XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

VALTER MOURA DO CARMO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Maria Creusa De Araújo Borges, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-988-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Nos dias 18, 19 e 20 de setembro de 2024, foi realizado o XIII Encontro Internacional do CONPEDI na Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. O evento objetivou promover a socialização das pesquisas jurídicas, desenvolvidas nos programas de pós-graduação e na graduação no Brasil, com ênfase na internacionalização e com aporte em debate qualificado, coordenado pelos professores doutores Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba) e Valter Moura do Carmo (Universidade Federal Rural do Semi-Árido) no âmbito do GT Direito Civil Contemporâneo. Ressalta-se, nesse debate, a configuração de uma agenda de investigação abastecida pelas demandas contemporâneas que emergem das novas tecnologias, impactando no campo do Direito Civil. Nessa agenda, são, também, revisitados, sob novas abordagens, os temas clássicos, tais como: o direito de propriedade, o direito de famílias, o direito à saúde, responsabilidade civil, capacidade civil, função social da empresa, contratos de locação.

Nesse âmbito, o primeiro trabalho tratou do tema “A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABANDONO DA PROPRIEDADE E A ALTERAÇÃO PROPOSTA PELO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL”, abordando as inovações propostas pelo projeto de reforma do Código Civil relativas ao direito de propriedade, ressaltando as tensões em torno da constitucionalidade ou não da presunção absoluta do abandono em consonância com o princípio da função social e com as garantias do devido processo legal. O trabalho 'A CONTRIBUIÇÃO DA APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA A DINÂMICA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA' aborda a evolução do conceito de família, explorando uma perspectiva mais ampla e plural no âmbito dos princípios constitucionais.

Já o trabalho “A DEMASIADA CONTRATUALIZACAO DAS RELACOES FAMILIARES COMO CONSEQUENCIA DA INVESTIGACAO DE ZYGMUNT BAUMAN EM “AMOR LÍQUIDO” enfatiza a excessiva contratualização das relações familiares, uma questão posta a partir da perspectiva de “amor líquido” proposta por Zygmunt Bauman. Por sua vez, o artigo “A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA TERMINALIDADE: PERSPECTIVAS DO DIREITO E DA MEDICINA” problematiza a relação médico-paciente no quadro da terminalidade da vida, tendo como norte o valor da felicidade.

O regime de responsabilidade e a questão da patrimonialização da falta de afeto nas relações familiares são discutidos no trabalho “ABANDONO AFETIVO: DICOTOMIA ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PARENTAL E A PATRIMONIALIZAÇÃO PELA AUSÊNCIA DO AFETO”. O tema da responsabilidade é retomado no trabalho “ANÁLISE DO ACOLHIMENTO PELOS TRIBUNAIS DA ILEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES JUDICIAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL MOVIDAS CONTRA O SUBSÍNDICO”, ao problematizar sobre a questão da ilegitimidade passiva do subsíndico nas ações judiciais contra o condomínio.

A questão dos fundamentos constitucionais e a autonomia do Direito Civil são problematizados no trabalho “AUTONOMIA DO DIREITO CIVIL NO PARADIGMA DA DIGNIDADE HUMANA”, tendo como eixo analítico a dignidade da pessoa humana desde uma perspectiva do Direito Civil-Constitucional. Os direitos das pessoas com deficiência são tratados no trabalho “CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO”. Revisita o instituto da capacidade civil no tocante às pessoas com deficiência, ao considerar que essas pessoas têm a capacidade de tomar decisões com autonomia – tomada de decisão apoiada - e que a curatela constitui medida excepcional em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O trabalho “DAS SESMARIAS AO REGISTRO IMOBILIÁRIO: UMA HISTÓRIA SOBRE O SURGIMENTO DO CONCEITO MODERNO DE PROPRIEDADE NO BRASIL” problematiza o direito de propriedade desde uma perspectiva interdisciplinar, ao se alimentar da abordagem histórica na apropriação do conceito de propriedade. A questão das configurações contemporâneas de família é tratada no trabalho “FAMÍLIA MULTIESPÉCIE E GUARDA COMPARTILHADA DE PETS: A MUDANÇA DO PARADIGMA ANTROPOCÊNTRICO NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO”, destacando que o elemento ‘afeto’ como definidor do conceito de família, também, abarca os animais de estimação, conhecidos por ‘pets’, considerados seres sensientes.

A questão dos impactos da pandemia é retomada no trabalho “IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS”, com eixo nos contratos de locação em centros comerciais. Ressalta a necessidade de negociação, pois que a exploração da atividade econômica foi fragilizada no contexto da pandemia, interferindo nos lucros. O direito das famílias é, mais uma vez, revisitado sob o viés da análise jurídica do contrato de geração de filhos no trabalho “COPARENTALIDADE: UMA ANÁLISE JURÍDICA DO CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS”, indagando sobre a possibilidade jurídica de elaboração de um contrato dessa natureza.

Os temas vinculados aos impactos da sociedade digital, também, tiveram lugar de destaque no GT Direito Civil Contemporâneo. O trabalho “EXPOSIÇÃO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESAFIOS E CONSEQUÊNCIAS DO SHARENTING” problematiza os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, os quais devem ser respeitados no âmbito das redes sociais. Debate a questão da responsabilidade dos pais pela exposição de seus filhos nos ambientes digitais, convidando-nos a uma necessária conscientização. O trabalho “REDES CONTRATUAIS DE PLANOS DE SAÚDE: PERSPECTIVA SOBRE A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA” revisita o instituto da responsabilidade solidária sobre o fenômeno das redes contratuais na esfera dos serviços de saúde. Trata-se de uma questão comum no campo da prestação de serviços de empresas aéreas, mas que se trata de uma tendência em curso na área da prestação de serviços médicos.

O artigo “O CONCEITO DE EMPRESA À LUZ DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO” oferece uma análise da proposta de reforma do Código Civil Brasileiro no que se refere ao conceito de empresa. A pesquisa explora a lacuna existente no Código Civil de 2002, que define o empresário, mas deixa o conceito de empresa para a interpretação doutrinária. O trabalho apresenta as teorias jurídicas, como a Teoria dos Perfis de Alberto Asquini, e argumenta que a falta de um conceito unificado de empresa gera insegurança jurídica. “ALIMENTOS DEVIDOS DE FILHOS AOS PAIS: RELAÇÃO ENTRE O ABANDONO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE” aborda o direito de alimentos no contexto das obrigações entre filhos e pais, com ênfase nas relações de afeto e abandono. A pesquisa apresenta um panorama histórico do direito de família no Brasil, destacando a transformação do conceito de família e a emergência do princípio da afetividade.

O último artigo apresentado “O DIREITO CIVIL E A HERANÇA DIGITAL DOS PERFIS MONETIZADOS: A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DO TEMA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS” aborda a relevância da herança digital no contexto jurídico brasileiro, especialmente no que tange aos perfis monetizados em redes sociais. As autoras argumentam que a atual legislação, incluindo o Código Civil e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é insuficiente para regular a sucessão de bens digitais e perfis que geram renda. A pesquisa discute a lacuna legislativa em relação à transmissão desses bens após a morte, propondo a inclusão do tema na LGPD e sugerindo a criação de uma base legal sólida para garantir a segurança jurídica no processo sucessório de bens digitais.

Evidencia-se, no campo do GT Direito Civil Contemporâneo realizado em Montevidéu /Uruguai, a atualização do debate, sintetizando os avanços no campo com a incorporação de uma nova agenda de pesquisa, bem como a problematização de institutos clássicos abordados sob perspectivas interdisciplinares e sob novas lentes.

Boa leitura!

