

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

LAURA RODRIGUES LOUZADA DA SILVA

laurarodrigues@msn.com

Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes

Uberlândia

2015

SILVA, Laura Rodrigues Louzada da. **Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes.** 2015. 133f. Dissertação (Mestrado) -Curso de Mestrado em Direito Público, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Uberlândia, Uberlândia, 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

LAURA RODRIGUES LOUZADA DA SILVA

Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes

Dissertação apresentada ao Colegiado do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia. Sob orientação do Prof. Dr. Carlos José Cordeiro e Coorientação do Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins como requisito parcial à obtenção do título de Mestra pela Faculdade de Direito da UFU.

Uberlândia

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

S586p
2015 Silva, Laura Rodrigues Louzada da, 1988-
 Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das
 fontes / Laura Rodrigues Louzada da Silva. - 2015.
 134 f.

Orientador: Carlos José Cordeiro.
Coorientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Hermenêutica (Direito) - Teses. 3. Direitos
fundamentais - Teses. I. Cordeiro, Carlos José. II. Martins, Fernando
Rodrigues. III. Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-
Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 340

LAURA RODRIGUES LOUZADA DA SILVA

Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes

Dissertação apresentada ao Colegiado do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Público.

**Dissertação defendida e aprovada em 24 de fevereiro de 2015, pela Banca Examinadora
constituída pelos professores:**

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Prof. Dr. Bruno N. Barbosa Miragem

RESUMO

O estudo tem como intuito analisar, estudar, e aplicar a hermenêutica do diálogo das fontes aos casos de direito pós-modernos que surgem como um novo paradigma de aplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais do sujeito. O fim do direito neste tempo seria então a efetivação dos “sujeitos perfeitos” aqueles que teriam seu plexo de direitos fundamentais resguardados e protegidos. Perpassando pelos estudos da vulnerabilidade, utilizando-a como elemento de conexão no direito e dos paradigmas complementares de construção do paradigma atual do diálogo das fontes pode-se alcançar entendimento sobre a formação e a aplicação do diálogo das fontes como metodologia hermenêutica.

Palavras-chave: diálogo das fontes, sujeitos perfeitos, direitos fundamentais, vulnerabilidade.

ABSTRACT

The study intents studying and applying the dialog of sources hermeneutic technique to real cases on postmodernity. The newest paradigms for the law are the applicability of human rights and civil rights. Law's objective is to create and promote the "perfect subjects", those who happen to have all the civil rights preserved. Utilizing the previous studies about vulnerability, and using it as connecting factors to apply the law and the previous and complementary paradigms to the recent dialogue of sources paradigm. In addition, the study intends to understand the process to apply the dialogue of sources as an hermeneutic methodology.

Key words: dialogue of sources, perfect subjects, civil rights, vulnerability

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O sujeito perfeito	13
1.1 O paradigma culturalista	19
1.2 A contribuição do tridimensionalismo	30
1.3 Da abstração à concretude da dignidade da pessoa humana	33
1.4 O direito na pós-modernidade: o sujeito pós-moderno; o sujeito perfeito	41
2. A Vulnerabilidade dos sujeitos no direito	59
2.1 A ideia de identidade dos sujeitos na pós-modernidade	62
2.2 Reconhecimento das Vulnerabilidades, elementos de qualificação da vulnerabilidade	65
2.3 A vulnerabilidade como elemento de conexão no Direito	70
3. Proteção dos direitos fundamentais do sujeito perfeito pelo Diálogo das fontes	75
3.1 As fontes no direito	75
3.2 Métodos hermenêuticos do direito	82
3.3 As antinomias jurídicas de Norberto Bobbio	88
3.4 O direito como função e como sistema	92
3.5 As normas narrativas	95
3.6 Aplicação do Diálogo das Fontes como instrumento de proteção da identidade cultural do sujeito	99
3.7 Críticas doutrinárias à teoria do Diálogo das Fontes	118
3.8 Prospecções do Diálogo das Fontes	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade apresenta um grande desafio para a promoção e proteção de direitos à identidade específica de cada sujeito na ordem global. No presente texto pretende-se analisar quem são os sujeitos globais, e como podem tornar-se sujeitos perfeitos: aqueles que tenham seus direitos fundamentais respeitados; e a utilização da técnica interpretativa do diálogo das fontes como meio de promoção de direitos dos sujeitos vulneráveis.

A escolha de utilização da hermenêutica do diálogo das fontes traz possibilidades de atuação do jurista com vistas à justiça do caso concreto, à igualdade material daquele sujeito, e a buscar efetividade máxima de direitos fundamentais.

No primeiro capítulo vem-se analisar o próprio sujeito pós-moderno, identificar aquele que é o candidato a ser *sujeito perfeito*. Este sujeito que deverá ser respeitado em todas as suas expressões de vida, pode ser bem definido nas palavras de Ortega y Gasset “Eu sou eu e a minha circunstância e se não a salvo, não salvo a mim mesmo”,¹ é certo que a existência material dos sujeitos deve ser respeitada e resguardada pelo direito, mas também sua existência cultural e a perpetuação de sua história e construção de identidade devem ser objetos de atenção do direito. A pós-modernidade, fluída, precisa contrabalancear com o retorno às identidades dos sujeitos, do “direito à diferença”.²

Depende desta diferença a capacidade de garantir a dignidade humana, que a história e cultura perpetuarão e serão continuadas à livre escolha das próximas gerações. Neste paradigma pós-moderno, destaca-se a coexistência com outros paradigmas, como a modernidade fordista das indústrias, o feudalismo ainda vivido por grande parte da população rural brasileira e as diferentes pós-modernidades vividas pela sociedade global.³

Na escolha da pós-modernidade de Erik Jayme, faz-se estudo de quatro características que refletem no direito e são destacadas pelo autor: *i) o pluralismo; ii) a*

¹ GASSET, Ortega y. **Meditações de Quixote**. São Paulo: Iberoamericana, 1967, p. 52

² JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international et privé post moderne .In: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de laHaye**, 1995, p. 251

³ MARQUES, Cláudia Lima. **Identité culturelle et intégration Le droit international et privé post Moderne .In: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de laHaye**, 1995, p. 251

³ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63-64

comunicação; *iii) a narração* e *iv) “retour des sentiments”*. Para o *Leitmotiv* da valorização dos direitos humanos.⁴

Observa-se ainda a necessidade de verificar que outros paradigmas do direito, e outras teorias, como o culturalismo, tridimensionalismo e humanismo já se preocupavam com esta centralidade humana no direito. Destaca-se que a terminologia utilizada para os sujeitos perfeitos é trazida com nova conotação, mais ampla e dialógica com os demais sistemas e objetivos da pós-modernidade, cabendo instrumentalizar novos direitos a partir das novas demandas sociais, culturais e históricas.

No segundo capítulo o estudo está focado na vulnerabilidade dos sujeitos, esta vulnerabilidade que não é a causa, mas sim a justificativa para um tratamento especializado deste sujeito na pós-modernidade é também o elemento que garante a conexão e a aplicação da lei mais benéfica e protetiva a este sujeito.

A vulnerabilidade não se confunde com a capacidade dos sujeitos nem com a sua hipossuficiência, trata da necessidade de verificar as desigualdades dos sujeitos, identificar suas diferenças e ser capaz de dar a cada um aquilo que necessita para seu pleno desenvolvimento. Como elemento de conexão no direito, objetiva trazer a cláusula geral de proteção dos sujeitos para a centralidade dos direitos humanos e fundamentais. A lei aplicada ao caso concreto deve ser a lei daquele que é mais fraco, ou mais vulnerável no caso concreto.

Reconhece-se que para a identificação das vulnerabilidades deve ser observada e objetivada a proteção à identidade cultural de cada sujeito, na sua capacidade única de ser e efetivar suas máximas possibilidades. Conhecer a formação cultural e histórica de cada sujeito significa na interpretação jurídica respeitar e agir de modo promocional para que este sujeito torne-se pleno em sua construção histórica e futura. Sua cultura e sua civilização são preservadas e garantidas. Neste sentido, necessário verificar alguns pontos sobre a identidade na pós-modernidade, para conhecer o sujeito pós-moderno e buscar efetivar seus interesses pelas ferramentas do direito.

Há ainda o estudo das questões da vulnerabilidade agravada, daquele sujeito que carrega consigo mais de um fator de vulnerabilidade e portanto passa por mais de um filtro da atenção jurídica. Estes sujeitos passam a ser tutelados por quantas leis quantas forem beneficiários, e estas leis, entre si formarão um subsistema de proteção integral a este sujeito,

⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international e privé post moderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995. p. 36

objetivando tornar um sujeito perfeito, pleno de direitos e respeitado em suas necessidades e interesses.

No terceiro capítulo, lê-se a intenção da inserção do diálogo das fontes no direito brasileiro para aplicação e importação dos direitos humanos e efetivação de novos direitos fundamentais. A aplicação do diálogo das fontes como método de interpretação em favor dos vulneráveis apresenta uma ferramenta de racionalidade forte para a formulação dos direitos destes novos sujeitos.

A identidade do sujeito e sua capacidade de voz e de possuir lei protetiva trazem novos parâmetros para a interpretação jurídica, que deve pautar-se na capacidade destes sujeitos de demandarem seus próprios interesses e de verem respeitadas sua cultura e suas necessidades.

Ainda, para aplicação e extensão dos direitos fundamentais já existentes, sejam eles legislados em lei especial, como o CDC, ECA, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha ou aqueles que ainda necessitam de legislação especial, mas não por isto podem aguardar para serem aplicados a exemplo da possibilidade de casamento homoafetivo no Brasil.

Os crescimentos em demanda de direitos justificam a necessidade de decisões afirmativas de aumento de direitos com políticas públicas a longo prazo mas também a necessidade imediata de tutelar os interesses destes sujeitos. Há direitos que não podem ser postergados, sob pena de perda da justiça no caso concreto, e por isto, há uma valorização da interpretação do caso concreto pela ótica da vulnerabilidade.

A segurança jurídica passa a operar também uma função de expectativa social de cumprimento de direitos. Não apenas de conformidade com a situação atual dos direitos de determinados grupos, mas com o crescimento das demandas e consequentemente das soluções jurisdicionais da ordem da justiça no caso concreto.

Busca-se também possibilidade de aplicação direta de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário⁵, e que o legislador interno ainda não optou por positivar, ou, o fez em desacordo com os direitos humanos (quer por não ter atualizado os novos direitos à ordem internacional, quer por escolha legislativa posterior ao texto de direitos humanos).⁶

⁵ A Constituição Federal traz em seu art. 5º §2º a cláusula geral aberta de direitos humanos “Não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁶ É importante ressaltar que a Convenção de Viena traz expressamente em seu texto no art. 27: “Uma parte não pode invocar disposições do seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”, apesar

A hermenêutica dialógica de fontes pode ainda ser utilizada por meios não jurisdicionais do direito, como meios administrativos. O estudo de casos em que os direitos humanos falam mais alto e efetivam direitos fundamentais no país sem que seja obrigatoriamente utilizada a fonte legislativa ou jurisdicional apresentam casos de grande importância no mundo todo, e uma tendência de crescimento dos direitos humanos em todas as esferas de poder.⁷

A lógica também está relacionada com o Transconstitucionalismo operando suas ferramentas no direito interno. Marcelo Neves informa que “a Constituição estatal é posta, inicialmente, no segundo plano, mas, em outro momento, entrelaça-se novamente com as constelações internacionais, supranacionais e transnacionais.”⁸

O direito internacional e as demandas por direitos melhor efetivados trazem para o direito interno novas demandas, de ordem pluralista que passam a ser analisadas sob novos parâmetros.

Dentro desta ordem plural, o diálogo das fontes surge como alternativa interpretativa, fixando pontos importantes para solucionar casos difíceis. Não há apenas regras, há, especialmente, normas narrativas, normas completas que trazem a amplitude de necessidades de um determinado sujeito em seu texto. Estas normas, dialógicas e de ordem pública trazem formulações em cláusulas gerais que podem ser aplicáveis em diversos contextos e preenchidas com os interesses destes vulneráveis.

Como exemplo tem-se aqui o que traz em si disposições deste a proteção integral da criança e do adolescente à punibilidade em caso de cometimento de ato infracional.

Esta mesma legislação, narrativa, pode ser aplicada conjuntamente com outras, a exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor, quando a criança em questão tem a vulnerabilidade intrínseca a ser menor de 18 anos e aquela de ser consumidor. Pode a um mesmo sujeito se aplicarem várias normas e várias fontes, que como resultado final, se somarão para trazer a ele a melhor qualidade de vida.

disto o há exemplo claro de descumprimento desta normativa, pela utilização do princípio da unidade sindical no Brasil, enquanto na ordem do direito internacional este princípio não está em conformidade com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do qual o Brasil é signatário.

⁷ Após inúmeras decisões judiciais em favor da utilização do Canabidiol, substância proibida no Brasil como tratamento a epilepsia, a Anvisa tornou a substância permitida no Brasil como medicamento. Percebe-se que o executivo também tem papel de efetivar direitos humanos diretamente, dentro de suas possibilidades criativas e interpretativas.

⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 83

A aplicação das leis está expressa em um plexo plural de sujeitos e de normas. O pluralismo está expresso em nosso texto constitucional, no art. 1º inc. V. Este valor deve refletir na busca da igualdade substancial dos sujeitos, em suas máximas potencialidades. O diálogo das fontes tenta aumentar as potencialidades do ser humano por meio das potencialidades da própria lei, que também são estendidas, vez que conversam entre si.

As leis operam a lógica dialógica e não deve haver antinomias, observa-se o sujeito e suas necessidades e vulnerabilidades, por este prisma opta-se pela aplicação de determinada lei a determinado momento, visando a aplicação dos direitos fundamentais o mais amplamente possível, o valor da dignidade humana se fixa como interesse máximo do sistema jurídico.

Este diálogo, trazido para a legislação brasileira pela autora Cláudia Lima Marques, tem três possibilidades: i) *diálogo sistemático de coerência*; ii) *diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade*; e iii) *diálogo de adaptação ou coordenação*.⁹

Estas modalidades de diálogo possibilitam a aplicação da lei em favor do mais débil, aquele que possui a vulnerabilidade agravada. O diálogo das fontes aplica seus instrumentos na proteção da identidade cultural daquele sujeito, da sua vulnerabilidade agravada, na proteção de tudo aquilo que o sujeito é em um determinado contexto social e temporal.

A pluralidade de influxos fornece inumeráveis hipóteses de interpretação. O intérprete deve escolher aquela que melhor preserve a identidade de seu povo e a cultura construída naquele grupo social, ou seja, a mais apropriada e cabível dentro de um sistema de globalização e direitos humanos.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da nova teoria geral do direito. In **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro**. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35

1 O sujeito perfeito

O Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores¹⁰

Miguel Reale

Na pós-modernidade¹¹ convivem e se complementam as identidades de diversos sujeitos diferentes. É possível verificar que a cultura de cada povo é disseminada e levada ao resto do mundo por seus cidadãos que, ao mesmo tempo, absorvem práticas e hábitos de outros povos. Os influxos internos e externos se somam e podem, inclusive, operar como ferramentas para oprimir determinadas identidades culturais.

Considerando as relações humanas no paradigma da pós-modernidade, é perceptível que diversas fases do desenvolvimento da interação social ocorrem simultaneamente no mundo.

A crescente integração econômica da pós-modernidade, em aparência, pode ir de encontro com a proteção dos direitos fundamentais do sujeito. Dentre os direitos fundamentais que necessitam ser protegidos, pode-se dar destaque a identidade cultural de um sujeito, além de direito ao seu livre desenvolvimento, saúde e educação que, por sua vez, devem ser respeitados a título exemplificativo.

Esta convivência entre realidades distintas, algumas vezes opostas e contraditórias, evidencia o meio social pós-moderno como plural de influxos mistos e

¹⁰ REALE, Miguel. Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito. In. **Revista da Faculdade de Direito da USP.** v. 88, São Paulo: USP, 1993, p. 301–312, p. 312

¹¹“o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de desdogmatização do direito, para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito, que aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder da crítica, da evolução histórica e da verdade no direito, fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, mas que assegura novos direitos individuais à diferença e aumenta o radicalismo das linhas tradicionais. A pós-modernidade é um jogo de palavras, um conceito aberto, para alguns até mesmo inexistente, uma moda, postis como afirma Habermas. Particularmente, parece-me ser apenas uma tentativa, uma denominação sucinta para descrever a crise deste final de século nas artes, na cultura, nas ciências em geral e no Direito em especial, e as modificações contrárias ou “posteriore” aos ideais do Direito moderno de igualdade, liberdade e fraternidade. É uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado. Chame-se como desejar o momento atual de crise e de mudança, a sua realidade supera qualquer expectativa e seus reflexos no Direito não podem mais ser negados.” MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69

múltiplos. Por este motivo, oferece-se uma possibilidade de fixação de um centro de estudo no direito, uma escolha metodológica de foco nos sujeitos.

O paradigma pós-moderno com foco no sujeito humano não se apresenta como opressão de um sujeito sobre outro: é preciso formar ferramentas de convivência e correlação social, além de cooperação para perpetuação dos diferentes grupos de sujeitos na pós-modernidade. Uma das ferramentas para esta perpetuação pacífica é o direito, que atuando como no conhecimento e reconhecimento das diversas subjetividades pode fomentar a igualdade solucionando casos do mundo fático que consequentemente gerarão mudanças no mundo cultural, no mundo da abstração e na maneira como os sujeitos são percebidos.

O sujeito pós-moderno é trazido na conceituação de Erik Jayme em seu curso de Direito Internacional na academia de Haia. O autor utiliza a expressão para designar o sujeito que tenha os seus direitos fundamentais respeitados na medida de suas necessidades específicas.¹²

O termo *sujeito perfeito* é cunhado por Erik Jayme e trazido para o Brasil por Cláudia Lima Marques¹³. A autora explica a perfeição do sujeito baseada na exigência de direitos específicos por grupos sociais também específicos; antes sujeitos em segundo plano no direito, agora almejam direitos adequados às suas realidades materiais e culturais.

Se desejamos verificar se o direito do consumidor é um direito pós-moderno, direito de seu tempo, adaptado a seu tempo, e concentrado em um sujeito de direito pós-moderno (A) dois aspectos devem aqui ser analisados: primeiro se este sujeito de direito “novos”, o consumidor, possui as qualidades de um sujeito de direito pós-moderno ou sujeito “perfeito”, o qual recebe direitos eficientes e não mais apenas direitos programáticos, e, segundo, se este sujeito de direitos estaria adaptado ao atual pluralismo de sujeitos e de leis

¹² JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995.

¹³ Referindo-se ao curso de Direito Internacional Privado de Erik Jayme no ano de 1995, a autora explica a *importância* da teoria do diálogo das fontes do direito internacional privado para o direito privado nacional brasileiro. A teoria do diálogo das fontes originalmente é criada para aplicação ao direito internacional privado. Cláudia Lima Marques entretanto aponta que no mundo pós-moderno há uma aproximação de riscos e danos nas relações de direito interno e internacional. Por este motivo, é razoável que se importe teorias de um direito para outro, vez que os dilemas que ambos enfrentam são semelhantes e até mesmo complementares.

Neste sentido, de acordo com Cláudia Lima Marques referindo-se ao texto que faz a aproximação e a justificação da aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro: “Esta análise pós-moderna é uma homenagem ao mestre orientador de Doutorado, Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, que em seu brilhante curso de Haia lançou sua teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito que agora trazemos para o direito civil e expandimos, com a devida vénia.” MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 63

(B). Para conduzir esta análise iremos nos basear na teoria de Erik Jayme sobre os reflexos da cultura pós-moderna no direito atual.¹⁴

A designação se refere, portanto, ao surgimento de novos sujeitos com voz nas relações, condição esta que lhes garante visibilidade social e, por conseguinte, impõe a necessidade de que o legislador legisle sobre tal grupo. Este conceito bem se explica na seguinte passagem:

A sociedade se organiza em grupos, em agentes econômicos, que antes não eram importantes, mas com o passar do tempo eles são tão fortes, lutam e merecem a sua própria legislação, legislação própria.¹⁵

Organizados, estes novos grupos exigem e demandam direitos idênticos aos demais cidadãos. Entretanto, para efetivar tais direitos pode ser preciso um período temporário de ações afirmativas, visando a garantia da efetividade dos direitos que virão aos novos cidadãos.

Marques cita como exemplo o direito das famílias no que se refere às mulheres. A mulher solteira ou casada tem os mesmos direitos atualmente, e, se casada, tem o mesmo poder familiar que seu/sua cônjuge. Isto significa dizer que não há diferenciações a este respeito, pois todos os envolvidos dentro daquele núcleo familiar terão direitos e serão respeitados.¹⁶

Para que a igualdade deste sujeito seja efetivada é preciso que a legislação e o jurista se ocupem em promover meios de efetivação em igualdade de forças. Ainda que exista uma expectativa social de menos direitos a um determinado grupo, é preciso que se imponha uma ordem nova segundo a qual atenderia aos anseios desta classe de pessoas.

As terminologias do *sujeito perfeito* e do *sujeito pós-moderno* vêm deste recente paradigma pós-moderno. E são cunhadas para dar nome a um fenômeno social de mudança na maneira como vemos determinados grupos de pessoas, que passam a clamar e a ter novos direitos abordados em diversas outras teorias do direito. Grandes expoentes do

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 67

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 82.

direito já traziam esta necessidade de informar o ser humano como valor essencial, embora se utilizassem de terminologias diversas das aqui apresentadas.

Portanto, esta classificação dos sujeitos perfeitos também se relaciona com outras classificações de direito em outras áreas. É o caso dos *gestores atípicos da moral* figura do direito penal ou os *agentes constitucionalmente identificados* trazidos pelo direito Constitucional. Estes conceitos têm sentidos semelhantes, vez que tratam da possibilidade de dar voz a algumas camadas da sociedade que antes se viam esquecidas e pouco protegidas e, atualmente, merecem atenção tanto legislativa quanto judiciária. Ainda, pode-se tratar com clareza da doutrina culturalista e da doutrina humanista. Estes exemplos citados podem ser complementares para a garantia da proteção integral dos grupos sociais.

Na seara do direito penal vemos com clareza os *gestores atípicos da moral* que são, para Silva-Sánchez, grupos sociais que antes não recebiam proteção pelo direito penal, e agora enxergam-se como possíveis vítimas de delitos e demandam proteção jurisdicional aos seus direitos. Estes grupos sociais foram historicamente esquecidos pela proteção penal ou, mesmo, considerados autores antes que vítimas. Mulheres, afrodescendentes, pessoas de baixa renda, consumidores, grupos de proteção ao meio ambiente reclamam leis que os protejam pessoalmente ou como grupo social, demandando tipos penais específicos para garantia de direitos individuais, difusos ou coletivos, para proteção e garantia da igualdade substancial.¹⁷

Por sua vez, os *agentes constitucionalmente identificados* são aqueles trazidos especialmente pela Constituição Federal de 1988. Para que a igualdade substancial se dê entre os sujeitos, a Constituição enumera não exaustivamente aqueles que fazem jus à proteção especial do Estado. A Criança e o Adolescente, a Mulher, o Idoso, todos estes grupos têm proteção constitucional garantida e específica, conquistada pela legitimação social destes a partir de sua visibilidade e mobilização – seja por vias próprias, como no caso das mulheres,

¹⁷ Silva-Sánchez escreve o seguinte sobre o assunto: “os sujeitos pertencentes aos níveis inferiores da sociedade também são, acima de outras considerações, titulares ‘reais’ de bens jurídicos (individuais ou difusos); que também os mesmos começam a ver a si mesmos mais como vítimas potenciais do que como autores potenciais. [...] É nesse contexto que adquire todo seu sentido a existência de ‘atypische Moralunternehmer’, expressão com a qual se designam alguns novos gestores da moral coletiva (e do recurso ao Direito Penal, naquilo que especialmente aqui interessa). Se os tais ‘gestores’ vinham sendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoje adquirem tanta ou mais relevância em papel as associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses”. SILVA-SANCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo, RT, 2002, p. 62-63

seja por vias transversais, relativos aos sujeitos que não podem lutar sozinhos por seus direitos, como no caso das crianças e adolescentes. Estes sujeitos passam a ser detentores de direitos e especialmente protegidos, dadas as vulnerabilidades intrínsecas às suas qualidades especiais.

No plano Constitucional, em regra a proteção é inespecífica, apenas declarando que lei infraconstitucional deverá proteger estes sujeitos, em linhas gerais. Em momento posterior, de preferência com oitiva e com participação dos sujeitos interessados, a lei específica será elaborada. Esta normativa será em regra uma *norma narrativa*, modalidade legislativa que engloba em si um ou mais campos do direito, como proteção civil, administrativa, penal e até processual, na era da microcodificação.

