos que tal escolha derive exclusivamente de uma estipulação das partes a respeito da lei aplicável, mesmo quando acompanhada da designação de um tribunal ou árbitro.”

⁵¹³ Protocolo de Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos de 2007, artigo 8º: “Não obstante o disposto nos artigos 3.º a 6.º, o credor e o devedor de alimentos podem, a qualquer momento, designar como lei aplicável a uma obrigação alimentar uma das seguintes leis: [¶] a) A lei do Estado do qual uma das Partes seja nacional aquando da designação; [¶] b) A lei do Estado da residência habitual de uma das Partes aquando da designação; [¶] c) A lei designada pelas Partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efectivamente aplicada ao mesmo; [¶] d) A lei designada pelas Partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efectivamente aplicada ao mesmo.”

Escolha do Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais de 2015,⁵¹⁴
⁵¹⁵ que vêm a substituir as regras da Convenção originária de 1955.⁵¹⁶

A introdução dos Princípios de 2015, fruto de uma ampla consulta à comunidade internacional realizada nos anos anteriores, sintetiza o entendimento hoje dominante a respeito do papel da autonomia das partes no direito internacional privado:

“A determinação do direito aplicável a um contrato que não leve em consideração a vontade expressa de suas partes pode ensejar indesejável incerteza por causa da variação das soluções oferecidas por diferentes Estados. Por essa razão, entre outras, o conceito de ‘autonomia das partes’ para determinar a lei aplicável se desenvolveu e prosperou. [¶] A autonomia das partes, que se refere ao poder das partes de um contrato de escolher a lei que vai governar esse contrato, contribui para a certeza e a previsibilidade dentro do arranjo primário das partes e reconhece que as partes de um contrato podem estar na melhor posição para determinar qual conjunto de princípios jurídicos é mais adequado para sua transação. Vários Estados chegaram a essa conclusão e, como resultado, o entendimento predominante é no sentido de dar efeito à autonomia das partes. Esse conceito, no entanto, não é aplicado em todos os lugares. [¶] A Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado (‘a Conferência de Haia’) acredita que as vantagens da autonomia das partes são significativas e encoraja a difusão do conceito para Estados que ainda não o adotaram, ou que o fizeram com restrições significativas, assim como [também encoraja] o contínuo desenvolvimento e refinamento do conceito onde ele já é aceito.”⁵¹⁷

⁵¹⁴ Princípios de Haia sobre a Escolha do Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais de 2015, artigo 2º: “1. A contract is governed by the law chosen by the parties. [¶] 2. The parties may choose - [¶] a) the law applicable to the whole contract or to only part of it; and [¶] b) different laws for different parts of the contract. [¶] 3. The choice may be made or modified at any time. A choice or modification made after the contract has been concluded shall not prejudice its formal validity or the rights of third parties. [¶] 4. No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction.”

⁵¹⁵ As traduções das convenções, protocolos e princípios citados nas notas 508, 509, 510, 512 e 513 foram realizadas pela Equipe UFRGS de Tradução das Convenções de Haia coordenada por Claudia Lima Marques. Elas estão disponíveis em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions>. A tradução do artigo 6º da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Trusts e ao seu Reconhecimento de 1985 é minha.

⁵¹⁶ Naiara Posenato enfatiza o contraste entre a postura dos países latino-americanos durante a negociação dos Princípios de 2015 e ao longo das tratativas mal sucedidas de estabelecimento de um código de conduta global sobre transferência de tecnologia entre as décadas de 70 e 80. Neste último caso, o reconhecimento da autonomia das partes representou um dos principais pontos de desacordo entre os países industrializados e o grupo dos países da América Latina. Nos debates que antecederam à assinatura dos Princípios de 2015, em contrapartida, uma única objeção à autonomia foi apresentada pelo México. *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americaeni*, p. 89–90.

⁵¹⁷ Princípios de Haia sobre a Escolha do Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais de 2015, I.2-5. No original: “I.2 Determination of the law applicable to a contract without taking into account the expressed will of the parties to the contract can lead to unhelpful uncertainty because of differences between solutions from State to State. For this reason, among others, the concept of ‘party autonomy’ to determine the applicable law has developed and thrived. [¶] I.3 Party autonomy, which refers to the power of parties to

Antes disso, a autonomia das partes também encontraria suporte na legislação comunitária europeia. A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980 determinará, em seu artigo 3º, que os contratos celebrados entre os estados-membros “rege[m]-se pela lei escolhida pelas partes.”⁵¹⁸ Essa disposição é reiterada pela Regulação (CE) 593/2008, conhecida como Roma I,⁵¹⁹ que explicita a extensão da autonomia a contratos de consumo e de trabalho, desde que consumidores e trabalhadores não sejam privados “da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis [...] da lei que, na falta de escolha, seria aplicável”.⁵²⁰ A escolha da lei aplicável a obrigações extracontratuais (casos de responsabilidade civil, enriquecimento injustificado, gestão de negócios e relações pré-contratuais) seria tratada pela Regulação (CE) 864/2007. Seu artigo 14 determina que a convenção sobre a lei aplicável deve ser anterior à causa da obrigação em relações comerciais – relações entre partes que “desenvolvam atividades econômicas” – e posterior em

a contract to choose the law that governs that contract, enhances certainty and predictability within the parties' primary contractual arrangement and recognises that parties to a contract may be in the best position to determine which set of legal principles is most suitable for their transaction. Many States have reached this conclusion and, as a result, giving effect to party autonomy is the predominant view today. However, this concept is not yet applied everywhere. [¶] 1.4 The Hague Conference on Private International Law ('the Hague Conference') believes that the advantages of party autonomy are significant and encourages the spread of this concept to States that have not yet adopted it, or have done so with significant restrictions, as well as the continued development and refinement of the concept where it is already accepted.”

⁵¹⁸ Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980, artigo 3º: “1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato. [¶] 2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, na aceção do disposto no artigo 9º, nem prejudica os direitos de terceiros. [¶] 3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por «disposições imperativas».”

⁵¹⁹ Regulação (EC) 593/2008 (Roma I), artigo 3º, 1: “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso.”

⁵²⁰ Regulação (EC) 593/2008 (Roma I), artigo 6º: “1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 5º e 7º, os contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua atividade comercial ou profissional («o consumidor»), com outra pessoa que aja no quadro das suas atividades comerciais ou profissionais («o profissional»), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional: [¶] a) Exerça as suas actividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou [¶] b) Por qualquer meio, dirija essas actividades para este ou vários países, incluindo aquele país, e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas actividades. [¶] 2. Sem prejuízo do nº 1, as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do nº 1, nos termos do artigo 3º. Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no nº 1.” E artigo 8º, 1: “O contrato individual de trabalho é regulado pela lei escolhida pelas partes nos termos do artigo 3º. Esta escolha da lei não pode, porém, ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo, ao abrigo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável nos termos dos números 2, 3 e 4 do presente artigo.”

relações civis.⁵²¹ O artigo 5º da Regulação (UE) 1259/2010 estende o reconhecimento da autonomia das partes a casos de divórcio e separação, embora determine uma série de requisitos para o seu exercício.⁵²² Os artigos 22 e 25, 3 da Regulação (EU) 650/2012 fazem o mesmo em relação a acordos sucessórios.⁵²³

Na América Latina, o Protocolo Adicional aos Tratados de Montevidéu de 1940, texto relativo a uma série de documentos firmados naquele ano e também à revisão do Tratado de Montevidéu de 1889, determinaria que a “jurisdição e a lei aplicável segundo os respectivos tratados não podem ser modificadas pela vontade das partes, salvo na medida em que dita lei o autorizar.”⁵²⁴ Solução de compromisso entre entusiastas e críticos da autonomia, o texto retomava, em referência às leis nacionais de seus signatários, a exigência de autorização legislativa da autonomia aventada no século 19 por Mancini. A partir daí, a tendência predominante nos países latino-americanos – tendência absorvida tardiamente no Brasil, como veremos adiante – será reconhecer o exercício da autonomia como elemento de conexão, acionando, assim, a exceção do Protocolo de 1940.

Em 1994, o conjunto mais abrangente de países membros da Organização dos Estados Americanos assina a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, a Convenção do México. Seu artigo 7º reconhece a autonomia em termos quase idênticos aos da Convenção de Roma de 1980:

⁵²¹ Regulação (EC) 864/2007, artigo 14, 1: “As partes podem acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha: [¶] a) Mediante convenção posterior ao facto que dê origem ao dano; ou, [¶] b) Caso todas as partes desenvolvam actividades económicas, também mediante uma convenção livremente negociada, anterior ao facto que dê origem ao dano. [¶] A escolha deve ser expressa ou decorrer, de modo razoavelmente certo, das circunstâncias do caso, e não prejudica os direitos de terceiros.”

⁵²² Regulação (UE) 1259/2010, artigo 5º (Escolha pelas partes da lei aplicável): “1. Os cônjuges podem acordar em designar a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial desde que se trate de uma das seguintes leis: [¶] a) A lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo de escolha de lei; ou [¶] b) A lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges, desde que um deles ainda aí resida no momento da celebração do acordo; ou [¶] c) A lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo; ou [¶] d) A lei do foro. [¶] 2. Sem prejuízo do disposto no n.º 3, um acordo que determine a lei aplicável pode ser celebrado e alterado a qualquer momento, o mais tardar à data da instauração do processo em tribunal. [¶] 3. Se a lei do foro assim o determinar, os cônjuges podem ainda designar a lei aplicável perante o tribunal durante o processo. Nesse caso, essa designação será registada em tribunal nos termos da lei do foro.

⁵²³ Regulação (EU) 650/2012, artigo 22: “1. Uma pessoa pode escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito. [¶] Uma pessoa com nacionalidade múltipla pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional no momento em que faz a escolha. [¶] 2. A escolha deve ser feita expressamente numa declaração que revista a forma de uma disposição por morte ou resultar dos termos dessa disposição. [¶] 3. A validade material do ato pelo qual foi feita a escolha da lei é regulada pela lei escolhida. [¶] 4. Qualquer alteração ou a revogação da escolha da lei deve preencher os requisitos formais aplicáveis à alteração ou à revogação de uma disposição por morte.” E artigo 25, 3: “Não obstante os números 1 e 2 do presente artigo, as partes podem escolher como lei reguladora do seu pacto sucessório, no que respeita à sua admissibilidade, à sua validade material e aos seus efeitos vinculativos entre as partes, incluindo as condições da sua dissolução, a lei que a pessoa ou uma das pessoas cuja herança está em causa teria podido escolher nos termos do artigo 22, nas condições nele previstas.”

⁵²⁴ Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, artigo 5º: “*La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.*” (Destaquei).

“O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. [¶] A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.”⁵²⁵

A Convenção Interamericana de 1994 traz, no entanto, algumas novidades em relação à sua congênera europeia. Uma delas é a referência a regras jurídicas não estatais – nos termos de seus artigos 9º e 10, “princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais”⁵²⁶ e “normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral”, estes últimos aplicados “com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.”⁵²⁷ Essas disposições contrastam, por um lado, com o solipsismo do direito estatal na Convenção de Roma, e antecipam, por outro, a admissão plena da escolha privada de regras não estatais pelos Princípios de Haia de 2015 – em seus termos, “regras aceitas nos planos internacional, supranacional ou regional”.⁵²⁸ Outra novidade do texto interamericano relativamente à Convenção de Roma é a substituição propositada da palavra “lei” por “direito” na primeira parte do artigo 7º citado acima.⁵²⁹

Lauro Gama Junior vislumbra nessas mudanças a adoção de uma “perspectiva pós-positivista” que atribui “ampla eficácia à escolha dos contratantes em favor das regras que melhor lhes convierem, seja de um ordenamento jurídico de um Estado ou de um direito não positivado, como os Princípios do UNIDROIT.”⁵³⁰ Na doutrina

⁵²⁵ Nota 518 acima.

⁵²⁶ Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, artigo 9º: “Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. [¶] O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. [¶] Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.”

⁵²⁷ Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, artigo 10: “Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.”

⁵²⁸ Princípios de Haia sobre a Escolha do Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais de 2015, artigo 3º: “The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.”

⁵²⁹ Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, p. 119–120.

⁵³⁰ Lauro Gama Junior, *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431–432.

internacionalista, chega-se mesmo a dizer que a Convenção mexicana confere “total autonomia” às partes.⁵³¹ O instrumento, todavia, não parece ir tão longe.⁵³² Em primeiro lugar, por conta da interpretação autêntica fornecida pelo artigo 17, conforme o qual “[p]ara os fins desta Convenção, entender-se-á por ‘direito’ o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis.”⁵³³ Em segundo lugar, pelo caráter subsidiário assumido pelos “princípios gerais do direito comercial internacional” mencionados no artigo 9º, cuja aplicação é textualmente restrita aos casos em que as partes não tenham exercido sua autonomia. E em terceiro lugar, pela restrição das referências normativas de origem não estatal mencionadas pelo artigo 10 ao atendimento da “justiça” e da “equidade” na solução do caso concreto – finalidades que podem ser perfeitamente alcançadas pela aplicação “positivista” (não interpretada ou moralmente indiferente) do direito estatal.

O debate, de todo modo, continua aberto.⁵³⁴

No direito interno norte-americano, a ideia de que as partes podem escolher a lei aplicável aos seus contratos tem sido reconhecida pelos tribunais desde o final do século 19.⁵³⁵ Também ali, contudo, essa faculdade não vai se pacificar da noite para o dia, e a autonomia das partes é rejeitada pelo primeiro Restatement of Conflict of Laws de 1931. Nas décadas seguintes, e já sob influência da literatura europeia sobre o assunto, a regra é explicitada pelo Uniform Commercial Code (UCC) de 1952 e pelo Restatement (Second) of Conflict of Laws de 1971. As duas compilações estabelecem, no entanto, limitações mais amplas que a tradicional ordem pública. A seção 1-301(a) do UCC determina que a lei escolhida pelas partes deve ter uma “relação razoável” com o contrato em questão. O diploma impõe, ainda, uma série de restrições para contratos específicos.⁵³⁶ O segundo Restatement institui restrições parecidas. Ele determina, em sua seção 187(2), que a lei escolhida deve guardar “relação substancial” com as partes do contrato, ou que deve haver alguma “base razoável” para a escolha. A lei escolhida não pode, ainda, ser “contrária à orientação

⁵³¹ Nádía de Araújo, “Os princípios Unidroit sobre contratos comerciais internacionais e a escolha da lei aplicável no direito interamericano”, in: Casella, Paulo Borba; Araújo, Nádía de; Rosa, Ana Miriam dos Santos (Orgs.), *A Convenção do México sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais e influencias para o direito internacional brasileiro*, São Paulo: LTr, 1998, p. 176.

⁵³² Ole Lando, “Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations”, *King’s College Law Journal*, v. 7, p. 55, 1997; no mesmo sentido, Jacob Dolinger, “Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 283, 2000, p. 442–443.

⁵³³ Diego P. Fernandez Arroyo, “La convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au delà de Rome”, *Revue critique de droit international privé*, v. 84, 1995, p. 182–183.

⁵³⁴ Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, p. 128.

⁵³⁵ *Arnold v Potter* 22 Iowa 194 (1987).

⁵³⁶ Em 2001, o American Law Institute eliminou o requisito da “relação razoável”. Após sua rejeição pelos estados, no entanto, a eliminação foi revista, e o instituto retomou o tratamento anterior.

fundamental” da lei que se aplicaria no silêncio das partes. Atualmente, essas disposições são aplicadas em quase todos os estados norte-americanos.⁵³⁷

A questão da autonomia das partes em relações extracontratuais, no entanto, foge ao âmbito do UCC, e não é mencionada pelo Restatement (Second).

⁵³⁷ Peter Hay; Patrick J. Borchers; Symeon Symeonides, *Conflict of Laws*, St. Paul: West, 2010, p. 1088.

5.4. Pressuposição com adaptação: disciplina do preço justo

Vem-se dizendo que a *narrativa da passagem* da autonomia da vontade para a autonomia privada *reforça* a mistificação da autonomia. Mas isso não significa que a crença na realidade dessa passagem não tenha impactado o direito. Ela impactou, ensejando adaptações e inovações. Isso, porém, não foi suficiente para reverter as pressuposições individualistas veiculadas através de referências à autonomia.

Um primeiro exemplo pode ser colhido na disciplina do preço justo, apresentada no início do trabalho como articulação doutrinária caracteristicamente moral. Seu ponto de partida, ali mencionado, é uma passagem do *Codex* segundo a qual quem vende um terreno por menos da metade do que ele vale pode devolver o preço para o comprador e retomar o imóvel ou pleitear a diferença que não foi paga.⁵³⁸

Aos medievais, a regra do *Codex* parecia conflitar com uma disposição mais antiga. Em um de seus comentários ao edito do pretor recolhido no quarto livro do *Digesto*, Ulpiano (150-228) argumenta que para Pompônio as partes de um contrato de compra e venda poderiam “tirar vantagem uma da outra” no que diz respeito ao preço.⁵³⁹ Neste caso, “tirar vantagem” significa praticar um preço que pode, ao cabo, ser considerado “muito baixo”. Diante da aparente antinomia, a solução de Acúrsio (1182/85-1260/63) foi acrescentar uma ressalva ao fragmento de Ulpiano: “a não ser que se receba menos que a metade do preço justo.”⁵⁴⁰ A regra sobre justo preço do *Codex* se sobrepõe, assim, àquela sugerida no *Digesto*. Mas isso não resolvia completamente a questão, porque ainda era preciso saber quando determinado preço é justo e quando não é.

Para resolver este ponto, o próprio Acúrsio lança mão de dois outros fragmentos,⁵⁴¹ e a partir deles conclui que o preço de um contrato é justo quanto corresponde àquele

⁵³⁸ Nota 59 acima.

⁵³⁹ Ulp. 11 ad ed., D. 4, 4, 16, 4: “Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.” v. também D. 19, 2, 22, 3.

⁵⁴⁰ Gordley, *The Jurists: A Critical History*, p. 35 em referência a Acúrsio, *Glossa ordinaria* a D. 44, 16, 4, *naturaliter licere*.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 36. O primeiro fragmento diz respeito a um caso de manumissão; o segundo, a prejuízos causados ao *dominus* pela morte de um de seus escravos. Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 35, 2, 63; e Paul. 5 *ep. Alfeni dig.*, D. 8, 2, 33. .

prevalecente no tempo e no lugar de sua celebração – na terminologia contemporânea, o “preço de mercado.”⁵⁴² A construção medieval da ideia de preço justo se torna, assim, o principal ponto de referência das regras a respeito da *laesio enormis* – a *lésion* dos franceses, a *Wucher* dos alemães e mesmo a *unconscionability* dos ingleses.

O raciocínio de Acúrsio também faria fortuna do direito português. Em 1426, D. João I determina que suas glosas sejam aplicadas em todo o Reino como direito positivo. A consolidação do “direito pátrio” nas Ordenações Afonsinas de 1446 não altera a substância desse quadro. Embora restringindo o recurso às glosas de Acúrsio aos casos de omissão da lei, dos estilos da Corte, do costume antigo e dos direitos romano e canônico, a compilação reproduz o entendimento medieval a respeito da lesão. A regra também é preservada pelas Ordenações Manuelinas (1512/13) e pelas Ordenações Filipinas (1595).

As mudanças formais do direito, entretanto, talvez tenham sido secundárias neste caso. Quando em 1769 a autoridade de Acúrsio é definitivamente eliminada pela Lei da Boa Razão, a moralidade da lesão parecia ter seguido outro caminho.

Autor-chave para a história do voluntarismo jurídico, Christian Thomasius (1655-1728) será um dos principais responsáveis por essa mudança. Sua crítica à disciplina medieval da igualdade das trocas ainda é familiar: a ideia de preço justo, dizia, depende da pressuposição de que o valor das coisas é objetivo. Sem essa objetividade, não é possível afirmar a justiça ou a injustiça de um preço. O problema, continuava, é que as coisas não têm valores intrínsecos: quem define seu valor, precificando-o, são os indivíduos, e a vontade individual em particular. Logo, a disciplina da lesão é inviável porque não há, objetivamente falando, um preço que possa ser chamado de justo.⁵⁴³

Thomasius não negava que a cobrança de um preço flagrantemente alheio àquele praticado no tempo e lugar de celebração do contrato pudesse constituir um problema de decoro, ou mesmo de honestidade. Mas problemas de decoro e honestidade não seriam

⁵⁴² A expressão “preço de mercado” não ocorre no Código Civil brasileiro de 2002, mas o diploma contempla uma série de expressões equivalentes como “valor real” (artigo 160, parágrafo único), “taxa de mercado” (artigo 486) e “preço corrente” (artigo 160, *caput*, e artigo 1.187, II; no artigo 488, o sentido da expressão é diferente: diz respeito ao preço comumente praticado por um vendedor específico).

⁵⁴³ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 101.

problemas de justiça, pois recairiam sobre elementos *interiores* da ação, e apenas elementos *exteriores* da ação poderiam ser objeto de sanção jurídica.⁵⁴⁴

O argumento de Thomasius não foi capaz de eliminar a desconfiança dos juristas em relação às trocas desiguais, mas serviu de ponto de partida para a redefinição de seu fundamento. Em referência às suas ideias, os redatores da lei geral prussiana de 1794 determinariam que a disparidade de preço não pode invalidar um contrato “em si e por si”, mas a aquisição de um bem por um preço superior ao dobro de seu valor de mercado justificaria a presunção de que o negócio subjacente foi celebrado em erro. A regra do preço justo também seria abolida no primeiro Código Comercial alemão de 1861 e em leis civis da Bavária e da Saxônia.⁵⁴⁵ Muito antes disso, os redatores do Código Civil francês empregariam argumentos parecidos para rejeitar a ideia de preço justo – que, como já se disse, seria preservada na disciplina da compra e venda de imóveis por insistência de Napoleão, embora sem a faculdade de rescindir o contrato ou recuperar o preço justo conferida pelo *Codex* ao contratante beneficiado pela lesão (no caso romano, o comprador).⁵⁴⁶

A moralidade redefiniria-se, enfim, como legalidade.

Esse era o estado da arte sobre o assunto quando os juristas começam, primeiro na França e depois na Alemanha, a se reconciliar com a ideia de lesão. Seus primeiros sinais vêm à tona entre os voluntaristas franceses. Em oposição aos redatores do Código, alguns deles passam a admitir que a antiga *laesio* poderia sim desempenhar um papel abrangente na disciplina do direito privado. Não como um mal em si, porém, mas como evidência de outro mal, este sim inaceitável: a lesão poderia evidenciar um *vício da vontade*.

⁵⁴⁴ Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino: Giappichelli, 2002, p. 224, em referência ao *Fundamenta juris naturae et gentium* de Thomasius. A ideia de obrigações de decoro dá conta de hipóteses qualificadas pela doutrina civilista moderna como casos de fronteira entre direito e moral. As obrigações naturais são um bom exemplo disso.

⁵⁴⁵ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 202.

⁵⁴⁶ Código Civil francês de 1804, art. 1674: “Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.” As razões napoleônicas, de todo modo, eram bem diferentes daquelas que orientavam a doutrina medieval sobre o assunto. A lei civil, dizia o imperador, não poderia admitir que uma pessoa “sacrificasse a herança de seus pais e o patrimônio de seus filhos pela violência de suas paixões.” Para ele, o que estava em jogo não era um problema moral. *Ibid.*, p. 203. Após a edição do Código, entusiastas do enxerto napoleônico mobilizariam justificações parecidas. Mas essa opinião permaneceria minoritária (204).

A justificação voluntarista da *laesio* não dava conta, porém, de sua própria caracterização: dizer que o que está em jogo é um vício da vontade *não elide o dever de justificar a causa desse vício*. E a causa desse vício é precisamente a *injustiça do preço*, e portanto sua *moralidade*. Mas isso, como insistia Thomasius, não poderia ser definido objetivamente pela vontade individual. O argumento voluntarista nos leva de volta à estaca zero.

A saída dos teóricos alemães é diferente. Mesmo reconhecendo a excepcionalidade do remédio medieval, Windscheid, por exemplo, defende que a proteção contra a *laesio* se justifica pela “natureza do contrato de compra e venda.” Não deixará, porém, de reconduzi-la a razões indisfarçavelmente individualistas.⁵⁴⁷ A juridicização da moralidade é persistente, como vimos (da perspectiva teórica) no quarto capítulo; mas ela é empurrada para o interior de alternativas estranhas à concepção originária de autonomia.

Dali a alguns anos, as razões de Windscheid serão levadas ao §138 do BGB, conforme o qual o negócio jurídico pode ser invalidado por lesão se uma parte explora a necessidade, a inexperiência, a inaptidão ou a vulnerabilidade da outra com o propósito de obter dela vantagem pecuniária desproporcional.⁵⁴⁸ A partir dele, variações mais ou menos abrangentes de seu entendimento seriam reproduzidas pela legislação estrangeira. O Código Civil brasileiro de 1916 não chega a adotá-lo, mas ele é aproveitado, em termos mais enxutos, no Código Civil de 2002.

5.5. Pressuposição com inovação: contratos de adesão

Empregado “na falta de um nome melhor” para designar contratos “que de contrato preservam apenas o nome”,⁵⁴⁹ o rótulo “contrato de adesão” surge pela primeira vez em

⁵⁴⁷ Bernhard Joseph Hubert Windscheid, *Diritto delle pandette*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, n. 4, ii, § 396.

⁵⁴⁸ Código Civil alemão de 1900, § 138: “Legal transaction contrary to public policy; usury [¶] (1) A legal transaction which is contrary to public policy is void. [¶] (2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.” Tradução oficial disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

⁵⁴⁹ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris: Pichon, 1901, p. 229; No mesmo ano, Duguit faria uma afirmação equivalente, mas não usaria a expressão “contratos de adesão”. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris: Dalloz, 1901, p. 55.

1901, na ainda muito citada monografia de Raymond Saleilles (1855-1912), *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. A expressão logo se globaliza. No interior do *civil law*, ela continua sendo usada para designar o que na língua inglesa tem sido chamado de *boilerplate* e *click-wrap*.

Organizada como um longo comentário aos parágrafos 116 a 144 do Código Civil alemão, a monografia de Saleilles vem a público no mesmo ano em que é criada, sob seus auspícios, a cadeira de direito civil comparado da Faculdade de Direito de Paris. Saleilles se descolava da ortodoxia metodológica que dominou os cursos de legislação comparada do final do século 19,⁵⁵⁰ enveredando por aquilo que Mathias Siems chama de “direito comparado em contexto.”⁵⁵¹ Combinando a percepção francesa do contrato como fato social esgotado no consentimento com o conceito alemão de declaração de vontade ou *Willenserklärung*, Saleilles sustenta que os contratos de adesão não devem ser interpretados como um acordo de vontades, mas como uma espécie de legislação particular subjetiva: uma “lei declarada unilateralmente” e “dirigida à adesão de uma coletividade indeterminada.”⁵⁵² E antecipando-se a uma percepção que ainda não era clara, reconhece que “a regra dominante no direito moderno é aquela da autonomia da vontade em matéria de atos privados.”⁵⁵³ A referência aqui, claro, não é Kant. Pelo contrário (moralmente falando). Mas Saleilles insiste que “a lei não deve deixar de *orientar* a vontade no sentido que seja mais conforme à igualdade, aos usos e às necessidades econômicas e sociais.”⁵⁵⁴

No fundo, ao reconhecer que a arbitrariedade constitutiva dos contratos de adesão *não se reduz ao conceito de autonomia*, Saleilles parece intuir a inadequação de limitações *genuinamente heterônomas* – no sentido kantiano – sobre a prática contratual. Mas apenas

⁵⁵⁰ Por exemplo Clóvis Beviláqua, *Resumo das lições de legislação comparada sobre direito privado*, Recife: [s.n.], 1893.

⁵⁵¹ Mathias M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 10.

⁵⁵² Saleilles, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, p. 229–230.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 196.