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (UFERSA)

AUTONOMIA DO DIREITO CIVIL NO PARADIGMA DA DIGNIDADE HUMANA

AUTONOMY OF CIVIL LAW IN THE PARADIGM OF HUMAN DIGNITY

Marcelo Antonio Theodoro [1]
Kennedy Bispo Silva Conceição [2]

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo investigar o papel do constitucionalismo na fixação da centralidade da Constituição, face às formulações dos códigos de outrora, ante a inegável constatação de novos paradigmas hermenêuticos, tais como, a superveniência dos tratados do sistema internacional de proteção da pessoa humana. Verifica-se que embora louváveis as formulações do direito extranacional, desarrazoada é a tentativa de afirmar a supremacia dessas normas frente a Constituição, vez que antes é o ordenamento interno que fundamenta a validade desses sistemas, por isso, fala-se em incorporação à ordem, não, sobreposição. Portanto, por meio de larga digressão conceitual em torno do constitucionalismo contemporâneo, através da pesquisa bibliográfica, buscou-se responder tais indagações, concluindo-se pela manutenção da supremacia Constitucional. Utilizou-se o método investigativo dedutivo, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bastantes para subsidiar as eventuais afirmações que foram aportadas ao presente trabalho, de modo que, as conclusões a que se chegou, em alguma medida, denotam uma posição emergente do conceito de Constituição no Estado Democrático.

Palavras-chave: Constitucional, Autonomia, Ciência do direito, Direito civil, Dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of the present work is to investigate the role of constitutionalism in establishing the centrality of the Constitution, given the formulations of codes of yore, in view of the undeniable finding of new hermeneutic paradigms, such as the supervenience of the Treaties of the international system for the protection of Theo person human. There is no doubt that although the formulations of extranational law are commendable, it is necessary to affirm the supremacy of these norms, in view of the Constitution, since before it is the internal order that bases the validity of these systems, that is why there is talk of incorporation into the order, not , overlay. Therefore, through a broad conceptual digression around contemporary constitutionalism, through bibliographical research, we sought to answer such questions, concluding with the maintenance of Constitutional supremacy. The deductive investigative method was used, through bibliographic and jurisprudential research,

---

[1] Doutor em Direito UFMT. Pós-Doutor UFSC. Professor Associado da UFMT. Líder de Pesquisa do GCONST /UMFT

[2] Mestrando em Direito UFMT; Membro do Grupo de Pesquisa do GCONST/UFMT.

sufficient to support the eventual statements made in this work, so that the conclusions reached, to some extent, denote an emerging position of the concept of Constitution in the Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional, Autonomy, Science of law, Civil right, Human dignity

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica brasileira tem experimentado várias modificações ao longo dos últimos trinta anos, especialmente demarcados a partir da constituinte de 1987/1988, cujo termo resultou na entrega de uma Carta de Direitos que dispõe sobre muitos aspectos que superam a mera regulamentação da vida do Estado, o que, embora fosse comum nas outras cartas analíticas do período republicano, jamais alcançou tamanha expressividade de direitos.

Muito além dessa positivação de direitos, adotou-se no Brasil um novo modo de conceber o conceito de Constituição, com a importação de alguns trabalhos teóricos e doutrinários provenientes do estrangeiro – *com algum grau de modificação e imprecisão*. Todavia, o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional pós-88 não permite negar que a obstinada busca pela legalidade e efetividade constitucional se tornou uma palavra de ordem.

Vários foram os instrumentais e teorias adotadas. Algumas atitudes inovadoras, outras nem tanto. Com o passar do tempo, assimilaram-se termos como *"neoconstitucionalismo*", "*pós-positivismo*", "*constitucionalização do direito*", entre outros, como uma expressão da nova experiência constitucional brasileira. Aliado a esses dados, surgiram também algumas posturas um tanto indefinidas, como a proposta de um "*direito civil constitucional*" no Brasil.

A questão é que essa legítima e necessária pretensão de atribuir força e sentidos ao Texto Constitucional, em alguma medida, perdeu-se no caminho e acabou desaguando em perturbadora imprecisão e inadequação conceitual, metodológica e teórica, abrindo assim as portas para o reforço de raciocínios pretéritos que não tinham a autonomia científica do direito como questão de primeira ordem e que, por isso, prestaram-se a finalidades totalitárias.

Em grande medida, percebe-se que, embora a superação dos regimes totalitários do século passado tenha representado a inauguração de um novo paradigma na ciência do direito, tendo como primaz a dignidade da pessoa humana e o regime democrático, o pensamento jurídico brasileiro acabou perdendo o referencial que justificou o surgimento desse novo padrão, consistente na autonomia do direito e na proteção do homem em sua individualidade.

Diante disso, o artigo pretende responder a seguinte pergunta: a superação de um positivismo jurídico, através do que se denominou de "pós-positivismo" concebido pelo movimento neoconstitucionalista – *e tudo o que ele tem representado na ciência jurídica brasileira* –, constituiu o melhor e mais seguro meio obter a proteção constitucional da dignidade humana, ou essas propostas representam riscos até mesmo a autonomia do direito?

A metodologia adotada na busca pela resposta ao problema identificado consistiu na realização da pesquisa bibliográfica, por meio de artigos científicos e livros jurídicos dogmáticos e teóricos, em especial, com a finalidade de identificar na primeira parte da pesquisa

as escolas jurídicas que foram superadas pelo juspositivismo e que, em alguma medida, enquanto hipótese, aparentavam retornar nas propostas "pós-positivistas" no Brasil.

Uma questão importante para a correta compreensão deste artigo é realizar a leitura de todas as notas de rodapé explicativas, na medida em que elas forem sendo referenciadas ao logo do texto, pois considerando a limitação de páginas, metodologicamente as citações superiores ao limite técnico foram realizadas em notas que seguem como a continuação da exposição e raciocínio empreendidos. Se assim não for lido, a compreensão não será integral.

1. DIGNIDADE HUMANA – NASCIMENTO DE UM PRINCÍPIO JURÍDICO

O método do positivismo jurídico ao longo do Século XIX encontrou diversas formas de expressão na filosofia do direito, com repercussões práticas na dogmática jurídica dos diversos países que adotaram as suas bases teóricas, sendo a vertente mais popularizada aquela da *Escola de Exegese*, inaugurada por ocasião da era napoleônica na França de 1.804.

Nessa primeira fase da história do positivismo jurídico, criou-se a cultura do código[1], consistente na crença de que a "simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a 'obra sagrada' (código) seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito" (Streck, 2010. p. 160). É o que se identificou como o positivismo exegético e/ou legalista.

Como lembra Diniz (2005, p. 51), "Bugnet afirmava: 'não conheço o direito civil, ensino somente o Código de Napoleão'. Laurent ponderava: 'os códigos nada deixam ao arbítrio do interprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito está feito". A oposição do intérprete à "vontade" manifestada pelo legislador através da lei não era cogitada.

Os textos codificados não são capazes de encerrar todos os sentidos que emanam dos fatos, todavia. A partir dessa constatação, fruto da complexificação das sociedades modernas, tanto o positivismo legalista da escola de exegese francesa, quanto do *pandectismo* que foi o seu correspondente alemão, sofreram fortes críticas e deram abertura à *novas formas* de conceber o direito, sua interpretação e aplicação, as quais não demandam aqui uma digressão.

Em oposição ao positivismo exegético da França e da Alemanha, surgiram propostas como as da *Escola do Direito Livre*, primando pelo domínio dos fatos sociais, onde o direito

[1] É um termo utilizado por Ferraz Júnior (2018, p. 249), quando defende que "originários de doutrinas elaboradas no Século XVIII e discutidas profundamente no decorrer do Século XIX, os códigos que conhecemos hoje são marcados por um espírito de rigidez e conservadorismo". Tais códigos imprimem a ideia de segurança e certeza – estabilidade. (2018. p. 249). Streck (2010) também explica que, afastando-se da função complementar atribuída pelo direito romano – o *Corpus Juris Civilis* –, o movimento codificador incorpora de alguma forma todas as discussões romanísticas e acaba "criando" um novo dado: os códigos civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).

não era uma emanação do Estado, mas sim das "convicções predominantes que regulam o comportamento, em um certo lugar e tempo, sobre aquilo que é justo" (Diniz, 2005. p. 68). O sentimento social em torno daquilo que é justo era determinante, não podendo o juiz desconsiderar isso na aplicação da lei, a qual, não sendo unívoca, deve conduzir a uma resposta extraída da imaginação do juiz sobre qual seria a vontade do legislador em um cenário onde ele tivesse concebido a hipótese não prevista no texto. Não obtendo êxito, recorria à discricionariedade (Diniz, 2005).