É preciso ver que a doutrina traz estes agentes constitucionalmente identificados para garantir-lhes proteção mais adequada às suas necessidades, conforme se lê:

Dai que a Constituição Federal de 1988, dentre tantos aspectos positivos incrementados em suas normas, valeu-se da assunção da *diferenciação* das categorias de pessoas, objetivando tratamento obsequioso voltado à igualdade substancial aos *agentes constitucionalmente identificados*. Pessoas (*substância subsistente*) em tais designações estão espargidas ao longo da Constituição Federal na grande maioria de seus títulos (direitos dos condenados, direitos da mulher e direitos da mãe, direitos da criança e do adolescente, direito dos idosos, direito do pequeno empresário, direito do pequeno produtor rural, direito do usuário de serviços públicos, direito do índio, direito do afro descendente, dentre outros) todos eles referentes aos setores ou ambientes sociais inerentes à qualidade substantiva do sujeito (sistema prisional, família, empresas e mercado, propriedade, concessão, acesso aos equipamentos públicos, acesso à cultura e educação).¹⁸

Esta setorização e consequente leitura jurisdicional específica para cada grupo garantem que estas pessoas tenham maior visibilidade e diminuem a possibilidade de interpretação discricionária do jurista em desfavor do vulnerável, aumentando, assim, a possibilidade de que a decisão judicial seja efetivamente favorável e sirva em tempo e modo aos interesses e direitos do vulnerável.¹⁹

¹⁸MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LOTOUFO, Renann; MARTINS, Fernando Rodrigues.. (Org.). **20 Anos do Código de Defesa do Consumidor: Conquistas, Desafios e Expectativas**. 1^a ed. São Paulo: SARAIVA, 2011, p. 171, grifos no original.

¹⁹ Há diversos casos de mitigação da proteção do vulnerável a despeito das normativas constitucionais, infraconstitucionais e da hermenêutica majoritária de proteção a estes sujeitos. Negativas de fornecimento de medicamento ou tratamento médico a hipervulneráveis tanto pela saúde pública quanto pela privada apresenta-se como grave fator de risco, e enseja a proteção daquele que apresenta a moléstia. Neste sentido importantes julgados na doutrina trazem esta possibilidade de proteção dos sujeitos, conforme se lê: “Sabe-se que uma das finalidades do Código de Defesa do Consumidor é assegurar o equilíbrio entre as partes. Assim, possível do

Perceba-se que as três classificações: *sujeito perfeito, gestores atípicos da moral e agentes constitucionalmente declarados* trazem em si algumas características comuns. Todas apresentam uma tentativa de proteção integral a um determinado grupo social na medida em que oferecem a este grupo uma possibilidade de desenvolvimento pleno e sem prejuízos.

É de se destacar que o direito pós-moderno como um todo, em suas searas específicas vem trazer conceitos que permitam e habilitem o jurista a garantir direitos cada vez mais amplos e mais válidos a seus sujeitos. Os três conceitos trazidos destacam o ser humano como foco e sujeito mais especial do direito e a garantia de suas potencialidades como fator essencial de livre-desenvolvimento.

É importante vislumbrar que diferentes paradigmas e metodologias do direito também oferecem respostas semelhantes aos problemas na efetivação de direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Neste sentido, a possibilidade de mais de uma lógica oferecendo respostas coerentes e aceitáveis entre si, fortalece o argumento de que estes direitos são de cunho obrigatório.

Diversos paradigmas²⁰ podem preocupar-se com uma mesma temática, como é o caso aqui da proteção à identidade cultural do ser humano. Existe mais de uma resposta

ponto de vista da equidade, a revisão do contrato adesivo, não havendo que prevalecer a tese do *pacta sunt servanda*. As cláusulas que limitam ou restringem procedimentos médicos são nulas por contrariarem a boa-fé, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica, provocando um desequilíbrio no contrato ao ameaçar o objetivo do mesmo, que é ter o serviço de saúde de que necessita o segurado. O fato da Agência Nacional de Saúde não relacionar o tratamento necessário à recuperação da paciente em seu rol não deve impedir a cobertura do procedimento, pois o rol não deve ser considerado taxativo, mas apenas uma referência básica para os planos privados, incapaz de impedir que as operadoras ofereçam planos com cobertura mais extensa. *Os danos foram causados pelo desconforto e molestação sofridos em face da intransigência da requerida, que não respeitou o direito do consumidor, muito menos seu estado de saúde precário e o sentimento da família.* O valor da reparação por dano moral deve levar em consideração as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que o quantum reparatório não se constitua em lucro fácil para o lesado, nem se traduza em quantia irrisória. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.07.391664-5/001 TJMG”

²⁰ Thomas Khun traz em sua obra “A estrutura das Revoluções Científicas” que a ciência normal forma um paradigma, que será aplicado inúmeras vezes a casos concretos e oferecerá respostas adequadas. Em algum momento, novas experiências repetidas podem gerar resultados absurdos dentro daquele paradigma. Assim, ocorre uma *crise paradigmática*, a ser resolvida pela criação de um novo paradigma. Este novo paradigma não se sobrepõe necessariamente ao anterior. Vários paradigmas podem coexistir e continuarem válidos para diferentes casos. Nas palavras do autor: “[Na ciência] a novidade somente emerge com dificuldade (dificuldade que se manifesta através de uma resistência) contra um pano de fundo fornecido pelas expectativas. Inicialmente experimentamos somente o que é habitual e previsto, mesmo em circunstâncias nas quais mais tarde se observará uma anomalia. Contudo, uma maior familiaridade da origem à consciência de uma anomalia, ou permite relacionar o fato a algo que anteriormente não ocorreu conforme o previsto.” O autor acrescenta a maneira como ocorre esta mudança de paradigma, informando que “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição

possível dentro do mesmo sistema jurídico (que contém e contempla paradigmas diversos que coexistem). Mais de uma lógica paradigmática diferente, oferece pistas de respostas semelhantes para o mesmo caso.

Os paradigmas em uma visão dialógica do direito não se sobrepõem. Ao contrário, podem se somar para realizar a escolha mais adequada a um determinado grupo social. A resposta jurisdicional a um determinado fato deve ser a mais adequada àquele fato em específico, devendo o jurista neste caso escolher o paradigma, a pista de resposta, *a posteriori*. Em outras palavras, o método de solução da demanda deve ser escolhido de acordo com as necessidades específicas daquela demanda, e com a resposta jurisdicional esperada.

Isto em si não afasta nem diminui a importância e a inovação trazidas pelo termo *sujeito perfeito*. Em complementação com a metodologia do diálogo das fontes esta metodologia permite maior diálogo entre as normas de direitos humanos e as de direitos fundamentais, e, por conseguinte, maior efetivação às premissas constitucionais de proteção de direitos humanos. Fornece-se uma lógica bastante adequada aos conflitos de direitos pós-modernos, conforme pretende-se demonstrar no presente trabalho.

Antes de adentrar no paradigma pós-moderno, analisemos outros paradigmas que oferecem respostas nas quais o sujeito é o centro e foco da interpretação jurídica, também com o intuito de compreender a lógica da formação cultural-histórica do direito brasileiro.

1.1 O paradigma culturalista

Mesmo antes do paradigma pós-moderno, a preocupação com a centralidade do sujeito nas relações de direito já existia. Sendo assim, entre estes pensadores, destacamos os estudos do culturalismo no Brasil.

O paradigma culturalista se complementa à pós-modernidade de direitos humanos, pois, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz, opera “não como um produto

haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e seus objetivos. Um historiador perspicaz, observando um modo clássico de reorientação da ciência por mudança do paradigma descreveu-o recentemente como ‘tomar o reverso da medalha’, processo que envolve ‘manipular o mesmo conjunto de dados que anteriormente, mas estabelecendo entre eles um novo sistema de relações, organizando a partir de um quadro de referência diferente’. KHUN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 10 ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira.. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 116.

metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas como um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real, que repousa sobre valorações”.²¹

Maria Helena Diniz nos informa que a “cultura é tudo que o ser humano acrescenta às coisas (*homo additus naturae*, diziam os clássicos) com a intenção de aperfeiçoá-las”.²² Neste sentido o culturalismo seria a ciência que estuda o direito como um objeto cultural, enfatizando valores dentro do conteúdo ideológico de determinado tempo no direito.²³

Percebe-se que grande parte da leitura culturalista vem da utilização do valor como fonte interpretativa e de aplicação do direito. Deste modo, pode-se se dizer que a interpretação não mais conta apenas com o texto da lei, mas também com o valor e com a intencionalidade da norma.

Para compreender o paradigma culturalista é preciso entender algumas ideias sobre o *valor* no direito. Utiliza-se como marco teórico aos estudos da axiologia jurídica atual o trabalho de Gustav Radbruch, que apresentou argumentos sólidos para justificar a aplicação dos valores na interpretação do direito.

Em sua primeira fase doutrinária, o autor apresenta-se adepto ao positivismo jurídico e atendia ao preceito segundo o qual era melhor sofrer uma injustiça do que suportar a desordem.²⁴ Ao se deparar com as visíveis injustiças que em tese estariam pautadas no estrito cumprimento do dever legal durante o II Reich, já em sua segunda fase doutrinária. Radbruch escreve o texto *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*.

O trabalho de Radbruch não abandona a visão positivista do direito, entretanto, traz respostas axiológicas e, inclusive, de culpabilidade às pessoas que, ao se utilizarem da leitura direta da lei, cometem enormes injustiças – ainda que estas estivessem formalmente corretas dentro daquele sistema jurídico. O autor denomina como delitivas as leis do III Reich, citando que:

²¹ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. Atlas: São Paulo, 1977, p. 38.

²² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148-149

²⁴ “La justicia es el segundo gran tema del derecho, el primer, empero, la seguridad jurídica, la paz, el orden. Yo prefiero sufrir una injusticia a soportar el desorden”. “A justiça é o segundo grande tema do direito, o primeiro, contudo, a segurança jurídica, a paz e a ordem. Eu prefiro sofrer uma injustiça a suportar a desordem” Tradução Livre. RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del Derecho** tradução de Wenceslao Roces. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1965,. p. 11

Ningún juez podía apelar a una ley y dictar sentencia de acuerdo con ella, cuando esa ley no solamente era injusta sino delictiva. Nosotros apelamos a los derechos humanos que están por encima de toda norma escrita, al inalienable e inmemorial derecho que niega validez a las órdenes delictivas de los tiranos inhumanos.²⁵

Radbruch não apenas nega a legalidade das leis tiranas do III Reich como considera que são leis delitivas em si. Isto importa dizer que leis que não respeitem direitos humanos, que sejam em sua essência injustas e inadequadas a uma consecução de direitos a todos com igualdade material não servia para o direito pós II Guerra. A experiência histórica de convivência com lei delitiva nos traz hoje a possibilidade de negar validade a leis que sejam diminutivas de direitos humanos já conquistados.

A força do argumento de Radbruch chega ao ponto de negar o caráter jurídico àquela lei que não ofereça a igualdade entre os iguais, que menospreze direitos humanos, e que não apresente em si o caráter de justiça esperado do direito. É certo que esta negativa tem origem nas violações ocorridas durante o regime nazista. O caráter jurídico da lei depende de que seu conteúdo trate aos homens e mulheres como seres humanos detentores de direitos iguais.

era claro de entrada que el derecho nacionalsocialista estaba dispuesto a elidir la exigencia que caracteriza esencialmente a la justicia: el tratamiento igual de lo igual. Como consecuencia carece totalmente de naturaleza jurídica, no es un derecho tal vez injusto sino que no es en absoluto derecho. (...) Les falta además carácter jurídico a todas aquellas leyes que tratan a los hombres como subhombres y les niegan derechos humanos²⁶

É certo que pra Radbruch a negativa da legalidade não tem relação com a perda da segurança jurídica, pois para ele existiam duas categorias de direito distintas: as da ordem e as da boa ordem. No prólogo do texto, Maria Isabel Azaretto de Vázquez informa que:

Radbrusch veía por un lado las demandas del orden y por otro las del buen orden. Ante esto no puede darse para Radbruch una solución standard. En

²⁵ “Nenhum juiz poderia recorrer a uma lei e sentenciar com base nela quando essa lei não foi apenas injusto, mas delitiva. Apelamos aos direitos humanos estão acima de qualquer norma escrita, ao imemorial direito inalienável que nega validade a ordens delitivas dos tiranos inumanos” Tradução Livre. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 31

²⁶ “é claro que o direito naciona-socialista estava disposto a elidir a exigência que caracteriza essencialmente a justiça, o tratamento igual ao igual. Como consequência carece totalmente de natureza jurídica, não é um direito injusto, senão que não é em absoluto direito. (...) Falta ainda caráter jurídico a todas as leis que tratam os homens como sub homens e negam a eles direitos humanos” Tradução Livre. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 39-40

cada caso hay que tener presente que el orden sin justicia no es orden, y que la justicia sin orden no es verdadera justicia.²⁷

É nesta lógica que propõe alguns textos no Pós II Guerra Mundial, observando as injustiças cometidas em um sistema de normas formalmente válidas, mas materialmente injustas. Gustav Radbruch não abandona totalmente o sistema positivista, por entender que a segurança jurídica é valor importante também no direito, mas enfatiza que há a necessidade de incluir o valor justiça na interpretação, sob pena de decisões que não contemplam a realidade dos fatos.²⁸

Radbruch conclui seu texto “Arbitraried legal y derecho supralegal” informando que

Debemos buscar la justicia y atender al mismo tiempo la seguridad jurídica, porque es ella misma una parte de la justicia, y volver a construir de nuevo un estado de derecho que satisfaga en lo posible ambos pensamientos. La democracia es por cierto un valioso bien, el estado de derecho es, empero,

²⁷ “Radbruch via por um lado as demandas da ordem e por outro as de boa ordem. Neste sentido não se pode dar a Radbruch uma solução standard. Em cada caso deve-se ter presente que a ordem sem justicia não é ordem e que a justicia sem ordem não é verdadeira justiça” Tradução livre. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 18.

²⁸ “La seguridad jurídica, inherente en toda ley positiva por es a su positividad, ocupa una notable posición intermedia entre la conveniencia y la justicia: por un lado es reclamada por el bien común, por el otro, empero también por la justicia.

Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y Allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia.

Donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera.

Esto lo expresa magnificamente en el Evangelio, que ordena por un lado ‘obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros’, y por el otro lado manda ‘obedeced más a Dios que a los hombres’.

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insopportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.”

“A segurança jurídica inherente a toda lei positiva por sua própria positividade, ocupa uma posição significativa entre a conveniência e justiça: por um lado é reivindicada para o bem comum, pelo outro, no entanto, também pela justiça.

Que o direito seja seguro, que não seja interpretado e aplicado hoje e aqui de uma maneira, amanhã e lá de outra, é, ao mesmo tempo, uma exigência de justiça.

Onde se origine um conflito entre segurança jurídica e justiça, entre lei discutível em conteúdo, mas positiva, e um direito justo, mas não plasmado em forma de lei, se apresenta na verdade um conflito da justiça consigo mesma, um conflito entre justicia aparente e a verdadeira.

Este é o que se expressa magnificamente no Evangelho, que ordena por um lado ‘obedece a autoridade que tem poder sobre vós’, e por outro ‘obedece mais a Deus que aos homens’.

O conflito entre justiça e segurança jurídica pode solucionar-se bem no sentido que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem preemência ainda que seu conteúdo seja injusto e inconveniente, bem como no conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insopportável que a lei como direito injusto deva ceder lugar à justiça.” Tradução Livre. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 36-37.

como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y lo mejor de la democracia es que ella es la unid apropiada para asegurar el estado de derecho.²⁹

Assim, o autor torna-se um dos maiores marcos teóricos da axiologia no direito, com ponderação válida sobre a segurança jurídica: é ela também parte do valor justiça. A decisão deve pautar-se na previsibilidade da segurança jurídica e também na capacidade de interpretar o mundo real, do valor da justiça material. É certo que as garantias do direito em muito se relacionam com certo grau de previsibilidade das decisões dentro do sistema jurídico, mas esta previsibilidade também significa manutenção do plexo mínimo esperado de direitos para cada ator social.

Esta visão do direito apresenta grandes vantagens no que diz respeito ao valor justiça e por isto inspirou diversas obras nas décadas seguintes. A axiologia retorna ao direito, agora, em conjunto com o positivismo e não apenas com a aplicação do direito natural. Correntes filosóficas e de direito passam a utilizar a obra de Radbruch como ponto de início, desenvolvendo raciocínios diferentes baseados na premissa inicial de aplicação do direito com justiça, e dentro desta, a segurança jurídica.

Radbruch em sua obra *O Homem no Direito*, traz o conceito de Segurança Jurídica em três níveis: i) *segurança por meio do direito* – a segurança que não serão cometidos delitos contra si, um bem comum geral para todos; ii) *segurança do Direito* a certeza do direito vigente naquele momento, mas não necessariamente válido; iii) *Segurança do Direito contra Modificações* limitações no sistema legislativo, por exemplo no caso das cláusulas pétreas ou do direito adquirido.

O autor ressalta aqui a proibição contra modificações absurdas (caso do III Reich). O autor traz que “Bem comum, justiça e segurança jurídica exercem um condomínio sobre o Direito – não em perfeita harmonia, mas, bem ao contrário em viva antinomia.”³⁰

Neste sentido, importante o debate sobre segurança jurídica no mundo pós-moderno, e importante também que exista um grau de previsibilidade da decisão para garantia de um mínimo de controle sobre o judiciário. Entretanto, este mínimo de controle não

²⁹ “Devemos buscar a justiça e atender ao mesmo tempo à segurança jurídica porque ela mesma é parte da justiça, e voltar a construir um novo estado de direito que satisfaça dentro do possível ambos pensamentos. A democracia é por certo um bem valioso, o estado de direito é, contudo, como o pão cotidiano, a água que se bebe e o ar que se respira e o melhor da democracia é que ela é a única apropriada para assegurar o estado de direito” Tradução Livre. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 52.

³⁰ RADBRUCH, Gustav. **O Homem no Direito**. Trad. Jacy Mendonça. Disponível em <http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf>. Acesso em 10/08/2008, p. 52-54

significa perpetuar injustiças ou desigualdades. O valor justiça como proteção do vulnerável é uma segurança jurídica, no primeiro sentido que Radbruch expõe, de que não se cometerão graves injustiças à pessoa humana, ainda que a responsabilidade seja do próprio Estado ou de um particular.

O paradigma culturalista aceita e abraça esta visão do direito, indo além. Considera, ademais, que o direito é expressão da cultura e, sendo assim, portanto, mutável com o tempo. Isto quer dizer que a previsibilidade das decisões está contida em um plexo de expectativas sociais válidas e voltadas a direitos humanos e fundamentais. A existência de uma lei delitiva, ou seja, de uma lei que negue ou diminua direitos humanos passa a ser improvável no sistema jurídico, uma vez que dentro do paradigma culturalista absorveu-se já aquele direito humano, que passa a ser exigível e inclusive passível de extensão, mas jamais de diminuição.

A validade do direito passa a ser uma validade que também leva em conta o momento que se vive. Decisões anacrônicas não servem para manter a paz social, ou seja, cabe ao jurista decidir de acordo com a legislação, com o valor justiça e com uma porcentagem de segurança jurídica e também com os tempos e costumes do fato jurisdicionado.³¹

Neste sentido, Miguel Reale aponta que:

toda autêntica corrente filosófica deve refletir as exigências essenciais de sua época, sendo certo que as doutrinas somente possuem universalidade e concretude na medida em que logram traduzir algo de substancial nos horizontes do nosso ser histórico.³²

O autor bem relaciona filosofia e direito ao tempo e à época que se vive, deste modo, deve-se traduzir na palavra aquilo que se vive no mundo. O autor apresenta sua concepção de direito voltada à essência da filosofia no direito. Percebe-se que o existencialismo e culturalismo são pontos chave para entendimento de uma visão pós-moderna do direito.

Ainda que se negue a pós-modernidade, os valores ainda são ínsitos e aplicáveis ao direito, tanto este método quanto o outro fornecem soluções parecidas e

³¹ Esta é inclusive uma previsão legal na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que traz em seu texto no Art. 5º “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

³² REALE, Miguel. A problemática dos valores no mundo contemporâneo. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 57, 1962. p. 128

aceitáveis, vez que centram no ser humano e em seu contexto social como foco do direito. O paradigma culturalista apresenta respostas válidas e possíveis para garantia de direitos humanos dos sujeitos

O paradigma culturalista sob a ótica de Miguel Reale é também existencialista. Tratando da temática dos direitos do sujeito tendendo a tornar-se um sujeito perfeito, é preciso debruçar-se sobre algumas linhas do culturalismo. Para isto, é importante compreender também como o direito pode ser esta *experiência histórico-cultural*.³³

Para Reale, o direito é uma construção dos seres humanos ao longo da História, no sentido de incorporarem conteúdo a si e, deste modo, expressar aquilo que de mais importante existe como valor em uma determinada sociedade. Desta forma, o direito pode ser visto como uma expressão da cultura³⁴ de uma determinada sociedade.

A posição, defendida por Miguel Reale, justifica a centralidade da pessoa humana como “valor-fonte de todos os valores”³⁵. O autor associa esta concepção culturalista do direito a uma concepção humanista do direito. O homem é o centro do estudo da cultura e, portanto, do direito também.

A centralidade do ser humano no direito justifica que as decisões devem ser tomadas dentro de um plexo de legalidade que garanta direitos fundamentais ao ser humano. O direito opera nas suas ferramentas, mas buscando um fim, que seja a operabilidade dos valores, essencialmente do seu valor mais caro: a vida humana digna.

A vida e os direitos de cada sujeito ou grupo são igualmente importantes. Todos têm o mesmo valor e devem ser preservados com as ferramentas do direito. A cultura, para Reale, é “unidade sintética de todos os objetos do conhecimento e das criações da espécie humana”,³⁶ este conceito abrange nos seres humanos seus desejos, sentimentos e pensamentos, tanto aquilo que desenvolveram historicamente, como que por algum motivo foi descartado. Por este motivo o autor traz o conceito de cultura dentro de um plexo temporal, ou

³³a concepção do direito como experiência histórico-cultural abre perspectivas renovadoras para a Ciência Jurídica, inclusive porque nos dá consciência de que o direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar. É como experiência histórica que se explica e se modela a experiência jurídica. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 1999. p. 220

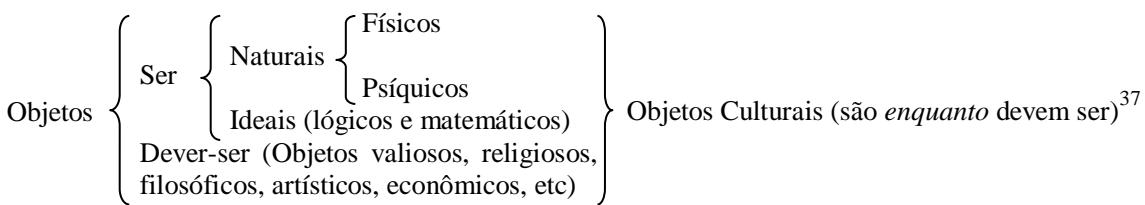
³⁴ Expressa a mesma posição Erik Jayme em seu curso na Academia de Haia, “le droit fait partie intégrante de la culture”(O direito é parte integrante da cultura – tradução livre), *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne* - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995. p. 35

³⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 220

³⁶ REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

seja, a cultura é enquanto deve ser. A cultura não é conceito fixo, é mutável e depende de influxos externos de cada ser.

Para explicitar esta mutabilidade do valor cultural, o autor traz um quadro elucidativo, informando que os objetos do ser são naturais ou ideais, e os do dever ser são objetos valiosos. Mas tanto os objetos do ser e como os do dever-ser são considerados objetos culturais em um determinado espaço temporal, conforme se pode depreender:



Lê-se que os objetos culturais são tanto o ser e o dever ser, e todo seu conteúdo interno. A única ressalva que se faz é em relação à temporalidade, *enquanto* esse ser e dever-ser perdurem haverá aquele objeto cultural. Garante-se então a mutabilidade da cultura e consequentemente dos valores culturais. Se o direito é uma expressão da cultura, ele então também será mutável e deverá se adequar aos novos influxos culturais que surgirem.

Este gráfico, nas palavras do próprio autor, é uma *fotografia* da realidade naquele instante. Sendo assim, torna-se uma maneira dinâmica de ver a realidade, que pode ser observada e fotografada em diferentes momentos. Os objetos culturais a essencialidade histórica estão sempre em processo construtivo.³⁸

Aquilo que desenvolvemos enquanto seres humanos dimensionados dentro de uma estrutura cultural³⁹ reflete o direito que desejamos e exteriorizamos. O ser e o dever-ser, como estruturas culturais, refletem os valores de direito dentro do sistema jurídico. E, para a interpretação completa do sistema jurídico, inclui-se a normatividade, bem como os valores. Isto posto, é importante entender a estrutura cultural e histórica de um sistema jurídico, para

³⁷ REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10

³⁸ REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

³⁹ Ao tratar da temática da bagagem cultural do sujeito é verificar a diferenciação entre civilização e cultura. Norbert Elias traz em seu livro *O processo civilizador* que há forte diferenciação entre *kulture zivilisation*, terminologia alemã para cultura e civilização. O autor traz que não existe uma determinação certa do que significuem os termos, pois cada cultura pode ressignificá-los como entender mais coerente. Utiliza, entretanto em seu enredo a civilização como a experiência externa de comportamento dos indivíduos uns com os outros e a cultura como a bagagem que trazem os indivíduos da história de seus antepassados, aquilo que carregam de ancestralidade em sua formação. Desta forma, fica evidenciada a formação da cultura hegemônica em determinado tempo e espaço e a importância da identificação das raízes de cada comportamento ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Vol. 1. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1994.

entender os seus objetivos e a maneira como este mesmo sistema determinará a defesa dos interesses dos sujeitos de direito.