⁵⁵⁴ Saleilles, 196. A palavra *orientar*, que destaquei, talvez seja importante. Saleilles muito provavelmente conhecia a distinção hobbesiana entre *comandos* e *conselhos*. Kant a conhecia muito bem, e a julgar por um leitor autorizado, inspirou-se nela para compor sua *Fundamentação metaética*.

no fundo, ao menos nessa discussão.⁵⁵⁵ Na forma, seu *De la déclaration de volonté* não esconde a pressuposição de justificações individualistas para a autonomia.

Essa pressuposição será mantida tanto por seus leitores mais próximos quanto por seus proponentes transatlânticos.⁵⁵⁶ Na segunda metade do século 20, chegará ao Brasil, onde Orlando Gomes descreve a inovação conceitual como resultado de um “concurso de vontades destinado à jurisformização do intento empírico das partes, apresentando-se como expressão da autonomia privada.”⁵⁵⁷

Nem todos vão se satisfazer com a recondução dos contratos de adesão à autonomia privada. É o caso de Ludwig Raiser (1904-1980), para quem a ideia de “responsabilidade por comportamento juridicamente relevante” – gênero sob o qual o autor agrupa contratos de adesão, hipóteses de responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*) e casos de responsabilidade por comportamento social típico (*sozial-typisches Verhalten*) – não poderia ser explicada apenas pelas regras sobre a declaração de vontade incorporadas ao Código Civil alemão, sobretudo diante de uma “tendência de redução do alcance da autonomia privada.”⁵⁵⁸

Escrevendo vinte anos depois, Patrick Atiyah (1931-2018) manifesta uma opinião parecida. Para ele, apenas o jurista preso a concepções voluntaristas de autonomia poderia reconhecer alguma afinidade entre os contratos e o que qualifica como *quasi* contratos emergentes, rótulo romano que recupera para designar as hipóteses de “comportamento juridicamente relevante” de Raiser.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ Em suas lições de direito comparado sobre pessoas jurídicas publicadas dez anos depois, contudo, Saleilles esboçará um conceito de autonomia que aparentemente se afasta das pressuposições individualistas. *De la personnalité juridique: histoire et théories. 23 leçons d'introduction a un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris: Rousseau, 1910, p. 619: “Recusar [à pessoa jurídica] a relação subjetiva é submetê-la à autoridade superior e soberana, a do Estado. Reconhecer-lhe essa relação apenas em benefício dos indivíduos que a operam é colocá-la exclusivamente sob o controle de interesses individuais. Admitir, ao contrário, que [a pessoa jurídica] é a sede da relação subjetiva é vincular a autonomia que lhe pertence [que pertence à pessoa jurídica] com o objetivo ideal que busca, submetendo a autonomia à função que deve cumprir, sob controle do Estado e por meio das vontades individuais, em vez de deixá-la exclusivamente sob controle do Estado ou dos indivíduos.”

⁵⁵⁶ Jacques Dollat, *Les contrats d'adhésion*, Paris: Sirey, 1905; Georges Dereux, “De la nature juridique des contrats d'adhésions”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910; e Friedrich Kessler, “Contracts of Adhesion: Some Thoughts about Freedom of Contract”, *Columbia Law Review*, v. 43, 1943.

⁵⁵⁷ Gomes, *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, p. 3.

⁵⁵⁸ Ludwig Raiser, “La libertà contrattuale oggi”, in: *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 58. O texto de Raiser, porém, é ambíguo. Adiante (59), o autor sustenta que “[n]ão é possível reconduzir todos esses aspectos característicos do sistema contratual contemporâneo ao arquétipo liberal de um Estado que invade com força o espaço reservado à liberdade de iniciativa dos privados.”

⁵⁵⁹ Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, p. 180 e 481.

Na segunda metade do século 20, a multiplicação de instrumentos contratuais padronizados no interior de cadeias produtivas globais faria dos contratos de adesão um tema superexplorado no interior da teoria do direito privado. Partindo da sociologia, Walter Powell (1951) e Gunther Teubner (1944), procurariam repropô-lo através da ideia de *redes de contratos*.⁵⁶⁰ Essas reproposições, no entanto, concentram-se sobre sua formalização sociológica, sem implicar inovações teórico-jurídicas ou doutrinárias evidentes. Se substituirmos a sociologia pela linguística e as redes pelos *pseudo-contratos* (ou *pseudo-obrigações*, se pudermos escapar da tradução literal), a mesma conclusão pode ser estendida ao artigo recente e muito comentado de Robin Kar e Margaret Radin.⁵⁶¹

5.6. Fenomenologia da mistificação: Emilio Betti

Nos itens anteriores deste capítulo, procurei mostrar que a pressuposição de justificações individualistas para a moralidade da autonomia tende a ser o primeiro passo para a mistificação de seu conceito no interior de raciocínios propriamente doutrinários, como os raciocínios sobre a disciplina jurídica dos contratos de adesão e do preço justo. Nesses casos, a mistificação da autonomia tende a ser um acidente: seus promotores não têm consciência de que estão a mistificar o conceito, e podem inclusive crer no contrário.

Gostaria de encerrar este capítulo com um caso em que a mistificação é propositada, ou seja, um caso em que a identificação dos problemas envolvidos na justificação individualista da autonomia foi acompanhada pela adoção de estratégias para encobri-los.

Emilio Betti (1890-1968) foi um doutrinador exemplar, e ainda hoje é modelo de rigor e seriedade para a doutrina privatista, inclusive no Brasil. Em seus textos, a autonomia surge como um conceito que *antecede* o direito positivo. Poderia ser um passo promissor

⁵⁶⁰ Walter W. Powell, “Neither Market Nor Hierarchy: Network Forms of Organization”, *Research in Organizational Behaviour*, v. 12, p. 295–336, 1990; Teubner, “Coincidentia Oppositorum”: Hybrid Networks Beyond Contract Organization. Para uma crítica ao emprego do conceito de redes contratuais no direito, remete-se a Richard M. Buxbaum, “Is ‘Network’ a Legal Concept?”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, v. 149, n. 4, p. 698–705, 1993. No Brasil, na França e na Itália, a tradução jurídica das redes contratuais tem sido realizada sobretudo através do conceito de *coligação contratual*. Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2012; Discussão das origens neoinstitucionalistas do conceito de redes de contratos em Osny da Silva Filho, “Entre mercado e hierarquia: repercussões da desverticalização na disciplina dos contratos empresariais”, *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 163, p. 120–137, 2014.

⁵⁶¹ Robin Kar; Margaret Radin, “Pseudo-Contract & Shared Meaning Analysis”, *Harvard Law Review*, v. 132, 2019.

para desafiar suas pressuposições individualistas: o caminho oposto, afinal, havia sido estabelecido a partir da transposição de Weiss, que submeteu o conceito às liberdades contratuais do direito positivo napoleônico. Atos de autonomia privada, diz Betti, são “atos de autodeterminação, de regulamento de interesses pelos próprios interessados.”⁵⁶² Esses atos só adquirem a “dignidade de negócio jurídico” quando são – sua palavra é familiar – “reconhecidos” pela ordem jurídica.⁵⁶³ “Os negócios jurídicos”, continua,

“têm sua gênese na vida de relação: surgem como atos com os quais os privados dispõem sobre o futuro a partir de um regulamento demandante de interesses em suas relações recíprocas, e se desenvolvem espontaneamente sob a batuta de suas necessidades, para cumprir variadas funções econômicas, fora da ingerência de qualquer ordem jurídica.”⁵⁶⁴

Betti sustenta que não é possível falar de autonomia sem reconhecer a propriedade privada individual.⁵⁶⁵ Insinua, com isso, alguma convergência ideológica com seus críticos voluntaristas, e com Giuseppe Stolfi especialmente.⁵⁶⁶ Na leitura bettiana, porém, a subordinação da autonomia à propriedade conduz a um paradoxo: como o conceito de autonomia pode designar algo que *antecede* o direito positivo se ele, esse mesmo conceito, está também *subordinado* a uma categoria juridicamente constituída?

Se Betti endossasse uma concepção jusnaturalista, ou ao menos antipositivista de propriedade, o paradoxo estaria resolvido: a autonomia antecede, sim, o direito positivo, e a propriedade também. Mas não é o caso. Betti enxerga a propriedade como derivação do direito. Quanto a isso, rejeita qualquer metafísica.

Sua saída é a autoridade. “É certo”, escreve em sua *Teoria geral*,

⁵⁶² Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 46.

⁵⁶³ *Ibid.* Discussão (neste caso cerebrina) sobre a diferença entre reconhecimento e delegação em Ferri, *La Autonomia privada*, p. 16–85.

⁵⁶⁴ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 45. Ao que parece, “vida de relação” é um conceito de origem naturalista, mas empregado por autores tão diferentes quanto Durkheim e Marcel Mauss. Agradeço a Sergio Stancia pela observação.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 47; e de maneira ainda mais clara, *Autonomia privata*, p. 1520: “*Invero, solo dove sia riconosciuta la proprietà individuale, si avverte la necessità di negozi fra singolo e singolo, e la circolazione dei beni, come la cooperazione fra i singoli, è necessariamente rimessa all'autonomia privata.*”

⁵⁶⁶ Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*. Esta proximidade entre autores comumente apresentados como antípodas foi, que eu saiba, detectada pela primeira vez por Natalino Irti. “Uma história ‘ideológica’ do negócio jurídico”, diz Irti, “talvez os inserisse no mesmo capítulo.” *Lecture bettiniane sul negozio giuridico*, p. 36.

“que nenhuma ordem social pode desconhecer essa simples verdade: a vida se move e exige uma perene renovação das posições dos cidadãos [*singoli consociati*] em relação aos bens, e genericamente em relação aos valores econômicos e sociais existentes. Não basta estabelecer a quem toca a titularidade dos bens, reconhecendo sua propriedade [...]; também é preciso possibilitar sua circulação e permitir que os indivíduos extraiam benefícios disso. Uma sociedade na qual a distribuição de bens em um dado momento permanesse inalterada não duraria muito.”⁵⁶⁷

A afirmação de que “a vitalidade e a coesão do organismo social” depende de um regime de “circulação de bens” baseado em “atos de autonomia privada” soa no mínimo estranha vinda de quem vem: um autor conhecido pela oposição rigorosa ao liberalismo, pela “luta contra o direito subjetivo”, se pudermos estender a Betti a metáfora que Massimo La Torre aplica a Larenz (tudo leva a crer que possamos).⁵⁶⁸

Nada disso é ininteligível. É inusitado, talvez cínico, mas não ininteligível. Sua estratégia mistificadora é menos misteriosa que a própria mistificação. No fogo cruzado entre pressuposições individualistas que não quer desafiar e o que presume serem os desdobramentos políticos inevitáveis do individualismo, Betti recorre estrategicamente à mistificação, sugerindo que as razões da autonomia estão fora do nosso alcance, do alcance do direito inclusive: a ação autônoma se transforma em “regulamento privado de interesses” que, em si, permanece “fora da ingerência de qualquer ordem jurídica.”

Essa estratégia se desenvolve através de uma *teoria do reconhecimento jurídico*.

Betti parte de um esclarecimento: a autonomia não pode ser reconhecida como *fonte independente* de normas jurídicas, mas apenas como “pressuposto e causa geradora de relações jurídicas” já disciplinadas.⁵⁶⁹ É um primeiro passo conhecido, pois já havia sido dado por Savigny. Mas esse passo não resolve todos os problemas, se é que resolve algum,⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 47.

⁵⁶⁸ Massimo La Torre, *La “lotta contro il diritto soggettivo”: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazional-socialista*, Milano: Giuffrè, 1988.

⁵⁶⁹ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 49–50.

⁵⁷⁰ O problema não passará despercebido à doutrina posterior. Cesare Massimo Bianca, *Le autorità private*, Napoli: Jovene, 1977, p. 1: “Un problema che ricorre ancora in dottrina è quello che attiene alla possibilità di ravvisare nel negozio una fonte normativa di diritto obiettivo. Le opposte soluzioni che vengono offerte,

porque ainda é preciso determinar – e justificar – quais “suportes fáticos autônomos” devem ser reconhecidos e quais não devem. É neste ponto que Betti recorre à sua muito citada *função social da autonomia privada*:

“Diferentemente de outras hipóteses de fato jurídico, aqui as hipóteses de fato, a cujos suportes fáticos as normas atribuem efeitos jurídicos, já contêm em si o enunciado ou a atuação de preceitos que devem ser observados na interação entre esferas de interesse privado: preceitos que a ordem jurídica avalia de acordo com as *funções sociais da autonomia privada* e traduz em relações jurídicas com as restrições e condições que estima oportunas (não subsiste, assim, nenhuma incompatibilidade lógica entre o dever ser do preceito e o ser da relação, que tem natureza essencialmente normativa, orientadora da conduta).”⁵⁷¹

O direito não poderia, continua Betti, cuidar *especificamente* de cada interesse individual perseguido autonomamente. Suas normas veiculam, por isso, um processo de “tipificação e avaliação da função prática, que caracteriza cada tipo de acordo com a socialidade da sua tarefa ordenadora”.⁵⁷² É por isso que além de distinguir atos de autonomia lícitos e ilícitos, a “ordem jurídica” – no caso, o Poder Legislativo – pode também “julgar a autonomia em questão indigna e não merecedora de tutela, ignorando-a, desinteressando-se dela, abandonando-a a si mesma como socialmente indiferente, deixando-a desprovida de sanção jurídica.”⁵⁷³ Betti enfatiza que essa não é uma questão “que interessa apenas ao sociólogo e não ao jurista”, pois “todo instituto jurídico representa a solução de um problema prático, e essa solução tende a ser determinada por uma avaliação comparativa dos interesses em conflito.”⁵⁷⁴ Mas toda *avaliação* demanda alguma *normatividade*, e toda *avaliação prática*, alguma *moralidade*: se não uma moralidade metódica, inserida no interior de uma teoria metaética acabada, ao menos alguma rotina institucional que nos permita justificar a desconsideração das tais “autonomias indignas”. Betti não oferece nada disso.

occorre subito avvertire, non incidono su concreti aspetti della disciplina giuridica e denotano piuttosto il carattere meramente concettualistico della stessa impostazione del problema.”

⁵⁷¹ Betti, *Autonomia privata*, p. 1561.

⁵⁷² Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 53; e nos mesmos termos, *Autonomia privata*, p. 1561.

⁵⁷³ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 54.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 53, nota 14.

Mas vai além. Desde a monografia *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* de 1948, e sobretudo a partir da *Teoria generale della interpretazione* de 1955, Betti distribui os tipos de interpretação em três grupos funcionalmente apartados: o primeiro grupo é o das interpretações que chama de *recognitivas* ou *científicas*; o segundo, o das interpretações *reprodutivas* ou *representativas*; e o terceiro, o das interpretações *normativas*.⁵⁷⁵ O primeiro grupo compreenderia as interpretações de tipo filológico e histórico; o segundo, as interpretações dramáticas e musicais, bem como as traduções; e o terceiro, as interpretações teológicas, psicológicas e especialmente as interpretações jurídicas.

As interpretações *recognitivas* se esgotam na objetividade de uma função compreensiva, coisa que talvez não seja tão evidente no caso da história, mas é a primeira impressão da filologia. As interpretações *reprodutivas* e *normativas* envolvem um segundo passo, porque não cuidam apenas do entendimento, mas também da *ação*. Não por acaso, é na ação que as virtudes ou competências básicas do jurista se manifestam e interpretam.

Poderíamos esperar que Betti se manifestasse sobre os critérios de correção do segundo passo envolvido nas interpretações *reprodutivas* e *normativas* – trazendo à tona, em particular, a dimensão moral da interpretação jurídica, e talvez a dimensão normativa (não necessariamente moral: talvez apenas estética) das representações artísticas e traduções. Isso possivelmente o obrigaria a enfrentar a pressuposição individualista da autonomia. Mas esse não é o caminho que Betti decide escolher,⁵⁷⁶ e essa decisão será um dos pontos centrais de sua controvérsia com o filósofo Hans-Georg Gadamer (1900-2002).

Em sua síntese do debate com Betti, Gadamer critica o “objetivismo ingênuo” da omissão bettiana, um objetivismo que teria obrigado Betti a separar a interpretação *recognitiva* de outras formas de interpretação “em vez de reconhecer sem rodeios a indissolubilidade entre o entender e o interpretar em todas elas.”⁵⁷⁷ Betti, continuava o filósofo alemão, “*não queria admitir* que as decisões complementares que o tradutor, o ator e o músico têm de

⁵⁷⁵ Sigo e leitura de Leonel Cesarino Pessôa, *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002, p. 89–99.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 98; Betti sugere que os valores, como os fatos, podem ser conhecidos objetivamente. *Teoria generale della interpretazione*, 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1990, p. 11; Gadamer enxerga, nisso, uma herança kantiana. Hans-Georg Gadamer, “Emilio Betti e a herança idealista”, *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, n. 1, p. 83–90, 1996, p. 90, nota 4. A herança talvez diga respeito a um aspecto geral que hoje vinculamos ao *cognitivismo*, não ao idealismo apenas.

⁵⁷⁷ Gadamer, Emilio Betti e a herança idealista, p. 86.

encontrar, assim como as decisões práticas do juiz ou do teólogo, nascem do entendimento e reconhecem totalmente o padrão do entendimento ‘correto’.”⁵⁷⁸

Isso é parte de uma objeção mais ampla, não necessariamente gadameriana, à pres-suposição de consensos moralmente indisputáveis na teoria jurídica de Betti.⁵⁷⁹ Trata-se, como o próprio Gadamer enfatiza, de uma pressuposição indisfarçavelmente conservadora, que está presente não apenas na teoria da interpretação do jurista, mas também, como vimos, em sua mistificação doutrinária desconfortavelmente individualista da autonomia.

⁵⁷⁸ *Ibid.* (destaquei).

⁵⁷⁹ *Ibid.*: “Na época da tecnocracia e da burocracia, dos meios de comunicação de massa e da reprodutibilidade técnica, da literatura engajada e da antiarte, do *pathos* de emancipação e do desmoronamento da autoridade, parece um falso romantismo apelar a um consenso subjacente que possibilite a convivência dos homens. Talvez se reconheça que a eficácia das instituições sociais, assim como os valores mais fundamentais de nossa existência, não estão submetidos à própria racionalização científica. Mas postular um consenso sobre estas coisas parece ter origem antes em uma opção conservadora que em um discernimento filosoficamente fundado.”

6. DESMISTIFICAÇÃO: AUTONOMIA PARA ALÉM DO CONSENTIMENTO

Quem se dedica ao estudo e à prática direito privado logo percebe que o conceito de autonomia está por todos os lados. Ainda assim, ele parece inacessível, e especialmente para quem se preocupa com o assunto. Essa impressão de inacessibilidade – suposição de que o desconhecido não é *segredo*, mas *mistério* – é um dos resultados do que venho chamando de *mistificação da autonomia*. Há quem aceite a saída agnóstica: existe algo que possamos chamar legitimamente de autonomia através do direito? Tanto faz. O problema dessa saída, também ela enlaçada com o ceticismo, é que ela ignora que a mistificação representa, no direito, uma camisa de força: não é verdade que *tanto faz*, pois as suposições que caracterizam a mistificação da autonomia não nos abrem nenhum caminho para compreender, repensar e eventualmente transformar a moralidade do direito. Elas apenas naturalizam o individualismo, e especialmente o atomismo, que se torna um caminho único.

Precisamos nos livrar dessa camisa de força se quisermos encontrar uma *vestimenta* para a autonomia que não apenas nos sirva, mas que seja *realmente nossa*.

O uso de palavras situadas no campo semântico da *vestimenta* (ou veste, ou traje, ou roupa, ou coisa parecida) como metáforas da moralidade do direito – que os modernos, como vimos, transformaram em moralidade da autonomia – não é novo, e antecede a própria modernidade. Popularizada por Acúrsio (c. 1182-1263), a metáfora da *vestimenta* seria incorporado à doutrina jurídica medieval e preservada no interior do direito privado moderno, ainda que com diferentes conteúdos.⁵⁸⁰ Gorla lista alguns deles: “requisitos de forma, de *cause suffisante*, *saisonnable*, *juste* ou similares, postos pela lei para vários e concomitantes fins: contrair um vínculo de caráter jurídico, proteger o promitente e sua família contra deliberações imponderadas, obedecer à exigência de uma certa justiça paritária na sanção da promessa, isto é, na condenação do promitente.”⁵⁸¹ Na doutrina brasileira contemporânea, a variação mais conhecida da metáfora da *vestimenta* infelizmente é um tanto pobre, excessivamente formalista e economicista: ela foi proposta por um bom civilista, Enzo Roppo, segundo o qual contrato é “veste jurídico-formal de uma operação econômica”.⁵⁸²

Quanto à possibilidade de costurar uma *vestimenta* que seja ao mesmo tempo *nossa* e *universal*, uma *vestimenta* de origem brasileira e destino global – sem que com

⁵⁸⁰ Raffaele Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 99–144.

⁵⁸¹ Gino Gorla, *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 199.

⁵⁸² Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 11. Este é o primeiro texto famoso de Roppo. Seu entendimento se sofisticaria com o passar do tempo, como mostra Rafael Vanzella, “O contrato, de Enzo a Vincenzo”, *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 221–227, 2005.

isso seja preciso esconder meu interesse particular, quase inconfessável, em que uma vestimenta dessa natureza seja realmente encontrada a partir deste texto –, encontro conforto na explicação de Bourdieu em um texto de 1991:

“o desencanto que a análise sociológica do interesse pelo desinteresse pode produzir não leva inevitavelmente a um moralismo de intenção pura que, atento apenas à usurpação da universalidade, ignore que o interesse pelo universal e o lucro [necessariamente particular] com o universal são indiscutivelmente o motor mais seguro do progresso em direção ao universal. Quando dizemos, com o provérbio, que ‘a hipocrisia é uma homenagem que o vício presta à virtude’, podemos estar mais atentos à hipocrisia, negativa e universalmente estigmatizada, ou, de modo mais realista, à homenagem à virtude, positiva a universalmente reconhecida. [...] O teste de universalizabilidade, caro a Kant, é a estratégia universal da crítica lógica das pretensões éticas [...]: não há ação política mais realista (pelo menos para os intelectuais) que aquela que, dando força política à crítica ética, pudesse contribuir para o advento de campos políticos capazes de favorecer, pelo seu próprio funcionamento, os agentes dotados das disposições lógicas e éticas mais universais. [...] Uma política da moral deve ter presente esse fato: por um lado, esforçando-se por entender os oficiais no seu próprio jogo, isto é, na cilada da definição oficial de suas funções oficiais. Mas também, e sobretudo, trabalhando sem parar para aumentar o custo do esforço de dissimulação necessária para mascarar a distância entre o oficial e o oficioso, o palco e a coxia da vida política. Esse trabalho de desvendamento, de *desmistificação* não tem nada de desencantador: de fato, ele só pode se realizar em nome dos próprios valores que estão na base da eficácia crítica do desvendamento de uma realidade em contradição com as normas oficialmente professadas [...]. E não há nada de desesperador – a não ser para as ‘almas puras’ – no fato de que aqueles incumbidos desse trabalho – jornalistas em busca de escândalo, intelectuais dispostos a adotar causas universais, juristas dedicados a defender e estender o respeito ao direito, pesquisadores obstinados em desvendar o oculto, como o sociólogo – só podem, eles próprios, contribuir para criar as condições de instauração do reino da virtude civil se a lógica de seus campos respectivos lhes assegurar os lucros do universal que são o princípio de sua *libido virtutis*.”⁵⁸³

⁵⁸³ Bourdieu, *Razões práticas*, p. 200–222. (destaquei). Além de tudo, pode haver aqui um caminho para a reconciliação com o naturalismo (questão levantada na digressão correspondente às notas 195 e 196 acima). Bruno Latour diz discordar de Bourdieu. Mas ele se reporta ao Bourdieu de *A força do direito* (que também é o mais conhecido entre os juristas), não a este citado acima; e sua perspectiva é a do direito administrativo, não do direito privado. Então talvez a discordância não vá tão fundo nem tão longe quanto pode parecer. Bruno Latour, *A fabricação do direito: um estudo de etnologia jurídica*, São Paulo: Editora Unesp, 2019, p. 174–178.

6.1. Caminhos do consentimento: da reflexão à descentralização

Embora há muito conhecido, o conceito de consentimento só veio a assumir o protagonismo de que hoje goza no debate filosófico em décadas recentes, graças sobretudo às feministas.⁵⁸⁴ Aos juristas, em contrapartida, ele soa tão antigo quanto o próprio direito.

Sua versão espelhada, o *consenso*, surge em Roma como um elemento necessário para a formação de obrigações contratuais específicas. Estas obrigações, para cujo reconhecimento o *ius civile* não demandava palavras solenes, escrituras, ritos ou qualquer outra formalidade, eram qualificadas como *consensuais*.⁵⁸⁵ Embora a ideia de consenso tenha se disseminado pelos territórios romanos ao longo do período clássico da história de seu direito (inclusive para além do campo das obrigações, pois o consenso alcançou inclusive a disciplina do matrimônio),⁵⁸⁶ seu conceito jamais chegaria a se sobrepor ao *princípio da tipicidade* ou *numerus clausus* dos contratos – princípio de acordo com o qual apenas obrigações decorrentes de condutas previamente reconhecidas pelo direito positivo poderiam ser coercitivamente exigidas. Como diz Eva Cantarella, “mesmo em uma época na qual o rígido formalismo dos primeiros séculos encontrava-se superado e o consenso havia assumido uma importância determinante,” ainda assim “a necessidade de que o acordo entre as partes se manifestasse de modos específicos manteria vivo o princípio da tipicidade.”⁵⁸⁷

Medievais, escolásticos e jusnaturalistas transformariam a espécie romana em gênero, e o consentimento, que antes era demandado para a tutela de uma categoria de obrigações específica, passa a ser sistematicamente reconhecido como um requisito necessário para a caracterização dos contratos *em geral*, isto é, como um elemento constitutivo comum a

⁵⁸⁴ Refiro-me especificamente ao debate feminista sobre o papel do consentimento no matrimônio e nas relações íntimas de modo geral. O texto já clássico sobre o assunto é a monografia de Carole Pateman, *O contrato sexual*, São Paulo: Paz e Terra, 1993; e suas últimas discussões foram mapeadas em Robin West, “Consent, Legitimation, and Dysphoria”, *The Modern Law Review*, v. 82, n. 6, 2019.

⁵⁸⁵ G. 3, 136: “Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse [...]” Embora enfraquecida e bastante mitigada na prática, a distinção doutrinária entre obrigações contratuais de origem real, verbal, escrita e consensual seria preservada no direito justinianeu. I. 3, 13, 2: “[...] aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensus [...]”

⁵⁸⁶ Ulpiano enfatizaria que o matrimônio se constitui pelo consentimento, e não pela coabitação. Ulp. 36 *ad Sab.*, D. 50, 17, 30 (equivalente à parte final de Ulp. 35 *ad Sab.*, D. 35, 1, 15): “*Nuptias non concubitus, sed consensus facit.*” Quanto ao seu vanguardismo, v. Tony Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

⁵⁸⁷ Eva Cantarella, *Diritto romano: istituzioni e storia*, Milano: Mondadori, 2010, p. 321.

todas as espécies de contratos.⁵⁸⁸ Mas não se trata, ainda, de um elemento *suficiente* para essa caracterização. A tutela pública de acordos privados, é verdade, já não se reporta prioritariamente a elementos formais (como a pronúncia de fórmulas solenes, a elaboração de termos escritos ou o desempenho de comportamentos protocolares). Mas o direito dos contratos ainda depende de uma noção exigente *causa*, então vinculada aos conceitos aristotélico-tomistas de *liberalidade e justiça comutativa* ou *corretiva*.⁵⁸⁹

A discussão de alguns conceitos anteriores pode ser útil mais uma vez.