Em crítica às rígidas operações lógicas de aplicação do direito posto concebidas pela escola de exegese, a qual buscava imprimir objetivismo no processo de criação do direito, a *Escola do Direito Livre* propôs um extremo subjetivismo, pois tudo redunda na eleição pelo juiz dos critérios que serão adotados na aplicação do direito em busca daquilo que seria justo.

Uma outra escola que foi desenvolvida na Alemanha, denominada *Jurisprudência dos Interesses*, admitiu a imperatividade da ordem jurídica consistente no conjunto de leis que se impõe ao mundo dos fatos, porém sugeriu aliar esse conceito à possibilidade de o juiz ajustar o conjunto de interesses que disputam dentro da sociedade, em conformidade com aquilo que faria o legislador se os tivesse previsto.

Através dessa operação, ajustando à norma aos interesses, inclusive aos do legislador, o juiz promove uma correção da lei, criando normas (Diniz, 2005).

Incontestável que as múltiplas escolas que surgiram após o *exegetismo* francês e *pandectismo* alemão recorreram a novos conceitos e formas de conceituação e aplicação do direito, os quais se relacionavam diretamente com outras áreas do conhecimento humano, impossibilitando, dessa forma, identificar o traço distintivo de autonomia da ciência jurídica.

Até esse momento, predominava a existência do *dualismo* do direito natural com o direito positivo, sendo que o direito natural instituía princípios que legitimava a ordem positiva. Como é conhecido, o direito natural obteve três grandes vertentes ao longo da história: (a) cosmológica, concebida pelos gregos antigos, segundo a qual a justificação do direito natural decorre da natureza; (b) teológica, fruto do medievo, segundo a qual a justificação do direito natural decorre da divindade; (c) racional, com origem moderna, segundo a qual a justificação do direito natural advém do próprio homem no uso da razão.

Cientes dessas premissas, importante explicar que o dogmatismo jurídico de Hans Kelsen surge como a proposta de uma ciência jurídica autônoma, divorciada da influência do sociologismo implementado pelas diversas escolas antecedentes, as quais redundavam na submissão do direito à sociologia, psicologia e outras áreas do conhecimento humano, bem assim para afastar a legitimação do direito positivo pelo direito natural, surgindo o *monismo*.

Quanto a autonomia, estabelece que o objeto da ciência jurídica é a norma[2] e, quanto a validade, explica que ela não é representada na submissão aos vários sistemas morais[3], mas sim na relação lógica existente entre elas (*normas*), que decorrem da norma fundamental[4].

Incorreto seria concluir – *como recorrente* – que a *Teoria Pura* e o positivismo normativista dela decorrente contribuiu para a ascensão de Regimes Totalitários no século XX, porquanto que, tais regimes, demandaram uma teoria alheia à pureza dogmática pretendida por Hans Kelsen, uma vez que ele advertia que um direito identificado a partir da moral apenas seria possível numa perspectiva de um sistema moral absoluto, o que ele rejeita[5]. Em Kelsen,

---

[2] Kelsen (2006, p. 79) teorizava que, "na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto "juridicamente", isto é, do ponto de vista do Direito". Sobre esse objeto da ciência do direito em Kelsen – a norma –, Carvalho (2021, p. 138) comenta que "todo o caráter pessoal que o direito ainda tinha conservado finalmente começa a se diluir na objetividade do sistema jurídico edificado pelas normas. O direito, até então, pensado primordialmente em ternos de direito *subjetivo*, torna a assumir um caráter preponderantemente *objetivo*. [...]. As normas funcionam como esquemas que permitem aos indivíduos antecipar as consequências de sua conduta. Antecipando-se aos possíveis resultados dos seu ato, o indivíduo pode, de maneira interessada, adequá-lo. [...]. Nessa *re-presentação*, o indivíduo é como que submetido a uma espécie de *coação irresistível*: aquele que, antecipando respectivamente a sua ação, toma ciência das consequências a ela imputadas não pode agir senão consoante o que espera a norma".

[3] Para Kelsen (2006, p. 77), "a necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever".

[4] "Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como indivíduos que devem obediência às normas por elas fixadas. Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável [...]. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa" (Kelsen, 2006. p. 216-217). Portanto, uma norma não é boa ou ruim, ela vale ou não vale. O problema é que no sistema lógico em que se relacionam as normas, Kelsen recorreu à um fundamento legitimador fora da ordem, como o direito internacional, cujas normas não formam um sistema, mas apenas um simples conjunto (*consuetudinário*) – segundo Herbert Hart. Hart reconheceu que, embora a moral componha o fenômeno jurídico dentro de uma sociedade, ela também não é a fonte de validade do direito. O problema do fundamento último é superado na perspectiva de que o sistema é constituído por normas primárias – *que impõe direitos e obrigações* – e normas secundárias – *que conferem e conformam o exercício do poder pela autoridade* –, superando assim a ideia de normas simplesmente impostas por soberanos habituais e apoiadas em ameaças, de Austin, e identificando a formação de sistemas complexos. Em crítica à busca pela norma fundamental, Hart pergunta e responde: "'de que instância última do sistema de normas individuais derivam sua validade ou 'força vinculante'? Pois tal instância não existe, e não é necessário que exista" (HART, 2009. p. 303).

[5] "A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito. O problemático critério de medida da Moral absoluta apenas é utilizado para apreciar as ordens coercitivas de outros Estados. Somente estas são desqualificadas como imorais e, portanto, como não-Direito, quando não satisfaçam a determinadas exigências a que a nossa própria ordem dá satisfação, v. g., quando reconheçam ou não reconheçam a propriedade privada, tenham caráter

sabe-se que a norma não se reduz a uma decisão do soberano, pois rejeita uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que implicaria em totalitarismo.

Considerando esse conceito de direito, o Estado estaria identificado com o sistema normativo, todavia, Carl Schmitt sugeriu que o pensamento kelseniano desconsidera a hipótese em que a realidade se impõe através de um estado de exceção, onde existe uma situação anômala na qual "a restauração da normalidade dependeria da suspensão da regular aplicação das normas jurídicas" (Franco de Sá, 2012. p. 35).

Segundo Franco de Sá (2012, p. 37), a crítica fundamental a Hans Kelsen movida pelo decisionismo schmittiano é clara, pois a concepção normativista cairia "a ficção liberal que pensaria o Estado abstraindo da possibilidade da emergência de um estado excepcional que exigiria, para a salvação do Estado, a suspensão das normas".

O decisionismo do estado de exceção advém da dicotomia entre a "norma" e a "decisão", a qual para Kelsen não está no plano da normatividade pura[6]. No estado de exceção, a decisão se liberta do vínculo normativo e se torna autentica e absoluta, com a finalidade de suspender a aplicação das normas estaduais para fins de preservação do próprio Estado. A decisão não pode ser constrangida pela normatividade, pois ela "nasce do nada" (Franco de Sá, 2012. p. 37).

O texto de Franco de Sá, convidado para concatenar o pensamento de ambos os teóricos, esclarece que essa afirmação schmittiana sobre a origem da decisão, que derrota a normatividade dentro do estado de exceção, é mal interpretada, na medida em que os críticos de Carl Schmitt sugerem que ela é uma confissão da mera arbitrariedade que lhe justificaria.

Ele defende que, bem vistas as coisas, "não sendo determinada por normas, a decisão está já sempre vinculada à efetivação de uma ordem capaz de fazer a norma vigorar, ainda que tal ordem não se confunda com uma vigência automática de normas jurídicas" (Franco de Sá, 2012. p. 37).

---

democrático ou não-democrático, etc. Como, porém, a nossa própria ordem coercitiva é Direito, ela tem de ser, de acordo com a dita tese, também moral. Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa à ordem normativa que lhe compete tão-somente conhecer e descrever" (Kelsen, 2006. p. 78).