Significa com isso dizer que a construção da cultura é uma constante histórica, estará sempre em pauta, pois novas identidades se formam e se moldam com o tempo e surge uma nova cultura que pode conter ou não elementos da construção anterior. Neste sentido, embora seja possível negar ao todo o que aconteceu em momento anterior, ainda assim a negativa é uma forma de valorar e, portanto, de observar o que já existiu em outros tempos.

Aqui, importa ressaltar que não seria qualquer sistema passível de absorção pelo direito. Se o paradigma culturalista diz respeito a uma centralidade no ser humano, um regime totalitário não poderia utilizar-se da lógica culturalista para persistir: nega-se existência e validade à norma que seja delitiva de direitos humanos.

Os direitos humanos e fundamentais se expandem e demandam cada vez mais proteção, tanto em quantidade quanto em qualidade. O conteúdo destes direitos se altera com as alterações da cultura da sociedade.

Perceba-se que a cultura é construída historicamente dentro de um plexo de possibilidades de formação de identidades. Neste processo as pessoas determinam aqueles valores e culturas que mais as representam e perpetuam ao longo do tempo até que aquilo torne-se a práxis.

O processo de formação dessa *autoconsciência cultural*, uma das formas de expressão da cultura de um povo, é constante e inacabável, deste modo, estaremos sempre em mutação do conteúdo dos valores e de ideias. A formação no processo histórico e paradigmático revolucionário⁴⁰ segue uma coordenação de ideias. Bem explica Miguel Reale:

Ademais, no perene processo de autoconsciência cultural, que se confunde com a procura permanente da verdade, atingimos dois pontos decisivos do conhecimento, o primeiro dos quais é o de que existem certos valores que, uma vez revelados ou conquistados, tornam-se patrimônio irrenunciável da espécie humana para todo o sempre, como é o caso do valor da pessoa humana e dos que dele decorrem: são as ‘invariáveis axiológicas’, que podem sofrer oscilações de sentido ao longo do tempo, mas que, em sua essência, constituem aquisições históricas definitivas, marcos indeléveis do nosso constante caminhar.⁴¹

⁴⁰ Referindo-se aqui à revolução de paradigmas de Thomas Khun, já citada anteriormente.

⁴¹ REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-24. No mesmo sentido “É claro que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariáveis jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem” REALE, Miguel.

O autor explicita que a chamada *autoconsciência cultural* cria uma nova realidade que, expandida, não pode voltar à realidade inicial. As possibilidades de direitos se expandem, um determinado valor, como o da pessoa humana, adquire um novo conteúdo, que pode se somar ao conteúdo daquele valor ou substituir algum conteúdo obsoleto que estivesse contido naquele conjunto.

Nesta lógica, os direitos humanos e fundamentais conquistados por um determinado grupo de pessoas não podem retroceder.⁴² Os direitos humanos e fundamentais fixam-se no tempo, podendo ter alterados seu conteúdo intrínseco, adequado à situação externa a que estiver submetido.

A título de exemplo, parece impensável deixar de existir no Brasil um código de proteção à criança e ao adolescente (ECA). O conteúdo desta legislação pode se ampliar, estender, mas jamais retroceder.⁴³

Considerando ainda a *autoconsciência cultural* é preciso entender que as estruturas culturais para Miguel Reale estão contidas nas estruturas sociais. Estas, segundo o autor, são *unitas ordinis* “unidade pluridimensional ordenada de natureza intersubjetiva e dinâmica”.⁴⁴

As estruturas culturais de Reale resumem-se em:

- a) *unidade historicamente integrada*, na qual os elementos componentes só logram plenitude de significado referidos ao todo, cuja significação é irredutível a cada um ou à soma daqueles elementos.
- b) *unidade polarizada* no sentido de um valor ou ideia matriz que atua como uma *íntima força constitutiva* e razão de sua forma, na qual as atividades

Fontes e Modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo, Saraiva, 2010, p.13.

⁴² Aqui se justifica o princípio da vedação de retrocesso que opera no direito constitucional brasileiro. Conforme se lê nas palavras de Luis Roberto Barroso: “Merce registro, ainda, neste capítulo dedicado à garantia dos direitos, uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a vedação do retrocesso. Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.” BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.152.

⁴³ Vige também a regra do art. 60§ 4º da Constituição Federal, que informa serem cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais.

⁴⁴ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 6

diferenças se correlacionam e se complementam, segundo índices variáveis de *duração* e *continuidade*;

c) *unidade vetorial e tensional de sentido*, de tal modo que a mudança do significado dos elementos componentes envolve a do todo e vice-versa;
 d) unidade de caráter funcional como instrumento essencial de comunicação, inseparável, por conseguinte, de seus instrumentos linguísticos e simbólicos;
 e) *unidade situacional*, isto é, correlacionável com outras estruturas atuantes no mesmo contexto histórico, dando lugar à formação de estruturas englobantes, sem prejuízo das funções que lhe forem imanentes e próprias”⁴⁵

A unidade historicamente integrada refere-se à soma de componentes para plenitude no todo, cada componente tem sua importância mas apenas é representado em razão do todo. A unidade polarizada é a força dos valores de constituição daquela estrutura cultural. A unidade vetorial e tensional de sentido envolve a cultura, que pode alterar-se e fornecer uma nova realidade àquela estrutura. Por fim a unidade funcional é instrumento da comunicação dos elementos, tanto na linguística quanto em sua representação simbólica: é no caso do direito, a positivação das demais unidades somadas.

A cultura sendo então uma *intencionalidade objetivada*, deve ser vista no sentido a dar um parâmetro de existência e à sua permanência na vida. Queremos perpetuar aqueles valores que propomos e que nos fornecem a *identidade de raiz*, aquela que será transmitida às próximas gerações e que nos incentiva a perpetuar a nossa *cultura* ou elevá-la a um nível mais adequado.⁴⁶

O conceito de cultura é, com efeito, de caráter universal, compreendendo em si tudo o que o conhecimento ontognoseológico propicia em todos os domínios da atividade humana. Nessa ordem de ideias, poder-se-ia dizer que, enquanto o laço entre sujeito e objeto na Ontognoseologia é de natureza lógica (*lato sensu*), na cultura é de natureza *existencial*. Por outras palavras, o que, no processo ontognoseológico, obedece a exigências lógicas, no processo cultural obedece a exigências existenciais⁴⁷

⁴⁵ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 6-7

⁴⁶ “Não fosse a consciência humana uma consciência intencional de ordem – o que revela o senso estético, o lógico e o pragmático estão ligados por uma identidade de raízes, - não houvesse no homem, até mesmo nos estágios mais incipientes da cultura, uma natural predisposição para ‘dar sentido’ ao que entra no círculo de suas atividades, não teria sido constituído o ‘mundo cultural’, que é um universo de intencionalidades objetivadas.” REALE, Miguel. **O Direito como experiência:** introdução à epistemologia jurídica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 155

⁴⁷ REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9

Estas exigências existenciais tornam o direito, como expressão da cultura, um objeto determinado pelas questões existenciais. O interesse dos *sujeitos* envolvidos deve ser analisado com cuidado, pois o valor⁴⁸ principal de interpretação é o ser humano.

Totalidade plural, complementariedade, historicidade, vetorialidade, tensionalidade e durabilidade, eis aí os elementos mais relevantes discerníveis, em maior ou menor grau, nas *estruturas sociais*, abstração feita das peculiaridades de seus diversos tipos, em função das distintas esferas de atividade e pesquisa.⁴⁹

O paradigma culturalista justifica a natureza existencial do direito. É uma possibilidade de resposta às constantes alterações culturais da sociedade e da necessária resposta e atuação atual do direito – que não deve voltar-se a uma análise retrospectiva da sociedade. O direito é aplicado no momento que é solicitado e, por isso, sua resposta deve ser atual ou ainda prospectiva, analisando o direito em seu aspecto de *função para que serve*.⁵⁰

1.2 A contribuição do tridimensionalismo

O tridimensionalismo jurídico, sobre o qual temos no Brasil o expoente Miguel Reale consiste na estruturação do direito em três eixos, triangulares. Há o elemento *normativo*, que trata da disciplina dos comportamentos; o elemento *fático* que é referido ao terceiro elemento, os *valores*.

Para Maria Helena Diniz, este tridimensionalismo é “concreto, dinâmico e dialético, pois fato, valor e norma, como elementos integrantes do direito, estão em permanente atração polar, já que o fato tende a realizar o valor, mediante a norma”⁵¹

Entre estes três componentes opera uma dialética da implicação e da polaridade. Se os três elementos têm igual importância, há uma condução à polaridade de

⁴⁸ “toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam. É aqui que encontramos outra característica do valor: sua possibilidade de ordenação ou graduação preferencial ou hierárquica, embora seja incomensurável.” REALE, Miguel, **Introdução à filosofia**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 162.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**: Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 7.

⁵⁰ A função para que serve é também abordada por Norberto Bobbio na obra *Da estrutura à função*. Este tema será abordado no capítulo 3, em referência à interpretação jurídica.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157

cada elemento, por este motivo, em regra, a diagramação da teoria tridimensional é um triângulo que tem em cada uma das pontas um dos componentes: fato, valor e norma.

Neste sistema tridimensional o estudo dos valores anteriormente apresentado toma forma na apresentação ao caso concreto, o fato é referido ao valor, ou seja, o fato passa pelo filtro dos valores para que seja aplicada a norma no caso concreto.

A leitura da norma então é feita pelo momento normativo, ou seja, pelo instante em que ela é aplicada, é feita uma fotografia daquele momento fático e a partir desta realidade é realizada a interpretação do caso concreto. A norma, que pode ser de ordem pública ou privada entre as partes deve ser analisada dentro do suporte de fatos e valores que aquela sociedade apresente, lê-se do próprio autor:

A norma deve ser concebida como um *modelo jurídico*, de estrutura tridimensional compreensiva ou concreta, em que fatos e valores se integram segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório) emanado do legislador ou juiz ou resultante das opções costumeiras ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade dos particulares.⁵²

No direito há portanto duas tridimensionalidades. A primeira, a *tridimensionalidade genérica*, é aquela decorrente da correlação dos resultados de ciências distintas: o sociologismo jurídico, o moralismo jurídico e o normativismo abstrato. É a tridimensionalidade de acordo com a teoria da aplicação de determinada norma ou de determinada prescrição jurídica. A segunda, a *tridimensionalidade específica* tem três possibilidades: ser estática, dinâmica e de integração. Neste caso, esta resulta de uma apreciação de correlação entre fato, valor e norma, no processo de integração uma *unidade viva* de fundamento, vigência e eficácia às fontes, modelos e hermenêutica jurídicas. É o direito em ação, a aplicação deste direito ao fato concreto, no mundo real.⁵³

Estas tridimensionalidades, do mundo das ideias e do mundo dos fatos somam-se para explicar a aplicação do direito. A atividade do jurista é pragmática mas também direcionada a valores, e portanto, tem viés filosófico, e margem interpretativa dentro de um plexo de expectativas valorativas.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.159.

O tridimensionalismo de Reale então, apresenta “os elementos essenciais do direito – fato, valor e norma – são ao mesmo tempo ingredientes históricos constituintes da experiência jurídica⁵⁴ e categorias epistemológicas”.⁵⁵

O direito não opera em lógica computadorizada: se A então B. Há espaço para a valoração e para a concepção do caso concreto, para sua análise pormenorizada, de seus efeitos sobre o sujeito e sobre a necessidade de cuidar do resultado das decisões. Deve atender aos fins sociais da norma.⁵⁶

Neste sentido, tem-se que a tridimensionalidade apresenta-se como uma formulação específica que fornece respostas referidas a valores a uma determinada situação jurídica. Isto significa dizer que os três elementos: fato, valor e norma tem o mesmo peso na medida jurídica. Assim, trata-se de uma teoria que traz completude à interpretação. Permite que as decisões judiciais sejam socialmente adequadas e que forneçam o nível de direitos esperado àquela situação.

Estes fins sociais, retomam à ideia de Radbruch, de que a norma deve trazer em seu bojo a justiça concreta, a igualdade material. Esta expectativa social é bem abordada por Miguel Reale em situação que se refere a Parsons, e destaca que:

Os indivíduos que se situam no âmbito de uma estrutura social, absorvem, uns mais outros menos, os standards ou esquemas de ação esperados ou desejados no seio do seu grupo, de tal modo que tais modelos se tornam forças efetivas e atuantes no comportamento de cada um, independentemente de sanções externas. Constituem-se assim ‘sistemas de expectativas normativas’, com diversos graus de eficácia, até às de tipo mais estável e solidário, dotadas de uma ‘base de legitimidade’, admitida ou reconhecida pelos participantes, como se dá com as *instituições*, ou *modelos institucionais*. Daí o caráter *normativo* ou *voluntarista* atribuído à sociologia, concebida como a ‘*ciência das instituições*, ou, mais especificamente como uma ciência de estrutura institucional’, sendo as instituições ‘elementos da

⁵⁴“se improcede afirmar-se que a experiência comum nos deixa no limbo das intuições fragmentárias e contraditórias, pois já vimos que há sempre certa ordem ínsita em todas as modalidades de ação – toda valoração implicando a postulação de fins, toda axiologia pondo uma teleologia – não se deve esquecer que a experiência jurídica, por ser fruto de uma exigência fundamental de ordem, envolve sempre certa medida ou proporção, isto é, uma *ratio*, que outra coisa esta palavra não significa, em suas raízes, senão cálculo, conta, método, regra, desenho, causa” REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 48

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

⁵⁶ “De nada valeria, em verdade, uma Jurisprudência esplendente na harmonia de seus institutos e figuras, de seus esquemas e modelos, se em conflito com ela fluísse a vida cotidiana, e a máquina da Justiça resolvesse, impassível e friamente, os problemas do procedimento, por motivos de pura economia operacional, deixando sem respostas as perguntas do homem comum, quanto ao conteúdo e à substância de seus interesses vitais.” REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47

estrutura social que encarnam melhor os modelos de integração habitual de um sistema de ação'.⁵⁷

O sujeito internaliza naquele sistema o direito que espera ver oferecido a si e ao seu alter, neste sistema a estabilidade clássica: segurança jurídica soma-se à estabilidade social de intencionalidade de justiça da decisão. O caráter sociológico deste modelo interpretativo caracteriza-se dentro do direito como estrutura social.

É esta uma representação de um sistema de legitimidade do direito pautada na legalidade material das normas, na sua aceitabilidade social. Pode-se utilizar como exemplo o sistema democrático representativo de escolha do poder legislativo. O voto direto em tese representa que cada ente social terá sua voz no legislativo, e portanto, as leis emanadas serão em defesa dos grupos sociais vulneráveis.

1.3 Da abstração à concretude da dignidade da pessoa humana

As teorias referidas a valores são essenciais para entender o direito pós-moderno, dentro de uma lógica de proteção aos valores que são importantes em um determinado tempo social. Entretanto, o valor-chave do sistema jurídico parece ser logicamente um: o sujeito humano.

Neste sentido faz-se necessário observar os passos de i) uma visão humanística do direito com destaque na obra de Carlos Ayres Britto; ii) a visão de direitos fundamentais na efetivação da dignidade humana, da qual destacamos Ingo Sarlet e, iii) na especificação das matizes e das origens dos direitos fundamentais igualitários, sobre o qual trazemos a obra de Marcelo Scheink Duque.

A interpretação jurídica pode se encaixar em diversas perspectivas metodológicas, dentre as quais o paradigma pós-moderno é apenas uma delas e, mais que isto, não será jamais absoluto. Contudo será uma resposta possível e aceitável a um grande número de casos, desta forma, isto lhe confere credibilidade e sobrevivência.

Em consonância, o Prof. Carlos Ayres Britto, na obra *Humanismo como categoria constitucional*, informa que a aplicação do direito ao caso concreto revela o significante e a eficácia da norma, e efetiva os princípios gerais de cada Estado. É certo que a norma em abstrato, fora do mundo real, não produz efeitos senão teóricos e não frutifica.

⁵⁷ REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 153

É a partir da tarefa do intérprete, que entrega a norma ao plano da efetividade que se concretiza a verdadeira *mens legis*. Não basta um ordenamento democrático e protetivo se a aplicação da lei pelos julgadores se pauta em subsunções diretas ao texto normativo sem margem interpretativa e valorativa do caso concreto.⁵⁸

O exercício de extração de sentido dos preceitos legais para conformação de casos específicos representa a interpretação desempenhada no direito. A adequação das leis ao caso concreto, realizada pelos intérpretes autônomos, responsáveis últimos pela decisão vinculativa a um sujeito, grupo social ou mesmo a toda sociedade faz surgir a verdadeira norma e demonstra o poder exercido pelos intérpretes. Os critérios interpretativos estabelecem a aplicação concreta do Direito.⁵⁹

A complexidade dos fatos jurisdicionais é crescente e se torna um desafio maior aos juristas, vez que a legislação interna não consegue se atualizar na velocidade em que as relações sociais se alteram e as demandas judiciais se acumulam. Apesar de a favor do legislador figurar a vontade popular, representada pelo voto direto, do julgador não se exime do caráter democrático da função. Os órgãos jurisdicionais, apesar de não imbuídos do voto da população, nas palavras de Carlos Ayres Britto “ainda mais que os outros dois Poderes, tem que se apetrechar da sobredita ‘vontade da Constituição’”⁶⁰.

O referido autor, com propriedade, defende três eixos pelos quais se justificam a premissa apresentada: i) a Constituição após promulgada deixa de ser interna ao Estado e passa a ser exógena, representativa da *vontade normativa da nação*, a elaboração da Constituição estabelece deveres e responsabilidades ao Estado, dos quais não pode se eximir; ii) a Constituição foi elaborada para garantir uma democracia estruturada e *qualidade de vida política, econômico-social e fraternal*. Logo, coloca o humanismo como centro da Constituição mesma; e, iii) a independência do Poder Judiciário é condicionadora da eficácia de outras situações jurídicas subjetivas.⁶¹

⁵⁸ BRITTO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte, Fórum, 2007. p. 64

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 206

⁶⁰ BRITTO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 109.

⁶¹ BRITTO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte, Fórum, 2007, 109-112.

O ser humano figura como o centro da interpretação jurídica pois o objetivo da Constituição é a sua proteção especial, e aos três poderes, em especial ao Judiciário, cabe efetivar os direitos deste sujeito no caso concreto.

Ingo Sarlet, expoente no estudo dos direitos fundamentais traz em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais* pistas sobre a efetivação dos direitos humanos, em especial da dignidade humana no âmbito do direito interno.

O autor traz que a dignidade humana é o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais, e portanto, dos direitos fundamentais”.⁶²

Sarlet enuncia que a dignidade da pessoa humana é critério aferidor de legitimidade substancial das ordens jurídico constitucionais, sendo a razão de ser do próprio poder estatal.⁶³ Destaca que a dignidade humana se faz notar mesmo nas ordens jurídicas que não a reconhecem explicitamente, pois para concretização e constituição dos direitos fundamentais, “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma proteção da dignidade da pessoa”⁶⁴ Ou seja, cada direito fundamental carrega em si conteúdo de efetivação da dignidade humana.

O conteúdo desta dignidade está relacionado à liberdade e autonomia pessoal do sujeito, direito de livre desenvolver-se. A identidade pessoal também figura como importante relação desta dignidade, designada em diversas dimensões, como a privacidade, intimidade, honra, imagem, direito ao nome, todos estes direitos estão relacionados e são intrínsecos à efetivação da dignidade humana.

Juntamente com estes direitos, a igualdade se firma como postulado importante, trazido pela ONU como um dos meios de efetivação dos direitos fundamentais, a interpretação deve pautar-se na igualdade substancial. Esta interpretação, para Sarlet deve seguir os moldes de uma interpretação sistemática, para a qual o autor considera o modelo de Juarez Freitas.⁶⁵

Com relação à operatividade a esses direitos fundamentais, Sarlet firma-se no art. 5º § 2º da Constituição Federal para informar que os direitos fundamentais explícitos na

⁶² SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77

⁶³ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80

⁶⁴ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84

⁶⁵ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88-90. Ver tópico 3.4.

Constituição somam-se aos não escritos dos regimes e princípios da CF, e ainda os implícitos subentendidos dos que são positivados. Estes direitos não expressamente positivados são de difícil identificação na interpretação.

Considera Sarlet que vigora no Título II da CF uma presunção de que sejam normas constitucionais fundamentais em sentido material⁶⁶. Quanto aos não escritos, firma-se entendimento de que “apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso”⁶⁷.

Sarlet, faz ressalva sobre o conteúdo destes direitos fundamentais, deixando claro que não podem ser banalizados ou esvaziados, por serem inseridos neles direitos que não correspondem à direitos materialmente fundamentais. É dizer que “nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa”⁶⁸. As decisões devem ser coerentes com o sistema e não podem ser definidas como decisões em respeito a direitos fundamentais do sujeito se materialmente não contenham conteúdo essencial de direitos fundamentais, ainda que utilizem esta nomenclatura.

O autor designa a dignidade da pessoa humana, com acerto, como um dos balizadores da proibição de retrocesso em termos de direitos fundamentais. A ideia é que:

eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar numa afetação da dignidade da pessoa humana (já que aqui também não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial⁶⁹

⁶⁶ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99

⁶⁷ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100

⁶⁸ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101

⁶⁹ SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121

O autor posiciona os direitos fundamentais dentro de possibilidades da dignidade da pessoa humana. É claro que esta é uma expressão clara da existência de direitos fundamentais suficientes, que preencham um mínimo existencial do sujeito, e que este mínimo deve ser respeitado na interpretação jurídica.

Este entendimento é importante para estudar os direitos fundamentais aplicados aos sujeitos, pois fornece uma nova pista na interpretação: a necessidade de efetivar a dignidade humana como um dos baluartes da hermenêutica. Este tema é correspondente à proteção do sujeito perfeito, e a dignidade humana seria um dos direitos essenciais deste sujeito.

Ainda, por fim, oferece-se mais uma possibilidade de visualizar os Direitos Fundamentais na pós-modernidade. A obra de Marcelo Scheink Duque *Curso de Direitos Fundamentais* traz claras pistas e explicações convincentes sobre a natureza e a efetivação dos direitos fundamentais nos tempos atuais. O autor traz contribuição importante sobre os conflitos de direitos fundamentais, que podem ocorrer no caso concreto. Especifica que “quanto maior a eficácia irradiante dos direitos fundamentais em determinados âmbitos jurídicos, maior será a tendência à ocorrência de colisões”⁷⁰.

Informa que existem duas situações: a concorrência de direitos fundamentais, situação na qual o mais forte, ou mais importante no caso concreto deve ser aplicado, e a colisão entre eles, nos quais reciprocamente aos sujeitos envolvidos a efetivação dos direitos fundamentais de um certamente acarretará na perda de direitos pelo outro. Em uma violação da liberdade do outro.⁷¹

Em relação ao conflito de direitos fundamentais o autor traz com clareza o caso das biografias não autorizadas. A intimidade do sujeito é contraposta ao direito à livre imprensa, independente de autorização do sujeito biografado. No caso, defende que existindo abusos por parte do escritor da biografia, deve haver ação repressiva, ou seja, posterior à publicação, para tutela inibitória e/ou indenizatória. O autor cita máxima do STF “em face de conflitos que envolvem a liberdade de imprensa, perfeitamente aplicável no caso das biografias, de que não é pelo temor do abuso que vai se coibir o uso.”⁷²

Duque estabelece que a questão dos conflitos de direitos fundamentais pauta-se na delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental, e, portanto, nos limites de

⁷⁰DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais** Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014, p. 211.

⁷¹DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais** Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014, p. 210-211

⁷²DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais** Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014, p. 216.

conflito entre direitos fundamentais. Então, determinar o conteúdo de cada direito fundamental na aplicação concreta trará a característica decisiva, para a qual propõe três questões:

1. O que significa o conteúdo essencial de um direito fundamental? 2. O conteúdo essencial de um direito fundamental é uma esfera permanente desse direito, definida de antemão, ou não é previamente estabelecido, podendo, nesse caso, ser delimitado com amparo de outros bens constitucionalmente protegidos? 3. A quem se dirige o mandamento de proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais?⁷³

Estabelecer qual o conteúdo destes direitos, será a função do jurista no caso concreto, para delimitar o âmbito de proteção da norma. O conteúdo dos direitos fundamentais é igualmente importante à sua existência, o direito fundamental em si tem um conteúdo que importa à interpretação, e, caso não se atente a este conteúdo tem-se a possibilidade de esvaziamento de uma posição jurídica de proteção ao ser humano.