Virtude | Na *Ética a Nicômaco*, um conjunto organizado de notas de aulas dedicadas ao que hoje chamaríamos de filosofia moral – metaética, talvez? – Aristóteles apresenta a *liberalidade* e a *justiça corretiva* (que Tomás de Aquino passaria a chamar de *comutativa*) como *virtudes* (V.1, 1129a7).⁵⁹⁰ Antes que uma ideia filosófica, a virtude representava um traço cultural da sociedade grega. Um contemporâneo de Aristóteles provavelmente diria que pessoas justas são aquelas dotadas da “virtude da justiça” da mesma forma que cavalos velozes são aqueles dotados da “virtude da velocidade”.⁵⁹¹ Virtude significava excelência no desempenho de um potencial, e ainda que nem todo habitante da Grécia fosse capaz de articular essa ideia de maneira rigorosa, qualquer grego seria capaz de entendê-la.

Justiça como meio-termo | No livro II da *Ética*, Aristóteles procura desdobrar a ideia de virtude como “uma espécie de meio-termo.” A liberalidade é o meio-termo entre a prodigalidade e a avareza, assim como a coragem é o meio-termo entre a temeridade e a covardia, e a modéstia, o meio-termo entre o acanhamento e o despudor. Quanto à justiça, Aristóteles se contém: diz que seu significado “não é simples”, e que é preciso distinguir suas espécies para então apresentar o meio-termo de cada uma delas (EN, II.6, 1108b6-8).

Justiça geral e justiça particular | Felizmente o filósofo se dedica especificamente a essa questão. Seu primeiro passo é informar que a justiça “se diz de dois modos.” O primeiro, geral ou universal, corresponde à observância da lei; o segundo, particular ou específico, ao respeito pela igualdade (EN, V.1, 1129a35-b1). Aristóteles descreve a justiça geral como a virtude em que “estão compreendidas todas as virtudes.” (EN, V.1, 1129b29). A justiça particular, por sua vez, surge como uma

⁵⁸⁸ Sobre esse movimento, Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*.

⁵⁸⁹ James Gordley vem elaborando essa tese há vários anos. Mas a primeira compilação abrangente sobre o assunto foi coordenada por Grossi, Paolo (Org.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano: Giuffrè, 1972. No Brasil, a história das interações estabelecidas entre direito e justiça – e especialmente de sua disjunção moderna – foi explorada em Lopes, *As palavras e a lei*.

⁵⁹⁰ Aristoteles, *Ética a Nicômaco*. Tomás de Aquino retoma o ponto em seu *Tratado da justiça*, que corresponde às questões 57 e 63 da *Suma teológica*. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

⁵⁹¹ Roger Crisp, “Introduction”, in: Aristoteles (Ed.), *Nicomachean Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. xiv.

parcela específica da justiça geral. Ela diz respeito aos “bens exteriores”, e contrasta com o “prazer proporcionado pelo lucro” (EN, V.2, 1130b4), fórmula empregada pelo filósofo para descrever o que hoje chamaríamos de ganância. Os bens exteriores são exemplificados por um rol bastante variado no início da *Ética* (I.8, 1099a31–b8: amigos, dinheiro, poder político, estirpe, bons filhos e beleza), mas no livro V Aristóteles os limita a três: a honra, o dinheiro e a segurança (V.2, 1130b2-3).

Justiça distributiva e justiça corretiva | Aristóteles distingue, então, duas formas fundamentais da justiça particular. A primeira delas “se manifesta na distribuição de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro).” (V.2, 1130b32-35). Trata-se da justiça distributiva. A segunda – chegamos a ela – chama-se corretiva, e é qualificada como aquela que cuida “das transações entre os indivíduos.” (V.2, 1131a1-2).

Justiça corretiva voluntária e involuntária | A justiça corretiva também se desdobra em duas espécies. Uma dá conta de “transações voluntárias” (V.2, 1131a3) como “a venda, a compra, o empréstimo a juro, o penhor, a locação, o depósito [e] a renda” (V.2, 1131a4-5). Mas a justiça corretiva também cuida de transações “involuntárias” (V.2, 1131a6). Entre elas, “algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho”, enquanto outras “são violentas, como a agressão, o sequestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos.” (V.2, 1131a7-9). A justiça corretiva involuntária não deve ser confundida com a retaliação: “se uma autoridade infligiu um ferimento,” exemplifica Aristóteles, “não deve ser ferida em represália, e se alguém feriu uma autoridade, não apenas deve ser também ferido, mas castigado além disso.” (V.5, 1132b28-31).

A recondução da causa à ética das virtudes de Aristóteles e Tomás de Aquino parece ter sido uma mudança decisiva para a história do direito privado, mas o que importa neste momento não é o que muda, e sim o que permanece. A teoria da causa como “explicação de juridicidade”⁵⁹² não elimina o caráter centralizado das decisões que compõem o direito privado romano. Ela expõe, sim, suas razões morais. De modo cada vez mais consciente – metaético, pudermos esgarçar a diacronia –, o direito privado vai reconhecer a relevância moralidade para sua própria articulação. Ainda não se trata, claro, da moralidade da autonomia. Mas esse reconhecimento é um bom ponto de partida.

Será essa espécie de raciocínio marcada pela abertura moral, no entanto, que os privatistas modernos vão ostracizar, talvez menos de propósito que por uma sucessão de

⁵⁹² Luis Renato Ferreira Silva, *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 21.

acidentes. Ao mesmo tempo, uma ideia não espelhada de consentimento – um consenso de-gerado, se quisermos – vai emergir em termos empíricos: consentir deixa de ser chegar a um só *logos* compartilhado, a uma *razão comum*, para se tornar *consentir de fato*, ainda que hipoteticamente. (Kant parece complicar esse quadro quando qualifica a consciência da lei moral como um *fato da razão*, pouco antes de associar seu princípio da autonomia à ideia de consentimento; mas “fato” e “consentimento” têm, em seu texto, um sentido diferente daquele que assumem no interior do direito privado).⁵⁹³

A degradação da ideia de consenso conduz a uma crescente *descentralização normativa* do direito privado, radicalizada no interior de ideias inclinadas ao atomismo.⁵⁹⁴ Esta é, a meu ver, a primeira condição de possibilidade para a mistificação da autonomia. Seria um resultado inevitável da modernidade? Creio que não. Kant havia oferecido uma alternativa metaética promissora ao expurgo moral do pensamento jurídico. Mas é verdade que sua alternativa não seduz à primeira vista, e embora alguns juristas viessem a abraçá-la (mais sobre isso em seguida), ela seria de modo geral reduzida ao seu valor de face.

O ponto é que o coração do pensamento jurídico já estava em outro lugar. Entre os séculos 17 e 18, a ideia de causa fora encoberta por exigências de consentimento que assumem elas mesmas uma identidade instrumental. Com isso, critérios constitutivos morais cedem espaço para elementos empíricos que compõem a individualidade. Esta, por sua vez, será tendencialmente reduzida aos seus instrumentos: a “formas de expressão da vontade”,

⁵⁹³ Referência ao “fato da razão” na nota 146 acima. A associação entre autonomia e consentimento vem à tona em vários textos, e de modo muito claro em *A paz perpétua*, p. 138, nota 34 (B 21): “A minha liberdade exterior (jurídica) deve antes explicar-se assim: é a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes pude dar o meu consentimento.” Mas sabemos que Kant não se refere a uma noção empírica de consentimento, nem se restringe a prática contratual.

⁵⁹⁴ David C. Johnston, “A History of Consent in Western Thought”, in: Miller, Franklin; Wertheimer, Alan (Orgs.), *The Ethics of Consent*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 51: “Decentralization makes it possible to draw upon vast amounts of dispersed information as well as to take more fully into account individual values than centralized decision-making processes generally allow. Yet radically decentralized decision making—decision making devolved entirely to individuals acting as independent proprietors—is liable to result in a kind of social myopia in which the course of events is determined by people whose vision is confined to the narrow limits of their own lives and individual imaginations. Many desirable social objectives, including objectives that are beneficial to the members of a society as individuals, can be achieved, or even imagined, only through collective action put into motion by the power of societies taken as a whole—action that will from time to time result in the imposition of both obligations and entitlements that are not the results of acts of individual consent.” Há também quem celebre a descentralização normativa. Por exemplo Robert D. Cooter, “Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, n. 5, p. 1643, 1996; e mais recentemente, Omri Ben-Shahar; Ariel Porat, “Personalizing Mandatory Rules in Contract Law”, *The University of Chicago Law Review*, v. 86, n. 2, p. 255–282, 2019.

os juristas passariam a dizer, ou aos níveis de reflexão mais tarde identificados por autores como Harry Frankfurt e Gerald Dworkin. O triunfo do consentimento no campo jurídico antecipa, nesse sentido, o desfecho atomista do individualismo. Sua combinação vai levar a separação das pessoas às últimas consequências.⁵⁹⁵

É uma noção caracteristicamente instrumental de consentimento, por exemplo, que Jean Domat (1625-1696) assimila ao antigo conceito de *convenção*, que ele passa a definir como “o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre elas algum compromisso, ou para resolver um [compromisso] precedente, ou para modificá-lo.”⁵⁹⁶ Será esse conceito redefinido pelo consentimento que, por sua vez, menos de um século depois Robert-Joseph Pothier (1699-1772) combina com a classificação romana das obrigações contratuais inominadas (obrigações de dar, fazer e não fazer),⁵⁹⁷ adiantando, assim, a definição de contrato originalmente estabelecida no artigo 1.101 do Código Civil francês de 1804: “uma convenção por meio da qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante um ou mais outros, a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa.”⁵⁹⁸

O Código Napoleão, todavia, ainda será um código jusnaturalista, e como tal, preservará em seu texto as categorias centrais do jusnaturalismo, entre as quais o conceito de causa. Em seu artigo 1.108, o diploma a havia qualificado como uma das “condições essenciais para a validade de uma convenção”, ao lado, no caso, do “consentimento”, da “capacidade” e do “objeto”.⁵⁹⁹ Nesta e em outras regras a seu respeito,⁶⁰⁰ porém, seus leitores

⁵⁹⁵ Há duas leituras principais sobre essas “últimas consequências”. Uma tem sabor rawlsiano, e se realiza mediante a tutela de interesses específicos em vez de valores compartilhados; outra sugere que o individualismo (ou o utilitarismo de modo geral) não implica indiferença frente aos interesses alheios, e portanto suas últimas consequências estão em um lugar diferente daquele apontado por Rawls. Um lugar *não-cognitivista*, talvez. *A Theory of Justice*, p. 19–24; Timothy Macklem; John Gardner, “Value, Interest and Well-Being”, *Utilitas*, v. 18, n. 4, p. 362–382, 2006.

⁵⁹⁶ Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689), 2. ed. Paris: Pierre Aubouin, 1823, p. 64 (I, I, 2).

⁵⁹⁷ Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, Paris: Debure, 1761, p. 3.

⁵⁹⁸ Código Civil francês de 1804, artigo 1.101: “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.” A reforma de 2016 modificou ligeiramente esse texto, que hoje é o seguinte: “Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligation.”

⁵⁹⁹ Código Civil francês de 1804, artigo 1.108: “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: [¶] Le consentement de la partie qui s'oblige; [¶] Sa capacité de contracter; [¶] Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; [¶] Une cause licite dans l'obligation.”

⁶⁰⁰ Código Civil francês de 1804, artigo 1.131: “L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.” Artigo 1.132: “La convention n'est pas moins valable, quoique la

oitocentistas passarão a enxergar uma simples *contrapartida*: uma contrapartida cada vez mais distante da ética das virtudes e mais próxima de noções empiricamente informadas (e nesse sentido caracteristicamente modernas) de *causalidade*. É significativo, a propósito, que em sua obra clássica sobre causalidade Herbert Hart e Tony Honoré tenham encontrado no empirismo de Hume a referência de origem dessa transformação.⁶⁰¹ Sua matriz filosófica explica, talvez, a simpatia do direito privado moderno pelo ceticismo: *causas de eventos*, afinal, não se comportam como *razões para agir*. Apenas razões de agir são capazes de *justificar* uma conduta; suas causas não podem senão *explicá-la* (mesmo que admitamos uma “zona de penumbra” entre essas ideias).⁶⁰²

A releitura moderna ou pós-jusnaturalista da ideia de causa – que de modo tão revelador quanto evocativo os juristas passarão a qualificar como *impulsiva* – torna-se a leitura-padrão do Código Civil de 1804, e a partir daí de todos os códigos civis nele inspirados.⁶⁰³ As premissas filosóficas dessa releitura, no entanto, impedirão os juristas de distinguir as noções de causa e motivo, entendido o termo “motivo” como “aquilo que move,” e portanto como um genuíno parâmetro de *causalidade*.

Em uma formulação muito citada no Brasil, por exemplo, Charles Aubry (1803-1883) e Charles-Frédéric Rau (1803-1877) dirão que a causa corresponde a um “motivo juridicamente suficiente,” uma “condição da força obrigatória de toda promessa, e por consequência de toda convenção.”⁶⁰⁴ Quando o Código Civil brasileiro de 2002 determina em seu artigo 140 que o “falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”, e quando depois disso a tal “razão determinante” é interpretada como “uma certa causa,”⁶⁰⁵ é essa genealogia semântica oitocentista que vem à tona.

cause n'en soit pas exprimée.” E artigo 1.133: “La *cause* est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.” (Destaquei a palavra “causa” em todas as disposições).

⁶⁰¹ Hart; Honoré, *Causation in the Law*, p. 13–22.

⁶⁰² Ingressamos nessa “zona de penumbra” quando, por exemplo, dizemos que “alguém nos fez fazer algo.” *Ibid.*, p. 51–52.

⁶⁰³ Várias referências em Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 164–165.

⁶⁰⁴ Charles Aubry; Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français: d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, 3. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1856, p. 218 (§ 345).

⁶⁰⁵ Por exemplo em Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*, p. 128.

Complicando esse quadro, argumentos *anticausalistas* passariam a contar com defensores apaixonados a partir das primeiras décadas do século 19. O civilista belga Antoine-Nicolas-Joseph Ernst (1796-1841) teria sido o defensor pioneiro,⁶⁰⁶ e sua mais conhecida articulação será oferecida por um conterrâneo mais famoso, François Laurent (1810-1887).

Laurent, um dos autores mais citados pelos civilistas brasileiros até meados do século 20, diz que as referências positivas à ideia de causa não são propriamente equivocadas, mas *inúteis*, sobretudo diante do deslocamento do que chama de “exigências morais” dos atos jurídicos da *causa* para o *objeto* desses atos.⁶⁰⁷ É uma mudança importante. Reiterada por muitos outros autores a partir daí, a ideia de que a moralidade dos atos jurídicos deveria ser sancionada a partir de seu objeto, e não de sua causa, será endossada por Clóvis Beviláqua (1859-1944), e sob seus auspícios, levada ao Código Civil de 1916 – que, de resto, não faria nenhuma referência a noções mais antigas, filosoficamente adensadas de causa.⁶⁰⁸ O entendimento anticausalista dominaria a doutrina brasileira a partir daí, embora haja quem tenha tentado enfrentá-lo alegando que a “causa, no nosso direito, não está na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento jurídico como um todo.”⁶⁰⁹

No Código Civil francês, em contraste, as referências à causa seriam preservadas até sua recente e profunda revisão de 2016, quando, para a surpresa de uma parte da comunidade jurídica (e a alegria de outra), elas são definitivamente eliminadas do diploma. O novo artigo 1.128 do Código francês demanda, hoje, apenas três condições (e não mais quatro) para a validade dos contratos (e não mais das convenções): o consentimento das partes, sua capacidade de contratar e a licitude e a certeza do conteúdo da contratação.⁶¹⁰

Ao longo do século 20, e sobretudo a partir de um movimento desencadeado em suas últimas décadas, a ideia de autonomia será aos poucos reduzida verificação do

⁶⁰⁶ Antoine-Nicolas-Joseph Ernst, “La Cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?”, *Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, v. 1, p. 250–264, 1826.

⁶⁰⁷ François Laurent, *Principes de droit civil*, Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1875, p. 147 (§ 108).

⁶⁰⁸ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, p. 317. A substituição das investigações causais pela consideração do objeto pode, também, explicar a espécie de solução mais comumente oferecida pelos privatistas a casos como o do arremesso de anão.

⁶⁰⁹ Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 160, nota 239. Essa sugestão é citada, endossada e desenvolvida por Silva, *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*, p. 76–99.

⁶¹⁰ Código Civil francês de 1804 (revisão de 2016), artigo 1.128: “Sont nécessaires à la validité d'un contrat: [¶] 1° Le consentement des parties; [¶] 2° Leur capacité de contracter; [¶] 3° Un contenu licite et certain.”

consentimento. Quem se dedica ao direito privado sabe que essa redução é frágil: um dos problemas-chave do campo, afinal, é definir quando uma obrigação consentida não pode ser tutelada e quando uma obrigação não-consentida merece tutela. Mas a redução da autonomia ao consentimento será tendencialmente normalizada. Essa normalização, por sua vez, opõe-se não apenas às aspirações políticas do direito dos contratos, que volta a ser descrito como um domínio meramente técnico,⁶¹¹ mas também às suas pretensões morais, escancarando-o, agora sim, para o ceticismo. A partir daqui, passaremos a ouvir que

“a cada argumento pode-se opor um argumento que leva à conclusão contrária; que argumentos são, em todo caso, meras ferramentas de influência, sem que nenhuma boa razão que nos possa levar a acatá-los; que quando afirmações contraditórias são levantadas, não existe uma maneira racional de adjudicá-las; que compromissos normativos não são apenas injustificados, mas também barreiras para uma vida social frutífera, uma espécie de constrição reacionária; e finalmente, que todas essas afirmações céticas *não são afirmações normativas*, e nesse sentido sinais de consistência interna de sua posição, mas simplesmente notícias ou declarações do atual estado mental de alguém, *quasi-verdades* que se inscrevem no interior de sua própria crítica.”⁶¹²

A afirmação de um direito composto por regras *personalizadas* – seria melhor dizer *adaptativas*, pois o fato de seus destinatários serem ou não pessoas não faz diferença – é a apoteose desse discurso.⁶¹³ Para seus promotores, a unidade cosmológica da vida – a unidade existente entre todos os seres humanos vivos, ao menos – não é diferente daquela que poderá existir entre impressoras 3D que imprimam impressoras 3D que imprimam impressoras 3D: uma ‘unidade’ reduzida ao pertencimento a uma mesma classe de entes, uma classe delimitada por similaridades formais, e não pelo compartilhamento de um universo moral.

⁶¹¹ Duncan Kennedy, “The Political Stakes in ‘Merely Technical’ Issues of Contract Law”, *European Review of Private Law*, v. 10, n. 1, p. 7–28, 2002.

⁶¹² Martha Nussbaum, “Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law [Commentary]”, *Harvard Law Review*, v. 107, p. 714–744, 1994, p. 716 (destaquei). A filósofa se refere primariamente à espécie de ceticismo que ataca a ética pré-moderna das virtudes, o *pirronismo*, e procura estender sua crítica a certos argumentos jurídicos contemporâneos.

⁶¹³ Ben-Shahar; Porat, Personalizing Mandatory Rules in Contract Law.

6.2. A ilustração da bioética: dos princípios à vontade em curto-circuito

Estamos mesmo caminhando para isso? A resposta é NÃO; mas não o ‘não’ que gostaríamos de ouvir. A resposta é NÃO porque JÁ CHEGAMOS a esse ponto: a personalização atomística de um direito falsificado – expressão mais rebuscada para o que poderíamos chamar, de modo mais simples e claro, de *arbitrariedade* – talvez não tenha dominado o tratamento jurídico da inteligência artificial, mas já se incorporou à bioética. Neste momento, meados de 2020, seu anti-exemplo não poderia ser mais premente.⁶¹⁴

Em setembro de 1978, A Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental dos Estados Unidos concluía o *Relatório Belmont*, sua súmula de princípios éticos e padrões de conduta relativos à pesquisa acadêmica envolvendo seres humanos, e à pesquisa clínica em particular. Subscrito por equipe interdisciplinar de acadêmicos e profissionais comissionada em 1974, o *Relatório* surge como resposta a uma série de violações ético-científicas ou bioéticas que surpreenderam a população norte-americana após o término da Segunda Guerra Mundial.⁶¹⁵

Desviada pela crença no fim de todo o mal após os julgamentos de Nuremberg, a percepção pública de violações bioéticas no interior dos Estados Unidos é retomada com divulgação, em 1966, de uma ampla revisão bibliográfica levada a cabo pelo anestesiológico Henry Beecher, do Hospital Geral de Massachussets.⁶¹⁶ Beecher analisou 50 relatos de pesquisas realizadas com recursos públicos norte-americanos desde as primeiras décadas do século 20. Deles, extraiu 22 exemplos de graves violações éticas, da injeção de células cancerosas vivas em pacientes idosos à contaminação propositada de hepatite viral em crianças portadoras de deficiências mentais.⁶¹⁷ Seu trabalho seria intensamente divulgado nos anos

⁶¹⁴ Dados do repositório *Our World in Data – Coronavirus Pandemic (COVID-19)* da Universidade de Oxford, disponível em <https://ourworldindata.org/coronavirus> e acessado pela última vez em 20 de outubro de 2020.

⁶¹⁵ Embora tenha sido empregada pela primeira vez em 1927 pelo teólogo alemão Fritz Jahr (1895-1953), a palavra “bioética” se tornaria mundialmente conhecida apenas a partir da década de 1970, e sobretudo por conta de seu emprego no título de um livro muito famoso publicado pelo bioquímico norte-americano Van Rensselaer Potter (1911-2001). *Bioethics: Bridge to the Future*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971. v. Amir Muzur e Hans-Martin Sass, orgs., *Fritz Jahr and the Foundations of Global Bioethics: The Future of Integrative Bioethics* (Wien: LIT, 2012).

⁶¹⁶ Henry K. Beecher, “Ethics and Clinical Research”, *New England Journal of Medicine*, v. 274, n. 24, p. 1354–1360, 1966.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 1356 e 1358 (exemplos 2 e 16).

seguintes, e serviria de referência para a retomada dos estudos bioéticos, inclusive fora de seu país.⁶¹⁸ O estopim do *Relatório*, no entanto, será outro.

Desde meados da década de 1930, um grupo de pesquisadores do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos vinha acompanhando o estado de saúde de pessoas sífilíticas na pequena cidade de Tuskegee, no estado do Alabama. Embora a partir de 1945 todos soubessem que a sífilis poderia ser curada com administração de penicilina (antibiótico descoberto por Alexander Fleming em 1928 e a partir daí profusamente utilizado para combater infecções causadas por bactérias sensíveis), por mais de duas décadas o tratamento foi propositalmente subtraído dos participantes (sujeitos) da pesquisa, que chegaram a ser instruídos a não se alistar no exército a fim de evitar o contato com o medicamento. A justificativa apresentada pelos pesquisadores-líderes após a descoberta de sua prática foi que com a difusão da penicilina seria impossível mapear os efeitos de longo prazo da sífilis. Ao longo de 40 anos, 399 participantes da pesquisa morreram de sífilis. Todos eles eram negros.⁶¹⁹

Apresentado como resposta ao caso Tuskegee, o *Relatório Belmont* proclama três princípios éticos básicos da pesquisa envolvendo seres humanos, todos eles já conhecidos no campo da bioética, mas até então inarticulados. O primeiro é o princípio do *respeito às pessoas*, uma ideia de fisionomia kantiana então redefinida pelo “reconhecimento da autonomia” e pela “proteção daqueles que tiverem sua autonomia reduzida”.⁶²⁰ O segundo, o princípio da *beneficência*, composto por uma combinação exigente entre a tradicional proteção contra danos – um aceno a Mill, mas também ao antigo princípio hipocrático da *não-maleficência*, – e uma ideia (então mais em voga que hoje) de “maximização” de esforços que “asseguem o bem-estar” dos participantes de pesquisas.⁶²¹ Por fim, o terceiro princípio

⁶¹⁸ Panorama em Debora Diniz; Dirce Guilhem, *O que é bioética*, São Paulo: Brasiliense, 2017.

⁶¹⁹ David J. Rothman, *Strangers at the Bedside: A History of How Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making*, New York: Basic Books, 1991, p. 183.

⁶²⁰ The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, “The Belmont Report”, 1978, p. 4. A inflexão pós-kantiana do conceito de “respeito às pessoas” fixado no *Relatório* é mapeada por M. Therese Lysaught, “Respect: Or, How Respect for Persons Became Respect for Autonomy”, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, v. 29, n. 6, p. 665–680, 2004.

⁶²¹ O *Relatório* enfatiza que a beneficência é um princípio não apenas desejável, mas “obrigatório”. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, “The Belmont Report”, 5: “Persons are treated in an ethical manner not only by respecting their decisions and protecting them from harm, but also by making efforts to secure their well-being. Such treatment falls under the principle of beneficence. The term ‘beneficence’ is often understood to cover acts of kindness or charity that

reconhecido pelo documento de 1978 é o princípio da *justiça*, inicialmente associado a uma sugestão vagamente rawlsiana de “equidade de distribuição” ou “merecimento”, e em seguida reconduzido a parâmetros virtualmente incompatíveis de “igualdade”, “necessidade”, “esforço”, “contribuição social” e “mérito”.⁶²²

Embora nominalmente definidos desde 1976, os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça só ganhariam contornos definitivos no ano seguinte. Foi quando o filósofo Tom Beauchamp (1939) passou a integrar a Comissão, encarregando-se de redigir a versão final do *Relatório*.⁶²³ Como ele mesmo contaria mais de tarde, havia então um “acordo completo sobre as palavras” – no caso, sobre as palavras “beneficência”, “justiça” e sobretudo “autonomia” –, mas seu conteúdo permanecia indefinido.⁶²⁴ Beauchamp torna-se, assim, o principal responsável pela substância do documento.

go beyond strict obligation. In this document, beneficence is understood in a stronger sense, as an obligation. Two general rules have been formulated as complementary expressions of beneficent actions in this sense: (1) do not harm and (2) maximize possible benefits and minimize possible harms.”

⁶²² *Ibid.*. Essa inconsistência é destacada em K. D. Clouser; B. Gert, “A Critique of Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 15, n. 2, p. 219–236, 1990.

⁶²³ Observação importante: Beauchamp dedicou boa parte de sua carreira à leitura de Hume, defendendo um entendimento generoso de seu ceticismo. Sobre a opinião muito negativa de Mill a respeito do ceticismo alegadamente parcial de Hume, remete-se à nota 231 acima; sobre o famoso papel do filósofo no despertar do “sono dogmático” de Kant, à nota 130, mais acima ainda. Beauchamp editaria uma série de textos de Hume, entre os quais uma versão escolar do *Ensaio sobre o entendimento humano* de 1689. David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Oxford: Oxford University Press, 1999. Na introdução a este último volume, Beauchamp rejeita a ideia de que Hume teria sido um cético “radical”, argumentando que o autor do *Ensaio* “distingue vários tipos de ceticismo, menospreza a maioria deles, e nunca se associa claramente a uma escola.” (52).

⁶²⁴ Bernard A. Schwetz, *Interview with Tom Beauchamp: Oral History of the Belmont Report and the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research.*, HHS.gov, disponível em: <<https://www.hhs.gov/ohrp/education-and-outreach/luminaries-lecture-series/belmont-report-25th-anniversary-interview-tbeacham/index.html>>, acesso em: 25 out. 2019. “Bernard A. Schwetz, “Interview with Tom Beauchamp: Oral History of the Belmont Report and the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research.”, Text, HHS.gov, 23 de setembro de 2014, <https://www.hhs.gov/ohrp/education-and-outreach/luminaries-lecture-series/belmont-report-25th-anniversary-interview-tbeacham/index.html>: “Interviewer: If you joined the Commission after they had already started to discuss their work, and you were brought on to author the Belmont Report, which the document that became known as the Belmont Report, how did you get caught up on all their discussions and become aware of their thinking to capture it in the report itself? [¶] Dr. Beauchamp: Actually, I didn’t in any sense inquire into the nature of the discussions, except to talk to Michael Yesley, the Staff Director about it. And the long and short of that conversation went something like this: The Commission, at its retreat, identified these three principles. And I said, what do these three principles mean? And he said, I’m really not sure and I’m not sure the Commission is sure, but it’s your job to find out. [¶] So, rather than suggesting that I take a retrospective view, he was suggesting that I take a prospective view and figure out by talking to Commissioners and other members of the staff what they thought these principles meant. And, then, to reflect on the body of a document that I was to write what that was. [¶] He did say, at the time, there exists a staff document, but he said, I wouldn’t expect too much from it or some words to that effect. That document, I’ve given you, that is to say, the existing state of the Belmont Report, as it was in late 1976.”