[6] "Assim, se o normativismo de Kelsen surgiria baseado na ideia de que o direito era essencialmente norma, devendo a decisão fáctica que o estabelece ser remetida para um plano sociológico extrínseco à pura normatividade do plano jurídico, o decisionismo assentaria, ao invés, na noção contrária: a noção de que, não sendo o direito fora da efetivação do direito senão uma abstração vazia, ou seja, constituindo a efetivação do direito parte essencial do direito propriamente dito, a decisão inevitavelmente evocada nesta mesma efetivação não poderia deixar de ser considerada conjuntamente com a norma jurídica enquanto dimensão irredutível constitutiva do próprio direito" (Franco de Sá, 2012. p. 38).

O estudo de Franco de Sá pondera ainda que no decisionismo existe uma finalística para a decisão, a qual não é arbitrária, pois ela está vinculada à ideia de uma ordem que poderia assegurar a existência e vigência da própria ordem jurídica, porém essa ordem não estaria vinculada às preexistentes normas jurídicas. Embora a teorização de Schmitt surgira que normativismo de Kelsen é uma ficção jurídica, o seu decisionismo também o é[7].

Abstraído da sua ficção, onde o decisionismo é conduzido por uma finalística de preservação da ordem para salvaguardar a ordem jurídica, ele nada mais é do que arbitrariedade divorciada de qualquer constrangimento normativo. Por essa razão, corretamente, o positivismo de Kelsen rejeita essa proposta schmittiana. Embora o positivismo normativista seja concebido como ficção pelo sociologismo de Schmitt, ele não redunda na dicotomia norma/decisão, inviabilizando a suspensão da ordem jurídica pelo soberano. O decisionismo de Schmitt não pode ser interpretado sem referência à sua consequência prática decorrente também do seu conceito de democracia[8] e de Constituição.

Explicando a proposta schmittiana, Losano (2010, p. 185) afirma que "a teoria de Carl Schmitt (1888-1985) não pretende descrever um direito vigente (como Kelsen), mas oferecer ao nacional-socialismo um instrumento para intervir no direito herdado do passado". O professor italiano atribui à Schmitt a fundamentação do nacional-socialismo do Século XX[9].

---

[7] O próprio professor Franco de Sá (2012, p. 43) esclarece que "no entanto, se Schmitt contesta a Kelsen a tentativa de considerar o direito puramente a partir de uma ficção jurídica, abstraindo-o da realidade concreta de que ele parte e a que ele se dirige, dir-se-ia que Schmitt, ao apresentar o seu decisionismo, não escapa à apresentação da decisão desvinculada de qualquer constrangimento normativo como se ela existisse também abstratamente e sem qualquer vínculo. Assim, uma tal apresentação, contrapondo-se ao normativismo ao apresentar a decisão como se esta fosse uma decisão pura e simplesmente nascida do nada, não pode deixar de surgir também ela como uma ficção jurídica. E tal ficção jurídica tem a sua origem na atitude explícita e originariamente polémica que o decisionismo assume face ao positivismo normativista. Numa tal polémica, ao afirmar que a decisão nasceu normativamente do nada, o decisionismo não apresenta a tese de uma criação *ex nihilo* da ordem jurídica, ou de uma decisão criadora das normas como a emergência de um deus *ex machina* sem qualquer fundamento ou sustentação".

[8] "Para ele, a homogeneidade do povo é a característica mais fundamental da democracia. É da homogeneidade que decorre a eliminação do diferente. (Schmitt, 2000, p. 9). Desse modo, não só a igualdade é definida como homogeneidade, como a democracia honra a distinção amigo/inimigo. Ele sustenta que qualquer elemento pode ser relevante para estabelecer a igualdade dos que têm aquela qualidade em relação aos que não a têm. Pode ser uma qualidade física, moral, como a virtude, ou espiritual, como uma religião, ou a pertença a uma nação. (Schmitt, 2000, p. 9). [...]. As desigualdades não podem ser eliminadas simplesmente afirmando que os homens são todos iguais em algum aspecto, por exemplo, são todos matáveis. Isso significa que as diferenças se tornarão relevantes em algum aspecto, ainda que não um aspecto político, como na distribuição da propriedade. [...]. A sua oposição ao normativismo do positivismo de Kelsen e ao liberalismo também seguem o mesmo veio conservador, pois, na verdade, tais teorias implicam, a seu juízo, um individualismo incompatível com formulações políticas que pensam o ser humano mais ligado à comunidade. Nesse particular, o seu conservadorismo se manifesta na leitura da democracia por ele proposta. Trata-se de uma democracia incompatível com o liberalismo e com o Estado de direito. Portanto, é uma versão de democracia totalitária, na qual o indivíduo se dissolve no todo" (Dutra, 2018. p. 262-292).

[9] Em sua obra Losano (2010. p. 187-188) ainda explica que, "como todo movimento revolucionário, o movimento nacional-socialista encontrou no direito preexistente um obstáculo à tomada do poder. Procurou, portanto, esvaziá-lo dos conteúdos não desejados, à espera de poder substituí-lo com normas fundamentadas em sua própria ideologia. À diferença, porém, de outros movimentos revolucionários, o nacional-socialismo não substituiu um

Doravante, mostra-se absolutamente desnecessário continuar a digressão histórica a respeito do que significou tais posturas teóricas – *não identificadas com o normativismo de Hans Kelsen* – durante a República de Weimar e a ascensão posterior do nacional-socialismo, com todas as consequências nefastas advindas do racismo e totalitarismo implementado. Ponderamos que, metodologicamente, direcionamos a caleidoscópio da história ao nacional-socialismo, mas é consabido que no Século XX existiram outras expressões do totalitarismo[10].

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiu uma tese de que o positivismo tinha contribuído para que os juízes da República de Weimar afastassem os seus juízos dos ideais de justiça[11]. Mário Losano não concorda e aponta que tais juízes, em verdade, não pretendiam efetivar as promessas socialdemocratas da Constituição de Weimar, servindo-se eles das propostas teoréticas de juristas como Carl Schmitt como fonte de desautorização do direito vigente, através da derrota da norma jurídica, objetivando primordialmente legitimar a ascensão de um novo déspota capaz de reconduzir à ordem jurídica ao passado de Bismarck[12].

Independentemente disso, o fato é que o segundo pós-guerra demandou para a readequação de uma teoria do direito favorável ao ressurgimento dos Estados democráticos marcadamente liberais. A reconexão entre o direito e os valores foi favorecida com uma espécie

---

ordenamento jurídico velho por um novo, mas destruiu o direito herdado do império alemão e da república de Weimar, esvaziando as velhas normas e impelindo os juízes a preencher esse vazio jurídico com as diretivas do partido-Estado, que podia, assim, agir sem vínculos. Do ponto de vista da teoria do direito, o nacional-socialismo foi, portanto, um movimento antipositivista e anti-sistemático: o direito vigente devia ser mudado, e as partes mudadas não deviam ser influenciadas por aquelas remanescentes à revolução. Ao alcançar o poder, o nacional-socialismo impôs um respeito total pelas normas jurídicas inspiradas em sua ideologia, tanto que como será visto em breve o positivismo jurídico foi substituído por um *Führerpositivismus*. Ao nacional-socialismo não servia, portanto, uma total renovação legislativa; bastava-lhe uma classe de juízes condescendentes, que interpretassem de modo novo as normas preexistentes. O problema da aplicação do direito e da interpretação da norma esteve, por isso, no centro de um debate jurídico que na realidade era a expressão setorial de um violento confronto político geral".

[10] Evidentemente, assim se procedeu porque o nacional-socialismo está na origem dessa postura teórica que pretendeu derrotar o normativismo kelseniano, o qual incorretamente é associado ao pensamento desenvolvido na escola de exegese – *em um extremo* – ou às consequências do decisionismo schmittiano – *em outro extremo*.

[11] Como comenta Losano (2010, p. 235), "segundo a tese de Radbruch, os juristas alemães aceitaram de bom grado as leis iníquas dos nacional-socialistas porque o positivismo jurídico os habituara a não colocar em discussão o direito positivo".