A preservação se dá essencialmente no âmbito de proteção essencial deste direito. A Constituição Federal traz em seu texto a essencialidade e a fundamentalidade destes direitos. A ocorrência de restrições a estes direitos mostra-se inadequada no sistema jurídico pós-moderno. O conteúdo essencial destes direitos deve ser preservado, dentro de restrições que possam ser contrabalanceadas. Contudo, faz-se necessária a diferenciação da violação real daquela de bagatela, violação que não causa prejuízo à efetividade destes direitos fundamentais: o conteúdo essencial não foi atingido.

O conteúdo essencial do direito será aquele “pensamento fundamental”⁷⁴ deste direito, seu núcleo essencial. Este conteúdo essencial é o setor delimitado na realidade da vida para este direito. Este conteúdo é a barreira de limite à prática de restrições destes direitos.

Importante colocação do autor diz respeito à delimitação de quem são os sujeitos dignos de direitos fundamentais. Ao tratamos de direitos dos sujeitos perfeitos e buscamos entender quais são os direitos fundamentais destes sujeitos, é importante que se entenda também qual a designação destes sujeitos. Duque traz algumas pistas de quais seriam as origens destes direitos.

A primeira delas designa estes sujeitos no âmbito de sua proteção para que o conteúdo da dignidade humana seja assegurar:

⁷³DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais** Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014, p. 230.

⁷⁴DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais** Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014, p. 231

a cada pessoa, de modo permanente, uma existência não apenas física, mas, também, intelectual e moral, ou seja, exige o resguardo da subjetividade da pessoa. Cada pessoa é, então, em igualdade com outras pessoas, sujeito de direito e, como tal, exige a proteção da sua inviolabilidade de corpo e alma, Adquire a pessoa na comunidade jurídica, neste passo, o *status* de participante do tráfego jurídico, na condição de destinatária da oferta de liberdade jurídico-constitucional, sob as condições fixadas por cada cultura e liberdade.⁷⁵

Nesta definição o autor estabelece importante questão no direito, a defesa dos sujeitos diz respeito a seu corpo e alma, ou seja, à integralidade do seu ser, e mais, exige uma prestação adequada à cultura (abordado culturalismo em Miguel Reale) e em Liberdade – a autodeterminação e possibilidade de escolha do direito na interpretação jurídica em favor do mais fraco. O autor designa que o sujeito de direitos fundamentais é aquele que tem protegidos seu corpo e alma.

Mas, nesta proteção, é preciso encontrar um elemento de conexão, o objeto da proteção dos direitos fundamentais, aquilo que os justifica como fundamentais no caso concreto. Este elemento, o autor traz, é o genoma humano. Duque traz a determinação do STF sobre este conceito, informando que há relação intrínseca entre a dignidade humana e a igualdade. Não havendo diferenças biológicas entre os seres humanos, somos todos iguais.⁷⁶

⁷⁵ DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais** Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014, p. 239.

⁷⁶ HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pelé, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da

Com isto o autor, pautado em brilhante julgado do STF justifica que se somos todos iguais, em direitos e deveres, então o direito deve ser idêntico a todos, em sua visão de igualdade material. O acórdão vai ainda mais longe, abordando questões de difícil solução, como os crimes de racismo, e as discriminações negativas: islamofobia e anti-semitismo, e o aparente preterimento da liberdade de expressão quando os sujeitos tem vedado seu direito de expressarem ideais que atinjam estes patamares de discriminação negativa.

O voto do Min. Moreira Alves deixa clara a necessidade de atuação do Estado para que não se proliferem as discriminações negativas, ainda que em aparência isto atinja direitos de determinados grupos sociais. Isto é dizer que ainda que estes sujeitos sintam-se prejudicados por não poderem expressar seus ideais, justifica-se esta ponderação nos interesses superiores do Estado atual, a igualdade material entre os homens e a clara necessidade de proporcionar mais direitos, nunca menos.

ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminem com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS , Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

O voto aborda ainda a imprescritibilidade dos crimes de racismo. Justifica esta situação pela necessidade de jamais esquecer os atos repulsivos que permitiram ódio entre seres humanos e ações de cunho denegatório de direitos a estes sujeitos. Não se deve permitir que sistemas jurídicos obsoletos e ultrapassados ressuscitem no mundo pós-moderno.

A cultura e experiência adquiridas são a chave para impedir que prevaleçam nos dias atuais as expressões de opressão de classes, raças, cores, ou, simplesmente de pessoas. Neste sentido, a justificativa trazida por Duque de que no genoma provamos que somos todos iguais, é essencialmente válida e será transferida ao entendimento dos sujeitos perfeitos no presente trabalho.

É dizer que a concretude dos direitos humanos passa pela proteção ao humanismo de Ayres Britto, pela garantia da dignidade humana de Sarlet mas essencialmente pela natureza humana de cada ser. Somos todos humanos, de genomas semelhantes, e por isto temos direito a efetivação dos mesmos direitos fundamentais, ainda que para isto, para sua concretude, sejam necessárias ações afirmativas pontuais, nos três âmbitos de poder do Estado. As três teorias, em defesa da visão do homem como centro dos direitos humanos e fundamentais, facilitam a inserção e a compreensão dos novos sujeitos de direito, os sujeitos pós-modernos: sujeitos perfeitos.

1.4 O direito na pós-modernidade: o sujeito pós-moderno; o sujeito perfeito

Referindo-se aos contratos de consumo na pós-modernidade, Cláudia Lima Marques bem explica a sociedade brasileira a partir do final do século XX. A autora informa sobre o paradigma pós-moderno do direito do consumidor, fornecendo uma fotografia daquilo que se vive hoje:

convivem a “idade média” das favelas, a “modernidade” dos parques industriais fordistas e a “pós-modernidade” das relações virtuais desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, a globalização niveladora das culturas, a riqueza especulativa pós fordista, o renascimento das identidades, tudo na mesma sociedade, convivendo e interagindo entre tolerância e radicalismo, exclusão e setores de excelência.⁷⁷

⁷⁷MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63-64

Reconhecidamente convivem na sociedade diversos estágios de desenvolvimento humano. Não se trata de uma visão exclusivista que não permite que um determinado nicho social transmude-se em outro, e que a globalização não possa atingir às camadas mais vulneráveis da sociedade. Trata-se apenas de uma constatação fática de que em regra em uma mesma sociedade existem diferenças gritantes entre as possibilidades de vida de um ou outro sujeito. O direito vem como lenitivo a estas diferenças, tentando tratar da igualdade material dos sujeitos, e da necessidade de que sejam analisados os casos judiciais um a um, para verificação da justiça no caso concreto.

Na pós-modernidade resta ao direito proteger as diferentes culturas dos diferentes sujeitos, por meio da estrutura jurídica interna de cada Estado, que positiva seus direitos humanos na forma de direitos fundamentais. Ainda, influenciar o direito externo por meio dos tratados e convenções internacionais de modo a promover também externamente a dignidade dos sujeitos.

Diferentes constituições têm disposições sobre os direitos fundamentais que em maior ou menor grau são garantidos aos cidadãos de determinado Estado. Estas disposições trazem à tona a existência de um “patrimônio comum de valores jurídicos de base”⁷⁸. Estes valores, que aspiram universalidade geram conflitos tanto em relação ao o rol quantitativo de direitos de cada sujeito no mundo quanto em relação à extensão desses direitos em cada Estado, seja na extensão da quantidade dos direitos positivados, seja na qualidade destes, no seu conteúdo intrínseco.⁷⁹

O direito dentro do território circunscrito pelo Estado aplica aos cidadãos os direitos fundamentais que lhe fazem jus. Ocorre que mesmo dentro de um determinado Estado os cidadãos apresentarão diferentes necessidades de direitos, e interesses que podem ser idênticos ou diferentes, até opostos, e o balanceamento dos direitos destes grupos torna a tarefa interpretativa do jurista mais complexa. A interpretação deve ter como foco o fato

⁷⁸ JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995. P. 49

⁷⁹ Erik Jayme traz entendimento neste sentido sobre conflitos internais de direito privado acerca de direitos humanos: “malgré leur aspiration universelle, ne sont pas reconnus par tous les Etats; en outre, leur contenu peut varier. La détermination des droits fondamentaux de chaque individu soulève déjà au plan interne des difficultés de délimitation en ce qui concerne les droits d'autrui. Chaque constitution est le reflet de la tradition et de la culture d'un pays” “Apesar da aspiração universal, não são reconhecidos por todos os Estados, ou ainda, o conteúdo pode variar. A determinação dos direitos fundamentais de cada indivíduo levanta no plano interno dificuldades de delimitação no que concerne aos direitos do outro. Cada constituição é reflexo da tradição e da cultura de um país” Tradução livre. JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995 p. 52

jurídico e o modo como a decisão afetará a vida do sujeito, mais do que a estrita literalidade da lei.

Em uma mesma sociedade podem conviver pessoas que almejam direitos fundamentais idênticos, diferentes ou mesmo contraditórios, isto significa que a escolha legislativa não poderá em nenhuma hipótese contemplar os interesses individuais de cada cidadão. O legislador, legitimado pela voz e voto da população, não pode oferecer a todos o máximo de direitos. Oferece-se um mínimo de direitos, na verdade, mas considera-se este mínimo o essencial para a vida de um sujeito.

Este mínimo, entretanto pode não ser suficiente para determinar a qualidade de vida dos sujeitos perfeitos, sendo necessárias políticas afirmativas tanto legislativas, judiciárias e administrativas para garantir determinadas situações jurídicas que em tese trazem benefícios aos sujeitos, mas, na prática, apenas minoram a sua vulnerabilidade. A reserva de vagas em estacionamento para pessoas portadoras deficiência física ou idosos se justifica, por exemplo, na necessidade que existe de garantir o direito a locomoção destas pessoas e o direito de livre circulação.⁸⁰

A interpretação que se dá, neste caso, é em favor daquele que possui as potencialidades jurídicas e de vida mais prejudicadas. Aquele que apresenta o maior nível de vulnerabilidade recebe do direito a maior proteção e tutela. Assim, tenta-se igualar as potencialidades de cada ser humano, na igualdade material.

Este foco no sujeito da cultura jurídica contemporânea tem papel primordial importância na defesa dos direitos humanos e, portanto, exerce influência sobre os novos sujeitos de direito e posteriormente sobre o sujeito perfeito. Estas categorias de sujeitos são pertencentes ao universo da pós-modernidade, e por isto, é preciso entender a qual paradigma nos referimos.

Boaventura de Souza Santos indica que este novo paradigma, pós-moderno, é criado pela soma de diversos sinais.

A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência

⁸⁰ Art. 25 do Decreto Federal 5296 “Nos estacionamentos externos ou internos das edificações de uso público ou de uso coletivo, ou naqueles localizados nas vias públicas, serão reservados, pelo menos, dois por cento do total de vagas para veículos que transportem pessoa portadora de deficiência física ou visual definidas neste Decreto, sendo assegurada, no mínimo, uma vaga, em locais próximos à entrada principal ou ao elevador, de fácil acesso à circulação de pedestres, com especificações técnicas de desenho e traçado conforme o estabelecido nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.”

se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós moderna.⁸¹

O conceito trazido por Boaventura de Souza Santos encaixa-se perfeitamente nesta explicação. Os novos influxos sociais, as novas demandas e influências trazem novos problemas para o direito. Estes problemas não poderiam ser resolvidos no paradigma da modernidade. Surge então uma ciência revolucionária, um novo paradigma que conte cole as novas demandas sociais, este paradigma é designado o paradigma pós-moderno no direito.

Para Eduardo Bittar o que ocorre é uma crise pós-moderna. Esta crise tem origem nas crescentes mudanças sociais ocorridas pela pós-modernidade. O autor indica que existe um divórcio entre o normativo e o social, que deve ser sanado pelo aplicador do direito na pós-modernidade, sob pena de tornar-se um direito vazio, que não represente ganhos objetivos à sociedade. É interessante citar que para Bittar:

Quando o sistema jurídico não está permeável para absorver identidades, mas apenas testemunha sua ampla defasagem em face dos avanços tecnológicos, reconhecendo a impossibilidade de atender a tantos e tão conflituosos fluxos de divergentes interesses, torna-se hábil para cumprir sua fundamental meta de pacificação do convívio social e de mediação regulamentada dos interesses sociais (convergentes e divergentes).

O sistema jurídico não serve à única meta de se autolegitimar. Seu fulcro está para além de suas próprias muralhas, pois não se trata de um sistema que viva e se alimente em seu próprio hermetismo. Sua função está em se projetar eficazmente além muros, para provocar intervenções pontuais e cirúrgicas sobre as necessidades de um povo em um determinado contexto, com determinados valores, dentro de anseios e perspectivas. A justiça se faz na sociedade e não na letra fria e inerte dos textos jurídicos. É a *violência simbólica* que leva o sistema à fuga de suas condições naturais, ao não – cumprimento de sua meta primordial, tornando-o incapaz de atingir seus próprios fins. Sua capa de coerência, retidão, certeza, limpidez, segurança, ordem, objetividade, harmonia, clareza, igualdade formal, racionalidade não pode ser um revestimento externo para aglomerar desrazões sistêmicas, pois de nada adianta um ordenamento eivado de lastro ideológico de sustentação e incapaz de responder à mais elementar necessidade do cidadão comum ao qual se destina.⁸²

Desta conceituação podem-se recolher elementos essenciais para a interpretação pós-moderna do direito i) sua função social: para além muros. O direito e o jurista não devem estar presos aos fóruns e às petições: é preciso transcender o direito posto e

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 11

⁸² BITTAR, José Eduardo. **O direito na pós modernidade e reflexões frankfurtianas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 212-113

passar a enxergar o direito no mundo real, para que a decisão judicial se aproxime da justiça concreta⁸³, em especial quando se trate de direitos fundamentais do sujeito; ii) o direito não serve apenas para autolegitimação, uma norma existente e válida não necessariamente será eficaz, pois a eficácia dependerá do contexto social e é apenas cumprindo os três requisitos que o direito estará apto a trazer justiça material, o direito deve acompanhar a rápida evolução tecnológica e social para dar respostas condizente a ela; iii) a falta de lastro ideológico é verdadeira *violência sistêmica*, que deve ser evitada olhando-se para o sujeito e para o caso, e depois aplicando-lhe a lei.

Bittar complementa ainda sobre a perspectiva pós moderna do direito que existe ainda uma diferenciação entre o mundo real e a aplicação efetiva do direito, reconhece que não vivemos um momento de justiça plena, mas que os caminhos são percorridos para que o estudo e a intenção do direito sejam para além dos critérios formais do juízo:

a pessoa humana é posta novamente em foco, e sua valorização recupera foros de decência social mínima, avultando a temática da dignidade da pessoa humana como *télos* do próprio ordenamento jurídico, ou mesmo como critério de qualquer forma de justiça. Não que isto seja uma realidade prática efetiva, mas que se esteja a perceber este câmbio de preocupações dos próprios juristas e estudiosos das questões jurídicas.⁸⁴

Estabelecer o foco do direito na pessoa humana é um avanço significativo, para além do estabelecimento do direito como cumprimento da lei posta. A segurança jurídica como já visto é também a garantia da dignidade da pessoa humana no paradigma pós-moderno.

A pós-modernidade traz consigo fluidez e polissemia, como características intrínsecas. Tem-se enorme gama de possibilidades para o direito pós-moderno que é plural. É então um paradigma de muitas facetas e muitos conceitos. É necessário que se escolha um foco de estudo da pós-modernidade no direito, selecionando-se aqui os estudos de Erik Jayme,

⁸³ no caso da pessoa que solicita o amparo da justiça para a tutela dos direitos fundamentais, o juiz que se abstém de intervir se aproxima muito da ficção formal, com descuido da tutela efetiva” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** Fundamentos de Direito. 2^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142

Ainda: “Os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de mero espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer ex officio de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 70.

⁸⁴ BITTAR, José Eduardo. O direito na pós modernidade e reflexões frankfurtianas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 300

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem acerca de uma das facetas do direito pós-moderno: a promoção do vulnerável pela hermenêutica do diálogo das fontes.

A pós-modernidade é conceito amplo e não unânime na doutrina. Os autores citados trabalham os conceitos pós-modernidade e de efetivação de direitos humanos e fundamentais em diferentes aspectos, seja no direito internacional privado, seja no direito privado interno do país. A escolha do paradigma da pós-modernidade não exclui outros paradigmas do direito, ao contrário, sendo um conceito multiculturalista e plural, pode conviver muito bem com outras modalidades de Direito.

Tratando-se inclusive de uma teoria dialógica, é seguro que ela terá espaço para dialogar também com outros paradigmas do direito. Não se trata de um método interpretativo unânime e que possa fornecer todas as respostas jurídicas esperadas, pelo contrário, trata-se de método interpretativo de observação próxima do objeto estudado, para depois buscar as respostas mais adequadas ao caso concreto.

Para justificar e compreender a teoria do diálogo das fontes é preciso compreender o que é a pós-modernidade para Erik Jayme. Trata-se de um fenômeno cultural que se firma no pluralismo e no relativismo cultural. Nas palavras de Cláudia Lima Marques sobre o conceito de Erik Jayme, é o “direito à diferença”⁸⁵ este direito seria o direito a “ser e continuar diferente”.⁸⁶

Para Erik Jayme a cultura pós-moderna se caracteriza por quatro diferentes aspectos: *i) o pluralismo; ii) a comunicação; iii) a narração; iv) o retour des sentiments.*⁸⁷

O *pluralismo*, fenômeno cultural característico da somatória dos influxos diversos que cada sujeito traz de sua cultura, a verdadeira proteção da identidade cultural individual. Há ainda, o pluralismo de fontes legislativas, de sujeitos a serem protegidos pelo direito, os pluralismos defendidos pelos direitos difusos e coletivos. O diálogo entre as fontes de direito e fontes pessoais legitima a valoração da questão central em cada caso jurídico. As fontes pessoais podem ser a objeção de consciência, desde que não sejam a causa de mitigação de direitos a outro sujeito.

⁸⁵ Completam os autores o conceito exemplificando situações de vulnerabilidade e diferença: “criança que não quer ser adulto, adulto homossexual que não quer outra opção sexual, idoso que não quer ser infantilizado, consumidor que não quer deixar de ser leigo e poder confiar na qualidade adequação e segurança dos produtos e serviços oferecidos pelos experts e profissionais do mercado de consumo etc.” MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182

⁸⁷ JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de laHaye**, 1995, 36

A *comunicação* trata da sociedade de comunicação em que vivemos, refere-se ao grande fluxo de informações, trazendo a integração da cultura pós-moderna e o direito à informação. É o valor máximo da pós-modernidade e da valorização do tempo. A comunicação legitima⁸⁸ a ética e garante a proteção de grupos que a lei pretende privilegiar. O consentimento só pode legitimar uma situação se for informado e esclarecido, logo, se o direito à comunicação for completo. Dentro disso, insere-se o direito a informação: i) informar; ii) se informar; iii) ser informado.⁸⁹

A *narração*, uma consequência da comunicação, refere-se às novas normas que “narram” seus objetivos e não apenas regulam condutas. São normas que envolvem princípios e cláusulas gerais, informam uma interpretação teleológica e intentam valorizar algum objetivo específico, como a proteção da criança e do adolescente ou do consumidor. O sistema do direito é ainda mais fluído, pois para criação destas leis é necessário consultar diretamente os interesses desses setores depauperados, bem como consultar-se com eles durante a aplicação das leis.

Por último, o “retour des sentiments” que se caracteriza como uma terminologia não pejorativa nem emocional, mas uma representação dos interesses de determinado grupo, uma justificativa além da economia para as ações humanas.⁹⁰ Trata-se de ferramenta para relegitimar o direito. O “retour des sentiments” do discurso inclui na argumentação jurídica e na decisão judicial novos elementos sociais e ideológicos, que passam a atuar tanto quanto a lei seca, em prol do ser humano.

Sobre esta emotionalidade, Jayme pontua que o argumento utilitarista de que a economia é a natureza determinante nas ações humanas não lhe parece convincente. O autor

⁸⁸ A sociedade de comunicação, em que há hipóteses para criar leis, para realizar contratos, para votar, para escolher em geral. É da aceitação de uma das premissas de decisão que vem a legitimação da decisão. “O conceito de aceitação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estruturem as suas expectativas de acordo com isso.” LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**, tradução de Maria da Conceição Corte-Real. UnB, 1980, p. 32-33

As decisões são tomadas pelo indivíduo de acordo com suas necessidades, vontades, anseios e principalmente sua expectativa acerca dos frutos de sua escolha. Deste modo, torna-se possível aferir que a contingência destas escolhas passa por filtros pessoais, que eliminam alternativas e reduzem o leque de possibilidades a uma escolha única, que o agente considera satisfazer suas necessidades, analisando as opções que tenha naquele momento. As normas gerais de direito e das obrigações apesar de não fazerem parte diretamente do procedimento iniciam o processo de seletividade, reduzindo as possibilidades de escolha àquelas lícitas ou não vedadas em lei. A partir deste momento é que se inicia a legitimidade procedural, consubstanciada nas informações recebidas pelo indivíduo que permitem a criação dos devidos filtros de escolha.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 37, p. 59/76, jan./mar. 2000, p. 61

⁹⁰ JAYME, Erik, Identitéculturelleetintégration: Le droitinternationalprépostmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de laHaye**, 1995, 255 e ss

afirma que os homens também se determinam pelas questões de seus âmagos, e pela salvaguarda de sua identidade e sentimentos.⁹¹ Esta característica não está adstrita à emocionalidade estrita, e sim à capacidade do direito de absorver fatores externos, que re legitimam sua aceitação social.

Este retorno da emocionalidade no direito cria novas técnicas de argumentação jurídica e de interpretação do caso concreto, novos fatores são determinantes na decisão judicial e na identificação da norma aplicável ao caso concreto. Marques e Miragem trazem que, em contraponto, a esta característica da pós-modernidade, a utilização da emocionalidade no direito vem “criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser efetivamente encontrada”.⁹²

Esta característica de imprevisibilidade refere-se ao conflito já abordado sobre a segurança jurídica e a necessidade de que as decisões abranjam um mínimo de justiça e dignidade às pessoas envolvidas no caso concreto. Esta emocionalidade é também uma forma de humanizar o direito. Uma maneira de trazer concretude aos direitos humanos e fundamentais por meio da aplicação da lei. Vale a regra de abarcar dentro do direito e da segurança jurídica o valor justiça social, para garantia de efetivação de direitos aos setores depauperados da sociedade.

Com estas quatro características, a pós-modernidade de Erik Jayme tem o *Leitmotiv* de buscar a equidade e a utilização dos direitos fundamentais como verdadeiras “normas fundamentais”, que se inserem no direito constitucional e no direito privado para assumir os novos limites da intervenção estatal: em prol do sujeito perfeito. O sujeito de direitos perfeito é aquele “pleno de direitos dentro e fora das instituições, sujeito que com seu aparecimento abala o sistema do Direito e as instituições onde se movimenta, justamente pelo grau de efetividade de seus direitos é bastante complexa e profunda”⁹³.

Este sujeito pleno de direitos, ou seja, perfeito, exige sua própria lei, sua proteção especial, e portanto, garantias novas no direito, para alcançar algum grau de

⁹¹ JAYME, Erik, Identitéculturelleetintégration: Le droitinternationaleprivépostmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995, 261-262

⁹² MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 207. Identifica-se no caso concreto o problema do equilíbrio entre justiça material e segurança jurídica.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In Revista de Direito do Consumidor, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72-73

igualdade material. Neste sentido Marques informa que está o *Leitmotiv* do direito atual, pós-moderno.

Cláudia Lima Marques oferece uma visão deste *Leitmotiv*:

Para Erik Jayme o *Leitmotive*, isto é, o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI serão os direitos humanos. Uma afirmação bastante forte no momento em que são justamente esses direitos humanos menosprezados em tantas guerras, violências, barbarismo, tanto individualismo, tanto egocentrismo realmente na nossa sociedade. Por vezes parecemos uma sociedade darwiniana, onde somente os fortes sobreviverão, deixando os outros pelo caminho. Na teoria de Jayme, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento-guia, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais” e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do Direito Civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. A teoria elaborada por Jayme é coincidente com a de muitos autores do primeiro mundo. O mestre Heidelberg insiste: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual direito são os direitos humanos. Iremos reconstruir a abalada ciência do direito através da valorização dos direitos do homem, da igualdade que está nessa ideia.⁹⁴

Nota-se que a valorização dos direitos humanos e consequentemente dos direitos fundamentais do cidadão é uma pista à pós-modernidade de Jayme. Os discursos de fundo humanístico e de proteção aos direitos dos sujeitos passam a tornar-se não apenas normas postas, objetos linguísticos, mas significados reais na vida humana. Estes elementos reequilibradores e repersonalizantes tentam oferecer um paradigma mais aproximado da realidade e dos novos dilemas da pós-modernidade. A hipercomplexidade, a hipercomunicação, e inclusive a existência de novas armas físicas com controle à distância tornam a tarefa do direito uma tarefa de interpretar de acordo com o interesse maior do sujeito envolvido.