Paralelamente, e desta vez em coautoria com o também filósofo e teólogo James Childress (1941), Beauchamp publica o que se tornaria o mais conhecido e influente manual de bioética já escrito: os *Princípios de ética biomédica*, publicados em sucessivas edições desde 1979.⁶²⁵ Considerada “a primeira tentativa bem-sucedida de instrumentalizar os dilemas relacionados às opções morais das pessoas no campo da saúde e da doença,”⁶²⁶ a obra de Beauchamp e Childress ainda é referência obrigatória para os estudos bioéticos,⁶²⁷ no interior do campo jurídico inclusive.⁶²⁸ Em linhas gerais, seu texto avança um entendimento atomista da bioética, seja no que toca à pesquisa biomédica envolvendo seres humanos (objeto específico do livro e também do *Relatório Belmont*), seja quanto à ética médica de modo geral (campo em que os dois trabalhos também se tornariam referência). A partir da década de 80, o método dos *Princípios* já parecerá “inescapável”.⁶²⁹

Não por acidente: Beauchamp e Childress sustentam que seu atomismo (que naturalmente não chamam por esse nome) é a única maneira de não aprisionar a bioética no interior de petições ocasionais de moralismo. Nos *Princípios de ética biomédica*, esse entendimento será formalizado através de métodos característicos do *principlismo*.

Termo empregado sobretudo por seus críticos para designar a crença na possibilidade de coordenação de princípios incompatíveis,⁶³⁰ o principlismo dos *Princípios*, como em alguma medida do *Relatório*, incorporava tendências jurídicas e filosóficas em ascensão nos Estados Unidos ao redor da década de 70 – vêm desta época, como sabemos, os influentes trabalhos de John Rawls na filosofia e Ronald Dworkin no direito. O sucesso do principlismo enseja, no pensamento filosófico e jurídico, a substituição de raciocínios teleológicos por argumentos baseados na ponderação ou sopesamento de razões *prima facie*

⁶²⁵ Beauchamp; Childress, *Principles of Biomedical Ethics*. A quarta edição da obra, de 2001, foi traduzida para o português no ano seguinte. *Princípios de ética biomédica*, São Paulo: Loyola, 2002.

⁶²⁶ Diniz; Guilhem, *O que é bioética*, p. 38.

⁶²⁷ E também filosóficos: Schneewind, *Autonomy after Kant*, p. 158–161.

⁶²⁸ Henderson Fürst, *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018, p. 86–93.

⁶²⁹ Por exemplo Søren Holm, “Not Just Autonomy – the Principles of American Biomedical Ethics”, *Journal of Medical Ethics*, v. 21, n. 6, p. 332–338, 1995.

⁶³⁰ Por exemplo K. Danner Clouser; Bernard Gert, “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, v. 15, n. 2, p. 219–236, 1990.

equivalentes.⁶³¹ Ele ajuda entender a rápida conversão de um campo até então eticamente adensado ao atomismo de Beauchamp.⁶³²

Nas sucessivas versões de seus *Princípios*, todavia, essa orientação será atenuada, flexibilizada ou encoberta. Em 2001, Beauchamp e Childress vão enfatizar que “o respeito à autonomia não é excessivamente individualista” – acrescentando, no entanto, que ele também não tem de ser “racionalista” ou “legalista”.⁶³³ E em versões ainda mais recentes, os autores passariam a defender a realização de uma “moralidade comum” baseada na existência de (i) “crenças morais compartilhadas” que (ii) servem de ponto de partida para a “suspeição de valores teóricos” que (iii) não estejam fundados no reconhecimento de uma pluralidade de “princípios morais não absolutos”.⁶³⁴ Um ceticismo cognitivista?

Difícil esconder a perplexidade quando até mesmo profissionais da ciência entram no ringue do vale-tudo, ora abrindo mão de seus conhecimentos específicos e estabilizados em favor de palpites econômicos, como fizeram inúmeras autoridades sanitárias norte-americanas e brasileiras até o pico da pandemia de COVID-19 em seus países, ora aconselhando terapias de eficácia não comprovada, e em alguns casos comprovadamente nocivas, como ainda fazem, no Brasil especialmente, os médicos que defendem o uso precoce de medicamentos compostos por cloroquina, hidroxicloroquina, ivermectina e azitromicina no combate à COVID-19.⁶³⁵ De erro ou fanatismo no lugar errado, o mau conselho vira tragédia quando suas vítimas deixam de ser apenas as que o *aceitam* para serem também aquelas que o buscam – não por falta de inteligência ou pulsão autodestrutiva, suposições preconceituosas e decadentistas, mas por deformações de conhecimento e direção estimuladas justamente

⁶³¹ Duncan Kennedy, “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, *in*: Brownsword, Roger *et al* (Orgs.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart, 2011.

⁶³² Não custa lembrar que as versões mais antigas do juramento hipocrático da não-maleficência impunham o dever de guardar segredos, de compartilhar bens, de ensinar gratuitamente e de não praticar relações sexuais, fosse com homens ou mulheres, livres ou escravos, que o juramentando porventura encontrasse na residência de seus pacientes. Steven H. Miles, *The Hippocratic Oath and the Ethics of Medicine*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. xiii–xiv.

⁶³³ Apesar disso, essas três características – o individualismo, o racionalismo e o legalismo – continuam bastante vivas na última versão do texto. “Respeitar um agente autônomo”, dizem Beauchamp e Childress na edição de 2013 de seu livro, “é reconhecer seu direito a defender entendimentos, fazer escolhas e agir de acordo com seus valores e crenças.” *Principles of Biomedical Ethics*, p. 101 e 106–107.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 410–411.

⁶³⁵ *A polêmica sobre o tratamento precoce para a Covid-19, criticado por entidades médicas*, disponível em: <<https://www.crmpr.org.br/A-polemica-sobre-o-tratamento-precoce-para-a-Covid19-criticado-por-entidades-medicadas-11-54309.shtml>>, acesso em: 19 ago. 2020. Agradeço a Marcele Lossio pela referência.

por aqueles que têm um específico *dever moral*, e portanto *ético* e *jurídico*, de empregar seus conhecimentos e suas virtudes em benefício da humanidade, ou ao menos do próximo: médicos em primeiro lugar, mas também economistas, juristas e políticos.

Mas o ponto ainda é o atomismo de Beauchamp e Childress. Através dele, e acima de toda a hesitação de seus promotores, apenas uma ideia permanece intacta. Negligenciada até a segunda metade do século 20,⁶³⁶ essa ideia seria a única capaz de conciliar nossas diferenças, traço indelével das sociedades contemporâneas. É pela paz derradeira dessas consciências insondáveis, espíritos dissociados e desencarnados: é por isso que Beauchamp e Childress cuidarão de preservar, a despeito da variedade e da variação de suas inclinações metaéticas, a supremacia do *consentimento informado*.⁶³⁷

⁶³⁶ Hoje há narrativa oficial a seu respeito: Ruth R. Faden; Tom L. Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 90: “*What, then, can be said about informed consent in medicine before the 1970s? On the basis of the volume of commentary in the medical literature, it is likely that many physicians were at least dimly aware of informed consent as an ‘issue’.*”

⁶³⁷ A soberania do consentimento informado também alcança a prática. Como diz Onora O’Neill, “aquilo que costuma ser chamado de ‘autonomia do paciente’ com frequência se limita ao direito de aceitar ou rejeitar os tratamentos oferecidos, e à obrigação correspondente dos profissionais de não proceder sem o consentimento dos pacientes.” *Autonomy and Trust in Bioethics*, p. 37.

7. A ALTERNATIVA IMANENTE: VONTADE, ARBÍTRIO E LIBERDADE

Em sua fase crítica, vimos no segundo capítulo, Kant procurou caracterizar a autonomia como uma *propriedade da vontade*, apresentando-a em 1785 como o “princípio supremo da moralidade.” Daí em diante, no entanto, esse entendimento ficará cada vez mais distante aos filósofos, e por tabela aos juristas.

O sentido que Kant atribui à palavra “vontade” não corresponde àquele que o termo assumiu no pensamento jurídico, e isso vale especialmente para a literatura jurídica contemporânea. Hoje, pensar em vontade no interior do direito significa, aparentemente, pensar naquilo que move a ação livre: se agimos por conta própria, agimos – ainda aparentemente – de modo voluntário. O problema, claro, é que agir por conta própria pode significar muitas coisas, e coisas muito diferentes. Quem paga pensão alimentícia por medo de ir para a cadeia age voluntariamente? E quem paga menos do que *pode* pagar? E quem paga tanto quanto pode, mas menos do que *deve*?

O direito positivo tende a fornecer respostas para essas questões, mas os detalhes dos casos em que elas se apresentam frequentemente nos deixam em dúvida. Neles encontramos uma “zona de penumbra” parecida com aquela que Hart e Honoré identificaram entre as noções de causa e razão,⁶³⁸ e que um deles tenta esclarecer através da ideia de *textura aberta* da linguagem. Esse caminho ainda pode render frutos.⁶³⁹ Mas não é o único caminho. Cass Sunstein, vimos na justificação da tese, sugeriu algo diferente. Para ele, a melhor saída é preservar a doutrina dos desacordos teóricos.

Em seu debate com Devlin, no entanto, Hart – outra vez ele – já havia mostrado que acordos incompletamente teorizados podem se degenerar em moralismos insuficientemente justificados: falsificações doutrinárias que encobrem falsificações teóricas. Mas isso não significa que considerar a doutrina seja má ideia. E é a partir dela que se propõe, aqui, um caminho para a retomada da moralidade da autonomia.

⁶³⁸ Discussão no item 2.4 acima.

⁶³⁹ Hart, *The Concept of Law*, p. 124–136.

7.1. De volta a Kant: desdobrando o conceito de vontade

A doutrina moderna do direito privado submete o conceito jurídico de vontade a três requisitos comuns: a capacidade (ou competência para a ação), a opção (ou possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas) e a independência (ou ausência de coação).⁶⁴⁰ A verificação desses requisitos parece alinhar o reconhecimento formal da vontade às garantias da *liberdade contratual* (*liberdade de contratar* incluída) e da *livre-iniciativa* (fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil).

Já sabemos que nenhuma dessas liberdades – ou seu conjunto – pode esgotar a moralidade autonomia, sobretudo nos termos estabelecidos por Kant. As liberdades jurídicas são, sim, compatíveis com a metaética kantiana. Mas Kant tem outra coisa em mente quando reconduz seu princípio da autonomia ao conceito de vontade.

Mais do que uma síntese da nossa capacidade de fazer o que quisermos, de definir livremente nossos comportamentos, a *vontade* kantiana, *Wille* em sentido próprio, corresponde a uma faculdade de determinar racionalmente as máximas da ação social.⁶⁴¹ Assim entendida, ela não se esgota nem na singularidade das nossas preferências, nem nas reflexões que as atualizam (razões de primeira e segunda ordem, como viriam a chama-las os proponentes do atomismo). Por ser racional, a vontade kantiana é universalizável; e por ser universalizável, ela se realiza através da moralidade da autonomia.

A partir da *Crítica da razão prática* de 1788, Kant introduz uma diferença que não havia sido explicitada em seus textos anteriores. O filósofo passa a distinguir uma ideia especificamente exigente de *vontade* (ainda *Wille*) de uma noção mais permissiva (mas não menos articulada) de *arbitrio* (*Willkür*), e de *arbitrio seletivo* em particular.⁶⁴²

⁶⁴⁰ Joseph Raz, *A Moralidade Da Liberdade*, trad. Carlos Henrique de Oliveira Blecher e Leonardo Gomes Penteadó Rosa (Rio de Janeiro: Elsevier, 2011), 346–55, por exemplo, refere-se exatamente a essas três ideias, nestes termos: capacidade, (adequação de) opções e independência.

⁶⁴¹ Pouco antes da conclusão deste trabalho, tive contato com um texto que parece oferecer uma leitura mais ampla do conceito kantiano de vontade, expandindo-o, sobretudo a partir da *Metafísica dos costumes*, para a determinação *emotiva* – no sentido de *não-racional*, ou não *puramente* racional – das máximas da ação. Borges, *Emotion, Reason, and Action in Kant*. Talvez seja possível propor, a partir daí, um caminho de conciliação com o naturalismo. Espero poder examinar a obra de Borges com mais cuidado no futuro.

⁶⁴² Uso a expressão “arbitrio seletivo” para contemplar a distinção kantiana entre o arbitrio propriamente humano e o arbitrio animal (*arbitrium brutum*). Kant, *Crítica da razão prática*, p. 36 (A39). Depois da *Crítica* de 1788, a distinção entre vontade e arbitrio é retomada na *Religião nos limites da simples razão* de 1796 e na *Metafísica dos costumes* de 1797. O fato de a distinção entre *Wille* e *Willkür* não ocorrer na *Fundamentação*

Essa ideia de vontade contrasta com aquela que se estabeleceu no direito moderno, e no direito privado moderno em particular; e esse contraste vai se refletir exemplarmente na distinção, proposta por Max Weber (1864-1920) em *Economia e sociedade*, entre a *ação racional orientada por valores*, de um lado, e a *ação afetiva*, a *ação tradicional* e a *ação instrumentalmente racional* de outro. Nos casos da ação afetiva e da ação tradicional, a vontade se subordina aos seus condicionamentos empíricos (algo que, como vimos, Kant procura abstrair de sua concepção de vontade); no caso da ação instrumentalmente racional, a vontade se transforma em um mecanismo de adequação de meios a fins predeterminados (esgotando-se, talvez, naquilo que Kant chama de *arbitrio*).

Weber, como se sabe, tem em mente tipos puros ou ideais, e reconhece que na prática a ação instrumentalmente racional pode se combinar com a ação orientada por valores. De acordo com ele, isso ocorre quando a razão instrumental se contém na definição dos meios, deixando os fins à disposição valorativa. Mas a racionalidade instrumental também pode dominar integralmente a ação, subordinando inclusive seus fins. Neste caso, o valor da ação humana – sua *moralidade*, se quisermos, – se torna insindicável, na medida em que os fins que a orientam são “tomados como vontades subjetivas e organizados em uma escala conscientemente estabelecida de urgência relativa.” Não por acaso, a ação racional orientada por valores é a única que não se submete a nenhuma espécie *dominação (Herrschaft)*.⁶⁴³

Associado à faculdade (ou capacidade) de querer (ou escolher) tendo em vista os meios demandados pela ação,⁶⁴⁴ o arbitrio surge como um conceito *executivo*, contrastando, neste ponto, com o caráter eminentemente *legislativo* da vontade. Ele é sinteticamente desdobrado na *Introdução à Metafísica dos costumes*, a “parte geral” da *Doutrina do direito e da Doutrina da virtude*. Lemos ali que o arbitrio é uma “faculdade de apetição” ligada à “consciência da capacidade da ação para a produção de seu objeto”.⁶⁴⁵ Faculdade de

da metafísica dos costumes pode ter contribuído para sua baixa penetração na literatura posterior. Allison, *Kant's Theory of Freedom*, p. 129-136. O próprio Allison, no entanto, entende que a distinção kantiana entre vontade e arbitrio já se insinuava desde antes da *Crítica da razão prática*.

⁶⁴³ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978, p. 24, 26 (citação) e 51. Antes de Weber, as noções kantianas de vontade e arbitrio parecem ter ecoado sobre a distinção de Ferdinand Tönnies (1855-1936) entre *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*, ou comunidade e sociedade, conceitos que, por sua vez, se reportam às noções latentemente kantianas de *Wesenwille* e *Kürwille*, ou vontade essencial e vontade arbitrária. *Community and Civil Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 95.

⁶⁴⁴ Em inglês, *Willkür* costuma ser traduzido como *choice*. Em português, a palavra *choice* pode ser traduzida como “escolha”. É uma palavra mais amigável que “arbitrio”. O problema é que ela sugere a necessidade da existência de opções, algo que Kant não exige. Também a palavra “faculdade”, coisa a que o arbitrio kantiano diz respeito, é às vezes traduzida por uma palavra diferente em língua inglesa. Essa palavra é *capacity*. B. Sharon Byrd; Joachim Hruschka, *Kant's Doctrine of right: a commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, por exemplo, usam *capacity*; na tradução mais recente da *Metafísica*, porém, optou-se por *faculty*: *Kant: The Metaphysics of Morals*, 2 edition. New York: Cambridge University Press, 2017.

⁶⁴⁵ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 19 (213).

apetição, define Kant pouco antes, é “a faculdade de, por meio de suas representações, ser causa dos objetos dessas representações”⁶⁴⁶ Se tal faculdade encontrar-se vinculada à consciência da capacidade de agir – aproximativamente, aos seus *meios* –,⁶⁴⁷ estaremos diante do arbítrio; se não, o que haverá é “simples desejo” (*bloÙe Wunsch*),⁶⁴⁸ uma “escolha hipotética” ou “preferência não revelada”, como dizem os economistas.⁶⁴⁹

Em si mesmo, portanto, o arbítrio representa um elemento da *consciência* (em sentido filosófico), e não da *moralidade*. Talvez seja por isso que nós reconhecemos alguns sonhos ou pesadelos como desejos ou receios inconscientes; e talvez também seja por isso que desde o final do século 19 vimos admitido que tais sonhos ou pesadelos podem ser morais ou imorais – uma moralidade inconsciente! –, ainda que no mais das vezes eles não façam o menor sentido.⁶⁵⁰ O fato de sermos capazes de julgar a correção moral de representações como sonhos ou pesadelos, fenômenos cuja normatividade tem sido consistentemente negada em nosso tempo, reforça a ideia de que a moralidade moderna *depende* do direito para realizar-se na prática, e que portanto é uma boa ideia – supusemos que fosse na metade do quarto capítulo – reingressar no Grande Debate da teoria do direito através da *juridicidade da moral*, e não da *moralidade do direito*.

7.2. Distinguindo, a partir da vontade, o conceito de arbítrio

Depois de ser mencionada pela primeira vez na segunda *Crítica*, a distinção entre vontade e arbítrio se incorpora à estrutura básica da *Doutrina do direito*. Institutos de direito privado que hoje definimos a partir da ideia de vontade surgem, ali, referidos à ideia de

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 17 (211).

⁶⁴⁷ Há, no entanto, controvérsia sobre o esgotamento do conceito de arbítrio na escolha dos meios da ação, como reporta Onora O’Neill na *introdução* à segunda edição de seu *Acting on Principle*, p. 21–27.

⁶⁴⁸ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 19 (213).

⁶⁴⁹ Sven Ove Hansson; Till Grüne-Yanoff, “Preferences”, in: Zalta, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018: “Há uma forte tradição, particularmente na economia, de relacionar preferência e escolha ou arbítrio [*choice*]. Preferência é ligada a escolha hipotética, e escolha, a preferência revelada.”

⁶⁵⁰ Sigmund Freud (1856-1939) vai dedicar uma seção importante de seu livro mais famoso a esse tema. *A interpretação dos sonhos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 96–105. Freud não fala, porém, de moralidade, mas de *sentimentos éticos* (como consta da tradução citada) ou *morais* (no texto original freudiano, *ethischen Gefühle*). Quanto este ponto, a referência mais evidente não é Kant, mas Adam Smith (1723-1790), e sobretudo sua *Teoria dos sentimentos morais*. Quanto à epistemologia moral de Smith, remeto à extraordinária tese Almir Teubl Sanches, *A teoria da justiça de Adam Smith: a confusão histórica entre justiça distributiva e caridade*, text, Universidade de São Paulo, 2013, p. 107–124. A proximidade entre a metaética de Kant e Smith já foi mencionada.

arbítrio. Não há, para Kant, aquisição de propriedade por ocupação sem um específico “ato unilateral de arbítrio”,⁶⁵¹ nem contrato sem “dois atos jurídicos de arbítrio”,⁶⁵² tampouco matrimônio sem um “contrato necessário entre duas pessoas” – e portanto dois atos de arbítrio – a respeito do “uso recíproco de seus atributos sexuais”.⁶⁵³ Nenhuma dessas articulações específicas da ideia de arbítrio se esgota, porém, em si mesma: todas elas demandam um fundamento, e esse fundamento – lá está ela outra vez – é a vontade.

As consequências jurídicas da ocupação, para seguir com os exemplos, só se justificam por uma “vontade absolutamente mandatória e unificada *a priori* (isto é, por meio da unificação do arbítrio de todas aqueles que possam entrar em uma relação prática entre si).”⁶⁵⁴ O mesmo vale para o contrato, e também para o matrimônio,⁶⁵⁵ e assim para o pensamento jurídico de modo geral: daí, aliás, a famosa definição kantiana de direito como “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro *segundo uma lei universal da liberdade*.”⁶⁵⁶

É verdade que em alguns pontos do texto kantiano as noções de vontade e arbítrio se sobrepõem: o próprio Kant reconhece, afinal, que “o arbítrio, como também o simples desejo, podem estar contidos sob a vontade.”⁶⁵⁷ Mas essa sobreposição concreta – que talvez (não acho) reflita a hesitação kantiana sobre o tema, evidenciada tanto em seus cursos de ética quanto nos rascunhos que precederam a publicação dos últimos textos de sua filosofia crítica – não prejudica sua distinção conceitual.⁶⁵⁸

Há muito confusão neste ponto, mas fato é que a recondução kantiana do arbítrio à vontade *não torna o direito uma província da moralidade*. Robert Alexy faz uma distinção esclarecedora neste ponto: a *qualificação* moral do direito não implica sua *classificação*

⁶⁵¹ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 69 (263).

⁶⁵² *Ibid.*, p. 77 (272).

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 82-84 (277-280).

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 69 (263).

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 77 (272) e 83 (277).

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 36 (230) (destaquei).

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 19 (213).

⁶⁵⁸ Essa hesitação é pormenorizadamente discutida em Allison, *Kant's Theory of Freedom*, p. 129–145.

moral.⁶⁵⁹ Qualificar moralmente uma regra jurídica é checar se ela também atende a critérios morais. Classificar moralmente esta mesma regra é submeter sua validade a juízos de mérito. As conexões que Kant estabelece entre os conceitos de vontade e arbítrio evidenciam o reconhecimento de que o direito tem uma *qualidade moral*, e tem *necessariamente*. Questão mais difícil é saber o que Kant pensa sobre a classificação moral do direito. Veremos adiante que há duas leituras opostas a respeito disso: uma diz que Kant classifica moralmente o direito, outra diz que ele não o classifica assim.

Por ora, é possível dizer que Kant reconhece (com cautela, como insiste Alexy)⁶⁶⁰ que o direito deve se submeter a *alguma* classificação moral. Isso talvez esteja mais claro nos materiais preparatórios dos textos da filosofia prática kantiana,⁶⁶¹ mas também vem à tona no final do apêndice à segunda edição da *Doutrina do direito*, onde Kant informa que “obedecer a autoridade que tenha poder sobre nós (em tudo que não contradiga a moralidade interior): tal é a proposição impactante de que aqui se trata.”⁶⁶² O segredo, para Alexy, está na ressalva abrangente dos parêntesis, o *etiamsi daremus* kantiano.

Voltaremos a isso.

7.3. Esclarecendo o que é, quanto ao arbítrio, liberdade

De volta ao começo da *Metafísica*, Kant esclarece que o arbítrio pode *ou não* ser livre – um *livre-arbítrio* –, e que ele pode ou não ser um livre-arbítrio em *dois sentidos*.

No primeiro sentido, “negativo”, o arbítrio será livre se não se encontrar *determinado* por impulsos sensíveis, ou seja, na medida em que for *independente*. Kant reconhece que o

⁶⁵⁹ Robert Alexy, “Kant’s Non-Positivist Concept of Law”, *Kantian Review*, v. 24, n. 4, p. 497–512, 2019, p. 501.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 502. A discrição kantiana sobre a moralidade do direito é tamanha que Alexy não a havia notado em um texto anterior. Ali, ele sugere (ainda sem usar estes termos) que Kant apenas qualifica moralmente o direito, mas não reconhece a moralidade como um critério jurídico de validade. Robert Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281–299, 2008. Embora a qualificação moral do direito já levasse Alexy a classificar Kant como um não-positivista, vou associar essa leitura (que Alexy altera no texto 2019) a um *kantismo arbitrário*. De modo geral, entendo que o aspecto fundamental da distinção entre esse kantismo e um *kantismo moral* seja normativo, não descritivo.

⁶⁶¹ Alexy, Kant’s Non-Positivist Concept of Law, p. 508.

⁶⁶² Kant, *Metafísica dos costumes*, 176 (371). Itálico no original.

livre-arbítrio em sentido negativo pode ser *afetado* pelos impulsos. O que não pode ocorrer é sua completa determinação impulsiva: todos estamos, afinal, sujeitos a algum grau dessa afetação, seja pela força das nossas emoções, seja pelas exigências das nossas necessidades naturais, mas sabemos bem (ou pensamos saber) que essas afetações não eliminam por completo nossa liberdade, e com ela nosso arbítrio.⁶⁶³

A afetação emotiva, em particular, explica por que a razão nem sempre está do nosso lado. Quantas decisões tão livres quanto equivocadas não tomamos ao longo da vida? Nosso arrependimento *nem sempre decorre de uma mudança de opinião*. Às vezes – no interior do direito inclusive, ao menos em tese – ele resulta da nossa incapacidade de conformar o arbítrio à vontade. A afetação natural, por sua vez, mostra que nossa própria existência impõe alguma restrição à liberdade. Assim como as plantas e os outros bichos, também precisamos, por exemplo, de nutrição.

A diferença é que enquanto as plantas não são capazes de buscar nutrientes fora de seu meio e os animais não-humanos somente o fazem se compelidos pelo instinto, nós, e apenas nós, somos capazes de *escolher* com o que, onde e quando vamos nos nutrir, e mais ainda, só nós somos capazes de plantar, colher, abater, combinar ou transformar, mas especialmente – para o que importa a esta tese – *adquirir* alimentos necessários à nossa nutrição. Somos conceitualmente livres para adquirir (e alienar) alimentos – para escolhê-los, trocá-los por algo ou pagar por eles – ainda que nossa decisão e nossas deliberações a respeito disso sejam afetadas pelos impulsos de matar a fome, ou mesmo de evitar que a fome venha a nos matar.

A indistinção entre *arrependimento* e *mudança* de opinião é, a meu ver, uma fragilidade importante de uma teoria doutrinariamente promissora a respeito dos critérios e fundamentos jurídicos de uma revisão contratual não-circunstanciada – uma revisão que vá além do *rebus sic stantibus*, se quisermos.⁶⁶⁴ Eu infelizmente negligenciei esse problema em uma leitura anterior.⁶⁶⁵

Passamos então ao segundo sentido da liberdade do arbítrio. Kant o chama de “positivo”, definindo-o em seguida, de maneira um tanto críptica, como “a capacidade da razão pura de ser prática por si mesma.”⁶⁶⁶ Essa expressão já foi mencionada,⁶⁶⁷ e o exemplo da aquisição pode ajudar mais uma vez. Mesmo quando, por hipótese, nosso arbítrio não estiver sujeito ao menor condicionamento dos impulsos sensíveis (nesse caso em particular, quando

⁶⁶³ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 20 (214). O conceito de *necessidade natural* é apresentado na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 113 (BA 115).

⁶⁶⁴ Aditi Bagchi, “Contract and the Problem of Fickle People”, *Wake Forest Law Review*, v. 53, p. 1, 2018.