[12] Contextualizando historicamente, Losano (2010. p. 239) explica que "Walther propõe examinar qual era o Estado ao qual se referia Radbruch, colocando-o como fonte do direito positivo. Era o Estado bismarckiano, que tinha criado uma sociedade estável e homogênea, excluindo, porém, da participação política a burguesia liberal e o proletariado. Aquele Estado se apresentava como acima das partes, ainda que isso fosse uma ilusão: "Mas a segurança, a certeza, a solidez, a cientificidade rigorosa, a eficiente previsibilidade e outras semelhantes virtudes e qualidades 'positivas' não eram de forma alguma, na realidade, virtudes da 'norma' jurídica e da estatuição humana; eram apenas as virtudes da situação normal e relativamente estável precisamente então, no século XIX, de uma estrutura estatal que tinha como seu baricentro a legislação. [...]. Para Radbruch, portanto, o positivismo jurídico predispusera os juízes a identificar-se com o Estado nacional-socialista. Mas aqui surge a segunda discordância histórica com a tese de Radbruch: o Estado nacional-socialista não propôs aos juízes alemães um modelo positivista, mas exatamente o seu contrário, como foi visto nas páginas anteriores. Na verdade, os juízes alemães não agiram como positivistas nem durante a República de Weimar, nem durante o regime nacional-socialista".

de retorno ao jusnaturalismo em sua terceira vertente, aquele identificado com o racionalismo kantiano, assim como através de uma jurisprudência dos valores agora expressada em valores que não se dissociam da lei, enquanto concebidos dentro do sistema[13].

Embora a dignidade da pessoa humana não seja um conceito que origina para fazer contraposição à objetificação do indivíduo resultante dos vários tipos de regimes totalitários do século XX, como não permite negar a história da filosofia, o fato é que retomando conceitos jusnaturalista próprios do racionalismo moderno, muitos passaram a identificar a questão da dignidade aos moldes de Kant – o homem concebido como fim em si mesmo[14].

Com o pós-guerra, a Lei Fundamental de Bonn estabeleceu logo em seu artigo primeiro que "a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" (Alemanha, 2011. p. 18).

Barroso (2014), em tentativa uma tentativa doutrinária de conceituar o sentido mínimo da dignidade humana no direito brasileiro, catalogou em seus estudos a positivação da dignidade da pessoa humana em diversas constituições escritas do mundo, mas reconheceu sua observância mesmo onde a positivação em cartas não ocorreu[15].

Seja pela positivação ou pela adesão dos Tribunais em sua jurisprudência, a dignidade da pessoa humana se tornou uma ideia que, na atualidade, não pode ser dissociada de um conceito de Constituição e de Estado de Direito vinculado à defesa dos direitos fundamentais.

---

[13] Sistematizando essa escola, Losano (2010. p. 254) explica que "valores desse tipo são, por exemplo, a tutela do menor ou da propriedade: são "deduções da idéia de justiça, realizadas pelo legislador e incluídas numa norma do direito positivo". [...]. Se esses valores não transparecem claramente da norma, o juiz pode recorrer aos princípios que orientam um setor legislativo inteiro; se, depois, também essa via resulta impraticável, pode remontar aos princípios ainda mais gerais, inferidos da constituição. Delineia-se, assim, um procedimento interpretativo que, em Wilburg e Canaris, receberá o nome de "sistema"; porém, esse termo não é usado por Westermann. Além dos princípios que derivam diretamente de um setor jurídico preciso ou da constituição, ele não reconhece outras fontes valorativas que possam vincular o juiz. Para ele, os valores extrajurídicos existem, mas não são juridicamente vinculantes. O horizonte valorativo de Westermann é, portanto, coincidente com o do direito positivo. Por isso, a posição de Westermann foi definida como uma "jurisprudência dos valores imanentes à lei": para ela, de fato, o jurista não pode estar vinculado a valores não presentes no direito positivo".

[14] Segundo Kant (2016, p. 119), "ora, sobre essa origem fundam-se algumas expressões que designam o valor dos objetos segundo as ideias morais. A lei moral é santa (inviolável). O homem está certamente muito longe de ser santo, mas a humanidade em sua pessoa tem de ser santa para ele. Em toda a criação, tudo o que se queira e sobre o que se tenha poder também pode ser usado meramente como meio; apenas o homem, e com ele toda criatura racional, é um fim em si mesmo. Ele é, com efeito, graças à autonomia de sua liberdade, o sujeito da lei moral que é santa. Precisamente devido a essa liberdade, cada vontade, mesmo a vontade própria a cada pessoa e dirigida para si mesma, é restringida à condição da concordância com a autonomia do ser racional, a saber, a não submeter nenhum propósito que não seja possível segundo uma lei que poderia se originar da vontade do próprio sujeito que padece; portanto, a nunca usar esse sujeito como meio, mas ao mesmo tempo como fim. Nós atribuímos corretamente essa condição até mesmo à vontade divina em vista dos seres racionais no mundo enquanto suas criaturas, por se basear na personalidade desses seres, unicamente pela qual eles são fins em si mesmos".

[15] No início de sua obra, Barroso (2014, p. 21) compara que "em outros países, como Estados Unidos e França, não há referência textual à dignidade na constituição, o que não impede a Suprema Corte e o Conselho Constitucional de invocarem a sua força normativa e argumentativa nas decisões que proferem".

2. DIGNIDADE HUMANA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO E AUTONOMIA

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu primeiro artigo, inciso terceiro, estabeleceu que um dos fundamentos que constituem o seu Estado Democrático de Direito seria o da "dignidade da pessoa humana", assim como, naquilo que toca as suas relações internacionais, primar-se-ia pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos" (Brasil, 2020. p. 02-03).

No ano de 2003, os professores da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, publicaram um artigo na Revista de Direito Administrativo, anunciando o início de uma nova história no direito constitucional brasileiro, cuja característica marcante estava no papel dos princípios na interpretação da Constituição.

Explicaram que o texto normativo principiológico, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual é possível se desenhar diferentes possibilidades interpretativas, em conformidade com cada caso concreto, no que se diferente o texto normativo das regras, as quais são aplicáveis através do clássico método de subsunção (Barroso; Barcelos, 2003).

No estudo, eles esclarecem que depois do segundo pós-guerra houve a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, o que abriu o caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e interpretação (Barroso; Barcelos, 2003. p. 142). Denominaram *pós-positivismo.*

A tese de que houve o fracasso do positivismo jurídico se assentou na ideia de que os totalitarismos do século XX ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram barbáries em nome da lei. Eles relembram que "os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente" (Barroso; Barcelos, 2003. p. 147).

Todavia, o perfil histórico delineado anteriormente, com fundamento nas pesquisas de Losano (2010), não aponta necessariamente para essa realidade exposta no artigo.

Independentemente disso, o fato é que, com base nas concepções de Dworkin e Alexy, estabeleceram a distinção entre as regras constitucionais e os princípios constitucionais[16], sendo que esses últimos estavam sendo redescobertos como elementos normativos. A diferença entre

[16] Essa distinção é trabalhada por Alexy (2006, p. 86-179) no terceiro capítulo da sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, quando fala sobre a "estrutura das normas de direitos fundamentais". Na primeira parte da sua obra, Dworkin (2010) também propõe tal distinção, esclarecendo que os casos difíceis não são passiveis de resolução pelas propostas simples do positivismo jurídico clássico, uma vez que inadmissível a doutrina do poder discricionário apresentada no último capítulo da *Teoria Pura* de Kelsen, porquanto que, se assim fosse, nenhum direito legal ou obrigação jurídica estaria a salvo. Ele argumenta que, "contudo, uma vez abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de uma obrigação jurídica que possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida" (Dworkin, 2010. p. 71). Dworkin, portanto, não propõe desautorizar as regras.

ambos estaria na forma de resolução do caso concreto – pela subsunção, nos casos simples, ou pela ponderação, nos denominados "casos difíceis", uma vez que os princípios possuem uma dimensão de peso que prevalece ou não em determinada hipótese, sem que a solução vulnere o seu plano da validade – em que se diferem das regras.

Esse modo de conceber a ciência do direito através do denominado *pós-positivismo* dominou o pensamento jurídico no Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, cujo texto normativo obteve uma diversidade de princípios com indefinição conteudista.