Neste viés de hipercomunicação, e das novas modalidades de danos que podem ser sofridos, e ainda, na necessidade de aplicar a cada um a lei que lhe seja apropriada, o diálogo das fontes surge como uma ferramenta interpretativa que valoriza a lei de cada sujeito como a lei aplicável ao caso concreto. Erik Jayme posta sua teoria do diálogo das fontes como

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In Revista de Direito do Consumidor, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73

uma forma de fornecer a cada sujeito sua fonte: sua lei. Cada sujeito e cada lei apresentam seus objetos e interesses, e cabe ao operador do direito, ao observar o mundo dos fatos, observar também como se relacionam e dialogam as leis que o sujeito carrega consigo, fazendo um verdadeiro diálogo entre elas.

Les droits de l'homme, les consitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles parlent l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordener ces sources en écoutant ce qu'elles disent.⁹⁵

O diálogo das fontes é forma de dimensionar a pós-modernidade dentro de um plexo de comunicação. Ao receber influxos externos que se somam para fornecer direitos humanos a um sujeito, seria uma obrigação do juiz fazer da forma adequada que garanta mais direitos a esta pessoa humana, ou seja, a interpretação se dá após conhecer os sujeitos envolvidos, suas características, histórias e suas culturas e sempre de forma a fornecer direitos mais extensos, jamais para cercear direitos humanos ou fundamentais de um sujeito.

Vale-se da ponderação, que no caso concreto pode mitigar o direito do menos vulnerável em favor do mais vulnerável. Mas neste caso, o que se deve analisar é a intencionalidade objetivada de mitigar as vulnerabilidades do sujeito mais vulnerável, para isto pode ser preciso atuar sobre a situação posta, o que pode gerar descontentamento da parte contrária. É preciso notar que a defesa dos direitos humanos do sujeito mais vulnerável deve ser valorada com mais intensidade, uma vez que este sujeito carrega consigo mais prejuízos que benefícios sociais, e para o atingimento da igualdade material é preciso que ele seja protegido pelas ferramentas que possui o direito.

O foco no sujeito tanto na escolha da terminologia quanto da metodologia é abordado por diversos autores na pós-modernidade. A teoria não é uníssona, há defesas em todos os sentidos, entretanto, a escolha deste enfoque se justifica na necessidade de concentrar os estudos no *sujeito*.

Jorge Mosset Iturraspe traz com brilhantismo essa necessidade de foco no sujeito de direito:

⁹⁵ JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995, 259 “Os direitos humanos, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais, todas estas fontes não se excluem mutualmente; elas *<falam>* umas as outras. Os juízes devem coordenar estas fontes e escutar o que dizem”. Tradução livre.

La persona humana es el eje o centro de las preocupaciones del Derecho actual, tanto del público como del privado; con la denominación ‘derechos de la tercera generación – o de cuarta – se busca una protección más completa, plena o integral, que abarque todas sus manifestaciones y garantice la libertad, la seguridad, la dignidad, el respeto, la privacidad y la identidad del ser humano⁹⁶

O centro do direito, na interpretação, passa a ser o próprio sujeito, seus interesses e necessidades, e na proteção integral que faz jus este direito, suas garantias de liberdade, segurança, dignidade, respeito, privacidade e especialmente identidade aparecem como pontos comuns na doutrina de defesa dos interesses dos vulneráveis.

Ao utilizar a terminologia dos sujeitos pós-moderno ou *sujeitos perfeitos*, é nítido que não se está referindo ao sujeito divino, que possui em si todas as qualidades da perfeição kantiana. Trata-se de um outro sujeito, aquele que não nasce perfeito, mas possui todas as potencialidades para tornar-se o melhor de si. Cada sujeito no mundo real apresenta níveis e graus de vulnerabilidade específicos e próprios, que são aquilo que os diferencia e os traz à aplicação de sua lei especial⁹⁷ que o identifica como sujeito necessitado de proteção especial do Direito.

No Brasil a proteção especial destes sujeitos inicia desde a sua enumeração na Constituição Federal que expõe em linhas gerais quais são os direitos atinentes a cada sujeito e pelas leis infraconstitucionais que explicitam e regulam estes direitos.

Os sujeitos constitucionalmente identificados reivindicam sua própria lei, especial e específica para que se concretize a igualdade substancial, material. Na vigência desta lei específica, mitigam-se as desigualdades que este sujeito vem a sofrer socialmente.

Ocorre que em uma sociedade transconstitucional, globalizada e de influxos externos constantes, dificilmente o legislador interno abrangerá todos os direitos dos quais

⁹⁶“a pessoa humana é o eixo ou centro das preocupações do direito atual, tanto do público como do privado; com a denominação de direitos de terceira geração - ou de quarta - se busca uma proteção mais completa, plena ou integral, que abarque todas as manifestações e garanta a liberdade, a segurança, a dignidade, o respeito, a privacidade e a identidade do ser humano” Tradução Livre. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Violación de la confiabilidad en el negocio de la información comercial” WEINGARTEN, Célia e GHERSI, Carlos Alberto (diretores). **Daños - globalización, estado, economía.** Buenos Aires :Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 9

⁹⁷“a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do mais fraco, é apenas a ‘explicação’ dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para a sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.” In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 323.

fazem jus um determinado grupo de pessoas.⁹⁸ Deve entretanto, fazer o máximo de esforço para garantir estes direitos na maior amplitude que seja possível.

Neste sentido, na pós-modernidade é esperado que haja maior força aos mecanismos de controle do estado, entre os três poderes. Defende-se muito a atuação do judiciário na defesa dos direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, mas a tarefa não se fixa apenas neste poder. O executivo e o legislativo também devem dentro de suas possibilidades lidar com os direitos dos sujeitos, tentando maximizá-los.

A microcodificação, a utilização das cláusulas gerais, dos códigos protetivos, das normas narrativas e das regulamentações executivas protetivas de direitos humanos são de grande importância para o conjunto de proteção do sujeito na pós modernidade, que não deve estar adstrito apenas ao judiciário, esta construção de direitos humanos e fundamentais é complementar entre estes agentes públicos e políticos, e deve ser objeto de tutela estatal completa, e não apenas adstrita ao judiciário.

Por fim, é importante ressaltar que na proteção dos direitos humanos e fundamentais no plexo de direitos disponível a cada sujeito no mundo pós-moderno é proeminente a questão de sua pretensão de universalidade. O debate acerca da universalidade centra-se na questão sociológica mais que na filosófica.⁹⁹

Acontece que os direitos humanos e fundamentais devem ser individualizados e aplicados da forma que seja mais benéfica àquele sujeito específico. A pretensão de universalização mais assemelha-se à massificação de direitos, o que não garante em específico que determinado sujeito ou grupo tenha satisfeitos seus interesses fundamentais. A universalização deve ser objeto de cuidado do direito, vez que o foco na pós-modernidade é a

⁹⁸ Ainda mais, questões de política legislativa podem interferir na regulamentação de direitos. A legislação brasileira não aplicava em todo os direitos previstos na CLT aos empregados domésticos. Havia lei 5859/72 que lhes oferecia direitos mínimos, mas que não equiparava aos demais grupos trabalhadores. Ao empregado doméstico não era devido FGTS, e nem jornada de trabalho com horários específicos.

A PEC das Domésticas como ficou conhecida a PEC 66 estabeleceu alguns direitos a esta classe trabalhadora, como garantia de salário mínimo, jornada de trabalho de 44 horas semanais, com adicional de 50% para hora-extra, proibição de diferença de salários em caso de mais de um funcionário na mesma residência com funções idênticas e garantia de pagamento de FGTS pelo empregador. Alguns direitos, entretanto, ainda necessitam regulamentação, como o auxílio-creche, seguro acidente de trabalho.

Até o ano de 2013 a legislação trabalhista no Brasil, que não abrangia os direitos específicos dos funcionários domésticos, apesar de ainda existirem pontos nebulosos que necessitam regulamentação, é preciso notar um avanço na legislação dos direitos desta camada da população. Trata-se de grupo de pessoas que possui pouca ou nenhuma representatividade no legislativo. Neste sentido, a proteção pelo direito faz-se ainda mais importante, pois a falta de direitos regulamentados é uma agressão direta aos tratados internacionais que tratam do direito do trabalho dos quais o Brasil é signatário.

⁹⁹ Entendimento trazido por SANTOS, Boaventura Sousa, Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos, in **Identidades**. Org. Feldman Bianco e Graça Capinha. São Paulo: Hucitec, 2000. p, 27

individuação, dar a cada um o que é seu dentro de suas possibilidades. E não a massificação fordista de direitos, que podem não ser adequados nem requisitados por determinado sujeito.

A oferta de igualdade passa também pela diferenciação dos direitos: especificando o que cabe a cada um respeitando a cultura e a civilização de determinado grupo social. Não basta impor uma nova regra a um grupo social que já tem suas formações culturais opostas ou que não representam a cultura majoritária, estes grupos também são dignos de proteção e de acolhimento, ainda que sejam em si dissidências à cultura majoritária esperada socialmente.

Neste sentido, a ordem pós moderna é também transconstitucional, nos moldes trazidos por Marcelo Neves na obra *Transconstitucionalismo*. O autor enfatiza a necessidade de consistência jurídica na interpretação constitucional, diversos projetos de vida e de cultura devem subsistir sem serem extintos no direito, a atividade imperfeita da interpretação jurídica deve primar pelo pluralismo.

O autor coloca um paradoxo importante: que é inversamente proporcional a adequação social de um sistema à sua consistência jurídica. Este paradoxo explica que assimetrias sempre existirão, e que a igualdade material embora seja almejada jamais será alcançada por completo:

A adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas. (...) um modelo de mera consciência constitucional conduz a um formalismo socialmente inadequado. O excesso de ênfase na consciência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. Na falta de valores, de morais e de interesses partilhados congruentemente na sociedade moderna supercomplexa, a ênfase excessiva na adequação social tende a levar a subordinação do direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta. Neste sentido, embora sempre defeituoso, pois nunca é alcançado plenamente e depende da experiência de cada caso, o equilíbrio entre a justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico estatal.¹⁰⁰

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 65

Os atores sociais devem ser ouvidos, dentro de um balanceamento da adequação social do direito e da sua consistência jurídica. O debate remonta à discussão da segurança jurídica: relacionada à letra da lei ou aos valores intrínsecos do projeto de vida. Mas vai além: Neves traz questões de ordem contramajoritária para o debate dos direitos humanos¹⁰¹. É dizer que há culturas e ordens normativas que afastam-se do modelo de direitos humanos almejado pelo Estado. O autor põe a questão dos indígenas da tribo Suruahá em Tapauá – AM. Nesta tribo o direito consuetudinário é obrigatório o homicídio de qualquer criança nascida com deficiência física ou mental. Na tribo Yawanawá localizada no Acre na fronteira entre Brasil e Peru o costume estabelece que se tire a vida de um dos gêmeos recém-nascidos na tribo. Outras tribos como os Yanomamis também realizam estas práticas. Neste sentido, é preciso analisar os direitos humanos no caso concreto.

De um lado há a autonomia cultural daquelas tribos e de outro o direito à vida daquelas crianças. Destes fatos, causando comoção social, foi criado projeto de lei 1.057/2007 para coibir o homicídio de crianças indígenas dentro das práticas culturais da tribo. O debate claramente envolve questões muito sensíveis aos direitos humanos, entretanto “a simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas”¹⁰²

¹⁰¹ “Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, trata-se de ordens “arcaicas” que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. A rigor, elas não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Ordens normativas dessa espécie exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se, porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, se afastem sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo. Medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos. Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em “conversações” constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um “diálogo” construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente “diferentes”, baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.” NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In **Revista de Informação Legislativa**. p. 193-214. Número 201 jan./mar. 2014, p. 201-202

¹⁰² NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In **Revista de Informação Legislativa**. p. 193-214. Número 201 jan./mar. 2014, p. 203

Apresenta-se para Neves um conflito entre a autonomia coletiva e a autonomia individual, entre o relativismo ético (das culturas particulares) e o universalismo moral (dos direitos dos homens). A estas questões não existem respostas prontas, o Estado não deve julgar as comunidades como “decentes” ou “indecentes”, dignas ou indignas de diálogo (no sentido de terem suas razões ouvidas pelo Estado). A aplicação da teoria dos princípios neste caso teria consequências desastrosas, e por isto, é preciso buscar soluções alternativas. Para Neves “Em relação ao ‘outro’, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção de direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e as mentes das respectivas comunidades”.¹⁰³

Ocorre que na comunidade Saruahá, traz o autor, 7,6% das mortes foram por infanticídio enquanto 57,6% das mortes trataram-se de suicídios. O valor da vida para estes sujeitos é com certeza diferente da cultura majoritária brasileira. Para estes sujeitos “a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena”¹⁰⁴.

Esta cultura é também válida, pois tem suas raízes históricas e não apresenta a negação de nenhum princípio fundamental imposto àquele grupo social. Há nesta cultura regras e uma visão de dignidade filosófica própria, mas diferente dos valores cristãos que estão intrincados na cultura majoritária brasileira. O autor, ao tratar desta questão de imposição de direitos humanos a quem não os compartilhe utiliza a expressão “imperialismo dos direitos humanos”¹⁰⁵.

Para o autor, deveria ser aplicada a estes sujeitos a sua própria lei, garantindo a *jurisdição por foro étnico*, e justifica que:

Isso não implica simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante, antes se trata da capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo, não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal.¹⁰⁶

¹⁰³ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In **Revista de Informação Legislativa**. p. 193-214. Número 201 jan./mar. 2014, p. 206

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 225.

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 225.

¹⁰⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 227

A estes sujeitos, aplique-se sua própria lei, e deixe-lhes seguir sua estrutura cultural. Ocorre portanto, que deve haver controle para que não existam abusos como a manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, e portanto, perda de legitimidade da ordem normativa respectiva.

Não há respostas simples. A aplicação dos direitos humanos como conhecemos apresenta conflito, entre a cultura secular daquelas tribos e sua manutenção como grupo socialmente reconhecido e aceito, e a proteção da criança e do adolescente. Não se espera na pós-modernidade encontrar resposta a todas as questões por meio do direito, há uma margem de discricionariedade pessoal e de liberdade nos grupos sociais, dentro do plexo cultural construído secularmente.

Os direitos humanos não podem ser ferramentas de opressão, sob pena de perderem seus valores mais caros. Neste sentido, vale avaliar esta tendência universal e universalizante dos direitos humanos, para poder compreender de maneira humana a aplicação do direito.

Boaventura Sousa Santos informa que esta tendência universal de direitos humanos deve seguir uma tendência *cosmopolita*, mais do que de *localismo globalizado*. Deve incluir direitos no mundo todo e não apenas impor condições culturais de um Estado a outro.¹⁰⁷

O autor defende esta teoria segundo algumas premissas básicas: i) superação do debate entre universalismo e relativismo cultural. Toda cultura tem pretensão de universalismo e por isto é necessário que haja diálogos interculturais de benefício a todos. Em relação ao relativismo, é preciso que estes diálogos tratem e efetivem direitos humanos máximos a cada povo, e não apenas direitos mínimos; ii) toda cultura possui uma caracterização de *direitos humanos*, ainda que estes direitos estejam lotados sob outra nomenclatura; iii) todas as culturas são incompletas em relação a direitos humanos, quanto maior a consciência cultural desta incompletude, mais fácil a construção de um debate multicultural de direitos humanos ; iv) a amplitude dos direitos humanos é diferente em cada cultura, e ; v) as culturas tendem a organizar-se em grupos sociais, que firmam-se em

¹⁰⁷ SANTOS, Boaventura Sousa, Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos, in **Identidades**. Org. Feldman Bianco e Graça Capinha. São Paulo: Hucitec, 2000. p. 28

princípios hierárquicos: da igualdade – unidades homogêneas de pessoas e da diferença: entre etnias, raças, sexo.¹⁰⁸

A proteção das liberdades desses sujeitos é categoria de grande importância para o Direito. É a intenção de que todos tenham possibilidade de acesso ao mesmo plexo de direitos, ou seja, sejam sujeitos livres e perfeitos, dentro de seus direitos humanos e fundamentais que devem ser respeitados, inclusive aqueles que representem parte de uma cultura contramajoritária, que possa parecer uma incultura.¹⁰⁹

Os direitos fundamentais destes sujeitos passam então a serem vistos como imprescindíveis no plexo social, e por isto, são o ápice da Constituição Federal e do direito como um todo. Pelo aspecto formal observa-se a existência de cláusula pétreas de proteção a direitos fundamentais; materialmente há a essencialidade destes direitos na legislação nacional, como valores intrínsecos à interpretação jurídica.

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, par. 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade¹¹⁰.

Pautada nesta fundamentalidade a interpretação jurídica deve ser sempre voltada aos valores humanísticos e à proteção de todo o plexo cultural, social e de vida daquele sujeito. A opção pela escolha do diálogo das fontes na interpretação e na

¹⁰⁸ SANTOS, Boaventura Sousa, Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos, in **Identidades**. Org. Feldman Bianco e Graça Capinha. São Paulo: Hucitec, 2000. p. 30

¹⁰⁹ “Boa fé é sempre um pensar no outro, um pensar reflexivo. Liberdade é sempre a liberdade do outro, do mais fraco, do não-igual, liberdade é o caminho da verdadeira igualdade, igualdade dos desiguais. Equilíbrio é o ponto de meio, ponto de encontro, aquele que permite a realização das expectativas legítimas de ambos os parceiros.” MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. Revista dos Tribunais: 2010. p. 62

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88

intencionalidade dos sujeitos perfeitos justifica-se nesta característica da pós-modernidade, a proteção aos direitos do cidadão.

Isto posto, é necessário que se identifique qual o elemento que proporcionará legitimação à utilização do diálogo das fontes. Este elemento é a vulnerabilidade dos sujeitos, conforme se verá a seguir.

2. A Vulnerabilidade dos sujeitos no direito

Os estudos sobre a proteção do sujeito indicam uma característica comum entre os sujeitos pós-modernos ou sujeitos perfeitos. Estes sujeitos são *vulneráveis*, e esta vulnerabilidade pode dar-se de diversas formas. Seja uma vulnerabilidade absoluta, incapacitante que o torne dependente de alguém ou algo para sua sobrevivência – e esta pode ser permanente ou temporária, ou uma vulnerabilidade relativa, que se apresenta em determinadas situações e em outras não.

A vulnerabilidade desenvolve relações variadas, mas nenhuma delas refere-se ao conceito jurídico de capacidade. O sujeito vulnerável não necessariamente é um sujeito incapaz.

Inicialmente, vejamos linhas da capacidade no direito civil. A doutrina civilística traz que a personalidade tem sua medida na capacidade. Ou seja, de acordo com o art. 1º do Código Civil “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”. A pessoa aqui designada é qualquer pessoa natural, não há aqui uma diferenciação entre os sujeitos.

Mas a esta pessoa faz-se uma qualificação: sua capacidade de fato ou de exercício, que é a “aptidão para exercer por si os atos da vida civil dependendo portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”¹¹¹.

Disto decorre que a regra é que os sujeitos sejam capazes, e a exceção é que sejam incapazes. A incapacidade decorre de lei específica. Ao sujeito incapaz ainda são devidos direitos e proteções, mas não podem exercê-los pessoalmente, devendo ser representado. São eles os sujeitos do art. 3º do Código Civil: os menores de 16 anos (inc. I) os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem discernimento para os atos da vida civil estes sujeitos, para terem reconhecida incapacidade devem ser interditados judicialmente (inc. II); aqueles que por causa ainda que transitória não puderem exprimir sua vontade, a estas pessoas o direito protege com o instituto da curatela (inc. III);

Os sujeitos podem ser também relativamente incapazes o que significa que os atos praticados por estas pessoas não são necessariamente nulos. Estes sujeitos estão descritos no art. 4º do Código Civil: os adolescentes entre 16 e 18 anos (inc. I) os ébrios habituais, e os que por deficiência mental tiverem discernimento reduzido, sujeitos que necessitam de

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 148

curatela (inc. II), os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (inc. III), os pródigos (inc. IV). As incapacidades relativas necessitam de curatela para alguns atos da vida civil. O adolescente entre 16 e 18 anos pode por exemplo assumir concurso público que não possua requisito de maioridade sem necessidade de curatela, mas não pode firmar contrato oneroso sem assistência de seu representante sob pena de anulabilidade.

Nos demais casos é preciso que se institua curatela sobre os relativamente incapazes para que esta característica seja considerada válida: mais uma vez, a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção.

Por fim, o art. 4º parágrafo único do CC traz que “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. A Constituição Federal trata deste tema em seus arts. 210, § 2º, 215, § 1º, 231, além da lei 6.001/73 art. 1º parágrafo único.¹¹² Ou seja, a lei não os caracteriza como sujeitos incapazes, traz-se uma maior proteção a seus direitos e ao seu lastro cultural, protegendo-se os usos e costumes tribais, mas sem diminuir-lhes o valor.

Estes sujeitos incapazes ou relativamente incapazes são, com certeza, sujeitos que apresentam grau de vulnerabilidade em si. Isto porque a lei diz especificamente que no mundo dos fatos eles necessitam de maior proteção, logo, no mundo do direito, necessitam cuidado específico.

Conclui-se que todo incapaz ou relativamente incapaz é vulnerável, mas que o contrário não é verdadeiro. Como no caso do indígena a lei não lhe dá características de incapacidade, nem mesmo relativa, mas fornece-lhe argumentos para indicar que este sujeito é mais vulnerável que os demais, e por isto faz jus a proteção especial.

A vulnerabilidade tampouco se confunde com o conceito de hipossuficiência, o hipossuficiente, descrito na legislação pátria na lei 1.060/50, esta lei traz em seu art. 4º os casos de gratuidade da justiça aplicáveis aos sujeitos hipossuficientes¹¹³. A hipossuficiência é

¹¹² Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

¹¹³ PROCESSUAL CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - JUSTIÇA GRATUITA – ALEGAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA AFASTADA POR PROVAS - SÚMULA 07/STJ.

Ausente o prequestionamento da matéria objeto do recurso tendo em vista que não foi debatida no acórdão recorrido, não merece conhecimento o recurso especial interposto (Súmulas 282 e 356 do STF).

A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente (Lei n.º 1.060/50, art. 4º, § 1º). É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões.

Sendo o pleito negado por entender o e. colegiado a quo, com apoio nos documentos carreados aos autos, que a postulante não fazia jus à gratuidade por possuir situação financeira compatível com os gastos processuais, a pretensão recursal esbarra na Súmula 07/STJ. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n.º 243.386-SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 16/03/2000)

situação de fato, enquanto a vulnerabilidade é situação de direito. O hipossuficiente em regra é vulnerável, pois apresenta características de necessária proteção especial, mas o vulnerável pode não ser hipossuficiente, como o caso da pessoa jurídica quando atua em juízo como consumidora. Neste caso, mesmo constatada a vulnerabilidade, a hipossuficiência pode não se aplicar.

A segunda hipossuficiência trata da hipossuficiência para garantir a inversão do ônus da prova nos moldes do art. 6º inc. VIII do CDC. Não necessariamente esta hipossuficiência está relacionada à condição econômica dos envolvidos, a proteção não está caracterizada pela pobreza do sujeito, mas sim, pela sua condição diminuída de fazer provas no caso concreto, pois, em regra, o detentor da prova é o próprio legislador contratual – e é igualmente o exclusivo detentor dos meios de prova. Neste caso a hipossuficiência tem relação com a vulnerabilidade técnica, com a absoluta impossibilidade que o consumidor tem de produzir provas eficientes quando existe uma relação de desproporcionalidade patente entre fornecedor e consumidor.

Definido o que a vulnerabilidade não é, resta entender o que ela pode ser. Marques e Miragem para a identificação das diferenças que tornam um sujeito vulnerável propõe a utilização do método grego de visualização do outro como espelho. Os autores evidenciam que a realidade enxergada no espelho é igual, mas invertida. A primeira conclusão que se têm é que ao ver o outro e a si, percebe-se as diferenças, e a necessidade de proteção de um destes sujeitos. O segundo elemento que trazem é a localização das igualdades e desigualdades entre os sujeitos, e de suas vulnerabilidades, *vulnus* em latim significa ferida, ou seja, o vulnerável é aquele que possui uma fragilidade¹¹⁴.