⁶⁶⁵ Contract as Inequality.

⁶⁶⁶ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 20 (214).

⁶⁶⁷ Nota 318 acima e referência no texto.

ele não for minimamente afetado pela necessidade natural comer alguma coisa), ainda assim a decisão de adquirir alimentos só será *positivamente* livre, no sentido kantiano, se pressupusermos que alguma outra pessoa tem a faculdade de *alienar* alimentos, admitindo ao mesmo tempo que estamos obrigados a uma contrapartida – a *pagar pelo que compramos*, por exemplo, – se porventura viermos a comprá-lo.

Para dizer de modo geral: nossos arbítrios só serão positivamente livres se puderem ser *conciliados*. E isso não vale apenas para acordos abstratos de transmissão, nem só para contratos bilaterais como são, paradigmaticamente, os contratos de compra e venda.⁶⁶⁸ Quem desempenha atos unilaterais submetidos a uma certa qualificação jurídica – quem nomeia herdeiros, promete recompensa, enriquece ilícita ou injustificadamente, perdoa uma dívida ou cuida de negócios alheios sem autorização prévia, por exemplo, – tem de partir da premissa (uma premissa metaética, nos termos através dos quais venho tentando enuncia-la) segunda a qual a qualificação jurídica de seu ato pode ser *compartilhada* por outras pessoas. Sem isso seu ato unilateral não faria sentido.

Mas não se trata de um vale-tudo: e não se trata de um vale-tudo porque o livre-arbítrio em sentido positivo está *subordinado* à moralidade.⁶⁶⁹ Ao reconhecer essa subordinação, Kant reconecta as noções de arbítrio e vontade. E é por isso que o filósofo define esta última como uma “faculdade da apetição considerada não tanto em relação à ação (como o arbítrio), mas muito mais em relação ao *fundamento de determinação do arbítrio à ação*”.⁶⁷⁰ Para dizer de modo simples, *a vontade libera o arbítrio*. Diante dela, o livre-arbítrio em sentido positivo não pode se realizar senão através “da subordinação da máxima de cada ação à condição de aptidão da primeira [da máxima] para a lei universal”⁶⁷¹

Com a especificação da vontade e a distinção do livre-arbítrio em sentido positivo, reconduzido então à moralidade, a metaética kantiana ganha forma definitiva. Conclui-se

⁶⁶⁸ Antes de reconhecerem a compra e venda como uma *obligatio contractae* bilateral específica, os romanos assumiam obrigações similares por meio da superposição de atos que hoje qualificamos como unilaterais: a *stipulatio* (um modo derivado de aquisição de propriedade que sofrerá uma série de adaptações ao longo da história de Roma), o comodato e o depósito. James R. Gordley, “The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans”, *Tulane Law Review*, v. 84, p. 1437–1470, 2010, p. 1438. Para uma exploração clássica da “pré-história” da *emptio venditio*, v. Vincenzo Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, 2. ed. Napoli: Jovene, 1954, p. 4–87.

⁶⁶⁹ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 20 (214).

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 19 (213). Destaquei.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 20 (214).

assim aquela que ainda parece ser a mais completa articulação cognitivista da moralidade moderna. Kant foi, como sintetiza Heiner Klemme, “o primeiro filósofo a explicar o conceito de obrigação [...] por meio de (1) um conceito de legislação própria (autonomia), (2) um sentimento de respeito e (3) um conceito de livre-arbítrio que é simultaneamente determinado pelo direito da natureza e pelo direito da liberdade.”⁶⁷² Somos todos herdeiros de tradição kantiana. Mas ainda não reivindicamos toda a sua herança.

7.4. Tomando o livre-arbítrio de volta do atomismo

As dimensões negativa e positiva do livre-arbítrio e o conceito de vontade em sentido estrito serão retomados por Kant em sua tão famosa quanto surpreendentemente breve discussão sobre a liberdade como o único *direito inato* (em seu texto, *angeborene Rechte*) dos seres humanos. “A liberdade (a independência em relação ao arbítrio coercitivo de um outro),” lemos na *Doutrina do direito*, “na medida em que possa coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é esse direito único, originário, que cabe a todo homem em virtude de sua humanidade.”⁶⁷³

Dessa definição Kant extrai quatro “competências”, que Otfried Höffe chega a chamar – de uma perspectiva que não me parece metaética – de “direitos humanos implícitos.”⁶⁷⁴ A primeira delas é a *igualdade* (formal) *inata*, “a independência que consiste em não ser obrigado por outrem senão àquelas coisas a que também reciprocamente se pode obrigá-los”; a segunda, a *autodeterminação*, entendida como “a qualidade do homem de ser seu próprio senhor (*sui iuris*)”; a terceira, a *justiça* ou *integridade* – que poderíamos traduzir, através do direito penal, como a *presunção de inocência* –,⁶⁷⁵ “porque anteriormente a qualquer ato jurídico [o homem sujeito ao direito] não fez nada de incorreto”;

⁶⁷² Klemme, How Is Moral Obligation Possible? Kant’s “Principle of Autonomy” in Historical Context, p. 14.

⁶⁷³ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 44 (238).

⁶⁷⁴ Otfried Höffe, “Kant’s innate right as a rational criterion for human rights”, in: Denis, Lara (Org.), *Kant’s Metaphysics of Morals: A Critical Guide*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 87.

⁶⁷⁵ Mas Höffe enfatiza que o terceiro direito humano inato proposto por Kant é “muito mais básico” que a presunção de inocência. *Ibid.*, p. 89.

Kant descreve seu quarto “direito humano implícito” como a “competência para fazer a outrem o que em si não os prejudica no que é seu”.⁶⁷⁶ Ele parece reconhecer sua obscuridade, e procura esclarecê-la, em nota, por meio da distinção entre os tratamentos jurídico e ético da mentira. No direito, diz Kant, a mentira costuma ser sancionada apenas na medida em que “prejudica imediatamente ao outro em seu direito”; na ética, em contrapartida, a proibição da mentira é *categórica*, pois neste caso a dimensão exterior da ação não conta.⁶⁷⁷ Logo, no direito a dimensão exterior *conta*, mas não é tudo.

Höffe identifica outros dois “pronunciamentos relevantes para os direitos humanos” na primeira *Doutrina*: um diz respeito ao “direito relativo àquilo que é meu e seu”; o outro, ao “direito a um Estado.” Esses pronunciamentos correspondem ao que Kant chama de “direito privado” e “direito público”, e mais especificamente aos direitos morais à propriedade (fundamentação moral dos *direitos subjetivos* correspondentes) e às normas do direito positivo (que podemos associar ao *direito objetivo*). Segundo Höffe, é a vinculação de direitos privados a uma ordem jurídica pública que faz com que eles deixem de *valer provisionalmente* para serem *garantidos peremptoriamente*.⁶⁷⁸

Ainda que os juristas tenham perdido essas distinções de vista, os sentidos que Kant atribui ao livre-arbítrio e ao conceito de vontade ainda podem ajudar a esclarecer uma série de instâncias daquilo que poderíamos designar como *rejeição privatista da arbitrariedade*, sobretudo no que toca à justificação da tutela jurídica de condutas admitidamente arbitrárias. O artigo 122 do Código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, proíbe o emprego de condições que subordinem a eficácia do negócio jurídico ao que chama de “puro arbítrio de uma das partes”.⁶⁷⁹ Mas *puro arbítrio*, esclarece a doutrina, é diferente de *mero arbítrio*. Apenas as condições *puramente potestativas* são proibidas. As *meramente potestativas* são permitidas. As explicações dessa diferença, porém, parecem insatisfatórias. Uma distinção de grau

⁶⁷⁶ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 44 (237-238).

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 44, nota * (238). Kant reconhece, no entanto, e em referência específica ao direito dos contratos, que é difícil estabelecer “a linha divisória entre o que pertence ao *Ius* e o que cabe à ética.”

⁶⁷⁸ Höffe, Kant’s innate right as a rational criterion for human rights, p. 92.

⁶⁷⁹ Código Civil brasileiro de 2002, artigo 122: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao *puro arbítrio* de uma das partes.” (Destaquei). Uma regra equivalente havia sido estabelecida no artigo 115 do Código Civil de 1916, e é possível encontrar disposições semelhantes em inúmeras leis e decisões judiciais estrangeiras.

ou de “importância”, como propunha Pontes de Miranda,⁶⁸⁰ está longe de nos fornecer critérios estáveis; e a doutrina estabelecida sobre o Código Civil de 2002 não apresenta hipóteses ou definições novas a esse respeito.

É aqui que as distinções kantianas podem nos ajudar. Um negócio jurídico (ou ato jurídico lícito, por extensão do artigo 185 do Código)⁶⁸¹ só pode ser validamente condicionado se a ação daquele a cuja conduta se submete a condição puder ser compreendida *para além* de seu livre-arbítrio *em sentido negativo*. Essa pessoa deve, claro, ser capaz de livre-arbítrio em sentido negativo, mas isso não será suficiente para a qualificação jurídica de seu comportamento, pois quem age com independência não age necessariamente de modo juridicamente válido.⁶⁸² E a doutrina, agora sim, reconhece que a independência do agente que desempenha o evento condicionante potestativo é insuficiente para afirmar a validade da condição: “o querer puro, sem limites,” para continuarmos com os comentários do autor do *Tratado de direito privado*, “repugna ao jurídico”.⁶⁸³

A convergência incidental entre as distinções kantianas e o tratamento que o direito privado dispensa ao arbítrio nem sempre corresponde, insista-se, a uma compreensão rigorosa das ideias de Kant no campo jurídico, e especialmente no direito privado moderno. Não é difícil encontrar quem diga que “[c]om a filosofia de Kant, a autonomia da vontade adquire conotação dogmática.”⁶⁸⁴ Já vimos que isso não é verdade. Mas esse tipo de suposição talvez se explique pela difusão, contemporânea a Kant, de um entendimento atomístico do conceito jurídico de vontade. Segundo esse entendimento, vontade e arbítrio seriam uma coisa só. Em

⁶⁸⁰ “A importância do ato, *in casu*, pode impurificar a potestatividade: potestativo puro é ‘se fôr à esquina’, mas potestativo impuro, ‘se fôr à Europa’; dirigido a parálítico, ou por ele dito, ‘se fôr à esquina’ é potestativa impura.” Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 157 (§ 544, 8).

⁶⁸¹ Código Civil brasileiro de 2002, artigo 185: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior [sobre o negócio jurídico].”

⁶⁸² Refiro-me aqui à distinção clássica de Angelo Falzea entre eficácia (que pode se submeter à dimensão meramente empírica de um comportamento, ou mesmo a fatores naturais) e relevância jurídica (que depende de um juízo jurídico normativo, seja ele legal ou, em sentido kantiano, voluntário). *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, p. 21–58 e 150–151. É significativo, aliás, que alguns anos depois Renato Scognamiglio tenha se referido à relevância como “o valor jurídico de um fato”. “Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 7, 1954, p. 353.

⁶⁸³ Miranda, *Tratado de direito privado*, p. 157 (§544, 8). Poderíamos pensar em outros exemplos: referências a uma “vontade presumível” (como na gestão de negócios), “intenção consubstanciada”, distinção entre motivo e vontade, reconhecimento de que nem toda irregularidade é um “vício da vontade” e assim por diante.

⁶⁸⁴ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 353.

uma passagem da *Ideologia alemã*, por exemplo, Marx e Engels se referem a uma “ilusão jurídica” que “reduz o direito à mera vontade”, enxergando então nos contratos “relações que [podem] ser estabelecidas ou não a depender da vontade, e cujo conteúdo [rep]ousa inteiramente sobre o [arb]ítrio individual dos contratantes.”⁶⁸⁵

O principal problema da redução da vontade (um conceito onipresente no direito privado) ao de arbítrio (um conceito muito menos recorrente) não está, porém, na teoria, e sim na prática: e está na prática porque é através dessa redução que os defensores de uma autonomia mistificada se transformam em profetas de um atomismo fanático.

Os exemplos discutidos até aqui mostram que as ideias de Kant ainda podem esclarecer o conteúdo do direito privado moderno, e do direito privado brasileiro inclusive. Mas suas distinções já fazem parte do senso comum dos juristas. E se isso vale para os defensores de uma autonomia tentativamente kantiana, vale *ainda mais* para seus opositores, Savigny à frente de todos eles. Em sua análise da história do conceito de obrigação, Riccardo Cardilli observa que o autor do *Sistema de direito romano atual* não captura a “sutileza” da distinção kantiana entre “a pessoa em sua existência física e a pessoa em sua identidade moral”⁶⁸⁶ – distinção que, de resto, não é nada sutil na filosofia prática de Kant. Quanto a isso, no entanto, é preciso reconhecer que Savigny não é exceção. A distinção entre as manifestações sensíveis do arbítrio e o caráter inteligível da vontade continuará sendo negligenciada no século 20,⁶⁸⁷ alcançando até mesmo os leitores mais cuidadosos de Kant.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ Karl Marx; Friedrich Engels, *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas*, São Paulo: Boitempo, 2007, p. 77. Os colchetes são originais da tradução brasileira.

⁶⁸⁶ Riccardo Cardilli, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli: Jovene editore, 2016, p. 10.

⁶⁸⁷ Pude identificar duas exceções importantes: Fritz Richard Ferdinand von Hippel, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie: Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts*, Tübingen: Mohr, 1936; e Franz Bydliniski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien: Springer, 1967. Nenhum deles se propõe, no entanto, a elaborar uma teoria jurídica propriamente kantiana.

⁶⁸⁸ Miguel Reale, por exemplo, traduz o conceito kantiano de *Willkür* como “vontade”. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1992, p. 18. Nos últimos anos, textos de teoria do direito privado produzidos em língua inglesa têm mobilizado a ideia de *choice*, que é a tradução mais recorrente do conceito kantiano de *Willkür* ou arbítrio (v. nota 644 acima). Seus autores, porém, não se reportam a Kant. É o caso de Dagan; Heller, *The Choice Theory of Contracts*; e Emmanuel Voyiakis, *Private law and the value of choice*, Oxford: Hart, 2017.

7.5. Evitando encolhimentos e desentendimentos

Houve, sobretudo entre o final do século 18 e as primeiras décadas do século 19, quem empregasse as distinções kantianas com maior cuidado,⁶⁸⁹ e mesmo quem tentasse atravessar a ponte que Kant havia projetado entre os domínios do direito e da moral pilotando algo que hoje chamaríamos de metaética. O mapeamento dos riscos envolvidos em uma nova realização da moralidade da autonomia pode começar por aqui.

Junichi Murakami informa que o primeiro a propor a incorporação jurídica de uma moralidade mais profundamente kantiana teria sido o publicista alemão Johann Stephan Pütter (1725-1807).⁶⁹⁰ Esse autor, aliás, também teria influenciado o pensamento jurídico de Kant, seja pela sua articulação do deducionismo (que se reflete sobre a metodologia kantiana da dedução transcendental), seja pelas prescrições do compêndio de direito natural que escreve com Gottfried Achenwall (1719-1772), texto que Kant teria usado em seus cursos sobre o tema.⁶⁹¹ Pütter, no entanto, limita-se a associar a autonomia à “moralidade comum” de seu tempo, que delimita ao campo das relações domésticas.⁶⁹²

Esta primeira referência é reveladora: será sobre essas mesmas relações, que aos poucos se transformam em “relações de família”, que Rudolf von Jhering (1818-1892) projeta, embora sem recorrer ao conceito de autonomia (que neste ponto já havia sido tomado pelo sentido individualista que a acompanharia desde então), o que chama de “elemento moral” do direito privado romano,⁶⁹³ e é também sobre as relações domésticas ou familiares

⁶⁸⁹ Mas os textos de Kant não circulariam por muito tempo entre os juristas. Suas apropriações mais remotas são listadas em Joachim Rückert, “Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts”, in: Thompson, Martyn P. (Org.), *John Locke und Immanuel Kant: historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, p. 161–165. A influência de Kant não se limita ao direito privado. O papel da distinção kantiana entre vontade e arbítrio é retomado, por exemplo na reflexão penal de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833), como menciona Queiroz, *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*, p. 179–181.

⁶⁹⁰ Murakami, Zur Geschichte des Begriffs “Privatautonomie”.

⁶⁹¹ Trevisan, *O tribunal da razão: um estudo histórico e sistemático sobre as metáforas jurídicas na Crítica da razão pura*, p. 114.

⁶⁹² Murakami, Zur Geschichte des Begriffs “Privatautonomie”, p. 468–469.

⁶⁹³ Rudolf von Jhering, *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 164.

que se concentrarão as primeiras hipóteses de aplicação da cláusula geral dos “bons costumes” (*guten Sitten*) do parágrafo 138 do Código Civil alemão.⁶⁹⁴

O encolhimento conservador da moralidade é recebido de braços abertos na metodologia antiliberal de Savigny, como deixa clara sua distinção entre *família* e *patrimônio*. Para o autor do *Sistema do direito romano atual*, as relações de família envolverem principalmente direitos de filiação e matrimônio, mas também certas “relações artificiais” de dependência como a *manus*, a servidão, o patronato, a tutela e a curatela, bem como vínculos pessoais submetidos à *mancipatio* e, a partir de Justiniano, o colonato.⁶⁹⁵ Relações patrimoniais, por sua vez, diriam respeito a poderes sobre coisas e sobre obrigações: genericamente, ao direito de propriedade e ao que Savigny chama, para o deleite de Jhering, de “senhorio [*Herrschaft*] parcial sobre os atos alheios.”⁶⁹⁶ Mesmo reconhecendo que a família reúne “caracteres naturais, morais e jurídicos de modo inseparável”, Savigny defende que o direito deve resignar-se em constituir “sua parte menos importante.”⁶⁹⁷

O papel que Savigny atribui ao direito frente às relações de família é o oposto daquele que o jurista atribui à tutela jurídica dos direitos relativos ao patrimônio, e é por isso que sua distinção pode ser lida como uma antecipação do contraste positivista (hoje outra vez em voga) entre *família* e *mercado*.⁶⁹⁸ Savigny, aliás, reprova a *Doutrina do direito* neste ponto, alegando que Kant incorre em erro quando “assenta no objeto da relação jurídica obrigatória de matrimônio o elemento puramente natural (o amor físico).”⁶⁹⁹

⁶⁹⁴ Panorama em Basil S. Markesinis; Hannes Unberath; Angus Charles Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2. ed. Oxford: Hart, 2006, p. 253–262.

⁶⁹⁵ Carl Friedrich von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 357–362.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 367. Jhering vai ridicularizar essa ideia em seu “paraíso dos conceitos”: Im juristischen Begriffshimmel: Ein Phantastiebild.

⁶⁹⁷ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, p. 347–348.

⁶⁹⁸ Devo essa sugestão a Duncan Kennedy. Ela é desenvolvida em seu “Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought”, *The American Journal of Comparative Law*, v. 58, n. 4, p. 811–841, 2010, p. 813. Sua influência será duradoura: a distinção entre família e mercado esteve por trás do projeto de livro das sucessões do Código Civil de 2002, tal qual originalmente proposto por Clóvis do Couto e Silva. O texto promulgado, no entanto, se afastou de suas premissas sistemáticas. Esse critério distintivo também era empregado por críticos do projeto de Código Civil. Por todos, Antonio Junqueira de Azevedo, “O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 273–281, 2000.

⁶⁹⁹ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, p. 349.

A reprovação de Savigny é apenas uma entre outras evidências da singularidade metaética de Kant, e especialmente uma evidência daquilo que a separa do moralismo jurídico setorial advogado por Savigny e Jhering. Já no século 20, essa singularidade é outra vez insinuada pelo ingresso de autores progressistas (de Gounot a Orlando Gomes) no debate a respeito do tratamento jurídico do conceito de família.⁷⁰⁰

A mais famosa tentativa de transpor a moralidade kantiana para o direito, no entanto, seria empreendida ainda em 1812, ano em que é publicado o *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* ou ABGB, o Código Geral austríaco. Responsável pelo seu texto, o jurista Franz von Zeiller (1751-1858) levaria a ideia kantiana de liberdade como direito inato (especialmente através da competência de autodeterminação) ao parágrafo 16 do diploma: “Todo homem tem direitos inatos, que são evidenciados pela razão, e deve por isso ser considerado uma pessoa. A escravidão, a servidão e outras formas equivalentes de exercício de poder não são permitidas nestes territórios.”⁷⁰¹

Núcleo do que Wieacker qualificou como um “código excelente”,⁷⁰² o parágrafo 16 do ABGB é de fato uma das melhores, senão a melhor expressão da influência de Kant sobre o pensamento jurídico oitocentista. Zeiller já a explicitava desde o seu tratado sobre direito natural privado de 1802.⁷⁰³ Tal como Kant, porém, o jurista austríaco não chega a se reportar

⁷⁰⁰ Tanto Gounot quanto Orlando Gomes tentariam levar suas propostas morais ao direito positivo. Como os conservadores, no entanto, eles restringiriam a moralidade do direito privado ao direito de família. Gounot teria algum sucesso nessa empreitada. Sua proposta de representação familiar é positivada em 29 de dezembro de 1942. Mas a Lei Gounot, como ficou conhecida, é ab-rogada pouco tempo depois. Orlando Gomes teve ainda menos sorte. Convidado a redigir um anteprojeto de Código Civil em maio de 1961, ele levaria ao texto entregue ao governo João Goulart em 1963 uma série de inovações ou renovações a respeito do direito de família, do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento à contratualização do matrimônio e do que chamava de “união-livre”. Revelando um entendimento crítico a respeito do papel da moralidade no direito, e no direito de família em particular, Orlando Gomes afirmaria, em sua *Memória justificativa*, que embora tenha tentado não se distanciar da realidade da vida brasileira, procurou evitar “o equívoco de confundir com a tradição os sentimentos e convicções que apenas refletem o atraso econômico e cultural de certas regiões ou setores que ainda não assimilaram as novas ideias ou os novos comportamentos.” Orlando Gomes, *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1963, p. 23. Panorama da trajetória do malogrado Anteprojeto Orlando Gomes em Luiz Felipe Rosa Ramos; Osny da Silva Filho, *Orlando Gomes*, São Paulo: Elsevier, 2015, p. 40–45 e 117–223.

⁷⁰¹ Código Civil austríaco de 1812, parágrafo 16: “*Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slaverey oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.*”

⁷⁰² Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 384.

⁷⁰³ Franz von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, Wien: Wappler & Beck, 1802. O caráter kantiano dos comentários de Zeiller sobre a ideia de direito agitaria os entusiastas de leituras moralistas do Código de 1812. Eric Voegelin, “Theory of Law”, in: *The Theory of Governance and Other Miscellaneous Papers, 1921-1938*, Columbia: University of Missouri Press, 2003, p. 387–388.

ao conceito moral de autonomia em sua reflexão sobre o direito, e ela tampouco é articulada nos motivos do ABGB. Na metade do século, as ideias de Zeiller – como também as referências kantianas de seu Código – já terão deixado de circular.⁷⁰⁴

Vimos no quinto capítulo que o rótulo “autonomia da vontade” ressurge no discurso jurídico nas últimas décadas do século 19. É provável que seus proponentes tivessem algum conhecimento da filosofia prática de Kant, mesmo que por meio de seus críticos. Os reinventores da autonomia da vontade, porém, não se preocuparão em distinguir seu conceito do homônimo kantiano. Entre os que escreveram ainda do século 19, Charles Beudant (1829-1895) foi a única exceção evidente que pude localizar. No livro *Le droit individuel et l'état*, de 1891, Beudant distingue a “autonomia da pessoa humana”, definida como o conjunto de “faculdades ou prerrogativas que, reunidas, constituem [...] o direito individual, ou o direito simplesmente”, daquilo que chama de “noção filosófica” de autonomia da vontade, que reconduz ao “sistema de Kant.”⁷⁰⁵ Seus comentários sobre o assunto, todavia, se encerram nisso. Beudant não se reporta a Kant em suas proposições específicas.

Émile Acollas (1826-1891) é outra exceção que merece lembrança. Figura de destaque no movimento republicano ao longo da segunda metade do século 19 e dissidente prematuro da Escola da Exegese,⁷⁰⁶ ele se vale da expressão “autonomia do indivíduo” para descrever o pilar central de sua “teoria democrática científica” articulada a partir do livro *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*, de 1866.⁷⁰⁷ Suas ideias são desdobradas em uma série de textos posteriores, entre os quais um hoje pouco conhecido *Manuel de droit civil*, publicado em três volumes a partir de 1869, bem como um importante, mas também esquecido *Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, editado em quatro volumes a partir de 1874.

No início de seu manual, Acollas se reporta ao “direito político” de Rousseau, contrastando-o, após uma série de ressalvas, com a “lei social [...] que corrompe a ideia de autonomia dos indivíduos.”⁷⁰⁸ No mesmo trecho, o jurista demonstra incomum familiaridade com os escritos políticos de Kant e Stuart Mill,⁷⁰⁹ embora não vincule sua concepção de “autonomia do indivíduo” a nenhum deles. No caso de Mill, aliás,

⁷⁰⁴ Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 385.

⁷⁰⁵ Charles Beudant, *Le droit individuel et l'état: introduction à l'étude du droit*, Paris: Rousseau, 1891, p. 22 e 190.

⁷⁰⁶ André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris: Presses Universitaires de France, 1975, p. 45.

⁷⁰⁷ Émile Acollas, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*, Paris: Librairie Centrale, 1866, p. 12–13.

⁷⁰⁸ Émile Acollas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants: contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris: Thorin, 1869, p. 16–18. Destaqueei.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 16–17, nota 1.

essa familiaridade é reforçada por uma convergência ideológica, evidenciada especialmente em propostas *de lege ferenda*. Ao comentar, por exemplo, o artigo 905 do Código Civil francês de 1804, que proibia que a mulher casada realizasse doações sem “assistência ou consentimento” do marido, Acollas sustenta que “a disposição viola o princípio que reconhece à mulher uma *personalidade autônoma* equivalente à do homem.”⁷¹⁰

Mas esse conceito jurídico moralmente orientado de autonomia, hoje sabemos, não fará fortuna. Luís Bonaparte cai em 1870, e com ele o Segundo Império francês. Acollas, que se encontrava exilado na Suíça após ter sido condenado à prisão em 1867, é então convocado pela Comuna de Paris para dirigir a Faculdade de Direito da cidade. Naquele momento, ele ocupava uma cadeira de direito civil em Berna. Fosse o convite aceito, a ideia de autonomia do indivíduo poderia se sobrepor, talvez, ao conceito tendencialmente atomista de autonomia que passa a se desenhar no pensamento jurídico privatista a partir do final do século 19.

Acollas, porém, não aceita o chamado da Comuna – reflexo de uma rematada “prudência”, na opinião de André-Jean Arnaud –,⁷¹¹ e o convite é definitivamente retirado após a queda dos revolucionários parisienses em 1871. O jurista se torna, assim, uma voz praticamente esquecida na resistência ao movimento de individualização e posterior instrumentalização da autonomia.⁷¹²

A partir da metade do século 20, teóricos da autonomia privada voltarão a se reportar a Kant. Essas referências, porém, já não servirão para fundamentar uma alternativa às concepções individualistas de autonomia: ao invés, Kant será evocado como o pai dessas mesmas concepções, ou ao menos como o responsável pela sua transfusão jurídica.⁷¹³

As razões globais dessa subversão foram discutidas no terceiro capítulo, e também na primeira parte do sexto. Mas há razões locais. No Brasil, o desentendimento da filosofia

⁷¹⁰ Acollas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants: contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, 2: 394 (destaquei).

⁷¹¹ Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, p. 65.

⁷¹² Já refletindo a normalização desse instrumentalismo, Ranouil, por exemplo, descreve Acollas como um “radical de esquerda”: um autor para quem “os indivíduos, origem e fim de tudo na sociedade, deveriam ser livres e iguais, e as reformas jurídicas e econômicas, notadamente no que toca à propriedade, haveriam de refletir essa liberdade e essa igualdade.” Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, p. 50.