O novo modelo exposto no estudo de Barroso e Barcellos (2003) indica ainda um conjunto de princípios de interpretação constitucional[17], alguns extraídos da obra de Konrad Hesse. Com o tempo, reproduziram-se diversos livros e artigos no Brasil adotando esses novos princípios interpretativos aliados os demais métodos clássicos de interpretação constitucional, o que acabou fortemente criticado por Virgílio Afonso da Silva[18].

A esse novo momento na ciência jurídica brasileira se atribuiu o nome de *neoconstitucionalismo*[19], com base no *pós-positivismo*[20] cujas premissas foram delineadas acima. No centro do novo constitucionalismo, encontrou-se a dignidade da pessoa humana.

Deveras, independentemente da abordagem metodológica (jusnaturalista, juspositivista ou "pós-positivista"), o fato é que a dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico que, sem nenhuma pretensão de redução da sua afirmação jurídica a mero *textualismo*, encontra-se

[17] Entre os princípios de intepretação, encontram-se o da (i) supremacia da constituição; (ii) presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, (iii) princípio da interpretação conforme a constituição, (iv) princípio da razoabilidade e proporcionalidade, (v) princípio da efetividade (Barroso; Barcelos, 2003).

[18] Criticando aquilo que chamou de sincretismo metodológico, o professor Silva (2005. p. 135-136) indaga: "(1) Como harmonizar a idéia de unidade da constituição com a existência de colisão entre direitos fundamentais? (2) Como conciliar o método estruturante e a idéia de sopesamento? (3) Como compatibilizar o método clássico, que, na versão de Forsthoff, tem cariz marcadamente positivista, com o método estruturante, explicitamente pós-positivista? (4) Como articular, por fim, um catálogo tópico de princípios de interpretação com métodos que não tratam princípios como topoi?".

[19] Também sobre o assunto, Barroso (2005) é uma referência ao afirmar que a característica do neoconstitucionalismo seria, enquanto marco teórico, a ideia de força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a nova interpretação constitucional, tudo isso como um traço distintivo do fenômeno de constitucionalização do direito.

[20] Em crítica ao que ele chamada de *"pós-positivismo à brasileira*", Rodrigues Jr. (2019, p. 260) revisa o que se tem como método pós-positivismo na literatura estrangeira, para concluir que "nenhuma dessas acepções de pós-positivismo, seja a oriunda da filosofia do conhecimento, seja a formulada por alguns juristas estrangeiros, guarda a menor identidade com o que se pode chamar de pós-positivismo à brasileira. Trata-se de um conceito com características tipicamente brasileiras, sem qualquer fundamento teórico respeitável, que não o de ataca o espantalho de sempre, o Positivismo jurídico. Há alguns slogans associados a esse pós-positivismo à brasileira, embora a maior parte deles já compusesse o arsenal teórico antipositivista. Um dos mais repetidos é que o juiz não mais pode ser a "boca da lei", um intérprete maquinal do Direito, quase um autômato, que se vale da subsunção como as antigas máquinas perfuradoras de cartões dos gigantescos "cérebros eletrônicos" dos anos 1960".

positivada na Constituição Federal brasileira. Durante muitos anos, a ciência jurídica no Brasil afirmou e afirma que a dignidade humana não teria conteúdo jurídico em si mesmo[21].

Em trabalho já mencionado neste artigo, Barroso (2014) pondera que o fato de haver dificuldade em obter acordo sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é motivo bastante para recusar a sua imperatividade[22]. No mesmo sentido, Carvalho (2021)[23] rejeita a prática de descredibilizar a dignidade devido à indefinição conceitual. Como comentado, Barroso (2014) apresenta uma proposta de identificação do conteúdo normativo mínimo da dignidade humana como o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário[24].

Admitir os princípios jurídicos dentro do conceito de direito, inclusive a própria dignidade da pessoa humana, enquanto normas jurídicas, bem como o seu papel na

[21] Leal (2020, p. 120) argumentou que, quanto a indefinição do conteúdo da dignidade humana, "como solução geral, esse é um bom caminho para lidar com as dificuldades de operacionalização de princípios vagos. Em vez de se trabalhar com a norma mais geral, é sempre preferível trabalhar com os seus subprincípios. [...]. Mas não só dificuldades de determinação da estrutura normativa da dignidade afetam a sua operacionalização. A identificação de um sentido preciso da norma parece também não ocupar as pautas daqueles que fomentam a aplicação da dignidade e decidem casso com base nela [...]". como consequência, ele sustenta que "definições muito abrangentes de dignidade, ainda que alcancem amplos acordos, têm utilidade normativa ou metodológica reduzida porque, não raro, a dignidade pode sustentar decisões opostas em um mesmo caso concreto" (Leal, 2020. p. 120).

[22] Naquela sua obra a respeito da dignidade, com razão, Barroso (2014, p. 60) defendeu que "qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e à má utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política ordinária. Como disse Ronald Dworkin, "seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação". Assim sendo, a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes. O trabalho a ser feito consiste em encontrar um conteúdo mínimo para a dignidade humana, que possa garantir a sua utilização como um conceito significativo e consequente, compatível com o livre arbítrio, com a democracia e com os valores seculares (laicos)".

[23] Importante citar a reflexão realizada pela filosofia de Carvalho (2021, p. 448) sobre a dignidade humana: "talvez por isso mesmo, apesar das tentativas de sufocá-la, persiste no mínimo como um grito de escândalo toda vez que se ensaia, por alguma via, atentar contra o humano e os seus direitos. Não parece, no fim de contas, existir melhor expressão para a dignidade humana do que a sua condição de tumor que insiste, nos momentos mais tenebrosos, em infligir a boa consciência jurídica. Seu registro na "pele" do corpo jurídico é uma cicatriz que o marca indelevelmente contra toda tentação de esquecer os fatos calhados. É em si mesma, portanto, a justificativa mais legítima para o direito à memória em face da propensão jurídica de se resguardar do passado mediante o ansiolítico da anistia e da prescrição. Nesse sentido, é um trauma benéfico sem o qual o direito, perdido do seu componente ético, resvala para a totalização. Último norte para um direito quase sem rumo, é natural que forças contrárias não queiram da dignidade senão uma "expressão vazia", uma "cortina de fumaça", um "conceito meramente de compromisso", em torno do qual um Dito não tenha nada mesmo a Dizer. Dignidade da pessoa humana... Tão somente fórmula fácil de "dourar discursos"? Qualquer um que atente seriamente para o seu significado histórico não o pode pensar. É preciso ao menos ir em busca do seu sentido, porque talvez na dignidade da pessoa humana, em tempos pós-metafísicos, resida a última aposta na esperança de que algo oriente a própria situação do homem e dos seus direitos no mundo".

[24] O *valor intrínseco* está representado na ética kantiana mencionada neste ártico, a qual rejeita a instrumentalização do homem; a *autonomia* é o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa, sendo que tal autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas); o *valor comunitário* consiste em algumas restrições à autonomia, na busca de realizar três principais objetivos: *(i)* a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, *(ii)* a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo, *(iii)* a proteção dos valores sociais compartilhados (Barroso, 2014).

interpretação do direito, nunca pôde representar a criação de um direito fora do direito positivo, como se os princípios fossem uma janela para povoar o direito de toda a sorte de argumentação que retira a sua autonomia científica e a sua própria legitimidade democrática.

A questão é que, contrariamente à essa tese, os movimentos brasileiros denominados *neoconstitucionalistas*, com base fórmula do *pós-positivismo*, no afã de superar o positivismo jurídico – concebido equivocadamente como o exclusivo responsável pelas barbáries dos regimes totalitários do século XX –, desencadearam um verdadeiro retorno ao extremo subjetivismo onde a interpretação e aplicação do direito não é encontrada legitimamente apenas dentro do sistema jurídico, mas também fora dele, fazendo a proposta assimilar às bases da *Escola do Direito Livre* e à interpretação própria da *Jurisprudência dos Interesses*[25].

2.1. *Neoconstitucionalismo, Constitucionalização e Autonomia Epistêmica do Direito Civil*

No contexto identificado acima, não é adequado falar exclusivamente em autonomia epistêmica do Direito Civil na ciência jurídica do Brasil, trata-se, antes, de autonomia científica do próprio direito, o qual, inevitavelmente, tornou-se alvo fácil de captura pelos argumentos que não encontram suporte no direito – o texto normativo como ponto de partida.