Ao enxergar a vulnerabilidade do outro sujeito, percebe-se sua necessidade de proteção e cuidado, para atingir a igualdade material que necessita. Perceba-se que a vulnerabilidade não é a relação entre igualdade e desigualdade. Marques e Miragem trazem que o paradigma da igualdade é macro, dentro da lógica aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A vulnerabilidade para os autores é “filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada, com traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos.”¹¹⁵

¹¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108-109

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116-117

Os autores trazem a vulnerabilidade como um estado inerente de risco do sujeito. A vulnerabilidade não é a causa da proteção especial dada a determinados sujeitos, mas a justificativa, a explicação a esta proteção especial:

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa¹¹⁶

A proteção destes sujeitos se dá pelas suas necessidades do mundo real, mas a justificativa desta proteção se dá pela vulnerabilidade. Este estado que pode ser temporário ou permanente do sujeito¹¹⁷, garante-lhe visibilidade especial no direito. A vulnerabilidade não é a causa eficiente da proteção especial, mas é a maneira como a doutrina e a jurisprudência podem dar nome à situação de fato vivenciada pelo sujeito. É a vulnerabilidade que informará na interpretação das normas qual a melhor proteção ao sujeito, pois somadas as suas vulnerabilidades, será possível verificar a lei que lhe faz jus e melhor protege.

Dentro desta proteção à vulnerabilidade pós-moderna, é importante verificar um dos pontos mais centrais de violação aos direitos fundamentais de determinados grupos sociais, a sua identidade pessoal e em grupo.

2.1 A ideia de identidade dos sujeitos na pós-modernidade

Erik Jayme traz a identidade cultural como uma categoria de direitos em seu Curso na Academia de Haia, justificando que deve haver uma proteção específica da personalidade do sujeito, ainda que se trate de minorias representativas.

¹¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p., 117, igualmente, MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 323.

¹¹⁷ “Certo é que as noções de indivíduo e sujeito mudaram mas também nosso direito e nossa maneira de ver o sujeito: o sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi ‘re-significado’. Parece-nos que, ao contrário, este sujeito qualificou-se com direitos, multiplicou-se; hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam - diretamente ou através de representantes - seus direitos. Aceita esta premissa, interessa-nos a afirmação de Erik Jayme de que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade qualifica-se quando recebe direitos fundamentais e acaba por modificar as instituições em que está.” MARQUES, Cláudia Lima. *Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos*. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 70

Em seu livro *Identidade cultural na pós-modernidade*, Stuart Hall explica que houve três concepções de identidade na história da humanidade. A primeira, o *sujeito do iluminismo*, a segunda, o *sujeito sociológico*, e a terceira, o *sujeito pós-moderno*.

O sujeito iluminista tratava-se de um sujeito baseado na concepção “individualista” de sua identidade. O teórico cultural faz, no entanto, a ressalva de que apenas o masculino existia nesta concepção de sujeito, ainda não existindo direitos das mulheres.¹¹⁸

O sujeito sociológico refletia a complexidade do mundo moderno, percebendo que em volta de si haviam outros sujeitos e que estes eram igualmente importantes. É o sujeito da interação, que tem diálogos com as identidades que o mundo oferece.¹¹⁹

Por último, o sujeito pós-moderno é aquele que não tem “identidade fixa essencial ou permanente”,¹²⁰ é uma *celebração móvel*, em transformação constante. Cada um carrega em si diversas identidades que podem ser complementares ou contraditórias, igualmente cambiantes e temporárias.¹²¹ O autor afirma que estas identidades culturais são apenas simplificações do mundo real. Mas, quando trata da identidade cultural pós-moderna, há algumas considerações de importante análise para o tema aqui estudado.

Em escala global a comunicação entre as pessoas e a hipercomplexidade das relações traz a ideia de que as culturas nacionais se mesclam, há dificuldade de manter uma identidade separada e pode ocorrer um enfraquecimento da cultura por bombardeamento e infiltração cultural de outros povos.¹²²

Em relação à identidade dentro da sociedade globalizada e pós-moderna existiriam consequências de desmembramento das identidades locais. Ocorre que, faticamente, existe um segundo movimento, de resgate às identidades culturais e formação de uma identidade de grupo. O sentimento de pertencimento ainda é importante para o ser humano. Ao mesmo tempo em que se mesclam as culturas de cada país em uma tendência global, há também fortalecimento das culturas nacionais e regionais por grupos específicos.

¹¹⁸ HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006. p 11

¹¹⁹ HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006, p 11.

¹²⁰ HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006, p. 12.

¹²¹ HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006, p. 13.

¹²² HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006, p. 74.

Surgem inclusive novas identidades, novos grupos de pertencimento, que merecem atenção do direito.¹²³

Tornamo-nos cidadãos globais, mas tentamos manter nossas tradições e nosso pertencimento. É, por exemplo, o caso de bairros de imigrantes de determinados países que se formam espontaneamente. Apesar da saída daquele núcleo regional que viviam, algumas pessoas ainda buscam manter seus hábitos tradicionais em pelo menos uma parte do dia, criando regiões onde os comportamentos são mais semelhantes àqueles do país de origem do que do país de imigração.

Segundo Hall, existe um falso dilema sobre esta questão, pois não há desaparecimento das culturas naturais do sujeito nem um necessário retorno às raízes, e consequente nova segregação. O mundo da “tradução”, como traz o autor, é o mundo híbrido destas pessoas, nas quais não haverá jamais uma *unificação* com a cultura de imigração, mas que deverá haver uma adequação. Para o autor, estas culturas híbridas são fruto especialmente das novas diásporas no mundo, nas quais as pessoas necessitam aprender a habitar novas terras, conviver com novas culturas e novas identidades.

Cria-se, então, uma terceira identidade, híbrida entre a identidade ancestral do sujeito e aquela que ele necessita adquirir para viver no mundo pós-moderno – quer tenha imigrado ou não.

O sujeito então carrega consigo sua lei, aquilo que faz parte de sua cultura e de sua identidade, e este é elemento importante para entender a aplicação do direito a este sujeito. Para corresponder às suas potencialidades e à sua aproximação de ser um sujeito perfeito, é preciso que se respeitem todas as suas características fundamentais, e portanto, seus direitos fundamentais.

A identidade do sujeito é, então, parte integrante de sua cultura e por isso precisa ser protegida. Há para Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, na obra “O novo

¹²³ Este entendimento é em parte adotado por Stuart Hall. O autor traz que “a globalização tem, sim, o efeito de contestar e deslocar as identidades centradas e “fechadas” de uma cultura nacional. Ela tem um efeito pluralizante sobre as identidades, produzindo uma variedade de possibilidades e novas posições de identificação, e tornam as identidades mais posicionais, mais políticas, mais plurais e diversas; menos fixas, unificadas ou trans-históricas. Entretanto, seu efeito geral permanece contraditório. Algumas identidades gravitam ao redor daquilo que Robins Chama de ‘Tradição’, tentando recuperar sua pureza anterior e redescobrir as unidades e certezas que são sentidas como tendo sido perdidas. Outras aceitam que as identidades estão sujeitas ao plano da história, da política, da representação e da diferença, e assim, é improvável que elas sejam outra vez unitárias ou ‘puras’; e essas, consequentemente, gravitam ao redor daquilo que Robins (segundo Homi Bhabha) chama de ‘Tradução’” HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade.** 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006, p 87

Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis”, a necessidade de uma “Igualdade ‘com alma e com calma’”¹²⁴.

A elucidativa expressão pós-moderna vem na proteção dos direitos às diferenças. Trazem os autores três vertentes: a) respeito individual aos grupos e seu “estilo de vida”; b) documentos internacionais que valorizam a “diversidade cultural” para contribuir com a paz e confiança no mundo e c) diversidade de culturas étnicas e regionais.¹²⁵

Estas três vertentes deixam claro: a) que existe uma necessária proteção à identidade como direito fundamental do sujeito e; b) que é dever do Estado e da sociedade global proteger e acolher cada uma das culturas. Eis que a diversidade é uma das chaves para a paz e confiança no mundo.

2.2 Reconhecimento das Vulnerabilidades, elementos de qualificação da vulnerabilidade

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem trazem uma classificação das modalidades de vulnerabilidade do consumidor, que podem ser divididas em quatro categorias¹²⁶: *i) vulnerabilidade técnica; ii) vulnerabilidade jurídica; iii) vulnerabilidade fática e iv) vulnerabilidade informacional.*

A vulnerabilidade técnica é aquela do consumidor que não tem expertise técnica a respeito daquilo que consome, é vulnerabilidade presumida de acordo com o CDC. É a vulnerabilidade de quem não detém o controle e de produção do bem de consumo. De quem é consumidor final, e desconhece seus direitos e obrigações no caso concreto. Esta vulnerabilidade relaciona-se especificamente com a capacidade de conhecimento da parte consumidora acerca daquilo que consome. A vulnerabilidade se relaciona neste caso com a condição do sujeito, sobre sua profissionalização ou não naquele serviço.

A vulnerabilidade jurídica ou científica, por sua vez, é aquela que corresponde à falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia sobre um determinado fato. É presumida para o não profissional e para a pessoa física. A lógica opera de forma contrária no caso do profissional ou das pessoas jurídicas, que deveriam saber ou se informar

¹²⁴ HALL, Stuart. **Identidade Cultural na pós-modernidade.** 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora., 2006. p. 178

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Saraiva: 2012. p. 179 e ss

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154-156

antes de contratar. Isto justifica a Responsabilidade Objetiva dos fornecedores, pois possuem todo o conhecimento e poder legislativo no caso concreto, enquanto ao consumidor resta apenas aceitar aquilo que lhe é repassado e torna-se obrigatório.

É desta vulnerabilidade que se infere a obrigação de redação em destaque das cláusulas limitativas de direito nos contratos de consumo, contida no art. XX do CDC. Esta vulnerabilidade também estende efeitos no direito civil, nos casos em que existe lesão da vontade de uma das partes, ou no estado de perigo.

A Vulnerabilidade Fática ou socioeconômica, por sua vez, é aquela em um dos parceiros contratuais, o fornecedor, está em situação de desproporcional vantagem sobre o outro, “o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”.¹²⁷ Esta vulnerabilidade resta clara por exemplo nos casos onde a prestação de serviço é realizada com exclusividade por um único ente. O caso da energia elétrica é emblemático, apenas uma concessionária é autorizada por território a fornecer energia elétrica: que é serviço básico essencial. Se de um lado o Estado opta pela descentralização destas empresas, por outro, não havendo concorrência o controle torna-se difícil, aumentando a vulnerabilidade do contratante.

Vulnerabilidade informacional, por último, é aquela em que há déficit de informação do consumidor sobre aquilo que consome. Em tese poderia ser englobada pela vulnerabilidade técnica, mas em uma sociedade de informação é um fator de desequilíbrio e risco ainda mais severo. É inclusive prevista em lei no art. 4º inc. I do CDC. É um dever de compensação do fornecedor aos consumidores, de dar todas as informações de maneira clara e acessível sobre o bem ou objeto de consumo. Por exemplo, acerca das qualidades nutricionais de determinado alimento, inclusive existindo projetos de lei sobre identificação clara e ostensiva da existência de agrotóxicos em alimentos. O projeto de lei 133/2014 da Assembleia Legislativa do Espírito Santo foi aprovado pelo legislativo com o seguinte texto

Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de indicação expressa sobre o uso de agrotóxicos nos produtos alimentares comercializados no Estado do Espírito Santo, em suas formas de apresentação natural, processada parcialmente ou industrializada.

§ 1º Definem-se como agrotóxicos e outros biocidas as substâncias, ou misturas de substâncias e, ou, processos físicos, químicos ou biológicos

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo:Saraiva, 2012, p. 158

destinados ao uso no setor de produção, armazenamento e beneficiamento de alimentos e à proteção de florestas nativas ou implantadas, bem como a outros ecossistemas e ambientes doméstico, urbano, hídrico e industrial, cuja finalidade seja alterar a constituição fauna e flora dos mesmos, a fim de preservá-los da ação danosa de seres vivos considerados nocivos.

§ 2.º A obrigatoriedade prevista no “caput” é válida para o varejo, atacado e indústria, ficando dispensados os restaurantes e estabelecimentos similares.

§ 3.º A indicação de que trata o “caput” deverá constar a inscrição “*PRODUZIDO COM AGROTÓXICO*”, anotada:

I - no rótulo da embalagem, para produtos processados parcialmente ou industrializados;

II - nas caixas de acondicionamento ou exposição, para produtos comercializados na sua forma natural, no atacado ou a granel.

O texto apesar de aprovado pelo legislativo foi vetado integralmente pelo Governador do Estado do Espírito Santo em 18/12/2014. O direito à informação é também um dos pilares da segurança alimentar e é um dos desafios para a garantia de que as escolhas do consumidor sejam conscientes e com o menor risco possível. Saber qual o conteúdo dos alimentos que consumimos é importante para que se verifique a possibilidade de escolha deste consumidor.¹²⁸

No caso concreto da identificação dos produtos alimentícios que contém agrotóxicos em sua produção ocorre uma verdadeira inversão do ônus da prova em desfavor dos vulneráveis. O produtor de orgânicos em sua maioria é agricultor familiar: perceba-se que não há notícias de latifúndios de produção de alimentos orgânicos. Este pequeno produtor deve comprovar e atestar que seu alimento é produzido livre de agrotóxicos, fertilizantes químicos, adição de hormônios e não é transgênico.

O custo desta produção dificulta ou até inviabiliza a produção de alimentos orgânicos. As linhas de crédito são mais raras e não há política educacional clara tanto para o consumidor quanto para o pequeno produtor dos riscos de se ingerir alimentos que contém agrotóxicos.

Por outro lado, se existe esta obrigação de certificação do produtor de orgânicos, ela não existe correspondente àqueles que produzem pelos meios usuais, utilizando-se de agrotóxicos, fertilizantes químicos e sementes transgênicas. O dever de informação deste, que representa o maior risco, é mitigado.

¹²⁸ Art. 31 do CDC traz expressamente que “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

A notificação da existência de transgênicos em alimentos só é obrigatória a partir de 1% da constituição do produto. O decreto federal 4.680/2003 regulamenta este direito à informação, mas ainda é insuficiente, pois o consumidor poderá estar consumindo transgênicos contra sua vontade, desde que estejam abaixo do nível de regulamentação obrigatória.

A identificação é feita com a letra T dentro de um triângulo amarelo, impressa na embalagem, é o símbolo indicativo da utilização de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) no produto, conforme a Portaria 2.658/2003, do Ministério da Justiça. O símbolo utilizado é um símbolo genérico, que não remete imediatamente aos riscos daquele produto. A informação completa deveria estar escrita em linguagem clara e acessível nos rótulos, garantindo um consentimento esclarecido na compra e respeito à informação e transparência dos consumidores.

Estes fatores comprovam a existência de uma vulnerabilidade do consumidor no aspecto técnico e na impossibilidade fática que possui para buscar bens de consumo dos quais tenha plena ciência dos riscos. Estes fatores de vulnerabilidade, podem somar-se caso o sujeito apresente questões específicas de si que exijam maior tutela estatal. Neste caso, podemos chamar estes sujeitos de hipervulneráveis.

Os hipervulneráveis¹²⁹ são os sujeitos de vulnerabilidade agravada, aqueles que juntam em si dois ou mais fatores de vulnerabilidade no mundo fático, e que por isto, recebe proteção ainda mais específica do Estado.

¹²⁹Emblemática decisão a este respeito foi relatada pelo Min. Herman Benjamin no REsp 586.316-MG, rel. Min. Herman Benjamin., Julgamento 17/04/2007. Em um caso no qual tratava-se da necessidade de informação completa e irrestrita acerca do conteúdo dos alimentos: se continham ou não glúten em sua composição, o Min. explica a necessidade de proteção mais atenta àqueles que possuem a chamada *hipervulnerabilidade*, informando que não se pode pasteurizar os interesses de pessoas que possuem demandas diferentes. Ou seja, ainda que à maior parte da população a existência de glúten nos alimentos não cause nenhum prejuízo, ao consumidor que apresenta doença celíaca pode haver dano grave. Por este motivo, é preciso que todos os alimentos informem claramente a existência ou não da substância. “1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca. 2. A superveniência da Lei 10.674/2003, que abrogou a Lei 8.543/92, não esvazia o objeto do mandamus, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, complementar a expressão “contém glúten” com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam. 3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de “ordem pública e interesse social”. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado. 4.

Aquele que possua, por exemplo, a condição de consumidor e a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou do Estatuto do Idoso, ou possua outra posição depauperada na sociedade faz jus ao título de hipervulnerável. A doutrina de Cláudia Lima Marques explica:

Concorda-se com a doutrina quando defende que a hiper (ou alta) vulnerabilidade tem garantia constitucional, e atinge, assim, especialmente, os vulneráveis mencionados na Constituição, os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. Parece-me, porém, que a vulnerabilidade agravada é, assim como a vulnerabilidade, um estado subjetivo multiforme e pluridimensional, e que, com base no princípio da igualdade (*aequitas*) e da equidade podem ser incluídos outros ‘fracos’, como as minorias mais frágeis e os doentes, por exemplo.¹³⁰

O hipervulnerável, este vulnerável qualificado, apresenta uma situação “fática e objetiva de agravamento de sua vulnerabilidade”¹³¹, principalmente àqueles sujeitos que já são postos na Constituição Federal como sujeitos constitucionalmente declarados, o Idoso, a Criança e Adolescente, o Consumidor, a Mulher. São eleitas as classes de pessoas com maior fragilidade, e que em consequência, necessitam maior proteção estatal.

Bem se vê que o rol dos sujeitos vulneráveis não é e nem poderia ser taxativo, isto porque, excluiria da tutela jurisdicional específica e protetiva de direitos uma gama de pessoas que em regra seriam beneficiárias das garantias dadas aos sujeitos de vulnerabilidade agravada. As vulnerabilidades, portanto, não são excludentes entre si, pelo contrário, são também dialógicas. Tantas quantas forem as causa de desigualdade material entre os sujeitos,

O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. (...) 18. *Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e ameaçados discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.* 19. *Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.* 20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. 21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos. 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (STJ - REsp: 586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2009)

¹³⁰ MARQUES, Cláudia Lima, **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito:** um tributo à Erik Jayme *in. Diálogo das Fontes:* do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 44-45

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Saraiva: 2012. p.188

tantas serão as proteções necessárias pela vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade que apresentem.

2.3 A vulnerabilidade como elemento de conexão no Direito

No direito internacional privado os elementos de conexão são importantes características para a escolha da lei aplicável no caso concreto. São as leis determinadoras do estatuto pessoal do sujeito. “O D.I.P. cuida primeiramente de classificar a situação ou relação jurídica dentre um rol de qualificações, i.e., de categorias jurídicas; em seguida localiza a sede jurídica desta situação ou relação, e, finalmente, determina a aplicação do direito vigente na respectiva sede.”¹³²

O que ocorre inicialmente é uma avaliação da questão jurídica, por filtros da capacidade das pessoas envolvidas, da situação dos bens, dos atos ou fatos jurídicos. Há um processo de qualificação para encontrar o elemento de conexão, este processo leva em conta três fatores: sujeito envolvido, o objeto relacionado e o ato jurídico. Os elementos de conexão podem ocorrer por diversas regras que regem o direito internacional privado, desde o domicílio do sujeito, sua nacionalidade ou foro de escolha, mas, a nós interessa uma qualificação da conexão: a vulnerabilidade.

Em especial nas causas de família e sucessões, na interpretação do direito internacional privado, deve aplicar-se a lei mais favorável e protetora do incapaz¹³³. Ou seja, a lei é escolhida em favor daquele que possui maior vulnerabilidade. A convenção de Haia, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3413/2000, trata dos Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, esta convenção convertida em decreto traz expressamente em seus motivos que: “Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita”, ou seja, a criança deve voltar à sua residência habitual para fins de direito internacional privado, e mais, o art. 14 estabelece que:

¹³²DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 261

¹³³ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.265

as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

Facilita-se a utilização do direito de origem e de permanência da criança. Aqui, o vulnerável – a criança – é quem determina a lei que será aplicável no seu caso. Esta estipulação tem caráter de proteção dos direitos desta criança.

No caso da interpretação jurídica no âmbito interno, traz-se a possibilidade de aventar também este princípio, relatando a escolha da lei aplicável àquele que é o vulnerável da situação jurídica, ou seja, a lei do mais fraco. A utilização da hermenêutica do diálogo das fontes muito bem se ajusta a esta intenção do direito. Nas palavras de Canotilho: "no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais."¹³⁴

As questões de direitos humanos tornam-se evidentes pontos de interpretação em favor do vulnerável. No direito interno passam a ser observadas como questões que relacionam-se diretamente com o sujeito que demanda direitos. Significa dizer que este sujeito, vulnerável, terá observadas pelo direito suas potencialidades e a necessidade que possui de receber direitos plenos e adequados.

Há que ter sempre presente que, distintamente das questões regidas pelo Direito Internacional Público tradicional, que pretendia regular todas as relações jurídicas a partir de uma ótica puramente interestatal, as questões atinentes aos Direitos Humanos situam-se em nível intra-estatal, nas relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. O fato de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem ido mais além do Direito Internacional Público em matéria de proteção, de modo a abranger o tratamento dispensado pelos Estados aos seres humanos sob suas jurisdições, não significa que uma interpretação conservadora desse desenvolvimento deva se aplicar.¹³⁵

Significa dizer que o tratado de direitos humanos do qual o Brasil seja signatário passa a valer em território nacional, e nos três níveis de poder estatal deve haver a aplicação destes direitos:

¹³⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.097.

¹³⁵CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.077-1.078

Os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam a todos, inclusive aos legisladores, podendo-se pois, presumir o propósito de cumprimento de tais obrigações de proteção por parte do Poder Legislativo (da mesma forma que dos poderes Executivo e Judiciário). Em matéria de direitos humanos isto implica o dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (seja regulamentando os tratados para assegurar-lhes eficácia no direito interno, seja alterando as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais). (...) Em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, impõe-se, com ainda maior força, a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições convencionais.¹³⁶

A credibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos não basta estar positivada na ordem escrita, o caráter de interesse do Estado em efetivar estes direitos e a urgência com a qual os beneficiários destes direitos necessitam que eles sejam postos em prática justificam que os três poderes do estado devam agir de modo a proteger direitos humanos da maneira mais direta que for possível.

Significa dizer que o legislativo deve regular estes direitos da forma mais adequada na legislação infraconstitucional, o executivo deve atuar diretamente na promoção destes direitos e o judiciário deve interpretar os fatos de acordo com os novos valores insertos pelos tratados internacionais na ordem interna.

Para compreender esta aplicabilidade dos direitos humanos no direito interno, observemos que Cançado Trindade traduz seus escritos sobre o tema em três eixos: i) os tratados de direitos humanos possuem uma inspiração em valores comuns superiores, para proteção do ser humano, e têm mecanismos próprios de supervisão e garantia coletiva; ii) o direito internacional e o interno devem convergir e interagir para garantir a realização da salvaguarda dos direitos do ser humano; e iii) no caso concreto deve proteger-se a vítima de violações de direitos humanos – seja no direito internacional ou no direito interno.¹³⁷

Esta tese de convergência muito se relaciona com o tema aqui abordado, os direitos internacionais são utilizados como parâmetro de decidibilidade no caso concreto quando apresentam visão mais humanística a respeito do sujeito. O que ocorre é que não apenas a legislação internacional deve ser aplicada, e sim a legislação mais benéfica ao sujeito naquele tempo e naquele caso.

¹³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.703

¹³⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 673-674

Neste sentido, também interpretou nosso constituinte, informando que no direito interno o Brasil deveria trabalhar os direitos humanos dos quais fosse signatário. Claramente o legislador constitucional explicita em seus motivos que os direitos humanos são um conjunto de proteção da Constituição e decorrentes do regime democrático, acrescentando ainda os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados (referindo-se aos pactos de direitos humanos das Nações Unidas e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos que na ocasião ainda não tinham sido ratificadas pelo Brasil) e o direito interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil nos planos nacional e internacional, a promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tantos os consagrados na própria Constituição ou os decorrentes do regime democrático que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários em que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário.¹³⁸

Justifica-se portanto o motivo destes direitos internacionais serem aplicados no direito interno: a necessidade de efetivação de direitos humanos consagrados pelo Estado. Entretanto, sobressai a questão do modo de efetivar estes direitos, da qualificação deles.

A vulnerabilidade aparece na pós-modernidade como um dos elementos de conexão no direito, como uma possibilidade de fazer a relação entre a situação jurídica de fato e o mundo do direito plausível. Pela identificação do sujeito vulnerável no caso concreto pode-se escolher a lei aplicável, dentro de um plexo de possibilidades plurais.

O pluralismo e a necessidade de proteção integral dos sujeitos justificam a utilização da vulnerabilidade para aplicar o direito. É certo que, conforme já abordamos, a vulnerabilidade não é a causa da aplicação de determinados direitos, é sim, a justificativa para aplicação de determinado direito. Esta tese, defendida por Marques e Miragem, facilita a compreensão e a aplicação destes direitos sem significar perda da letra de lei nacional. O que ocorre é uma facilitação no sistema do direito à efetivação dos direitos fundamentais, pelos meios que forem necessários à garantia e segurança dos direitos dos sujeitos.

O direito a ser diferente¹³⁹ evidencia na aplicação das normas a necessidade de observar o paradigma da diferença, a exigência de igualdade material entre os sujeitos (para que se tornem perfeitos) atua como vetor e como elemento de conexão na escolha da lei

¹³⁸ BRASIL. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, p. 111, maio 1987.