⁷¹³ Essa tese será sustentada por autores tão diferentes quanto Alfred Manigk, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin: Vahlen, 1935, p. 75; Waline, *L'Individualisme et le droit*, p. 196; e Raiser, *La libertà contrattuale oggi*, p. 53. Entre os poucos que procuraram explicitar a diferença entre as noções kantiana e individualista de autonomia está Rodolfo Sacco, “Autonomia nel diritto privato”, in: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, 4. ed. Torino: UTET, 1987, v. 1 (sustentando que “a palavra ‘autonomia’, na boca do jurista, não tem nada em comum com a noção de autonomia como qualidade da vontade, tal qual proposta por Kant.”).

prática de Kant se aprofunda em dois atos subsequentes e quase idênticos, embora protagonizados por atores diferentes. O primeiro é apropriação entusiasmada do ecletismo idealista – alegadamente kantiano – de Karl Christian Friederich Krause (1781-1832) e Heinrich Ahrens (1808-1874) pelos principais juristas do Império, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917) entre eles; o segundo, a referência persistente da crítica socializante – supostamente pós-kantiana – de dois autores menores, Enrico Cimbali (1855-1887) e Pietro Cogliolo (1865-1940), nos textos de Clóvis Beviláqua (1859-1944), através deles na doutrina privatista brasileira posterior.⁷¹⁴

De kantismo propriamente kantiano haverá pouco. Leituras diretas de Kant – ou de suas traduções francesas, disponíveis desde meados do século 19 – permanecerão esparsas, e no mais das vezes darão contra de questões desconectadas do direito – seja entre os próprios juristas, como fica evidente em Tobias Barreto (1839-1889) e Silvio Romero (1851-1914), seja entre filósofos de profissão, a exemplo de Januário Lucas Gaffrée (1878-1917).⁷¹⁵ Quando isso começar a mudar, aparentemente por volta da década de 1940 – e essa mudança só vai se completar recentemente, como veremos em um instante –, o desentendimento kantiano já terá se transformado no entendimento comum dos juristas,⁷¹⁶ e dos privatistas especialmente. Aqui, como em quase toda parte, autonomia e moralidade passarão a ser vistas como conceitos incompatíveis ou mesmo opostos. O retorno aos textos de Kant ainda parece ser o modo mais seguro de contornar esse risco.

Neste ponto, o direito não fica atrás de outras disciplinas universitárias da razão prática, e é bom que tenhamos isso em mente. Há alguns anos, por exemplo, Reiner Forst tem procurado evidenciar a disseminação, no interior de algumas das melhores articulações da filosofia política contemporânea, um desentendimento profundo e disseminado da filosofia prática de Kant. Seu ponto de partida é a crítica de Michael Sandel (1953) ao kantismo rawlsiano. Sandel, argumenta Forst, “confunde a liberdade das determinações empíricas na caracterização da autonomia moral [o livre-arbítrio em sentido negativo] com a liberdade de cada ser humano de escolher seu

⁷¹⁴ Miguel Reale, “A doutrina de Kant no Brasil (Notas à margem de um estudo de Clovis Beviláqua)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 42 (1947): 51–96. Para que se tenha uma ideia do tamanho da confusão, até a época de Lafayette a equiparação entre Kant e Herbert Spencer parecia ser comum entre os juristas brasileiros. E não deixaria de ocorrer nas décadas seguintes. Mais sobre isso em José Reinaldo de Lima Lopes, *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷¹⁵ Januário Lucas Gaffrée, *A teoria do conhecimento de Kant*, Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1909.

⁷¹⁶ Exemplo na nota 688 acima.

bem pessoal [o livre-arbítrio positivo].”⁷¹⁷ Esta indistinção por sua vez, teria levado o antigo aluno e então rigoroso crítico de Rawls a um equívoco ainda mais abrangente, envolvendo, desta vez, também o conceito kantiano de vontade, que seria confundido “ora com a escolha ética, ora com a liberdade dos sujeitos de direito.”⁷¹⁸ Forst argumenta, ainda, que essa ordem de desentendimentos não se contém apenas nos textos de Sandel – que, como veremos em seguida, vai exercer uma influência importante inclusive sobre o próprio Rawls –, “mas é central [...], *mutatis mutandis*, para o comunitarismo de MacIntyre e Taylor.”⁷¹⁹

⁷¹⁷ Forst, *Contextos de justiça*, p. 22–23.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 24.

OS FUTUROS DA AUTONOMIA

Podemos começar pela síntese do que vem sendo proposto nas últimas páginas.

Autonomia e moralidade

Em uma leitura metaética da filosofia prática de Kant, direito e virtude se apresentam como segmentos da moralidade: a *Metafísica dos costumes*, afinal, – poderíamos raciocinar assim – é composta por uma parte jurídica (a *Doutrina do direito*) e outra ética (a *Doutrina da virtude*), e ambas são articuladas por uma fundamentação comum, de base caracteristicamente moral, que é a *Fundamentação da metafísica dos costumes*.⁷²⁰

Se essa fundamentação comum ao direito e à virtude é moral, sigamos com o raciocínio, parece correto supor que a moralidade da autonomia não importa apenas para uma doutrina da virtude, que Kant identifica como a “ética dos modernos”,⁷²¹ mas também para a doutrina do direito. E a importância moral do direito, por sua vez, – retomemos o ponto de Alexy mencionado no começo do capítulo anterior – revela-se não apenas como *qualificação* moral das normas jurídicas, como possibilidade de avaliar essas normas a partir de seu mérito ou demérito sem que isso afete sua relevância jurídica: a importância moral do direito se traduz pela sua *classificação* moral, pelo reconhecimento de que a validade das normas jurídicas *também pode ser definida através da moralidade*.⁷²²

Isso ocorreria naqueles casos em que o direito não se satisfaz com o sentido negativo do livre-arbítrio, demandando uma justificação caracteristicamente moral para sua realização, que de outro modo se degrada no que chamamos de *arbitrariedade*.

⁷²⁰ O fato de textos de filosofia tradicionalmente apontarem apenas para deveres e não para direitos (os *deveres* de Cícero são o exemplo paradigmático) não deve nos confundir: para Kant, “só conhecemos a nossa própria liberdade (da qual procedem todas as leis morais, [e] portanto *também todos os direitos*, assim como os deveres) através do imperativo moral, que é uma proposição que ordena o dever e a partir da qual pode ser desenvolvida, depois, a faculdade de obrigar os outros, isto é, o conceito de direito.” Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 45. Modifiquei os destaques.

⁷²¹ Discussão no texto relativo à nota 134 acima.

⁷²² Retomo aqui a distinção proposta por Alexy, Kant’s Non-Positivist Concept of Law. Referência nas notas 659 a 662 acima e comentários preliminares no texto.

Kant fornece suporte textual para essa leitura quando desdobra as *leis morais*, que são as “leis da liberdade em geral”, em leis *éticas* e leis *jurídicas*.⁷²³ Quando as leis morais se referem “apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei,” diz Kant “chamam-se *jurídicas*; mas, na medida em que exijam *também* que elas próprias devam ser os fundamentos de determinação das ações, então são *éticas*.”⁷²⁴

Alguém poderia pensar que a bipartição ético-jurídica da moralidade é abandonada quando o filósofo associa a *legalidade* das ações à concordância com as leis jurídicas, reservando sua *moralidade* à concordância com as leis éticas. Mas essa hipótese é logo descartada quando Kant informa que embora a liberdade a que se referem as leis jurídicas seja sempre e apenas “a liberdade no uso externo do arbítrio,” a liberdade a que dizem respeito as leis da moralidade “pode ser a liberdade em seu uso *tanto externo quando interno*, contanto que ela [essa liberdade] seja *determinada* pela lei da razão.”⁷²⁵

Ricardo Terra marca o lugar da autonomia no interior desse raciocínio:

“A exigência da autonomia percorre e dá unidade ao direito e à política, e também aponta para a sua coesão com a ética, apesar de suas diferenças. Tanto a ética quanto o direito afirmam o vínculo da liberdade com a lei na forma de obediência à lei que foi prescrita pelo homem para si mesmo, provindo a coesão da unidade da razão prática.”⁷²⁶

O entendimento de Terra vai ao encontro de um conjunto de interpretações da filosofia prática kantiana convergentes. Elas podem ser agrupadas sob a rubrica de um *kantismo*

⁷²³ Kant, *Metafísica dos costumes*, p. 20 (214).

⁷²⁴ *Ibid.* Destaquei.

⁷²⁵ *Ibid.* Destaquei.

⁷²⁶ Terra, A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana, p. 58–59. Terra vai reiterar esse argumento em seu importante opúsculo *Kant & o direito*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. Essa leitura pode ser traçada a Gregor, *Laws of Freedom*, e corresponde, de modo geral, às propostas de Höffe, *Immanuel Kant*; e de Allison, *Kant's Theory of Freedom*. Suas derivações teórico-políticas foram exploradas criticamente em Katrin Flikschuh, *Kant and Modern Political Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. No debate teórico-jurídico anglo-norte-americano, uma leitura parecida foi apresentada por Fletcher, *Law and Morality: A Kantian Perspective*. Ainda no direito, sua defesa mais recente se deve a Alexy, *Kant's Non-Positivist Concept of Law*. Enfim, no campo jurídico brasileiro, ela vem à tona em Lopes, *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*; e depois em Ronaldo Porto Macedo Macedo Junior, “Kant e a crítica da razão: moral e direito”, in: Júnior, Ronaldo Porto Macedo (Org.), *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*, São Paulo: Atlas, 2008.

moral. Esse kantismo vai ecoar sobre uma importante geração de filósofos brasileiros.⁷²⁷ Mas ela ainda não parece ter alcançado a maioria dos nossos juristas. Isso talvez se explique pela persistência discreta de reproposições desencontradas textos de Kant (como aquelas mencionadas no final do capítulo anterior), reforçada, de modo geral, pela avocação kantiana de alguns naturalistas (Spencer, lembremos, já foi descrito como um kantiano).⁷²⁸

Autonomia e arbitrariedade

O problema, como sempre, é que o kantismo moral não é unânime. Pelo contrário: um importante grupo de autores procura contestá-lo explicitamente, a partir inclusive da ideia de autonomia. Outra vez de modo genérico, essas contestações podem ser chamadas de *kantismo arbitrário*. A premissa compartilhada pelos proponentes dessa leitura pode ser descrita como uma ampliação metaética da tese jurídico-positivista da separação (o “mito favorito daqueles que estudam teoria do direito”, como diz Gardner).⁷²⁹

Para os defensores do kantismo arbitrário, a *Metafísica dos costumes* veicula uma teoria político-jurídica independente das premissas morais articuladas em sua *Fundamentação*.⁷³⁰ Em última análise, esse entendimento poderia ser traçado à crítica que Karl Leonhard Reinhold (1757-1823) dirigiu a Kant. Para Reinhold, o desenvolvimento da filosofia prática kantiana entre as décadas de 1770 e 1790 seria

⁷²⁷ Por exemplo Trevisan, *Volonté générale e a autonomia da vontade*. A presença de Rousseau na origem político-jurídica da filosofia moral de Kant; e Monique Hulshof, “Autonomia moral, soberania popular e uso público da razão em Kant”, *Las Torres de Lucca*, v. 7, n. 13, p. 147–167, 2018.

⁷²⁸ A influência duradoura do naturalismo é explorada nas últimas páginas da tese de Lopes, *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. Sobre a aproximação de Spencer a Kant, referência na nota 714 acima.

⁷²⁹ Gardner, no entanto, propõe uma leitura bastante permissiva da tradição positivista. Nessa leitura, até um prócer do jusnaturalismo contemporâneo como John Finnis (1940) se torna positivista. John Gardner, “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”, in: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 53, nota 51.

⁷³⁰ No debate anglo-norte-americano, a identificação de uma *freestanding theory* na *Doutrina do direito* kantiana foi sustentada paradigmaticamente em Allen W. Wood, “The Final Form of Kant’s Practical Philosophy”, *Southern Journal of Philosophy* 36, n° S1 (1997): 1–20, <https://doi.org/10.1111/j.2041-6962.1998.tb01774.x>; e pouco depois em Thomas W. Pogge, “Is Kant’s *Rechtslehre* Comprehensive?”, *The Southern Journal of Philosophy* 36 (março de 1998): 161–87, <https://doi.org/10.1111/j.2041-6962.1998.tb01786.x>. Ainda na literatura produzida em língua inglesa, ideias parecidas já haviam sido levantadas (de modo menos perfunctório) em Thomas C. Grey, “Serpents and Doves: A Note on Kantian Legal Theory”, *Columbia Law Review* 87, n° 3 (1987): 580–91, <https://doi.org/10.2307/1122672>. Devo essas três últimas referências a Gonçalo de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law: A Philosophical History of Liberal Legalism* (London: Hart, 2019), 65, nota 9, <https://doi.org/10.5040/9781509907939>. A mais detalhada defesa da tese segundo a qual a *Doutrina do direito* oferece uma teoria desconectada do projeto filosófico desenhado na *Fundamentação* a que tive acesso foi o trabalho de Georg Geismann, “Recht und Moral in der Philosophie Kants”, *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics* 14 (2006): 3–124.”

incompatível com o projeto (metaético) lançado na *Fundamentação*. Essa incompatibilidade seria evidenciada pelo reconhecimento tardio da liberdade daqueles que agem de acordo com o direito, mas ainda assim de modo imoral.

Reinhold divulgou boa parte de sua crítica enquanto Kant ainda estava vivo, e isso reforça a hipótese de que a distinção kantiana entre *vontade* em sentido estrito e *arbitrio* (e também entre os sentidos positivo e negativo do livre-arbitrio) tenha ganhado contornos sistemáticos em resposta a Reinhold (tenham essas distinções alterado substancialmente o projeto original kantiano ou não, como entendo que seja o caso).⁷³¹ De todo modo, as especificações sistematizadas na *Metafísica* não seriam suficientes para convencer seu interlocutor,⁷³² tampouco os adeptos contemporâneos do kantismo arbitrário, que enxergariam nos últimos textos de Kant o abandono silencioso do projeto metaético original da crítica.

A teoria do direito mostrou-se terreno fértil para a germinação do kantismo arbitrário. Autor ainda influente na formação dos juristas brasileiros, Norberto Bobbio (1909-2004) foi um de seus mais importantes e influentes representantes.⁷³³ Suas leituras de Kant são articuladas em vários textos, mas principalmente em *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Publicado em 1957 e traduzido no Brasil na segunda metade da década de 1990, *Direito e Estado* mobiliza noções alegadamente kantianas de autonomia e heteronomia com o propósito de enfrentar “o clássico problema da distinção entre moral e direito, que é geralmente considerado como problema preliminar de qualquer filosofia do direito.”⁷³⁴

Qualificando o direito como *ordem heterônoma*, Bobbio procura justificar a indiferença dos juristas em relação ao conceito moral de autonomia oferecido por Kant,

⁷³¹ Allison, *Kant's Theory of Freedom*; antes, Gregor, *Laws of Freedom*.

⁷³² Uma síntese do debate entre Reinhold e Kant é apresentada na introdução de Karl Ameriks a Karl Leonhard Reinhold, *Letters on the Kantian Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁷³³ Os trabalhos de Bobbio mais conhecidos entre os juristas brasileiros são a *Teoria da norma jurídica* e a *Teoria do ordenamento jurídico*, hoje agrupadas em um único livro, a *Teoria geral do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Celso Lafer (1941) sugere que o primeiro a referi-lo no Brasil teria sido Miguel Reale (1910-2006) na primeira edição de sua *Filosofia do direito*, publicada em 1953. Celso Lafer, “A presença de Bobbio no Brasil”, in: Filippi, Alberto; Lafer, Celso (Orgs.), *A presença de Bobbio: América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*, São Paulo: Editora Unesp, 2004. A penetração das ideias de Bobbio entre nós seria notada em sua primeira visita ao País, em 1983, para uma série de conferências e uma homenagem na Universidade de Brasília. As intervenções de Bobbio e seus leitores (entre os quais o próprio Reale e Tercio Sampaio Ferraz Junior) neste evento encontram-se publicadas em Carlos Henrique Cardim, org., *Bobbio no Brasil: um retrato intelectual* (Brasília: Universidade de Brasília e Imprensa Oficial, 2001). No direito civil, a contínua influência de Bobbio pode ser exemplificada pelas várias referências ao autor – e especialmente às suas leituras de Kant – no manual de Amaral, *Direito civil: introdução*.

⁷³⁴ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997, p. 53. A influência de Bobbio é evidente, por exemplo, em Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 11a. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 656–664.

defendendo, a partir dela, uma variante kantiana da tese positivista da separação entre os domínios do direito e da moralidade. “Uma vez reconhecido que a moral é a esfera da autonomia,” questiona-se Bobbio no texto de 1957, “é possível derivar a consequência que o direito é a esfera da heteronomia?” Mesmo admitindo que “Kant não elaborou essa conclusão de maneira explícita”, sua resposta é positiva:

“acreditamos que a vontade jurídica possa ser considerada *somente como vontade heterônoma*. Enquanto legalidade, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é de fato a própria definição da heteronomia.”⁷³⁵

Essa separação rigorosa entre os domínios do direito e da moral poderia remeter à linha dura do positivismo lógico encabeçada por Hans Kelsen (1881-1973), e especialmente pelo Kelsen dos trabalhos preparatórios para a segunda edição da *Teoria pura do direito*, publicada em 1960.⁷³⁶ No último item de sua *Teoria geral do Direito e do Estado* de 1945, por exemplo, ele reconhece que embora Kant tenha permanecido, “como filósofo do direito, na trilha do jusnaturalismo”, sua “filosofia da lógica transcendental destinou-se proeminentemente a fornecer a fundamentação de uma doutrina positivista do direito e da política”.⁷³⁷ Há uma capitulação importante aqui: *a despeito do próprio Kant*, Kelsen insiste na possibilidade (muito cara aos neokantianos de Marburgo) de forjar uma teoria do direito fundada especificamente em certos argumentos epistemológicos da *Crítica da razão pura*, e não na metaética proposta desde a *Fundamentação da metafísica dos costumes*.⁷³⁸

Kelsen vai aos poucos distanciar de Kant. Na segunda edição da *Teoria pura*, a validade das normas que compõem o ordenamento jurídico ainda seria reconduzida uma formulação indisfarçavelmente kantiana, a famosa pressuposição epistemológica da norma fundamental.⁷³⁹ Mas em 1964 Kelsen já terá substituído esse argumento pela ideia de validade como *ficção*, em um movimento de “glorificação do absurdo” que John Gardner informa derivar das ideias do filósofo Søren Kierkegaard

⁷³⁵ Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 63 (destaquei).

⁷³⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. Aquilo que hoje chamamos de *neokantismo* diz respeito sobretudo às reposituições da crítica kantiana elaboradas a partir de duas escolas filosóficas constituídas entre o final do século 19 e as primeiras décadas do século 20: a Escola de Marburgo, fundada por Hermann Cohen (1842-1918) e Paul Natorp (1854-1924), e a Escola de Baden (ou de Heidelberg, ou Sudocidental), encabeçada por Wilhelm Windelband (1848-1915) e Heinrich Rickert (1863-1936). Embora ambas tenham se concentrado sobre a teoria do conhecimento de Kant, a Escola de Marburgo, principal influência do primeiro Kelsen, pode ser distinta pelo “*predomínio* do problema lógico sobre o problema ético”, como sintetizou Miguel Reale em um de seus primeiros livros, *Fundamentos do direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940, p. 137 (destaquei).

⁷³⁷ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, 1945, p. 445.

⁷³⁸ Paulson, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law*, p. 322.

⁷³⁹ Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 269.

(1813-1855).⁷⁴⁰ Curiosamente, e apesar de a *Teoria pura* ser o texto de Kelsen mais conhecido no Brasil, sua inflexão kierkegaardiana é a que melhor parece descrever a recepção do kelsenianismo no Brasil.

Sem entrar descer aos detalhes, Bobbio avança para uma qualificação individualista da moralidade kantiana. Neste ponto sua leitura remete, talvez sem as mesmas cores, ao “homem livre, independente, sozinho, poderoso, racional e responsável” que Iris Murdoch (1919-1999) associou a uma “encarnação do próprio Lúcifer.”⁷⁴¹ No kantismo arbitrário de Bobbio, a moralidade do direito se reduz à garantia da “capacidade de escolher a ação obrigatória e repelir aquela proibida” – capacidade que, por sua vez, evidenciaria a “subjetividade da ação moral”, em contraste metaeticamente inevitável com a “coordenação objetiva do agir” estabelecida pelo direito.⁷⁴² Trata-se de uma qualificação libertária (redução da vontade ao livre-arbítrio em sentido negativo), mas ficará contida no campo moral, e por isso – ao que parece – não contradiz seu reconhecido liberalismo político.

O kantismo arbitrário também encontra correspondentes na teoria do direito anglo-norte-americana. Em Jeremy Waldron, por exemplo, ele se evidencia através de uma defesa supostamente kantiana da estabilização de titularidades jurídicas (*property rights*).⁷⁴³ Sua tese envolve um compromisso de deferência: segundo Waldron, deveríamos ser “um pouco mais humildes quando apresentamos nossas propostas substantivas” a respeito da preservação jurídica dos arranjos distributivos estabelecidos.⁷⁴⁴ Para ele, Kant foi um defensor excelso dessa humildade. Isso porque ele se preocupou com o “apaziguamento” de desacordos inconciliáveis: a *garantia da paz social*, como se costuma dizer.⁷⁴⁵

À primeira vista, isso também atende às preocupações de alguns proponentes do kantismo moral, e especialmente daqueles para quem a moralidade das razões mobilizadas em

⁷⁴⁰ Gardner, *Law as a Leap of Faith*, p. 8. Gardner reporta-se ao artigo “The Function of a Constitution”, in: Tur, Richard; Twining, William L. (Orgs.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon, 1986, 109–119.

⁷⁴¹ Iris Murdoch, *The Sovereignty of Good*, London: Routledge, 2006, p. 78 e 105. Essa referência é lembrada em vários textos de Onora O’Neill.

⁷⁴² Bobbio, *Teoria geral do direito*, p. 19.

⁷⁴³ Jeremy Waldron, “Kant’s Legal Positivism”, *Harvard Law Review*, v. 109, n. 7, p. 1535–1566, 1996.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 1537.

⁷⁴⁵ A penetração dessa espécie de justificação parece estar bastante difundida no Brasil. Uma das perguntas da prova de ingresso no mestrado profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, aplicada no final de 2018, foi a velha “o que é direito?” Ainda que o número de respondentes e a especificidade de seu perfil enfraqueçam a representatividade das respostas, mais de 90% dos candidatos responderam que o direito é um “instrumento de pacificação social”, ou então coisa muito parecida.

argumentos jurídicos superáveis é menos relevante que a moralidade da legislação. No final do seu artigo, Waldron reafirma sua crença liberal dizendo que “o legislador não está constrangido pela atribuição e pela distribuição de titularidades individuais [*individual property rights*] que os indivíduos teriam definido no estado de natureza usando seus recursos morais.”⁷⁴⁶ Em um livro posterior, Waldron procura generalizar essa ideia em um capítulo expressivamente intitulado “A irrelevância da objetividade moral.”⁷⁴⁷

Os desenlaces da filosofia política contemporânea nas últimas décadas do século 20 podem, talvez, ter contribuído para a ascensão de leituras como a de Waldron. Essa possibilidade ganha substância quando observamos a crescente ambiguidade de Rawls quanto ao papel da moralidade na composição do direito privado,⁷⁴⁸ e sobretudo quando reconhecemos a inflexão conservadora subjacente à sua defesa madura de uma teoria da justiça *moralmente neutra*, e nesse sentido eminentemente *política*.⁷⁴⁹ E uma conexão ainda mais profunda entre o desenvolvimento recente da filosofia política e o kantismo arbitrário foi examinada (não sob esta rubrica) na tese de Gonçalo de Almeida Ribeiro.⁷⁵⁰

Para Ribeiro, “Kant não teria apenas produzido uma síntese de diferentes vertentes do liberalismo político, mas também teria tornado o liberalismo, entendido como uma teoria ‘política, e não metafísica’, atraente para não liberais.”⁷⁵¹ Ainda de acordo com o autor, a atração intelectual exercida pelas últimas articulações da filosofia prática kantiana ajudaria

⁷⁴⁶ Waldron, *Kant’s Legal Positivism*, p. 1566.

⁷⁴⁷ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 164. Uma justificação do positivismo baseada na pacificação de conflitos de titularidade, entretanto, não é, ao contrário do que sugere Waldron, uma justificação kantianamente *moral*, pois tal desacordo sobre titularidades – e especialmente sobre titularidades *moralmente indiferentes*, como é o caso da maior parte das titularidades definidas pelo direito privado – só pode emergir diante de circunstâncias especificamente *empíricas*, e portanto conceitualmente alheias à moralidade de Kant.

⁷⁴⁸ Uma excelente discussão sobre as alternativas interpretativas desencadeadas por essa ambiguidade é desenvolvida em Zanitelli, *Rawls and Private Law*.

⁷⁴⁹ Rawls vai enfatizar esse entendimento em seus últimos textos. v. John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, p. xv–xvi. Ele sustenta, aqui, em referência a um conjunto de textos publicados ao longo da década de 1980, que as primeiras articulações de sua teoria da justiça não teriam lidado claramente com a distinção entre filosofia moral e filosofia política.

⁷⁵⁰ Ribeiro, *The Decline of Private Law: A Philosophical History of Liberal Legalism*.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 69. A referência a uma ideia de justiça “política, não metafísica” é do próprio Rawls.

a entender a repercussão das prescrições doutrinárias protoliberais de Kant sobre a doutrina antiliberal (ou anti-iluminista, se quisermos) de Savigny.⁷⁵²⁻⁷⁵³

Em todos os casos, estaríamos diante de leituras teoricamente positivistas e metaeticamente conservadoras do direito privado: leituras que já não veem necessidade de negar a relevância jurídica da moralidade: basta-lhes que os preceitos morais permaneçam submetidos ao beneplácito dos juristas, seja ele obscurantista ou iluminista.

O kantismo arbitrário pode, no entanto, conduzir a propostas incompatíveis com algumas das premissas mais elementares de Kant e de quase todos que procuraram demonstrar sua verdade ou seu engano: propostas que se aceleram na contramão da modernidade.

Autonomia e servidão

Gostaria de terminar com um ponto mais específico, mas não menos importante. Nas últimas décadas, uma leitura hoje bastante controvertida do proto-realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr. (1809-1894) ganhou força no Brasil. De acordo com essa leitura, Holmes – e o Holmes das frases de efeito pavimentadas em *The Path of the Law*, em particular, – teria concebido a ação individual juridicamente relevante a partir de duas premissas inclinadamente libertárias: o *egoísmo antropológico* e o *ceticismo moral*.⁷⁵⁴

Nessa leitura, a principal ilustração do egoísmo antropológico seria fornecida pela figura do ‘homem mau’, o homem que só obedece a lei para evitar a aplicação das sanções associadas ao seu descumprimento.⁷⁵⁵ Essas sanções, por sua vez, e aqui entra o ceticismo moral, não se justificariam senão por razões contingentes. Nos anedóticos silogismos dos

⁷⁵² *Ibid.*, p. 66.

⁷⁵³ Sobre o contra- ou anti-iluminismo de Savigny, remete-se ao livro já citado (na nota 36 acima) de Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, p. 67–90; e de modo geral, ao ensaio clássico de Isaiah Berlin, “The Counter-Enlightenment (1973)”, in: *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2000; bem como ao trabalho mais recente de Zeev Sternhell, *The Anti-Enlightenment Tradition*, New Haven: Yale University Press, 2009.

⁷⁵⁴ Vários exemplos dessa leitura e a demonstração de sua fragilidade e incompletude em Susan Haack, “Do pragmatismo jurídico: aonde nos leva ‘O caminho do direito’?”, in: *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*, São Leopoldo: Unisinos, 2015.