---

[25] Além disso, em interessante artigo publicado no ano de 2011, Ferrajoli aponta – com razão – que o neoconstitucionalismo incorpora em si um retorno ao *jusnaturalismo*. Ele comenta que "*sin embargo, quienes sostienen una concepción anti-iuspositivista del constitucionalismo no siempre se consideran iusnaturalistas. Se declaran, más bien, no-positivistas o post-positivistas. En cambio, lo que tienen todos en común es que conciben gran parte de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros objeto de argumentación y ponderación, las segundas objeto de aplicación en la forma de la subsunción. De otra parte, este segundo elemento, aun cuando, de hecho, es sostenido sobre todo por los iusnaturalistas, no está conceptualmente conectado al iusnaturalismo, pudiendo muy bien ser aceptado por los iuspositivistas* [...]. Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por *un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del Derecho como una «práctica social» confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singu lar convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar «neo-pandectismo», en cuanto minan la normatividad del Derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas. Ciertamente, esta tesis registra la fenomenología del Derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el Derecho como norma. Por ello es generalmente asumida no sólo como descriptiva, sino también de hecho como prescriptiva, es decir, como representación de la práctica jurídica no sólo tal "como es", sino también "como es justo que sea" y, en todo caso, como "no puede dejar de ser". De esta manera, la efectividad se confunde con la validez. Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no sólo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del Derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principialista comparte no sólo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el "Derecho como hechos más que como norma", y propone, como alternativa a la crisis de la ley-que se juzga irreversible, un renovado "rol de los juristas", inspirado por una clara opción iusnaturalista*" (Ferrajoli, 2011. p. 15 e 23).

Uma das consequências do fenômeno da "constitucionalização do direito", com características marcadamente definidas nos textos "neoconstitucionalistas*"* exemplificados acima – *e contestadas com menor ou maior grau de acerto por autores como Rodrigues Jr. (2019)* –, também está representada na afirmação de que houve uma superação da distinção sistemática existente entre o direito público e o direito privado, o que não é sustentado no monismo de Kelsen[26], mas na ideia de que isso é fruto da constitucionalização.

Existe um fenômeno de constitucionalização do direito, deveras, mas ele deve ser adequadamente identificado, como propõe o professor Silva (2011)[27]. Inegavelmente, a constitucionalização do direito acarreta uma relativização da distinção sistemática entre direito público e direito privado, mas não se pode falar em sua superação[28]. Rodrigues Jr. (2019) argumenta que, para além da utilidade na vida dos Tribunais, academias e práticas jurídicas, existe uma realidade que impõe a manutenção da distinção.

Além disso, o citado autor denuncia que a tentativa de diluir totalmente o direito privado no direito público é absolutamente viciada, entre outros motivos, porque isso implicaria – *como advertiu Hesse* – em pressupor que todas as respostas estão presentes na Constituição. Embora a Constituição certamente seja a ordem jurídica fundamental da coletividade, ela não regula tudo (Rodrigues Jr., 2019. p. 211). Além disso, também é viciada tal proposta porque é recorrentemente utilizada pelos regimes totalitários para suprimir o âmbito da autonomia privada, a pretexto de uma *unidade do direito* como sendo o ordenamento da vida nacional[29].

---

[26] Como afirmava a Teoria Pura de Kelsen (2006, p; 312), "se nos dermos conta de que os atos que formam o fato produtor do Direito apenas são, em ambos os casos, o prolongamento do da chamada formação da vontade estadual [...], então não se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista – sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado – veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica". A respeito disso, com razão, Rodrigues Jr. (2019, p. 210) ainda sustenta que "os maiores críticos contemporâneos à "grande dicotomia" jamais reconheceram como kelseniano ou positivista, em quaisquer de suas divisões internas".

[27] Embora não seja possível concordar com todas as objeções apresentadas pelo professor Otávio Luiz Rodrigues no sexto capítulo da sua tese de livre docência, parece-nos oportuno também reportar às suas propostas de acordo semântico em torno do termo constitucionalização apresentadas no sétimo capítulo da obra já referenciada (Rodrigues Jr., 2019. p. 330).

[28] Segundo pensa Ferraz Júnior (2003, p. 131), "a distinção entre a esfera pública e a privada, confusa e sem nitidez, faz da separação entre direito público e privado tarefa difícil de realizar-se. Surgem campos jurídicos intermediários, nem públicos nem privados, como o direito do trabalho, e os tradicionais conceitos dogmáticos sentem dificuldade de impor-se. Não obstante, apesar de inúmeras críticas, a dicotomia ainda persevera, pelo menos por sua operacionalidade pragmática. Enraizada em quase todo o mundo, serve ao jurista, inobstante a falta óbvia de rigor, como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade".

[29] Ainda na tese de Rodrigues Jr. (2019, p. 214), sustenta-se que "é óbvio que se pode defender o fim da separação Direito Público-Direito Privado com argumentos não ideológicos e metodologicamente consistentes, como o positivismo jurídico kelseniano. Mas, não se admite a utilização de argumentos ao estilo dos propostos por Karl Larenz para defender uma solução que arruíne as fronteiras e a autonomia do Direito Privado. Infelizmente, é mais comum do que se imagina encontrar tais argumentos em textos jurídicos de absoluta boa-fé, que ignoram as raízes mais profundas (e mais abjetas) dessa maneira de se encarar a relação do Direito Privado com outras áreas". Sobre a questão dos riscos do totalitarismo, interessante lembrar que há outra tentação diretamente relacionada com o

Esse é o ponto. A perda do referencial metodológico que confere autonomia para a ciência jurídica, aliada a uma interpretação da Constituição e dos seus princípios jurídicos como uma porta aberta para argumentos alheios ao sistema, inclusive com a desautorização das normas inferiores produzidas em consonância com os preceitos decorrentes da própria Constituição[30], representa um convite a decisões ilegítimas sustentadas em sistemas morais[31].

A existência de um Direito Privado autônomo, mas em conformidade com a Constituição e seus princípios jurídicos, em última análise, constituí a própria garantia da dignidade da pessoa humana que tem em seu conteúdo a autonomia individual[32], pois são os institutos do

debate sobre a questão da autonomia do direito no cenário contemporâneo, representada na ideia do "Constitucionalismo Abusivo", expressão cuja autoria é atribuída a David Landau (Landau, 2020). Grosso modo, Landau (2020) concebeu que a instauração de regimes autoritários – *acrescento, também os totalitários* – contrários à ordem democrática na atualidade ocorre através da mudança constitucional, utilizando os seus próprios mecanismos, o que denota a aparência de uma normalidade democrática, mas que não existe realmente. A bem da verdade, muitos dos exemplos utilizados por Landau para evidenciar as formas de instrumentalização das regras constitucionais contra a democracia e o Estado de Direito, na perspectiva do direito constitucional brasileiro, foram superados por doutrinas como as da vedação da dupla reforma, do controle jurisdicional formal e material, assim como pela doutrina do poder originário e das limitações ao poder de reforma. Entretanto, sabe-se que o papel da interpretação do direito assume muita importância quando se fala na atribuição de sentidos ao Texto Constitucional, o que também pode tornar um instrumental de pretensões autoritárias, daí a importância de defesa da autonomia científica do direito.

[30] Um comentário é feito por Ávila (2009, p. 06) sobre a costumeira distinção das normas constitucionais entre regras e princípios: "no caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a conseqüência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese". A respeito da ponderação, também explica que "o dever de não desconsiderar a regra constitucional imediatamente aplicável não impede, por óbvio, o aplicador de, dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade. O que ele não pode é, para casos ordinários, desconsiderar a função específica da regra, desprezando aquilo que ela permite, proíbe ou obriga. Uma das formas de desprezar insista-se é saltar ao plano constitucional mesmo nos casos em que há regras infraconstitucionais não inequivocamente contrárias à Constituição, quer sob a alegação de que elas, embora compatíveis com a liberdade de configuração do Poder Legislativo, não representam o melhor meio para "otimizar" princípios constitucionais, quer, ainda, sob o argumento de que toda regra infraconstitucional deve ser sustentada pela ponderação entre princípios constitucionais colidentes" (Ávila, 2009. p. 10-11).