¹³⁹ JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de laHaye**, 1995, p. 251

aplicável. Quer dizer que para proteger a identidade cultural do sujeito e suas possibilidades plenas de desenvolvimento, deve-se escolher a lei que mais lhe seja favorável, por meio de leis que sejam protetivas de grupos vulneráveis: como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Maria da Penha, Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor.

Além da criação destas leis, a vulnerabilidade também opera como filtro de conexão, ou seja, ainda que não tenha sido promulgada a lei específica para proteção de um hipervulnerável, é possível a defesa deste direito no caso concreto por meio da aplicação sistemática do direito, tendo como norte a concepção do *bloco de constitucionalidade* que inclui os tratados de direitos humanos dos quais o Estado seja signatário¹⁴⁰:

Rompe-se com a concepção de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido¹⁴¹

A atividade do juiz, então, também é determinante para garantia da igualdade material entre os sujeitos: i) na interpretação conforme a vulnerabilidade do sujeito das leis protetivas de direitos fundamentais de grupos setorizados (aplicação das normas narrativas); ii) na ausência desta lei, na utilização do sistema jurídico em conformidade com os microssistemas de proteção do vulnerável para garantir direitos fundamentais aos *sujeitos*; iii) na proteção do hipervulnerável dentro do *bloco de constitucionalidade* e do *transconstitucionalismo*.

Neste sentido, e destacando a lógica sistêmica de que todos os três poderes devem atuar na efetivação de mais direitos fundamentais aos sujeitos, a hermenêutica do diálogo das fontes é plausível na pós-modernidade pois oferece saídas lógicas e concretas a esta efetivação de direitos.

¹⁴⁰ Importante ressaltar que no STF há julgados que fornecem esta força aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos: “aceitar a outorga da força supraregal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”. STF, RHC 79.785-RJ pelo Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41

3. Proteção dos direitos fundamentais do sujeito perfeito pelo Diálogo das fontes

A vulnerabilidade dos sujeitos é objeto de necessária proteção jurisdicional. Por este motivo, o diálogo das fontes apresenta-se como uma das soluções possíveis no caso concreto para dar igualdade aos sujeitos, e fornecer-lhes meios de proteção dos seus direitos e efetivação de suas máximas potencialidades. Assim, faz-se necessário estudar alguns métodos de interpretação jurídica para adentrar na temática do diálogo das fontes.

3.1 As fontes no direito

Ao se tratar da temática do diálogo das fontes é imprescindível estruturar as fontes do direito. A doutrina clássica delimita as fontes jurídicas em dois eixos iniciais: as fontes formais e materiais.

Fontes do direito são nas palavras de Maria Helena Diniz uma expressão metafórica, pois *fonte* é “nascente de onde brota uma corrente água”¹⁴².

As *fontes formais* podem ser estatais ou não estatais. As estatais são as fontes legislativas, como lei, decreto, regulamento e jurisprudenciais, como sentenças, súmulas, súmulas vinculantes, precedentes judiciais. Nesta classificação alguns autores acrescentam as fontes oriundas de tratados e convenções internacionais.

As *fontes formais não estatais* são entendidas como o direito consuetudinário e a doutrina, que pode ser vista como direito científico, além das convenções em geral e dos negócios jurídicos.

As *fontes materiais* caracterizam-se pelo seu conteúdo e não são de aplicação obrigatória. O seu caráter não vinculativo alcança a sentença ainda não transitada em julgado e o contrato antes do vencimento - momento em que ainda não recebeu emprestada a coatividade do sistema jurídico. Miguel Reale em sua obra de Introdução ao Estudo do Direito esclarece que a fonte material está no âmbito do estudo filosófico ou sociológico do direito.¹⁴³

As *fontes formais*, por sua vez, são fontes que resultam de pertinência à norma de reconhecimento, são elas a i) lei; ii) o costume desde que reiterado e reconhecido pelo ordenamento; iii) a jurisprudência e; iv) doutrina. A Constituição, tratados e costumes

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 301

¹⁴³ REALE, Miguel, **Lições Preliminares do Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140

obedecem ao critério da autoridade (lei superior que lhe confere legitimidade dentro do sistema, autoridade competente e escala de justificação hierárquica).

Para Maria Helena Diniz, em seu *Curso de Teoria Geral do Direito Civil* esta divisão pode ser relativizada, com base na doutrina de Carlos Cossio, compreendendo que as fontes formais possuem em si uma valoração – e esta seria uma fonte material, e as fontes materiais necessitariam de revestimento formal para serem válidas, portanto nas palavras da autora:

Estamos com a teoria egológica de Carlos Cossio, que demonstrou que o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em *fonte formal-material*, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte material. Além disso, a fonte material aponta a origem do direito, configurando a sua gênese, daí ser fonte de produção, aludindo a fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos etc.; que produzem o direito e condicionam seu desenvolvimento. A fonte formal lhe dá forma, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito, ao indicar os documentos que revelam o direito vigente, possibilitando sua aplicação a casos concretos, apresentando-se, portanto, como fonte de cognição.¹⁴⁴

Neste sentido as fontes do direito seriam fundidas de certa forma, pois no direito sempre há margem de valoração e também de formalidade.¹⁴⁵

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 21-22

¹⁴⁵ “É necessário dizer algo mais sobre as fontes do direito, que são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de *um poder de decidir* sobre o seu conteúdo o que equivale a dizer *um poder de optar* entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da *fonte legal* e da *consuetudinária*, quer *inter partes*, como se dá no caso da *fonte jurisdicional* ou na *fonte negocial*. Veremos que, quando a lei é omissa, a jurisdição, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 4º), firma decisões dotadas de certa generalidade, mas, mesmo quando consubstanciadas em *súmulas* dos Tribunais Superiores, estão sujeitas à revisão, à vista de novas razões aduzidas pelas partes, em virtude de diretrizes teóricas consagradas por novos modelos hermenêuticos.

O essencial, porém, é ter presente que, sem *poder decisório*, não se pode falar em *fonte do direito*, motivo pelo qual, como explico em *Lições Preliminares do Direito*, a doutrina, ao contrário do que sustentam alguns, não é fonte do direito, uma vez que as posições teóricas, por maior que seja a força cultural de seus expositores, não dispõem de per si do *poder de obrigar*. É a razão pela qual, como veremos, a doutrina não gera *modelos jurídicos*, propriamente ditos, que são sempre prescritivos, mas sim *modelos dogmáticos ou hermenêuticos*, o que em nada lhe diminui a relevância, pois ela desempenha frequentemente uma posição de vanguarda esclarecendo a significação dos modelos jurídicos através do tempo, ou exigindo novas formas de realização do Direito graças à edição de modelos jurídicos correspondente aos fatos e valores supervenientes.

Consoante já resulta do exposto, sendo o *poder* de um *elemento essencial e consubstancial* ao conceito de *fonte do direito*, esta se diversifica em tantas modalidades ou tipos quanto são as formas do *poder de decidir* na experiência social. A meu ver, quatro são as fontes do direito: a *legal*, resultante do *poder estatal* de legislar editando leis e seus corolários normativos; a *consuetudinária*, expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a *jurisdicional*, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus de extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*,

Para Ricardo Luis Lorenzetti os fundamentos de legitimação das fontes formais e materiais residem em dois eixos: o da *autoridade* e o da *razoabilidade*. O argumento da autoridade sustenta que as leis podem vestir-se de autoridade das leis superiores e da Constituição Federal.

Lorenzetti faz a ressalva de que a autoridade do argumento não se empresta aos autores da doutrina. Pode ser conferida à lógica que determinado autor apresente, mas não ao autor. Ou seja, a força do argumento surge *per si* e não do sujeito que o emana. O fundamento da razoabilidade é mais presente nas fontes materiais, trata da capacidade lógica de convencimento do argumento.¹⁴⁶

A legitimidade das fontes, pautada em uma lógica dedutível e coerente é também argumento de legitimação das decisões judiciais, vez que estas estarão pautadas em fontes predeterminadas do direito. A interpretação jurídica, portanto, está intimamente ligada às fontes que determinam o direito em determinado contexto social e temporal. É dizer, que as fontes são juntamente com os fatos o material que o jurista terá para emanar uma decisão.

Uma destas fontes é justamente a Constituição Federal opera no sistema jurídico, vez que será norte às decisões judiciais, pois representa o programa político de escolha de um determinado estado.

É certo que na Constituição existem regras, princípios e valores, e esta classificação dentro do texto constitucional confere a determinado artigo de lei maior ou menor exigibilidade, e portanto, aplicabilidade nas decisões judiciais. É dizer, caso haja conflito entre uma regra constitucional e um valor, deve prevalecer o valor, pois é a diretriz mais relevante e mais expressiva da intenção estatal.

Os valores são o ápice da vontade normativa, e, portanto, devem também ser o centro da interpretação jurídica, conforme bem explica o eminente ex- Ministro do Supremo Tribunal Federal, Prof. Carlos Ayres Britto, em sua obra *Humanismo como Categoria Constitucional*:

Essa oficial e cristalizada compreensão de ser a Constituição de 1988 um tipo de Direito que atua diretamente no centro do poder político – administrativo é tudo de que a Ciência Jurídica precisa para se assumir como pós-positivista; quer dizer, modelo de Ciência do Direito que tem nos

ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.” REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-12

¹⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, **Teoria da Decisão Judicial** . 2 ed. São Paulo, RT, 2010, p.78

princípios jurídicos uma força normativa ainda maior que a das regras, de par como o entendimento de que os valores nesses princípios transfundidos são os que mais conferem unidade material à Constituição e promovem a espontânea adaptabilidade dela às mutações do mundo circundante. Sem maior necessidade de um formal processo de emenda ou revisão, portanto.¹⁴⁷

Observa-se que dentro dos princípios e valores é conferida maior adaptabilidade aos sistemas sociais. É dizer, que a despeito da formalidade e especificidade das regras, os princípios e valores podem ser transpostos no tempo e espaço para se adequarem às novas realidades. Fornecem juventude ao sistema, pois se atualizam cotidianamente, sem necessidade de formais reformas legislativas.

Semelhante posicionamento apresenta o Prof. Juarez de Freitas em sua obra sobre a Interpretação sistemática do Direito, reconhecendo que as decisões respeitam a uma “vontade axiológica do sistema”:

Observa-se na vivência diuturna, sobremaneira no campo decisório, uma constante superação da vontade do legislador por aquela que se poderia denominar *vontade axiológica do sistema*, reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete, consubstanciando insofismável ultrapassagem do paradigma da subsunção formal, adotado, com sérias e fundas implicações, o modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização.¹⁴⁸

O referido autor coaduna com a hierarquização axiológica da aplicação do direito, garantindo especial atenção aos valores, que são a representação da vontade do sistema. Ainda, no conceito do autor se percebe a valorização dos componentes da interpretação: o ordenamento e o intérprete, que colaboram entre si em um sistema de retroalimentação, o intérprete alimenta o ordenamento com os fatos, e o ordenamento responde com as fontes e meios aplicáveis.

Partindo para a análise material das fontes presentes no ordenamento jurídico tem-se que a fonte estatal posta de maior relevância é a Constituição Federal, promulgada democraticamente e que representa os valores sociais esperados nestes tempos neste território.

O entendimento da Constituição Federal como fonte jurídica é apresentada em duas vertentes, i) a primeira, direta, por normas que orientam as relações jurídicas públicas e

¹⁴⁷ BRITTO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 114-115

¹⁴⁸ FREITAS, Juarez, **A interpretação sistemática do Direito**. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.26

particulares; ii) a segunda, indireta, modifica os eixos e “normas fundantes da comunidade, relativas ao seu modo de organização”.¹⁴⁹

Nas palavras de Carlos Ayres Britto “dispõe de uma vida em comum que mereça galardão de culturalmente avançada”¹⁵⁰. Ou seja, ela estabelece os valores que importam ao Estado, e destes valores se vale a interpretação jurídica, principalmente naqueles casos em que a legislação é oscilante ou injusta. E, igualmente justifica os argumentos consequencialistas da decisão.

O direito, neste caso, é visto no viés da interpretação como laboratório empírico dos fatos, nos quais serão processados os influxos externos e devolvidos à sociedade. Necessário que se tenham critérios objetivos para formular a decisão, logo, importam as fontes como instrumentos de concreção dos direitos humanos, ainda que se tratem de valores aparentemente abstratos.

A concreção dos objetivos do Estado é apenas alcançada quando é proferida a decisão que opera o caso concreto, ocasião em que as leis recebem filtros e são aplicadas na prática.

Operam igualmente como fonte do direito os tratados internacionais¹⁵¹, que nas palavras de Flávia Piovesan devem possuir status constitucional quando tratem de direitos humanos, observando-se sempre a norma mais favorável ao sujeito, ressaltando que “Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, não das prerrogativas dos Estados”¹⁵². Prima-se pela dignidade da pessoa humana no momento da aplicação da lei.

A própria Constituição Federal resgata aos tratados de direitos humanos o caráter de pertencentes ao bloco da constitucionalidade quando no § 2º do art. 5º informa que

¹⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. 2^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83

¹⁵⁰ BRITTO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 26 ao referir-se a um dos significados do humanismo, qualificando a dignidade inata da pessoa humana.

¹⁵¹ Para resguardo da pertinência temática serão observados apenas os tratados sobre direitos humanos.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121. Neste sentido julgamento do Supremo Tribunal Federal dando efetividade às fontes de direito internacional provenientes de tratados sobre direitos humanos no julgamento de Recurso Ordinário a *Habeas Corpus* nº 79.785-RJ, no voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence “aceitar a outorga da força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”. Percebe-se que o valor constitucional é elegido superior às regras infraconstitucionais, permitindo que tratados que sejam mais condizentes com os objetivos do Estado se sobreponham a leis ordinárias que no caso concreto não representem o valor justiça.

o simples caráter de direitos humanos já integra o tratado ao ordenamento brasileiro.¹⁵³ Vejamos o art. 5º § 2º da Constituição Federal

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para aprovação dos tratados por maioria simples das casas legislativas e ratificação pelo Executivo já os tornaria exigíveis no Brasil, entretanto foi preciso que em dezembro de 2004 fosse editada a Emenda Constitucional de nº 45 para que fosse dada efetividade plena aos tratados internacionais sobre direitos humanos dentro do ordenamento, nos termos do art. 5º § 3º da Constituição Federal:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tal regra deixa claro o status atual dos tratados de direitos humanos operantes como fontes do direito em mesmo grau das emendas constitucionais. Entretanto, aos tratados já aprovados anteriormente à emenda, ainda se resguarda o status de participantes do bloco de constitucionalidade,

Para Flávia Piovesan: i) a interpretação do direito deve ser sistemática, os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal se complementam devem ser analisados à luz do sistema constitucional; ii) deve operar racionalidade material para orientar a hermenêutica dos direitos humanos; iii) deve-se evitar interpretações anacrônicas da ordem jurídica; 4) os tratados obedecem a teoria geral da recepção no direito brasileiro.¹⁵⁴ Ainda, pode acrescentar-se o viés da eticidade a estas normas na Constituição.

Como fontes do direito, os tratados de direitos humanos são incorporados ao ordenamento, e portanto merecem a aplicabilidade imediata do art. 5º §1º da Constituição Federal, sendo diretamente exigíveis por qualquer cidadão.

¹⁵³ Para Francisco Rezek no *Curso Elementar sobre Direito Internacional Público* ressalta que para aprovação dos tratados nas casas legislativas é necessária apenas maioria simples da casa, referindo-se a este parágrafo informa “sobre esta última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à ideia de que a norma asseguratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional.” REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público:** curso elementar. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103

¹⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129

É importante ressaltar que os direitos presentes nos tratados sobre direitos humanos podem ser coincidentes com o ordenamento já vigente, hipótese que não há dúvidas sobre sua aplicabilidade; integrantes complementar ou ampliativamente aos direitos constitucionais já vigentes e ou contrários aos direitos internos. Nestas duas últimas hipóteses é dever do intérprete coincidir os objetivos constitucionais com a interpretação dos tratados.

Nestes casos, de complementariedade ou contrariedade é cabível a teoria do diálogo das fontes. Aquilo que o legislador não positivou no direito interno pode ainda fazer parte do bloco de constitucionalidade, podendo ser operacionalizado pelos meios de interpretação, sem necessidade de norma regulamentar específica, que embora seja desejável pode ser dispensada no caso concreto pela operacionalização das ferramentas já existentes de direito.

Ainda, em relação às fontes jurídicas, mister se faz observar os costumes. Para Ricardo Luis Lorenzetti os costumes possuem três elementos: i) elemento objetivo, de repetição homogênea, condutas coletivas constantes e uniformes, bem identificadas; ii) elemento subjetivo: legítima expectativa de que no futuro estes comportamentos serão reiterados; e, iii) sanção por descumprimento: o uso social apenas cria consequências aos integrantes de um mesmo grupo, há casos entretanto, em que a repercussão social negativa necessita de controle social do Estado.¹⁵⁵

Os costumes, bem como as demais fontes do direito, desde que coerentes com a ordem pública e social são exigíveis inclusive em juízo, pois legitimam uma expectativa de resposta social.

Percebe-se que diversos influxos normativos e extranormativos fazem parte das fontes do direito. Entretanto, para este estudo, axiologicamente, é preciso pautar-se em uma unidade entre quatro valores: liberdade, ordem, certeza e segurança dentro daquele plexo temporal da interpretação, e, em caso de conflito entre estes valores, primar pela *justiça e equidade*.¹⁵⁶

As fontes do direito devem ser fixadas e escolhidas para compor uma lógica de valores e de imperativos à situação jurídica, conforme bem explica Miguel Reale:

¹⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito. 2^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 94

¹⁵⁶ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27 e 28

O certo é que a teoria das fontes não pode ser fixada a partir de uma *visão retrospectiva baseada em valores de antemão definitivamente assentes* – o que leva a privilegiar modelos jurídicos cerrados –, devendo-se, ao contrário, procurar compor em unidade dialética e sincrônica os imperativos de ordem, da liberdade, da certeza e da segurança, como valores-meio na realização do valor-fim por excelência que é o da *Justiça*¹⁵⁷

A aplicação do direito passa portanto desde a sua forma escrita positivada à sua aplicação no caso concreto. O “Direito é norma e situação normada, no sentido que a regra de direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais.”¹⁵⁸

Não apenas o status constitucional ou supralegal de uma norma concede sua existência no campo das fontes, deve ter uma interpretação no caso concreto para que seja parte do mundo jurídico, se o direito é norma e situação normada as fontes devem corresponder a esta situação.

3.2 Métodos hermenêuticos do direito

Classicamente no direito se apresentam algumas técnicas interpretativas: gramatical ou literal, lógica, sistemático, histórica e sociológica ou teleológica. Estas técnicas vêm amplamente descritas na doutrina, apresentando-se como meios de aplicação da norma ao caso concreto trazendo respostas metodológicas do direito. Cada uma destas técnicas apresenta suas vantagens e seus pontos cegos.

A técnica gramatical ou literal é aquela que utiliza o sentido das palavras e sua ordenação no texto legal. Busca-se o real significado da norma, e por este motivo “dúvidas podem surgir, quando a norma conecta substantivos e adjetivos ou usa pronomes relativos”¹⁵⁹.

A mera leitura dentro de padrões gramaticais não resolve a questão interpretativa, deve-se levar em conta o contexto da interpretação, mas também o contexto

¹⁵⁷ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28

¹⁵⁸ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: Para um novo paradigma hermenêutico. 1^a ed. 4^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33

¹⁵⁹ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253

daquilo que se interpreta, os elementos do mundo fático que determinam aquela situação jurídica.¹⁶⁰

A análise gramatical, ou léxica, na denominação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. indica que o texto é o ponto de partida da análise hermenêutica, “a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equivocidades proporcionada pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica”¹⁶¹. O legislador nem sempre expressa com clareza aquilo que deseja que se aplique no caso concreto, e o jurista, na aplicação, nem sempre comprehende a *mens legis* com correção, mesmo porque, a mensagem depende também do contexto no qual é avaliada.

Na busca dos sentidos literais, entretanto, pode-se estabelecer algumas regras que podem facilitar a atuação do intérprete. Maria Helena Diniz elenca seis regras ao hermeneuta para aplicação da lei:

1^a as palavras podem ter uma significação comum e uma técnica, caso em que deve-se dar preferência ao sentido técnico; 2^a deve ser considerada a colocação da norma, p. ex. uma disposição, incluída no capítulo sobre curatela, está indicando que se destina a regular esta forma de incapacidade; 3^a havendo antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, este deve prevalecer; 4^a o significado da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei; 5^a o termo deve ser interpretado em relação aos demais; e 6^a havendo palavras com sentido diverso, cumpre ao intérprete fixar-lhes o adequado ou o verdadeiro.¹⁶²

Veja-se que as regras interpretativas apresentadas pautam-se no argumento da leitura literal da lei mas sempre dentro da lógica do caso concreto e das referências de onde é aplicada aquela lei.

A interpretação lógica por sua vez, trata de instrumento técnico “inicialmente a serviço da identificação de inconsistências”¹⁶³. A questão aqui pauta-se na formação dos “conceitos”, que vem da interpretação regular de um determinado fonema. Convenciona-se

¹⁶⁰ “se a norma em tela é cláusula de um contrato, aparecem regras como a que recomenda que se veja antes a intenção dos contratantes e não a letra da prescrição, que se observe a própria conduta dos contratantes, ou seja, o modo como estavam executando o pactuado, que, na dúvida, interprete-se em favor de quem *se* obriga e não de quem obriga o outro etc” FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253

¹⁶¹ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253

¹⁶² DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459

¹⁶³ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253

uma significação àquele termo, e esta será utilizada nas interpretações subsequentes sobre temáticas semelhantes.

Haveria em tese duas definições¹⁶⁴: reais e nominais. As reais seriam aquelas que captam a realidade dos conceitos em uma realidade designada. Ocorre que nem sempre é possível identificar a realidade, e por isto, aparecem as definições nominais, que tratam da delimitação do conceito pelo seu uso seja ele natural ou técnico na comunidade linguística. Para além destas duas classificações a definição do conceito é estipulativa, podendo fixar novo uso a um vocábulo, que pode ser aceito ou não juridicamente.¹⁶⁵

A estipulação entretanto está limitada dentro do texto da lei, “o significado do texto tem de apontar para um universo material verificável em comum ou para um uso comum e constante das expressões, pois, sem isso, a comunicação seria impossível”¹⁶⁶. Ou seja, existe um mínimo lógico que deve ser obedecido para utilização de uma expressão em sentido diferente daquele usualmente utilizado na interpretação jurídica.

Os conceitos alteram-se com o tempo, e portanto, a interpretação também será alterada. Os conceitos, tais como a cultura, são determinantes pois são o conteúdo da norma jurídica, quando se alteram, alteram consigo o significado e o significante daquele texto legal.

É possível, entretanto, que se alcancem incompatibilidades interpretativas em um mesmo texto, por exemplo se o legislador utilizou o termo ora em forma técnica, ora em forma popular. Neste ponto, Tércio Sampaio recorre ao argumento do bom senso, que seria a pedra angular da interpretação lógica. O jurista para tanto estabelece três procedimentos retóricos para evitar incompatibilidades:

A atitude formal, a atitude prática e a atitude diplomática. A primeira procura as condições de decidibilidade pelo estabelecimento de recomendações gerais *prévias* à ocorrência de conflitos, como o são o princípio da prevalência do especial sobre o geral, o princípio de que a lei não tem expressões supérfluas, o princípio de que, se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir etc. A atitude prática corresponde a recomendações que emergem de situações conflitivas, por sua consideração material, como o procedimento das classificações e reclassificações, definições e redefinições que ora separam os termos na forma de oposições simétricas (ou é um conteúdo de direito público ou é de

¹⁶⁴ “Definir é explicar o significado de um termo, estabelecendo seu valor semântico. É ainda, colocar em destaque os atributos próprios de um ente, para torná-lo inconfundível com qualquer outro” (STJ, Recurso em MS 3889-0 – RN. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

¹⁶⁵ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 254

¹⁶⁶ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 255

direito privado) ou de conjugação (caso em que se os conteúdos são aproximados na forma de gêneros e espécies ou de espécies de um gênero superior) etc. A atitude diplomática, por fim, exige certa inventividade do intérprete, como é a proposta de ficções: se a verificação de uma condição foi impedida, contra a boa-fé, por aquele a quem prejudica, deve-se tê-la por verificada; nos mesmos termos, foi provocada por aquele a quem aproveita, deve-se tê-la por não verificada.¹⁶⁷

Estas atitudes, i) a formal, na possibilidade de estabelecer critérios formais na aplicação da lógica, para compreender o tema a exemplo da venda de bois por arrobas e não por quilogramas, valorizando os usos e costumes do local; ii) A atitude prática percebe-se com clareza na utilização da jurisprudência como embasamento teórico de uma decisão judicial. A repetição de uma decisão considerada justa é um critério prático de previsibilidade interpretativa e de garantia de equidade das decisões; iii) por último a atitude diplomática trata da reinvenção de significados no caso concreto em busca de uma solução justa ao conflito. Quando se aplicam os costumes a um contrato, ainda que não tenha havido menção expressa a eles.