⁷⁵⁵ Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, p. 457, 1897, p. 459–461.

juristas, tanto as hipóteses de fato (*se X*) quanto as consequências jurídicas (então *Y*), as sanções propriamente ditas, permaneceriam inescapavelmente indeterminadas: as hipóteses só se verificariam por erro de cálculo ou excesso de confiança dos malfeitores; as consequências não se justificariam serão por razões circunstanciais. Diante do egoísmo antropológico e do ceticismo moral, restaria aos juristas, como diz Holmes em uma passagem exaustivamente repetida, formular “profecias sobre aquilo que os tribunais farão de fato.”⁷⁵⁶

O problema, já sabemos, é que expõe o direito ao moralismo, quando não conduz a resultados aterradores – sinais de barbárie, se quisermos recuperar um termo kantiano.⁷⁵⁷ É o que levaria à conversão jusnaturalista Gustav Radbruch (1878-1949) na metade da década de 40, por exemplo. Mas não precisamos ir tão longe para enxergar o abismo. Um método jurídico desconectado da moralidade e academicamente legitimado por esse holmesianismo egoísta e cético foi defendido num elogio brasileiro da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no polêmico caso *Brandenburg v. Ohio*, julgado em 1969.⁷⁵⁸ Trata-se de decisão em que, por maioria, o tribunal decidiu reverter, por concluir que não se tratava de uma “hipótese de violência iminente”, a condenação de membro da Ku Klux Klan que havia incitado “vingança contra negros, judeus e seus apoiadores.”⁷⁵⁹

A decisão da Suprema Corte norte-americana contrasta com aquela a que chegou o Supremo Tribunal Federal brasileiro no também polêmico caso Ellwanger, julgado em

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 461.

⁷⁵⁷ Em um texto elaborado ao longo de 25 anos e publicado em 1797, Kant definiu *despotismo* como “lei e poder sem liberdade” e *barbárie* como “poder sem liberdade nem lei”. Kant, *Antropologia de um ponto de vista pragmático*, p. 254. Posterior aos enunciados mais famosos da crítica kantiana, a *Antropologia* se tornou um texto importante dentro e fora de sua tradição. No Brasil, ela serviu de guia para a extraordinária dissertação de Zingano, *Razão e história em Kant*. E sua construção foi mapeada na tese complementar de Michel Foucault, *Gênese e estrutura da antropologia de Kant*, São Paulo: Loyola, 2011.

⁷⁵⁸ Sergio Fernando Moro, “A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 36, p. 337–356, 2001, p. 346.

⁷⁵⁹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Quanto a este ponto, a Suprema Corte dos Estados Unidos vai na contramão do Ocidente. Podemos ficar com o comentário recente de um liberal inclinadamente kantiano já mencionado: “*The United Kingdom has long outlawed the publication of material calculated to stir up racial hatred. In Germany, it is a serious crime to display the swastika or other Nazi symbols. Holocaust denial is punished in many countries: the British author David Irving—a man who prides himself on having shaken more hands that shook the hand of Hitler than anyone else alive—was imprisoned until recently in Austria for this offense. New Zealand, Canada, France, and the Scandinavian countries—all use their laws to protect ethnic and racial groups from threatening, abusive, or insulting publications likely to excite hostility against them or bring them into public contempt. Moreover, these restrictions are not widely viewed as violations of individual rights; on the contrary, most countries have enacted them pursuant to their obligations under Article 20(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, which says that expressions of hatred likely to stir up violence, hostility, or discrimination must be prohibited by law.*” Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 26.

setembro de 2003.⁷⁶⁰ Tratava-se de *habeas corpus* interposto pelo escritor, editor e comerciante gaúcho Siegfried Ellwanger, que fora condenado por crime de racismo (artigo 20 da Lei 7.716 de 1989, incluído pela Lei 8.081 de 1990)⁷⁶¹ em razão do conteúdo antissemita de seus livros. Por maioria, o Tribunal decidiu manter sua condenação,⁷⁶² fazendo valer não apenas o tipo penal em questão, mas também – através de votos metodologicamente problemáticos, infelizmente,⁷⁶³ – a moralidade que o justifica.

Esses últimos contrastes podem parecer exagerados, e é claro que há uma deriva continental entre Kant, Holmes e seus leitores de hoje, entre os quais eu evidentemente me incluo. Mas o exagero talvez nos forneça uma pista sobre o melhor caminho para a realização de uma moralidade da autonomia que seja *nossa* – no mínimo, ele revela direções que *não devemos seguir* se quisermos continuar escalando nossas próprias montanhas. No fim das contas, pode haver alguma correção no kantismo arbitrário. Mas nem a mais obscura encarnação filosófica de Kant endossaria algo parecido com o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brandenburg*. Quanto menos seus elogios desterrados.

⁷⁶⁰ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 82.424, relator Ministro José Carlos Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003 (Caso Ellwanger).

⁷⁶¹ Lei 7.716 de 1989, artigo 20 (incluído pela Lei 8.081 de 1990 e modificado pelas Leis 9.459 de 1997, 12.288 de 2010 e 12.735 de 2012): “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [¶] Pena: reclusão de um a três anos e multa. [¶] § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. [¶] Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. [¶] § 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: [¶] Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. [¶] § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: [¶] I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; [¶] II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. [¶] II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; [¶] III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. [¶] § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.” Na versão considerada no julgamento do Habeas Corpus 82.424, anterior às leis de 2010 e 2012, o *caput* artigo 20 determinava pena de reclusão de dois a cinco anos para quem “[p]raticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.”

⁷⁶² Celso Lafer lembra que textos de Bobbio foram citados nos oito votos que compuseram a decisão da maioria neste caso. A presença de Bobbio no Brasil, p. 129.

⁷⁶³ Como mostra Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 167–170.

BIBLIOGRAFIA

- Accademia dei giusprivatisti europei. *Code European des Contrats: Avant-projet, Livre premier*. Milano: Giuffrè, 2004.
- Acollas, Émile. *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants: contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*. V. 1. Paris: Thorin, 1869.
- Acollas, Émile. *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants: contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*. V. 2. Paris: Thorin, 1869.
- Acollas, Émile. *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*. Paris: Librairie Centrale, 1866.
- Alexy, Robert. "Kant's Non-Positivist Concept of Law". *Kantian Review*, v. 24, n. 4, p. 497–512, 2019.
- Alexy, Robert. "On the Concept and the Nature of Law". *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281–299, 2008.
- Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Silva, Zilda Hutchinson Schild. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2011.
- Allison, Henry E. *Kant's Groundwork for the Metaphysics of Morals: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Allison, Henry E. *Kant's Theory of Freedom*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Alpa, Guido. *Che cos'è il diritto privato?* Bari: Laterza, 2007.
- Amaral, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Amaral, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- Ameriks, Karl. *Kant's Elliptical Path*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Andrade, Adalmo de Araujo. *Autonomia da vontade no direito internacional privado*. Tese de livre-docência, Santa Maria, Belo Horizonte, 1953.

- Aquino, Tomás de. *Suma teológica*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1954.
- Araújo, Nádia de. “Os princípios Unidroit sobre contratos comerciais internacionais e a escolha da lei aplicável no direito interamericano”. In: Casella, Paulo Borba; Araújo, Nádia de; Rosa, Ana Miriam dos Santos (Orgs.). *A Convenção do México sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais e influencias para o direito internacional brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.
- Aristoteles. *Ética a Nicômaco*. Trad. Caeiro, Antonio de Castro. São Paulo: Atlas, 2009.
- Arnaud, André-Jean. *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nous jours*. Paris: Presses Universitaires de France, 1975.
- Atiyah, Patrick S. *Promises, Morals, and Law*. Oxford: Clarendon, 1983.
- Atiyah, Patrick S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon, 1979.
- Aubry, Charles; Rau, Charles-Frédéric. *Cours de droit civil français: d’après l’ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1856.
- Aubry, Jules. “Le domaine de la loi d’autonomie en droit international privé”. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, v. 23, 1896.
- Ayer, Alfred Jules. *Language, Truth, and Logic*. 2. ed. (1946; 1936). New York: Dover, 1952.
- Azevedo, Antonio Junqueira de. “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 107–125, 2002.
- Azevedo, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- Azevedo, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*. Tese de titularidade, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 1986.
- Azevedo, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Azevedo, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo:

Saraiva, 2012.

Azevedo, Antônio Junqueira de. “O direito civil tende a desaparecer?” *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 70, p. 197–210, 1975.

Azevedo, Antonio Junqueira de. “O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 273–281, 2000.

Bagchi, Aditi. “Contract and the Problem of Fickle People”. *Wake Forest Law Review*, v. 53, p. 1, 2018.

Barbieri, Catarina Helena Cortada. *Filosofia e direito privado: a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinrib*. São Paulo: Almedina, 2019.

Barboza, Heloísa Helena. “A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões”. In: Ehrhardt Jr., Marcos (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Barnett, Randy. “A Consent Theory of Contract”. *Columbia Law Review*, v. 86, p. 269–321, 1986.

Barroso, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 23–50, 2015.

Barroso, Luís Roberto. “Eficácia e efetividade do direito à liberdade”. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Beauchamp, Tom L.; Childress, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Pudenzi, Luciana. São Paulo: Loyola, 2002.

Beauchamp, Tom L.; Childress, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Beecher, Henry K. “Ethics and Clinical Research”. *New England Journal of Medicine*, v. 274, n. 24, p. 1354–1360, 1966.

Ben-Shahar, Omri; Porat, Ariel. “Personalizing Mandatory Rules in Contract Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 86, n. 2, p. 255–282, 2019.

- Berlin, Isaiah. "The Counter-Enlightenment (1973)". In: *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2000.
- Betti, Emilio. "Autonomia privata". In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: Tipografia Sociale, 1958, v. 1, 2.
- Betti, Emilio. "Autonomia privata e competenza della 'lex loci actus'". *Rivista di diritto internazionale*, v. 22, 9, 1930.
- Betti, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- Betti, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1990.
- Betti, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Miranda, Fernando de. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. 3v.
- Beudant, Charles. *Le droit individuel et l'état: introduction à l'étude du droit*. Paris: Rousseau, 1891.
- Beviláqua, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921.
- Beviláqua, Clóvis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre direito privado*. Recife: [s.n.], 1893.
- Bianca, Cesare Massimo. *Le autorità private*. Napoli: Jovene, 1977.
- Birocchi, Italo. *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*. Torino: Giappichelli, 2002.
- Birocchi, Italo. *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*. Torino: Giappichelli, 1997. (Il diritto nella storia, 5).
- Birocchi, Italo. "Notazioni sul contratto". *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 19, 1990.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. reedição. Philadelphia: Lippincot, 1893. Disponível em: <1. ed., 1765-1769>.
- Bobbio, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Fait, Alfredo. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

- Bobbio, Norberto. *Giurnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.
- Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Pugliesi, Márcio. São Paulo: Ícone, 2006.
- Bobbio, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Agostinetti, Denise. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- Borges, Maria. *Emotion, Reason, and Action in Kant*. New York: Bloomsbury, 2019.
- Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. “Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)*, v. 11, p. 55–77, 2017.
- Bourdieu, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. 11. ed. Campinas: Papyrus, 1996.
- Brink, David. “Mill’s Moral and Political Philosophy”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/mill-moral-political/>>. Acesso em: 12 out. 2019.
- Brocher, Charles. *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*. Paris: Thorin, 1883.
- Bromwich, David. “A Note on the Life and Thought of John Stuart Mill”. In: Mill, John Stuart (Ed.). *On Liberty*. New Haven: Yale University Press, 2003. (Rethinking the Western tradition).
- Broome, John. *Ethics Out of Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Bueno, José Antônio Pimenta. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brazil*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1863.
- Bustamante, Thomas. “Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian Response to Mark Greenberg’s Moral Impact Theory of Law”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 32, n. 1, p. 5–43, 2019.
- Buxbaum, Richard M. “Is ‘Network’ a Legal Concept?” *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, v. 149, n. 4, p. 698–705, 1993.

- Bydlinski, Franz. *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*. Wien: Springer, 1967.
- Byrd, B. Sharon; Hruschka, Joachim. *Kant's Doctrine of right: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Caenegem, Raoul Charles Van. *Juízes, legisladores e professores*. Trad. Borges, Luís Carlos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- Cairns, John. "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants". *Georgia Journal of International & Comparative Law*, v. 41, n. 3, p. 637, 2014.
- Calabresi, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- Calabresi, Guido; Melamed, A. Douglas. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral". *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089–1128, 1972.
- Calasso, Francesco. "Autonomia (storia)". In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. 4, 349–355.
- Caleb, Marcel. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Paris: Sirey, 1927.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*. München: Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Sarlet, Ingo Wolfgang; Pinto, Paulo Cardoso Correia da Mota. Coimbra: Almedina, 2003.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Cordeiro, António Menezes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.
- Candido [de Mello e Souza], Antonio. *Literatura e sociedade*. 1965; 13. ed. São Paulo: Ouro sobre Azul, 2014.
- Cane, Peter. "The Anatomy of Private Law Theory: A 25th Anniversary Essay". *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 2, p. 203–217, 2005.
- Cantarella, Eva. *Diritto romano: istituzioni e storia*. Milano: Mondadori, 2010.
- Cantarella, Eva. "Women and Patriarchy in Roman Law". In: Plessis, Paul J. du; Ando,

- Clifford; Tuori, Kaius (Orgs.). *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Cardilli, Riccardo. *Damnatio e oportere nell'obbligazione*. Napoli: Jovene editore, 2016.
- Carella, Gabriella. *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*. [s.l.: s.n.], 1999.
- Castro Júnior, Torquato da Silva. “Metáforas na teoria do fato jurídico”. In: Didier Júnior, Fredie; Ehrhardt Júnior, Marcos (Orgs.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, 635–654.
- Cazzetta, Giovanni. “Pagina introduttiva. Autonomia: per un’archeologia del sapere giuridico fra Otto e Novecento”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 1–21, 2014.
- Chade, Jamil. *Itamaraty contraria Constituição e prega religião como política de Estado*. Uol. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2019/11/28/governo-bolsonaro-cristaos-hungria-diplomacia-itamaraty.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2019.
- Chang, Ruth. “Grounding Practical Normativity: Going Hybrid”. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, v. 164, n. 1, p. 163–187, 2013.
- Cícero, Marco Túlio. *Tusculanæ Disputationes*. Disponível em: <https://la.wikisource.org/wiki/Tusculan%C3%A6_Disputationes/Liber_V>. Acesso em: 3 out. 2019.
- Clouser, K. D.; Gert, B. “A Critique of Principlism”. *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 15, n. 2, p. 219–236, 1990.
- Clouser, K. Danner; Gert, Bernard. “A Critique of Principlism”. *The Journal of Medicine and Philosophy*, v. 15, n. 2, p. 219–236, 1990.
- Coase, Ronald H. “The Nature of the Firm”. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.
- Coase, Ronald H. “The Problem of Social Cost”. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1–44, 1960.
- Comissione Teologica Internazionale, Sottocomissione libertà religiosa. “La libertà religiosa per il bene di tutti: approccio teologico alle sfide contemporanee”. 2019. Disponível

- em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_cti_20190426_liberta-religiosa_it.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.
- Commission on European Contract Law. *Principles of European contract law. Parts I, II and III*. Boston: Kluwer Law International, 2000.
- Cooter, Robert D. “Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, n. 5, p. 1643, 1996.
- Cooter, Robert D.; Porat, Ariel. *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts, and Restitution*. Princeton: Princeton University Press, 2014.
- Corbo, Wallace de Almeida. *Identidade constitucional: formação, transformação e crise*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.
- Cotton, Natalie C. “The Competence of Students as Editors of Law Reviews: A Response to Judge Posner”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 4, p. 951, 2006.
- Courtis, Christian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. In: Courtis, Christian (Org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2010.
- Cox, Harvey. *The Market as God*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- Crisp, Roger. “Introduction”. In: Aristoteles (Ed.). *Nicomachean Ethics*. Trad. Crisp, Roger. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Dagan, Hanoch. “Autonomy, Pluralism, and Contract Theory”. *Law & Contemporary Problems*, v. 76, p. 19–38, 2013.
- Dagan, Hanoch; Dorfman, Avihay. “Just Relationships”. *Columbia Law Review*, v. 116, n. 6, p. 1395–1460, 2016.
- Dagan, Hanoch; Heller, Michael. *The Choice Theory of Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Darwall, Stephen; Gibbard, Allan; Railton, Peter. “Toward Fin de siècle Ethics: Some Trends”. *The Philosophical Review*, v. 101, n. 1, p. 115–189, 1992.
- Decock, Wim. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.

- Dereux, Georges. “De la nature juridique des contrats d’adhésions”. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910.
- Devlin, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965.
- Diderot, Denis; Alembert, Jean Le Rond d’; Papillon, Jean-Michel; *et al.* *Encyclopédie, ou, Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*. Paris: Briasson, 1751.
- Diniz, Debora; Guilhem, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2017.
- Dolinger, Jacob. “Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts”. *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 283, 2000. Disponível em: <https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/evolution-of-principles-for-resolving-conflicts-in-the-field-of-contracts-and-torts-volume-283-ej.9789041114907.187_512>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- Dollat, Jacques. *Les contrats d’adhésion*. Paris: Sirey, 1905.
- Domat, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel (1689)*. 2. ed. Paris: Pierre Aubouin, 1823.
- Dreyfus. *L’acte juridique en droit privé international: étude sur le conflit de lois*. Paris: Arthur Rousseau, 1904.
- Duarte d’Almeida, Luís; Michelon, Cláudio. “The Structure of Arguments by Analogy in Law”. *Argumentation*, v. 31, n. 2, p. 359–393, 2017.
- Duguit, Léon. *L’État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Dalloz, 1901.
- Dworkin, Gerald. “Acting Freely”. *Noûs*, v. 4, n. 4, p. 367, 1970.
- Dworkin, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. (Cambridge Studies in Philosophy).
- Dworkin, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap, 2011.
- Dworkin, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. “Liberty and Moralism”. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

- Dworkin, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Cipolla, Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Dworkin, Ronald. *Religion Without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- Dworkin, Ronald. “The Model of Rules I”. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.
- Eidenmüller, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- Ernst, Antoine-Nicolas-Joseph. “La Cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?” *Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, v. 1, p. 250–264, 1826.
- Faden, Ruth R.; Beauchamp, Tom L. *A History and Theory of Informed Consent*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Falzea, Angelo. “Efficacia giuridica”. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1965, v. 14.
- Falzea, Angelo. *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1990.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4: Harmless Wrongdoing*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- Fernandez Arroyo, Diego P. “La convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au delà de Rome”. *Revue critique de droit international privé*, v. 84, 1995.
- Ferraz Júnior, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- Ferri, Luigi. *La Autonomía privada*. Trad. Sancho Mendizábal, Luis; Monereo Pérez, José Luis. Granada: Comares, 2001.
- Fletcher, George. “Law and Morality: A Kantian Perspective”. *Columbia Law Review*, v. 87, p. 533, 1987.
- Flikschuh, Katrin. *Kant and Modern Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

- Flume, Werner. *El negocio jurídico*. Trad. Miquel Gonzávez, José María; Gómez Calle, Esther. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- Foelix, Jean-Jacques Gaspard. *Traité du droit international privé: ou, du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*. Paris: Joubert, 1843.
- Fonnesu, Luca. “Il ritorno dell’autonomia. Kant e la filosofia classica tedesca”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 25–61, 2014.
- Forst, Rainer. *Contextos de justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Trad. Werle, Denilson Luís. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- Foucault, Michel. *Gênese e estrutura da antropologia de Kant*. Trad. Fonseca, Márcio Alves da; Muchail, Selma Tannus. São Paulo: Loyola, 2011.
- Frankfurt, Harry G. “Freedom of the Will and the Concept of a Person”. In: *The Importance of What We Care About: Philosophical Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Frankfurt, Harry G. *The Importance of What We Care About: Philosophical Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Freud, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. Trad. Souza, Paulo César de. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- Friedman, Lawrence Meir. *A History of American Law*. Edição: 3rd Revised ed. New York: Touchstone Books, 2005.
- Fuller, Lon L. “Consideration and Form”. *Columbia Law Review*, v. 41, n. 5, p. 799, 1941.
- Fuller, Lon L. “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630, 1958.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1969.
- Fuller, Lon L.; Perdue, William R. “The Reliance Interest in Contract Damages: 1”. *The Yale Law Journal*, v. 46, n. 1, p. 52–96, 1936.
- Fuller, Lon L.; Perdue, William R. “The Reliance Interest in Contract Damages: 2”. *The Yale*

- Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 373–420, 1937.
- Fürst, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.
- Gadamer, Hans-Georg. “Emilio Betti e a herança idealista”. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, Trad. Abdul-Nour, Soraya Dib; Pessôa, Leonel Cesarino. n. 1, p. 83–90, 1996.
- Gaffrée, Januário Lucas. *A teoria do conhecimento de Kant*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1909.
- Gallie, Walter Bryce. “Essentially Contested Concepts”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, p. 167–198, 1955.
- Gama Junior, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Gardner, John. “Dagan and Dorfman on the Value of Private Law”. *Columbia Law Review Online*, v. 117, p. 179–201, 2017.
- Gardner, John. *From Personal Life to Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Gardner, John. “Hart on Legality, Justice, and Morality”. In: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Gardner, John. “Law as a Leap of Faith”. In: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Gardner, John. “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”. In: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Gardner, John. “The Virtue of Justice and the Character of Law”. In: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Gauchet, Marcel. *The Disenchantment of the World: A Political History of Religion*. Trad. Burge, Oscar. 2. ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999. (New French thought).
- Gaus, Gerald; Courtland, Shane D.; Schmidtz, David. “Liberalism”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em:

<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/liberalism/>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

- Geismann, Georg. “Recht und Moral in der Philosophie Kants”. *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, v. 14, p. 3–124, 2006.
- Gérardin, H. *De la loi applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes*. Paris: Société des Publications du Centre, 1919.
- Ghestin, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J, 2006.
- Gilmore, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995. Disponível em: <1. ed. em 1974>.
- Gomes, Orlando. *A crise do direito*. Bahia: Vera-Cruz, 1945.
- Gomes, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- Gomes, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1963.
- Gordley, James R. “Equality in Exchange”. *California Law Review*, v. 69, n. 6, p. 1587, 1981.
- Gordley, James R. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Gordley, James R. *The Jurists: A Critical History*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Gordley, James R. “The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans”. *Tulane Law Review*, v. 84, p. 1437–1470, 2010.
- Gordley, James R. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon, 1991. (Clarendon law series).
- Gorla, Gino. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1955.
- Gounot, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: étude critique de l'individualisme juridique*. Dijon: Rousseau, 1912.
- Gregor, Mary J. *Laws of Freedom*. Oxford: Blackwell, 1963.
- Grey, Thomas C. “Serpents and Doves: A Note on Kantian Legal Theory”. *Columbia Law*

- Review*, v. 87, n. 3, p. 580–591, 1987.
- Grisez, Germain. “O primeiro princípio da razão prática (1965)”. *Revista Direito GV*, Trad. Lopes, José Reinaldo de Lima. v. 3, n. 2, p. 179–217, 2007.
- Grossi, Paolo (Org.). *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Milano: Giuffrè, 1972.
- Grossi, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.
- Grossi, Paolo. “Pagina introduttiva”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 7, p. 1–4, 1978.
- Grotius, Hugo. *Mare Liberum*. Leiden: Brill, 2009.
- Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 3v.
- Grundmann, Stefan; Riesenhuber, Karl (Orgs.). *Private Law Development in Context: German Private Law and Scholarship in the 20th Century*. Antwerp: Intersentia, 2018.
- Grüne-Yanoff, Till; Hertwig, Ralph. “Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?” *Minds and Machines*, v. 26, n. 1–2, p. 149–183, 2016.
- Guiliano, Mario. “La loi applicable aux contrats: problèmes choisis”. *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 158, p. 183–270, 1977.
- Günther, Klaus. *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Trad. Machado, Marta Rodriguez de Assis; Püschel, Flavia Portella. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Haack, Susan. “Do pragmatismo jurídico: aonde nos leva ‘O caminho do direito’?” *In: Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Trad. Vieira, André Godoy; Schneider, Nélío. São Leopoldo: Unisinos, 2015.
- Haakonssen, Knud. *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Habermas, Jurgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Rehg, William. Cambridge: The MIT Press, 1998.
- Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Siebeneichler, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Siebeneichler, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- Halpérin, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2012. (Collection Quadrige).
- Halpérin, Jean-Louis. “L’*autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté?*” *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 461–480, 2014.
- Hansson, Sven Ove; Grüne-Yanoff, Till. “Preferences”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/preferences/>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- Hare, Richard M. *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*. Oxford: Oxford University Press, 1981.
- Hart, Herbert L. A. “Between Utility and Rights”. *Columbia Law Review*, n. 79, p. 828–846, 1979.
- Hart, Herbert L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- Hart, Herbert L. A. *Law, Liberty, and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.
- Hart, Herbert L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958.
- Hart, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Hart, Herbert L. A. “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”. *University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, 1967.
- Hart, Herbert L. A. “The Ascription of Responsibility and Rights”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, n. 1, p. 171–194, 1949.
- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1998.
- Hart, Herbert L. A.; Honoré, Tony. *Causation in the Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- Hay, Peter; Borchers, Patrick J.; Symeonides, Symeon. *Conflict of Laws*. St. Paul: West, 2010.