[31] Deveras, a incorreta compreensão dos princípios jurídicos, como se eles fossem uma autorização para derrotar a regra discricionariamente, implica na autorização de subjetivismos morais contrários à ordem jurídica. Como lembra Ferrajoli (2011, 27), "*en sentido prescriptivo o axiológico, la separación es un corolario del liberalismo político, que, en garantía de las libertades fundamentales, impide la utilización del Derecho como instrumento de reforzamiento de la (o sea de una determinada) moral, en todo aquello que no produce daño a otros. En el primer significado, la separación equivale a un límite al poder de los jueces y a su arbitrio moral; en el segundo equivale a un límite al poder de los legisladores y a su injerencia en la vida moral de las personas*".

[32] Refletir é necessário. Uma retrospectiva histórico-normativa dos direitos da personalidade indica que eles foram concebidos como direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, firmando a proteção sobre aquilo que era próprio da individualidade – *principalmente o corpo, a honra, a imagem, etc*. Como defende Siqueira e Martins (2022, p. 237), "a natureza jurídica dos direitos da personalidade é a de direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, compreende os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo, de modo que são direitos ínsitos à pessoa, em função da sua própria estruturação física, mental e moral, sendo, portanto, os diversos aspectos que envolvem a pessoa natural, bem como seus prolongamentos e projeções, isto é, a sua dignidade". Diante dessa perspectiva, não é possível concluir que os direitos da personalidade encerram toda a normatividade

direito privado que normatizam os diversos aspectos da vida privada no desenvolvimento dos projetos existenciais do sujeito de direito, com a garantia do respeito à vontade manifestada, a qual, não padecendo de vícios, não deve ser desautorizada com argumentos alheios ao sistema, ou seja, sem a existência de uma previsão legal/constitucional.

CONCLUSÃO

No início desse artigo científico se propôs a seguinte reflexão: a superação de um positivismo jurídico, através do que se denominou de "pós-positivismo" concebido pelo movimento neoconstitucionalistas – *e tudo o que ele tem representado na ciência jurídica brasileira* –, constituiu o melhor e mais seguro meio obter a proteção constitucional da dignidade humana, ou essas propostas representam riscos até mesmo a autonomia do direito?

A resposta obtida ao longo da exposição orienta que, a bem da verdade, pretender superar o positivismo jurídico nos moldes das inúmeras expressões do neoconstitucionalismo brasileiro, o qual oferta como método um pós-positivismo plasmado em uma principiologia "portas abertas" para os mais variados juízos morais alheios ao sistema jurídico, implica, consequentemente, em pelo menos dois resultados: *(i)* a fragilização da proteção à dignidade humana na dimensão da autonomia individual e *(ii)* a retirada da autonomia do direito obtida através da superação das escolas jurídicas passadas, gerando os riscos da instrumentalização.

---

do princípio da dignidade humana. Os direitos da personalidade são uma dimensão muito importante da dignidade da pessoa humana fundada na autonomia individual, mas a dignidade é mais ampla. A atual concepção de Estado Direito tem em seu conteúdo não apenas uma dimensão negativa contra às arbitrariedades estatais e de terceiros, mas também positiva em face do Estado, a qual permite a exigibilidade de certas prestações inerentes ao pleno desenvolvimento da cidadania e da própria personalidade. Recentemente, a comissão de juristas responsável pela atualização do Código Civil brasileiro de 2002 entregou o Relatório Final para a revisão da legislação civil no Senado Federal. A proposta pretende alterar a redação do art. 11 do Código Civil, positivando que, em verdade, "os direitos da personalidade se prestam à tutela da dignidade humana, protegendo a personalidade individual de forma ampla, em todas as suas dimensões" (BRASIL, 2024). Além disso, o § 1º do citado dispositivo emula aquilo que seria o § 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira, no sentido de promover uma "abertura" principiológica para as normas do direito internacional atinentes ao direito privado. A dignidade da pessoa humana retorna em diversas passagens do Código Civil, por força dessa pretendida revisão. O presente artigo é desenvolvido apenas um mês após a apresentação do relatório final. Deveras, recente é a novidade para falar com precisão. Antevemos que, àquela prática de transportar os amplos conceitos em torno da dignidade humana que efervescem os debates constitucionais – *inclusive através do movimento de "direito civil constitucional" deveras popular na civilistica brasileira, por exemplo* –, agora, encontraria na própria legislação civil o seu ponto de reflexão. A questão é que, se os direitos da personalidade são a expressão da dignidade da pessoa humana em sua dimensão de proteção à autonomia individual, parece-nos adequado que assim se mantenha a disciplina no Código Civil, ordenamento específico da vida privada. Os demais conteúdos da dignidade da pessoa humana estão muito mais voltados à relação cidadão/Estado do que cidadão/cidadão – *a despeito dos debates que adequadamente se faz em torno dos direitos fundamentais na relação privada*. A questão é que, por exemplo, na perspectiva de dignidade humana como exigibilidade de mínimos existenciais, não se fala – *pelo menos não de forma pacífica* – em reclamação de prestações positivas por um particular em face de outro particular, a pretexto de satisfação da dignidade humana. Fala-se apenas na exigência de abstenções – *reafirma-se, como é o caso do debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas* –, entretanto, com essa alteração no ordenamento civil, isso poderá mudar?

Este estudo demonstrou que tais posturas teóricas, metodológicas e/ou ideológicas encerram algumas contradições, entre elas, a da busca pela legalidade e efetividade constitucional por meio do ataque justamente àquilo que busca distinguir dado ordenamento como jurídico e vinculante – a noção de direito enquanto ciência normativa, o que é próprio do positivismo jurídico que, de fato, demanda atualização, a exemplo da proposta de Ferrajoli.

Finalmente, assegurar a autonomia científica do direito civil enquanto fórum de proteção da vida privada, também representa um dos meios de inviabilizar a ascensão de propostas antidemocráticas que pretendam dissolver a individualidade em domínios totalitários. Isso, em nenhuma medida, representa a negativa de vinculação das leis privadas aos princípios e preceitos constitucionais, mas também não legítima desautorizar os limites de conformação legítima do legislador, tal como recorrentemente se faz, sempre que a solução informada pelo sistema não representar a expressão do que o intérprete concebe como justo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. p. 18.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado.* n. 17. jan./mar. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo.* Abr./Jun. 2003. Rio de Janeiro, 232. pp. 141-176.

BARROSO, Luis Roberto. A *dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo.* Abr./Jun. 2005. Rio de Janeiro, 240: pp. 1-42.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. ed. 56. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Relatório Final dos Trabalhos da Comissão de Juristas Responsável pela Revisão e Atualização do Código Civil*. Senado Federal. Brasília. Abr./2024

CARVALHO, Felipe Rodolfo. *Outramente: o direito interpelado pelo rosto do outro*. 1. ed. São Paulo: D´Plácido, 2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. Ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

DUTRA, Delamar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. *Conjectura: filosofia e educação*. v. 23. ano 2018. pp. 262-292.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. Decisionismo e ficção no pensamento de Carl Schmitt. *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* jul./dez. 2012. n. 105. pp. 21-46.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 34 (2011). pp. 15-53.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 1. ed. 3. t. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista da EMERJ*. v. 22. n. 2. Mai./Ago. 2020. p. 91-150.

LANDAU, David. Constitucionalismo Abusivo. *Revista Jurídica da UFERSA.* Mossoró, v. 4. n. 7. jan./jun. 2020. pp. 17-71.

LOSANO. Mário G. *Sistemas e estrutura no direito, volume 2: o século XX*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA. Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. *in* Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação constitucional, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MARTINS, Raphael Farias. A dignidade humana é protegida pelo estado como direitos humanos, direitos fundamentais ou da personalidade? Existem

diferenças entre tais direitos? *Direitos fundamentais & Justiça*. Ano 16. n. 47. Jul./Dez. 2022. pp. 223-244.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra de lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica*. v. 15. n. 1. pp. 158-173. 2010.