- Hayek, Friedrich A. von. *John Stuart Mill and Harriet Taylor: Their Correspondence and Subsequent Marriage*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.
- Hesselink, Martijn. “Democratic Contract Law”. *European Review of Contract Law*, v. 11, 2015.
- Hillman, Robert A. *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. Dordrecht: Springer, 1996.
- Himmelfarb, Gertrude. *A Imaginação Moral: Jane Austen e George Eliot, Burke e Stuart Mill, Disraeli e Churchill, Oakeshott e Trilling e outros grandes nomes da política e da literatura*. São Paulo: É Realizações, 2018.
- Hippel, Fritz Richard Ferdinand von. *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie: Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr, 1936.
- Höffe, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Hamm, Christian Viktor; Rohden, Valério. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- Höffe, Otfried. “Kant’s innate right as a rational criterion for human rights”. In: Denis, Lara (Org.). *Kant’s Metaphysics of Morals: A Critical Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 71–92.
- Holm, Søren. “Not Just Autonomy – the Principles of American Biomedical Ethics”. *Journal of Medical Ethics*, v. 21, n. 6, p. 332–338, 1995.
- Holmes, Jr., Oliver Wendell. “The Path of the Law”. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, p. 457, 1897.
- Honoré, Tony. *Ulpian: Pioneer of Human Rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Huber, Ulrik. *Conflito de leis*. Trad. Valladão, Haroldo. [s.l.: s.n.], 1951.
- Hulshof, Monique. “Autonomia moral, soberania popular e uso público da razão em Kant”. *Las Torres de Lucca*, v. 7, n. 13, p. 147–167, 2018.
- Hume, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- International Institute for the Unification of Private Law. *Principles of International*

- Commercial Contracts*. Roma: Unidroit, 1994.
- Irti, Natalino. “Itinerari del negozio giuridico (1978)”. In: *Lecture bettiane del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.
- Irti, Natalino. *Lecture bettiniane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991.
- Irti, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma; Bari: Laterza, 2003.
- Jansen, Nils. *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*. [s.l.]: Oxford University Press, 2010.
- Jayme, Erik. *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*. Padova: CEDAM, 1988.
- Jestaz, Philippe; Jamin, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004. (Méthodes du droit).
- Jesus, Carlos Frederico Ramos de. *Entre pessoas e coisas: o status moral-jurídico dos animais*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://bdpi.usp.br/item/002871742>>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- Jhering, Rudolf von. “Im juristischen Begriffshimmel: Ein Phantastiebild”. In: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig: Breitkopf & Hartel, 1884.
- Jhering, Rudolf von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Trad. Benaion, Rafael. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- Johnson, Robert; Cureton, Adam. “Kant’s Moral Philosophy”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2019. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/kant-moral/>>. Acesso em: 27 maio 2019.
- Johnston, David C. “A History of Consent in Western Thought”. In: Miller, Franklin; Wertheimer, Alan (Orgs.). *The Ethics of Consent*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Kahneman, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- Kahn-Freund, Otto. “On Uses and Misuses of Comparative Law”. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1–27, 1974.
- Kant, Immanuel. “A paz perpétua”. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Morão,

- Artur. Lisboa: Edições 70, 2008.
- Kant, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 2008.
- Kant, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmatico*. Trad. Martins, Clélia Aparecida. São Paulo: Iluminuras, 2006.
- Kant, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. São Paulo: Vozes, 2017.
- Kant, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Vozes, 2016.
- Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Mattos, Fernando Costa. 4. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2015.
- Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Quintela, Paulo. Lisboa: Edições 70, 2011.
- Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Almeida, Guido Antônio. São Paulo: Discurso, 2009.
- Kant, Immanuel. *Kant: The Metaphysics of Morals*. Trad. Gregor, Mary. 2 edition. New York: Cambridge University Press, 2017.
- Kant, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Martins, Clélia Aparecida. Petrópolis: Vozes, 2017.
- Kant, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Trad. Morão, Artur. Lisboa: Edições 70, 2017.
- Kant, Immanuel. *Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*. Trad. Marques, José Oscar de Almeida. São Paulo: Estação Liberdade, 2014.
- Kant, Immanuel. “Resposta à pergunta: que é ‘esclarecimento’?” *In: Textos seletos*. Trad. Fernandes, Floriano de Sousa. Petrópolis: Vozes, 2012.
- Kant, Immanuel. “Sobre a expressão corrente: ‘Isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática’”. *In: A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Morão, Artur. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2008.
- Kar, Robin; Radin, Margaret. “Pseudo-Contract & Shared Meaning Analysis”. *Harvard Law Review*, v. 132, 2019.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Wedberg, Anders. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

- Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Machado, João Baptista. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- Kelsen, Hans. “The Function of a Constitution”. In: Tur, Richard; Twining, William L. (Orgs.). *Essays on Kelsen*. Trad. Stewart, Iain. Oxford: Clarendon, 1986, 109–119.
- Kennedy, Duncan. “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”. In: Brownsword, Roger; Micklitz, Hans W.; Niglia, Leone; *et al* (Orgs.). *The Foundations of European Private Law*. Oxford: Hart, 2011.
- Kennedy, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication”. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, p. 1685–1778, 1976.
- Kennedy, Duncan. “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form’”. *Columbia Law Review*, v. 100, p. 94, 2000.
- Kennedy, Duncan. “Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 58, n. 4, p. 811–841, 2010.
- Kennedy, Duncan. “The Political Stakes in ‘Merely Technical’ Issues of Contract Law”. *European Review of Private Law*, v. 10, n. 1, p. 7–28, 2002.
- Kennedy, Duncan. “The Structure of Blackstone’s Commentaries”. *Buffalo Law Review*, v. 28, p. 205, 1978.
- Kennedy, Duncan. “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000”. In: Trubek, David M.; Santos, Alvaro (Orgs.). *The New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 19–73.
- Kessler, Friedrich. “Contracts of Adhesion: Some Thoughts about Freedom of Contract”. *Columbia Law Review*, v. 43, 1943.
- Kimel, Dori. “The Choice Theory of Contract. By Hanoch Dagan and Michael Heller”. *The Cambridge Law Journal*, v. 78, n. 1, p. 202–207, 2019.
- Klemme, Heiner F. “How Is Moral Obligation Possible? Kant’s ‘Principle of Autonomy’ in Historical Context”. In: Bacin, Stefano; Sensen, Oliver (Orgs.). *The Emergence of Autonomy in Kant’s Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Köpcke Tinturé, Maris. *Legal Validity: The Fabric of Justice*. London: Bloomsbury, 2019.

- Kordana, Kevin; Blankfein-Tabachnick, David. "Rawls and Contract Law". *George Washington Law Review*, v. 73, p. 598–632, 2005.
- Korsgaard, Christine M. "Kantian Ethics, Animals, and the Law". *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 33, n. 4, p. 629–648, 2013.
- Korsgaard, Christine M. *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Koselleck, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Boas, Luciana Villas. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- Kramer, Matthew H. *Liberalism with excellence*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Kronman, Anthony T. "Contract Law and Distributive Justice". *Yale Law Journal*, v. 89, p. 472–511, 1980.
- La Torre, Massimo. *La "lotta contro il diritto soggettivo": Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*. Milano: Giuffrè, 1988.
- Lacey, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Lafer, Celso. "A presença de Bobbio no Brasil". In: Filippi, Alberto; Lafer, Celso (Orgs.). *A presença de Bobbio: América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- Landes, William M.; Posner, Richard A. "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study". *The Journal of Law and Economics*, v. 36, n. 1, Part 2, p. 385–424, 1993.
- Lando, Ole. "Contracts". In: Lipstein, Kurt; David, René; Lando, Ole (Orgs.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: Mohr, 1976, v. 3, Private International law.
- Lando, Ole. "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations". *King's College Law Journal*, v. 7, p. 55, 1997.
- Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Lamego, José. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- Latour, Bruno. *A fabricação do direito: um estudo de etnologia jurídica*. Trad. Meneguello, Rachel. São Paulo: Editora Unesp, 2019. Disponível em:

<<http://editoraunesp.com.br/catalogo/9788539307999,a-fabricacao-do-direito>>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

- Laurent, François. *Principes de droit civil*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1875.
- Leal, Fernando. “Seis objeções ao direito civil Constitucional”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, n. 33, p. 123–164, 2015.
- Legrand, Pierre. “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. “Direito e economia: os caminhos do debate”. In: Lima, Maria Lúcia L. M. Padua (Org.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de informação legislativa*, v. 40, p. 49–64, 2003.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. “Raciocínio jurídico e economia”. *Revista de direito público da economia*, v. 8, 2004.
- LoPucki, Lynn M. “Disciplining Legal Scholarship”. *Tulane Law Review*, v. 90, p. 1, 2015.
- Lysaught, M. Therese. “Respect: Or, How Respect for Persons Became Respect for Autonomy”. *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, v. 29, n. 6, p. 665–680, 2004.
- MacCormick, Neil. *Practical Reason in Law and Morality*. (2008). Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Macedo Junior, Ronaldo Porto Macedo. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- Macedo Junior, Ronaldo Porto Macedo. “Kant e a crítica da razão: moral e direito”. In: Júnior, Ronaldo Porto Macedo (Org.). *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008.

- Macklem, Timothy; Gardner, John. “Value, Interest and Well-Being”. *Utilitas*, v. 18, n. 4, p. 362–382, 2006.
- Macleod, Christopher. “John Stuart Mill”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Fall 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/mill/>>. Acesso em: 12 out. 2019.
- Mancini, Pasquale Stanislao. “De l’utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”. *Journal de droit international*, v. 1, p. 285–304, 1874.
- Mancini, Pasquale Stanislao. “Samama”. In: *Quistioni di diritto*. Napoli: Marghieri, 1878, v. 2.
- Manigk, Alfred. *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*. Berlin: Vahlen, 1935.
- Marino, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Markesinis, Basil S.; Unberath, Hannes; Johnston, Angus Charles. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2. ed. Oxford: Hart, 2006.
- Marques, Claudia Lima; Miragem, Bruno. “Autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro”. In: Grundmann, Stefan; Baldus, Christian; Dias, Rui; et al (Orgs.). *Autonomie im Recht*. [s.l.]: Nomos, 2016, 17–60.
- Martin, Xavier. *Mythologie du Code Napoléon: aux soubassements de la France moderne*. Bouere: Morin, 2003. (L’homme des droits de l’homme ; 2).
- Martins-Costa, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Martins-Costa, Judith Hofmeister. “Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos”. *Cadernos do PPG em Direito UFRGS*, v. 6, p. 13–49, 2007.
- Martins-Costa, Judith Hofmeister. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*. Tese de livre-docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito,

2004.

- Marx, Karl; Engels, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas*. Trad. Enderle, Rubens, Schneider, Nélio; Martorano, Luciano Cavini. São Paulo: Boitempo, 2007.
- Maza Gazmuri, Íñigo de la; Pizarro Wilson, Carlos; Vidal Olivares, Alvaro. *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Madrid: Imprenta Nacional, 2017.
- Michelon, Claudio. *Legal Reasoning (Virtues)*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3562399>>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- Micklitz, Hans-W. “The ‘New’ European Private Law”. In: Amtenbrink, Fabian; Davies, Gareth; Kochenov, Dimitry; et al (Orgs.). *The Internal Market and the Future of European Integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 578–589.
- Migliore, Alfredo Domingues Barbosa. *A personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- Miles, Steven H. *The Hippocratic Oath and the Ethics of Medicine*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Mill, John Stuart. *Autobiography and Literary Essays*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.
- Mill, John Stuart. “Bentham”. In: Robson, John M. (Org.). *Essays on Ethics, Religion and Society*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006, 77–115. (The Collected Works of John Stuart Mill, 10).
- Mill, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Madeira, Pedro. Lisboa: Edições 70, 2006.
- Mill, John Stuart. *The Subjection of Women*. London: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1869.
- Mill, John Stuart. *Utilitarismo*. Trad. Galvão, Pedro. Porto: Porto Editora, 2005.
- Miller, Jon. “Hugo Grotius”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2014. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/grotius/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

- Mills, Alex. *Party Autonomy in Private International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.
- Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- Moraes, Maria Celina Bodin de; Castro, Thamis Dalsenter Viveiros de. “A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo”. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 19, n. 3, p. 779–818, 2014.
- Moraes, Maria Celina Bodin. “A caminho de um direito civil-constitucional”. *Estado, Direito e Sociedade*, v. 1, 1991.
- Moreira, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.
- Moro, Sergio Fernando. “A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 36, p. 337–356, 2001.
- Muñoz, Maria Paula Costa Bertran. *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Edusp, 2015.
- Murakami, Junichi. “Zur Geschichte des Begriffs ‘Privatautonomie’”. In: Dieckmann, Albrecht; Müller-Freienfels, Wolfram (Orgs.). *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*. Baden-Baden: Nomos, 1986.
- Murdoch, Iris. *The Sovereignty of Good*. London: Routledge, 2006. (Routledge classics).
- Múrias, Pedro. “A unificação das impossibilidades”. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, v. 29, p. 129–199, 2015.
- Navarretta, Emanuela. “L’evoluzione dell’autonomia contrattuale fra ideologie e principi”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 43, p. 589–647, 2014.
- Negreiros, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Niboyet, Jean Paulin. “La théorie de l’autonomie de la volonté”. *Recueil des cours de*

- l'Académie de droit international*, v. 16, p. 1–116, 1928.
- Nishitani, Yuko. *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*. Heidelberg: Winter, 2000.
- Noronha, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 2013.
- Nussbaum, Martha. “Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law [Commentary]”. *Harvard Law Review*, v. 107, p. 714–744, 1994.
- Nygh, Peter E. *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Clarendon, 1999.
- Olive, Louis-Henri-Emmanuel. *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*. [s.l.: s.n.], 1899.
- O'Neill, Onora. *Acting on Principle: An Essay on Kantian Ethics*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- O'Neill, Onora. *Autonomy and Trust in Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. (Gifford lectures, 2001).
- Papish, Laura. “Kant’s Revised Account of the Non-Moral Imperatives of Practical Reason”. *Ergo*, v. 5, 2018.
- Parfit, Derek. *On What Matters*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 3v.
- Parfit, Derek. *On What Matters*. Oxford: Oxford University Press, 2017. 3v.
- Parry, Geraint. “Émile: Learning to Be Men, Women, and Citizens”. In: Riley, Patrick (Org.). *The Cambridge Companion to Rousseau*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Pateman, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Avancini, Marta. São Paulo: Paz e Terra, 1993.
- Paulson, Stanley L. “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 3, p. 311–332, 1992.
- Peari, Sagi. *The Foundation of Choice of Law: Choice and Equality*. New York: Oxford University Press, 2018.

- Peczenik, Aleksander; Lindahl, Lars; Roermund, Bert van (Orgs.). *Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. 1. ed. 1984. Dordrecht: Springer, 2011.
- Perlingieri, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- Pessôa, Leonel Cesarino. *A teoria da interpretação jurídica de Emílio Betti: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.
- Pillet, Antoine. “Essai d’un système général de solution des conflits de lois [I]”. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1894.
- Pillet, Antoine. “Essai d’un système général de solution des conflits de lois [II]”. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1895.
- Pillet, Antoine. “La synthèse du droit international privé”. *Journal du droit international privé*, 1900.
- Pirie, Fernanda. *Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Pistor, Katharina. *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2020.
- Pogge, Thomas W. “Is Kant’s *Rechtslehre* Comprehensive?” *The Southern Journal of Philosophy*, v. 36, p. 161–187, 1998.
- Portalis, Jean-Étienne-Marie. “Discurso preliminar ao primeiro projeto de Código Civil”. In: Lopes, José Reinaldo de Lima; Queiroz, Rafael Mafei Rabelo; Acca, Thiago dos Santos (Eds.). *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2009.
- Posenato, Naiara. *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*. Padova: CEDAM, 2010. (Biblioteca giuridica, 48).
- Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown and Company, 1973.
- Pothier, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Paris: Debure, 1761.
- Potter, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the Future*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

- Powell, Walter W. “Neither Market Nor Hierarchy: Network Forms of Organization”. *Research in Organizational Behaviour*, v. 12, p. 295–336, 1990.
- Pugliatti, Salvatore. “Autonomia privata”. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. 4, 366–369.
- Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009.
- Quong, Jonathan. *Liberalism without perfection*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Raiser, Ludwig. “La libertà contrattuale oggi”. In: *Il compito del diritto privato: Saggi di diritto privato e di diritto dell’economia di tre decenni*. Trad. Mazzoni, Cosimo Marco; Varano, Vincenzo. Milano: Giuffrè, 1990. (Giuristi stranieri di oggi ; 12).
- Raiser, Ludwig. “La libertà contrattuale oggi”. In: *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell’economia di tre decenni*. Trad. Graziadei, Marta. Milano: Giuffrè, 1990.
- Ramos, Luiz Felipe Rosa; Silva Filho, Osny da. *Orlando Gomes*. São Paulo: Elsevier, 2015.
- Ranouil, Véronique. *L’autonomie de la volonté: naissance et evolution d’un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.
- Ráo, Vicente. *Ato juridico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap, 1971.
- Rawls, John. “Kantian Constructivism in Moral Theory”. *The Journal of Philosophy*, v. 77, n. 9, p. 515–572, 1980.
- Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- Raz, Joseph. “A Hedgehog’s Unity of Value”. In: Waluchow, Wil; Sciaraffa, Stefan (Orgs.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 3–22.
- Raz, Joseph. *A moralidade da liberdade*. Trad. Blecher, Carlos Henrique de Oliveira; Rosa, Leonardo Gomes Penteadó. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Raz, Joseph. “Promises in Morality and Law”. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 4, p. 916, 1982.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. 11a. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- Reale, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.
- Reale, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1992.
- Reinhold, Karl Leonhard. *Letters on the Kantian Philosophy*. Trad. Hebbeler, James. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Reis, Thiago. “From ‘Factum’ to Juridical Fact: Modern Legal Rationality Between Facts and Norms”. *Direito & justiça*, v. 40, p. 101–105, 2014.
- Research Group on EC Private Law. *Contract: principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. München: Sellier European Law Publishers, 2007.
- Ribeiro, Gonçalo de Almeida. *The Decline of Private Law: A Philosophical History of Liberal Legalism*. London: Hart, 2019.
- Ricoeur, Paul. “Autonomia e vulnerabilidade”. In: Ricoeur, Paul (Ed.). *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 2, 79–100.
- Ripstein, Arthur. *Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- Rocca, Riccardo. *La teoria dell’autonomia della volontà in diritto internazionale privato*. Torino: A. Viretto, 1914.
- Rodrigues Junior, 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, 2004.
- Rodrigues Junior, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: GEN, 2019.
- Rodrigues Junior, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e*

teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- Rodrigues Junior, Otavio Luiz; Nunes-Fritz, Karina; Rodas, Sérgio. “Entrevista com Stefan Grundmann”. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 9, p. 337–350, 2016.
- Rohlf, Michael. “Immanuel Kant”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/kant/>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- Roppo, Enzo. *O Contrato*. Trad. Coimbra, Ana; Januário, Manuel. Coimbra: Almedina, 1988.
- Rothman, David J. *Strangers at the Bedside: A History of How Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making*. New York: Basic Books, 1991.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Brandão, Eduardo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Emílio, ou da educação*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- Rückert, Joachim. “Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts”. In: Thompson, Martyn P. (Org.). *John Locke und Immanuel Kant: historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. (Philosophische Schriften, Bd. 3).
- Rückert, Joachim; Seinecke, Ralf (Orgs.). *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Sacco, Rodolfo. “Autonomia nel diritto privato”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. 4. ed. Torino: UTET, 1987, v. 1.
- Sacco, Rodolfo. “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, 1991. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ajcl/article-lookup/doi/10.2307/840669>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- Salama, Bruno Meyerhof. “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”. In: Lima, Maria Lúcia L. M. Pádua (Org.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- Salama, Bruno Meyerhof. “Spread bancário e enforcement contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica”. *Revista brasileira de economia*, v. 71, n. 1,

p. 111–133, 2017.

Saleilles, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. Paris: Pichon, 1901.

Saleilles, Raymond. *De la personnalité juridique: histoire et théories. 23 leçons d'introduction a un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*. Paris: Rousseau, 1910.

Sanches, Almir Teubl. *A teoria da justiça de Adam Smith: a confusão histórica entre justiça distributiva e caridade*. text, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-09122013-143751/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Sarmiento, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. [s.l.: s.n.], 2016.

Savigny, Carl Friedrich von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Scialoja, Vittorio. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886.

Schauer, Frederick F. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009.

Schiavone, Aldo. *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. reedição. Torino: Einaudi, 2017.

Schipani, Sandro. “‘Principia iuris potissima pars principium est’: princípios gerais do direito”. In: Araujo, Danilo Borges dos Santos Gomes de; Schipani, Sandro (Orgs.). *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. Trad. Silva Filho, Osny da. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

Schmidt, Jürgen. *Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform: Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

Schneewind, Jerome B. *A invenção da autonomia*. Trad. Lopes, Magda França; Valls, Álvaro Montenegro. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

Schneewind, Jerome B. “Autonomy after Kant”. In: Sensen, Oliver (Org.). *Kant on Moral Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 146–168.

Schönecker, Dieter; Wood, Allen W. *A Fundamentação da metafísica dos costumes de Kant: um comentário introdutório*. Trad. Santos, Robinson dos; Neumann, Gerson. São

- Paulo: Loyola, 2014.
- Schuartz, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130–158, 2008.
- Schwetz, Bernard A. *Interview with Tom Beauchamp: Oral History of the Belmont Report and the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. HHS.gov. Disponível em: <<https://www.hhs.gov/ohrp/education-and-outreach/luminaries-lecture-series/belmont-report-25th-anniversary-interview-tbeacham/index.html>>. Acesso em: 25 out. 2019.
- Scognamiglio, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1950.
- Scognamiglio, Renato. “Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 7, 1954.
- Sen, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Motta, Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- Sensen, Oliver. *Kant on Human Dignity*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2011. Disponível em: <<https://www.degruyter.com/view/product/179324>>. Acesso em: 9 out. 2019.
- Shapiro, Fred R. “The Most-Cited Legal Scholars”. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. S1, p. 409–426, 2000.
- Shell, Susan Meld. “Anticipations of Autonomy: Freedom, Obligation, and the Concept of a World in Kant’s Writings of the Mid-1750s to Mid-1760s”. In: Bacin, Stefano; Sensen, Oliver (Orgs.). *The Emergence of Autonomy in Kant’s Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Siems, Mathias M. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Silva, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- Silva, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- Silva, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. [s.l.]: Editora FGV, 2014.

- Silva, Felipe Gonçalves. *Liberdades em disputa: a reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- Silva Filho, Osny da. “Contract as Inequality”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 89–107, 2017.
- Silva Filho, Osny da. *Direito dos contratos e doutrina contratual*. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016.
- Silva Filho, Osny da. “Entre mercado e hierarquia: repercussões da desverticalização na disciplina dos contratos empresariais”. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 163, p. 120–137, 2014.
- Silva Filho, Osny da. “Punitive (and) Pain-and-Suffering Damages in Brazil”. In: White, Mark D. (Org.). *Law and Social Economics: Essays in Ethical Values for Theory, Practice, and Policy*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, 183–207. (Perspectives from Social Economics). Disponível em: <https://doi.org/10.1057/9781137443762_10>. Acesso em: 7 ago. 2020.
- Silva, Luis Renato Ferreira. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- Skorupski, John. *John Stuart Mill*. London: Routledge, 1989.
- Smart, John J. C. “An Outline of a System of Utilitarian Ethics”. In: Smart, John J. C.; Williams, Bernard (Eds.). *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.
- Smits, Jan M. *Advanced Introduction to Private Law*. Cheltenham: Elgar, 2017. (Elgar advanced introductions).
- Spencer, Herbert. *Social Statics (1851)*. Edição americana. [s.l.]: Williams and Norgate, 1868.
- Stang, Nicholas F. “Kant’s Transcendental Idealism”. In: Zalta, Edward N. (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2018. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/kant-transcendental-idealism/>>. Acesso em: 26 out. 2019.
- Sternhell, Zeev. *The Anti-Enlightenment Tradition*. Trad. Maisel, David. New Haven: Yale

- University Press, 2009.
- Stolfi, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: Cedam, 1947.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, 1834.
- Strenger, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- Study group on a European Civil Code. *Principles, definitions and model rules of European private law draft common frame of reference (DCFR)*. München: Sellier, 2009.
- Sunstein, Cass R. “Incompletely Theorized Agreements”. *Harvard Law Review*, v. 108, n. 7, p. 1733–1772, 1995.
- Sunstein, Cass R. “Reagan Appointee and (recent) McCain Adviser Charles Fried Supports Obama”. *The New Republic*, 2008. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/45415/reagan-appointee-and-recent-mccain-adviser-charles-fried-supports-obama>>.
- Surville, Pierre Gustave Fernand. *Cours élémentaire de droit international privé, conforme au programme des facultés de droit*. 7. ed. Paris: Rousseau, 1925.
- Surville, Pierre Gustave Fernand. “De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé”. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, v. 16, 1889.
- Taylor, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Trad. Amaral, Adail Ubirajara; Azevedo, Dinah de Abreu. São Paulo: Loyola, 2005.
- Taylor, Charles. “What’s Wrong with Negative Liberty”. In: *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- Teixeira, Ana Carolina Brochado. “Autonomia existencial”. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 16, n. 0, p. 75, 2018.
- Tepedino, Gustavo. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”. *Revista de direito do estado*, v. 2, p. 27–53, 2006.
- Terra, Ricardo Ribeiro. “A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana”. *Filosofia*

- política*, v. 4, p. 49–65, 1987.
- Terra, Ricardo Ribeiro. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- Teubner, Gunther. “‘Coincidentia Oppositorum’: Hybrid Networks Beyond Contract Organization”. In: Amstutz, Marc; Teubner, Gunther (Orgs.). *Networks: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. London: Hart, 2009.
- Thaler, Richard H.; Sunstein, Cass R. “Libertarian Paternalism”. *American Economic Review*, v. 93, p. 175–179, 2003.
- Thaler, Richard H.; Sunstein, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin, 2008.
- The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. “The Belmont Report”. 1978. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/the-belmont-report-508c_FINAL.pdf>.
- Tierney, Brian. *Liberty and Law: The Idea of Permissive Natural Law, 1100-1800*. Washington: The Catholic University of America Press, 2014.
- Tönnies, Ferdinand. *Community and Civil Society*. Trad. Harris, José. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Trevisan, Diego Kosbiau. *O tribunal da razão: um estudo histórico e sistemático sobre as metáforas jurídicas na Crítica da razão pura*. tese de doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2015.
- Trevisan, Diego Kosbiau. “Volonté générale e a autonomia da vontade. A presença de Rousseau na origem político-jurídica da filosofia moral de Kant”. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 22, n. 3, p. 129–142, 2017.
- Unger, Roberto Mangabeira. *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*. Trad. Amato, Lucas Fucci. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa do Direito, 2017.
- Vanzella, Rafael. “O contrato, de Enzo a Vincenzo”. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 221–227, 2005.
- Vignali, Giovanni. *Corpo del diritto (Codice, vol. I)*. Napoli: Achille Morelli, 1860.
- Villey, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes,

2005.

- Voegelin, Eric. "Theory of Law". In: *The Theory of Governance and Other Miscellaneous Papers, 1921-1938*. Columbia: University of Missouri Press, 2003.
- Volante, Raffaele. *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*. Milano: Giuffrè, 2001.
- Voyiakis, Emmanuel. *Private law and the value of choice*. Oxford: Hart, 2017. (Law and practical reason, volume 8).
- Walch, Johann Georg. *Philosophisches Lexicon*. 4. ed. Leipzig: Gleditschens, 1775.
- Waldron, Jeremy. "Kant's Legal Positivism". *Harvard Law Review*, v. 109, n. 7, p. 1535–1566, 1996.
- Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- Waline, Marcel. *L' Individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestien, 1945.
- Wall, Steven. "Autonomy as a Perfection". *The American Journal of Jurisprudence*, v. 61, n. 2, p. 175–194, 2016.
- Waluchow, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 1994.
- Watkins, Eric. "Autonomy and the Legislation of Laws in the Prolegomena (1783)". In: Bacin, Stefano; Sensen, Oliver (Orgs.). *The Emergence of Autonomy in Kant's Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Watson, Alan. "From Legal Transplants to Legal Formants". *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 3, p. 469–476, 1995.
- Weber, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Weber, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Weinrib, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Weinrib, Ernest J. "Law as a Kantian Idea of Reason". *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472–508, 1987.

- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Weiss, André. *Traité élémentaire de droit international privé*. Paris: L. Larose et Forcel, 1886.
- Weiss, André. *Traité théorique et pratique de droit international privé*. Paris: L. Larose & Forcel, 1901.
- West, Robin. “Consent, Legitimation, and Dysphoria”. *The Modern Law Review*, v. 82, n. 6, 2019.
- White, Hayden. “Foreword”. In: Koselleck, Reinhart (Ed.). *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts*. Trad. Presner, Todd Samuel. Stanford: Stanford University Press, 2002. (Cultural memory in the present).
- Whitman, James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*. Princeton: Princeton University Press, 2014.
- Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. Hespanha, António Manuel Botelho. 3. Aufl. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- Wilhelmsson, Thomas. *Critical Studies in Private Law: A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*. Dordrecht: Springer, 1992. (Law and Philosophy Library).
- Williams, Bernard. “A Critique of Utilitarianism”. In: Smart, John J. C.; Williams, Bernard (Eds.). *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.
- Williston, Samuel. *Selections from Williston’s Treatise on the law of contracts*. New York: Baker, Voorhis & Co., 1938.
- Windscheid, Bernhard Joseph Hubert. *Diritto delle pandette*. Trad. Fadda, Carlo; Bensa, Paolo Emilio. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.
- Wood, Allen W. “The Final Form of Kant’s Practical Philosophy”. *Southern Journal of Philosophy*, v. 36, n. S1, p. 1–20, 1997.
- Zanetti, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.
- Zanitelli, Leandro Martins. “Rawls and Private Law”. *Juris poiesis*, v. 22, n. 28, p. 59–76, 2019.

Zeiller, Franz von. *Das natürliche Privat-Recht*. Wien: Wappler & Beck, 1802.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. reedição. Oxford: Clarendon, 1996.

Zingano, Marco. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

Zipursky, Benjamin. “The Inner Morality of Private Law”. *American Journal of Jurisprudence*, v. 58, p. 27–44, 2013.