Estas regras visam buscar uma interpretação mais justa ou precisa ao caso concreto.

Ainda existe o método interpretativo sistemático, que enxerga o direito como um sistema. Esta claramente disposta no art. 5º da LINDB “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Busca-se o fim para o qual a norma foi criada, e o fim mais adequado para sua interpretação. O ordenamento como um todo é estudado para aproximar-se de uma solução interpretativa.

São vários sistemas normativos que se somam e complementam, e se relacionam de acordo com a questão a ser interpretada. Maria Helena Diniz informa que “na leitura da norma, nunca se deve ler o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro, nem deixar de ler o segundo depois de ter lido o primeiro; nunca se deve ler um só artigo, leia-se também o vizinho”¹⁶⁸. Assim, as normas são interpretadas em seu conjunto normativo.

Nesta metodologia há pressuposição de unidade do sistema jurídico, e de acordo com Tércio Sampaio há aqui o paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da

¹⁶⁷ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 257

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 460

interpretação, a norma passa a ter valor de reconhecimento na norma superior hierarquicamente, culminando na norma-origem do sistema, a Constituição¹⁶⁹.

O texto deve ser lido de acordo com o contexto que se apresenta, com sua coerência com o todo. Neste ponto, Tércio Sampaio traz dúvida pertinente acerca da possibilidade de revogação tácita de uma norma. Para compreender o tema vejamos o art. 2º da LINDB:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º-A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º-A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º-Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

A lei, e a norma tem validade até que seja modificada expressamente, ou quando apresentar incompatibilidade por inteiro com a nova lei. Neste segundo caso, a revogação é implícita. A grande questão é verificar se o ato que constitui a lei nova possui poderes derogatórios implícitos à lei antiga. A revogação tácita seria então a clara expressão da sistematicidade do direito. A existência de normas conflitantes em tese seria uma afronta a “racionalidade prática”¹⁷⁰, e portanto, incabível dentro do direito como sistema.

Consequência desta revogação tácita seria então a revogação das disposições subordinadas a ela, aquelas que para serem aplicadas dependem de um critério de subordinação à regra principal. Quer seja, a revogação atinge “todo o conjunto inconsistente”.¹⁷¹

O sistema, para garantir sua estabilidade e sua clareza, expulsa as normas que são incompatíveis com a norma nova.

Miguel Reale entende que as leis são interpretadas com seu valor linguístico, mas dentro de um sistema, “este trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-

¹⁶⁹ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 256

¹⁷⁰ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 259

¹⁷¹ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 259

sistemática”¹⁷² Percebe-se que o autor acumula os dois tipos interpretativos: lógico e sistemático em um só. Justifica isto na verificação de impossibilidade de separar a lógica do sistema, pois, conforme explica:

são antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras do direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexo que a *ratio juris* explica e determina¹⁷³

O autor portanto, relaciona os dois tipos gramaticais dentro de um plexo de interpretação que vê o direito como um sistema e o qualifica: é um sistema lógico.

Ainda, temos a interpretação histórica, na qual se destaca a Escola Histórica de Savigny. A lei é vista como uma realidade histórica, uma progressão no tempo, que é elaborada de acordo com determinadas questões sociais, mas que tem significado mutável ao longo dos tempos.¹⁷⁴

A lei não se queda presa às fontes originárias, passa a acompanhar as mudanças sociais. As fontes inspiradoras relacionam-se com a criação da lei mas também com seu ajuste à situações futuras.¹⁷⁵

O sentido e o alcance da norma também estão em suas mudanças ao longo do tempo, as circunstâncias fáticas, exposições de motivos, causas e necessidades que deram origem àquela lei podem ser fatores importantes para a sua interpretação¹⁷⁶. As leis em regra são criações com base em dispositivos precedentes, ainda que sejam uma continuidade de justificativa em negação da lei anterior, por este motivo, para captar o sentido da lei, é preciso entender como ela se formou e de onde veio. Neste sentido é importante também estudar o que forma uma teoria hermenêutica, as teorias precedentes, para compreender a novidade e os benefícios que a nova teoria possam trazer.

¹⁷² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 279

¹⁷³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280

¹⁷⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282

¹⁷⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 460

3.3 As antinomias jurídicas de Norberto Bobbio

Tradicionalmente, à interpretação jurídica aplica-se a *Teoria do Ordenamento* de Norberto Bobbio. A teoria pressupõe uma visão do ordenamento utilizando o termo “sistema” como “conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”,¹⁷⁷ dentro de um espaço e tempo determinados. Se ocorrerem antinomias, exclui-se a aplicação de uma das normas para atender ao problema da pluridade normativa, “a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas”.¹⁷⁸

Propõe o autor que normas colidentes não possam coexistir no ordenamento, devendo restar apenas uma delas, para que não haja confusão interpretativa. Para garantir a segurança jurídica na interpretação das normas, Norberto Bobbio estabelece três critérios clássicos de resolução de conflitos normativos: o critério hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

O primeiro, *hierárquico*, consiste na prevalência de aplicação da norma hierarquicamente superior, baseado na adequação verticalizada das normas do ordenamento, em que cada norma tem que buscar seu argumento de validade na norma imediatamente superior e, assim, sucessivamente, até alcançar a norma posta fundamental.¹⁷⁹

O segundo critério, *cronológico*, admite que a mais recente seja aplicada antes da lei mais antiga, desde que ambas estejam na mesma posição hierárquica dentro do ordenamento, a vontade do legislador foi alterada, e, por isto, deveria ser dada a mais recente interpretação aos fatos. Este critério está positivado na legislação brasileira, conforme se lê no art. 2º § 1º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 72

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 91

¹⁷⁹ Norberto Bobbio utiliza-se do conceito da norma fundamental, justificando sucessivamente normas inferiores nas superiores, em concatenação hierárquica das normas até a norma fundamental que seria a “*verdadeira fonte última* de todo poder”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 63. “A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade, e, como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico.” BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. tradução Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006, p. 92.

Finalmente, o autor explicita o critério da *especialidade*, no qual a lei especial se aplica antes da geral, justifica-se este critério pela existência de desigualdades substanciais entre as pessoas, que podem ser mitigadas pela criação de normas setoriais e protetivas de determinados setores depauperados da sociedade.¹⁸⁰

Estes três critérios clássicos oferecem pistas de solução à questão das antinomias, separando e validando as normas que podem ser utilizadas e dando fim àquelas que são anacrônicas ao ordenamento.

Pode, entretanto, haver conflito entre a aplicação destes critérios. Restariam dúvidas, por exemplo, na interpretação de uma norma mais recente, porém genérica frente a uma norma específica mais antiga. A estes conflitos entre critérios, Norberto Bobbio responde:

i) estando em conflito os critérios hierárquico e cronológico, há prevalência do hierárquico, valoriza-se a diferença de planos entre as normas, merecendo respaldo aquela emanada de instância mais alta no plano jurídico;

ii) entre o critério cronológico e o da especialidade, sugere que prevaleça a lei especial, ainda que seja anterior à lei geral, mas remete à necessidade de avaliação da casuística;

iii) em casos de conflitos entre o critério hierárquico e o da especialidade, reside a maior dificuldade interpretativa, embora o valorize a justificação hierárquica das normas, explicita que no caso concreto, a necessidade de manutenção de conteúdo dos princípios constitucionais pode levar a prevalência da norma especial sobre a norma hierarquicamente superior.¹⁸¹

O ordenamento para Bobbio é completo, embora possua lacunas. O autor aceita que existam zonas de ausência normativa, mas oferece meios para suprir estas lacunas, dentro de dois eixos “1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em norma pertencente ao sistema”.¹⁸²

Isto informa o direito atual à medida que estes critérios de solução de antinomias são aplicáveis até os dias atuais. No Brasil, vemos que ainda que não exista legislação específica a cada caso, a inafastabilidade do poder jurisdicional demanda uma

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92-97

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 107-110

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 118

decisão no caso concreto, que deve ser buscada dentro do ordenamento, seja na legislação ou em outras fontes do direito.

Este *non liquet* está presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, no art. 5º inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, em regra é interpretado de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.¹⁸³

Estas modalidades clássicas de interpretação jurídica são amplamente utilizadas nos tribunais contemporâneos e apresentam pistas de soluções bastante razoáveis ao caso concreto. Entretanto, com o aumento da complexidade fática dos casos analisados em juízo, a interpretação e solução de conflitos também devem apresentar respostas mais complexas e novas técnicas interpretativas adequadas às demandas sociais.

As teorias estruturalistas que coadunam com o positivismo jurídico e com a teoria do ordenamento de Norberto Bobbio são válidas para uma vasta gama de casos. Entretanto, há críticas a esta teoria, justamente por tratar-se de um modelo que gira em torno de uma *norma fundamental*, de uma unidade sistêmica. O Estado passa a fundar-se em uma ideia repressiva. Sobre este tema, existe uma importante crítica de Juarez de Freitas:

Esse mesmo estruturalismo levou o [direito] a redução do Estado a um ordenamento jurídico, permitindo manifestar-se com nitidez, o equívoco de sua ideia de que a estrutura característica do Direito residiria no modo pelo qual as normas se uniriam umas às outras, graças à norma fundamental, e – o que parece mais grave – conduziu-o a admitir como traço nuclear da ordem jurídica a centralização das atividades de produção e aplicação do Direito, que pressuporia a unicidade do sistema, somente possível por intermédio de uma noção exclusiva ou predominantemente repressiva do Estado, congruente com a majoritária noção do telos estatal reinante nos fins do século passado.¹⁸⁴

É certo que se deve reconhecer nas normas uma capacidade paradigmática de solucionar os casos. A norma possui limitações, pois não poderá ser aplicada em casos nos quais seja tão discrepante do mundo real que sua utilização torne-se afronta ao sistema legal. A interpretação tem limites nos valores e nas situações possivelmente normadas. Quando a

¹⁸³ Norberto Bobbio trata estas fontes do direito dentro da heterointegração e auto-integração normativas. O primeiro pressupõe a utilização do direito comparado, direito internacional, direitos naturais, costumes e de fontes diversas à fonte dominante, que é a lei. Utiliza-se a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade como fontes. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 147.

¹⁸⁴, FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

norma deixa de corresponder às expectativas sociais, às necessidades da vida, ela não deverá permanecer no sistema, deverá dar espaço a uma nova norma, adequada ao sistema jurídico daquele tempo e espaço. Neste sentido, Miguel Reale expressa que:

Mas a norma não é também um a coisa assim, que se puxe para lá e para cá. Pontes de Miranda dizia, sabiamente, que a norma jurídica tem certa elasticidade. A norma é elástica. Mas chega um certo momento em que a elasticidade se parte e a norma se rompe. Logo as variações na interpretação da norma devem ser compatíveis com sua elasticidade. Pois bem, quando um a norma deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser revogada, para nova solução normativa adequada, o que nos revela a riqueza das soluções que a vida jurídica apresenta.¹⁸⁵

Reconhece-se grande avanço na metodologia do direito pelo positivismo jurídico, a separação do direito das demais ciências sociais com método próprio e adequado fornece elementos para melhor estudar e interpretar o direito de forma sistemática.

Sobre este sistema positivista, Kelsen posiciona-se a favor da ordem, jurídica, mas entende, com lógica, que a justiça não é conceito uníssono, e que por isto o direito não pode firmar-se em um conceito que juridicamente não oferece respostas plausíveis todo o tempo. Afirma o autor que “O julgamento pelo qual se declara que algo é um meio apropriado para um determinado pressuposto não é um verdadeiro julgamento de valor; trata-se – tal como assinalado – de um julgamento que diz respeito à conexão entre causa e efeito, e como tal, um julgamento sobre a realidade.”¹⁸⁶

Para Kelsen um determinado valor pode ser aceito e aceitável por um grande número de pessoas, mas isto não significa dizer que este valor passa a ser aceito na interpretação a qualquer caso. O autor ressalta que existem diversas justiças, e que portanto não pode haver um conceito único deste valor. Daí conclui que o direito não está adstrito a valores.

Isto posto, a interpretação própria do direito, por métodos essencialmente jurídicos é grande avanço, mas ainda não contempla duas situações importantes: i) a garantia da proteção dos direitos humanos; ii) o direito necessariamente atendendo a uma função social;

¹⁸⁵ REALE, Miguel. Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito. In. **Revista da Faculdade de Direito da USP.** v. 88, São Paulo: USP, 1993, p. 301–312, p. 311

¹⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução Luis Carlos Borges, 4 ed; São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11

3.4 O direito como função e como sistema

Norberto Bobbio propõe ainda outra teoria, funcionalista, consagrada na obra *Da Estrutura à Função*. O autor indaga os fins para os quais serve o direito. E informa que o direito é “forma de controle e direção social”.¹⁸⁷

Mantem-se à lei os aspectos de repressão de ilícitos e proteção em relação aos ilícitos, com medidas retributivas, penas e medidas reparadoras.¹⁸⁸

A lei continua sendo um instrumento de conformação social. Mas, além, acrescenta a função promocional do direito para encorajar de condutas específicas. Adota, assim, referência de direito prospectivo, mais do que apenas retrospectivo. Adiciona-se a função promocional do direito e a aplicação da norma toma contornos de valoração, permitindo que se insiram novas nuances a interpretação jurídica. À norma posta se soma a função social. Bobbio, assim como Radbruch altera suas linhas de pensamento pós II Reich. A defesa do positivismo clássico após as injustiças do sistema nazista alteraram a maneira como se vê o direito atualmente.

Bobbio pautou sua teoria do ordenamento no positivismo kelseniano¹⁸⁹, Bobbio considera que sua obra sobre Teoria do Ordenamento Jurídico é a “contribuição original do positivismo jurídico à teoria geral do direito”¹⁹⁰, esta teoria, resume, baseia-se em três caracteres fundamentais: a unidade, a coerência e a completude; “são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem”¹⁹¹.

Sobre a unidade, os textos de Bobbio e Kelsen dialogam, trazendo que o ordenamento pode ser estático ou dinâmico. O ordenamento estático é aquele da moral e do jusnaturalismo. O dinâmico, por sua vez, é o ordenamento positivamente concebido. Este

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 79

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 25

¹⁸⁹ Referindo-se à Teoria Pura do Direito, Mário Losano evidencia que “é o meridiano de Greenwich da ciência jurídica do século passado: todas as teorias jurídicas mensuradas em função da distância ou proximidade de tais teorias em respeito à teoria pura do direito, por ele enunciada nas primeiras décadas do século e depois incessantemente refinada até os últimos anos de sua vida.” LOSANO, G. Mário. Hans Kelsen, uma biografia cultural mínima. In **Derechos y libertades**. Revista del Instituto Bartolomé de las casas, Madrid, XIV, 2005, p. 113-127. No mesmo sentido REALE, Miguel, Linhas do Tridimensionalismo. “costumo dizer que ele representa o meridiano de Greenwich da Jurisprudência. Ocupa-se um a posição no espaço jurídico conforme se está mais perto ou mais longe de Kelsen.”

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. tradução Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006, p. 197

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. tradução Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006, p. 198

ordenamento é organizado hierarquicamente, e remete-se sempre a uma norma superior, alcançando em seu ápice a *norma posta fundamental*, que configura-se como a base do ordenamento jurídico. Trata-se da “fonte suprema do direito, isto é, que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas”¹⁹². Esta norma, não está positivada, mas está suposta no ordenamento. É uma “hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do direito”¹⁹³.

Um dos grandes desafios da hermenêutica jurídica é desenvolver um conceito de sistema jurídico que material e formalmente consiga sustentar as normas jurídicas em conjunto e alcance respostas coerentes ao sistema social.

Em sua obra *Interpretação Sistemática do Direito*, Juarez de Freitas sugere uma boa pista de teoria sistemática do direito. Esta deve sempre estar no caminho do meio entre o formalismo e a abstração, e principalmente deve estar apta ao requisito da verificabilidade, como qualquer ciência, “testável por seus variados e – frequentes vezes – insatisfatórios efeitos no mundo da vida”.¹⁹⁴ O direito posto pode muitas vezes ser injusto no caso concreto, e aplicado

Dentro disto, importante verificar algumas das teorias de ordenamento e de sistemas, para facilitar compreensão da teoria do diálogo das fontes.

Importante ainda verificar o entendimento de Canaris que insere a sistemática do Direito além da mera subsunção do fato à norma. O valor passa a ter grande importância na interpretação, passando a otimizar os “tipos valorativos ou axiológicos” acima do critério positivista “tipo lógico” puro. Analisa o autor que a todas as determinações legais carecem de concretização valorativa, aproximando a axiomatização do direito em prol da análise do caso concreto.¹⁹⁵

O pensamento sistemático e sistematizado do direito permite que se alcancem resultados jurisdicionais mais precisos, realizadores dos interesses do Estado e dos particulares, bem como dotados de cientificismo. A ciência do direito é dotada de raciocínios lógicos, tanto indutivos quanto dedutivos, deste modo, para Canaris a função da interpretação

¹⁹² BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. tradução Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006, p. 201

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. tradução Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006, p. 201

¹⁹⁴ FREITAS, Juarez, **A interpretação sistemática do Direito**. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26

¹⁹⁵ CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 44

jurídica se constitui no preenchimento das cláusulas gerais por valores. Sobre a interpretação jurídica, informa o autor:

a descoberta e a afinação das premissas constitui a tarefa jurídica decisiva, ao passo que, pelo contrário, a formulação de conclusões lógico-formais é de significado muito menor; nelas nunca poderia ser incluído terceiro grau de argumentação jurídica, isto é, a obtenção do Direito com o auxílio de princípios jurídicos gerais, da natureza das coisas, etc. onde o que se disse, vale, naturalmente em medida ainda maior.¹⁹⁶

A inserção do valor na lógica jurídica traz para o Direito a legitimidade dos resultados da decisão, que obedece uma aproximação com os valores constitucionais declarados. É preciso sopesar a pluralidade de interesses envolvidos em cada caso, não considerando a lei como única fonte de decisão, mas também o contexto envolvido na situação jurídica tanto espacial, quanto temporal e, ainda, o contexto social.

Uma possibilidade de resposta jurídica aos fatos sociais atuais passa pela valorização dos Direitos Humanos e Fundamentais, os direitos à democracia, e do Estado Social. As decisões jurisdicionais necessitam abranger estes valores. Uma pista adequada é a caracterização de sistema jurídico nos moldes apresentados por Juarez de Freitas, em um conceito que abrange tanto o caráter principiológico do Direito, quanto as regras:

uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim, como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.¹⁹⁷

O conceito oferece subsídio de justificação aos valores preconizados pelo ordenamento brasileiro, condizente com uma sociedade de alta complexidade. Igualmente, recebemos influxos nacionais e internacionais. As sociedades contemporâneas qualificam-se com alto grau de comunicação, recebendo forte influência das ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais e consequente pressão sobre o sistema jurídico interno dos Estados.

¹⁹⁶ CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 38

¹⁹⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54

3.5 As normas narrativas

Erik Jayme, juntamente com a teoria do diálogo das fontes, vem trazer a especificidade de uma nova forma de legislar conveniente à pós-modernidade, estas novas normas narrativas são normas que trazem em si conteúdo microcodificado, que realmente dialoga entre si, faz referência expressa ou não a outros códigos e permite também a aplicação de seus preceitos em correlação com os demais.

O Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, é norma narrativa que comunica todo o sistema, diz-se tratar de norma de ordem pública, e por isto, é aplicável às relações que envolvem direitos difusos ou coletivos em geral, independente de tratarem-se especificamente de relações de consumo.

Normas narrativas têm o sentido de indicar outros textos para aplicar. Então descobri normas que nenhum outro fim têm, senão descrever valores (por ex. Art. 3,2 Convenção de Bruxelas de 1968). Normas narrativas neste sentido são normas que trazem valores (Wertträgernormen), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (Fortentwicklung des Rechts) com orientações e ajudas. Dai retiro o vínculo com a ‘soft law’, os códigos de conduta, deontológicos, ou as normas criadas por cientistas como normas de ‘crétions avante’ (UNIDROIT), que não obrigam, apenas ‘iluminam’. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto da arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são escritos e narrados. Por isto podemos entender o grande significado das Diretivas Europeias. Elas contém inicialmente uma descrição de sua finalidade e são elas mesmos um modelo de regra para as legislações nacionais. O ‘diálogo das fontes’ significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente as vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos.

O Direito Civil é hoje determinado por cláusulas gerais, como Boa-fé, Equidade, Bons Costumes, Ordem Pública. Minhas reflexões partem da pergunta, como são estas cláusulas gerais concretizadas, com por exemplo standards vindos do direito (Veja meu trabalho *Métodos da Concretização da ordem pública* de 1989) ou através dos Direitos Humanos (Veja meu

trabalho, *A Ordem pública nacional e a Integração europeia*, Viena, 2000).¹⁹⁸

Vemos que a norma narrativa é consequência da hiperinformação, da comunicação da pós-modernidade. As normas se fortalecem na aplicação à medida que podem dialogar entre si, para trazer uma norma ainda mais completa ao caso concreto. Os códigos setorizados são a lei entre as partes, leis criadas para tutelar direitos de determinados grupos sociais especificamente. São normas iluminadoras para tutelar em coordenação com outras normas de os direitos integrais dos grupos vulneráveis.

A característica da narração, então, apresenta-se como a descrição normativa completa de i) quem é o sujeito; ii) quais direitos lhe fazem jus; iii) qual a proteção adequada a estes direitos; iv) quais sanções são aplicáveis a este sujeito; v) normas processuais de defesa deste sujeito e eventualmente v) sanções aplicáveis àquele que agrida direitos deste sujeito.

As normativas tornam-se cada vez mais completas e complexas, mas, mais ainda que estas normas podem formar um sistema de proteção ao vulnerável. O Código de Defesa do Consumidor é, por exemplo, norma de ordem pública que se aplica em casos de defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos subsidiariamente.

Estes direitos novos, postos em prática, são na expressão citada por Cláudia Lima Marques a oxigenação de reconstrução do direito civil como um todo, pois trazem novos paradigmas de legitimidade legal e de aplicação do direito, na pós-modernidade cada sujeito desejará para si a lei mais favorável, e esta lei, com razão lhe será devida, dada a vulnerabilidade que apresente. Conforme se lê:

em tempos pós-modernos este sujeito identificado pelo Direito reivindicará sua própria lei, lei especial subjetiva, lei geral para todas as relações que atua como consumidor. Esta lei protetiva é uma microlei, lei privilegiadora, microssistema que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertence o sujeito, no caso, o Direito Civil. Trata-se, porém, de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade.

Podemos, pois, comprovar a hipótese de que a identificação constitucional deste sujeito importou na declaração de seus direitos, que por sua vez levou à microcodificação tutelar. Cabe agora examinar se o aparecimento deste

¹⁹⁸ JAYME, Erik. Entrevista à Revista Trimestral de Direito Civil. Dirigida por Gustavo Tepedino. In **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS**. Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme. 2^a Ed. Vol. I., 2003. p.63-67. p.65-66.

sujeito, com sua lei especial tutelar, realmente teve o condão de abalar a teoria contratual existente e de rejuvenescer os ramos do direito em que há a presença deste sujeito de ‘direito novo. Isto é, tentaremos estudar o consumidor como sujeito de reconstrução ou como nas palavras belíssimas do desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol, um sujeito de “oxigenação”, de reconstrução do Direito Civil como um todo¹⁹⁹

A lei especial, aplicada com o critério da vulnerabilidade, será uma pista para a efetivação da igualdade material entre os sujeitos. Mas, esta lei tem características que são transmudadas de outras categorias jurídicas. Conforme já citado por Erik Jayme estas leis possuem caráter de cláusulas gerais, e descrição de valores. São normas que além de obrigarem trazem em si um caráter de iluminação.

As leis passam a ser, nos dizeres de Lorenzetti *uma lei para cada um*, o multiculturalismo afasta a lei geral e surgem interesses individuais em conflito horizontal que fazem “explodir todo o texto unificador.”²⁰⁰ São criadas então normas promocionais, que expandem os direitos de determinados grupos. Progressivamente outros grupos sociais também vulneráveis buscarão normas que os protejam, e o sistema do direito vai adaptando-se a estes novos valores.

Os valores trazidos pelas normas narrativas devem ser escritos e narrados em lei, e o diálogo das fontes, funciona e opera com ferramentas de alinhamento de direitos de diversas fontes, direito constitucional, humanos, fundamentais, direitos supranacionais. A cumulação das fontes é uma possibilidade de defesa dos direitos dos sujeitos, por possibilitar a escolha da melhor lei ao caso concreto.

As normas de ordem pública são aplicadas diretamente no sistema, conforme consubstanciado na possibilidade de nulidade virtual trazida pelo art. 2.035 parágrafo único do CC: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

O código é claro, na obrigação que qualquer lei ou contrato esteja em coordenação com as normas de ordem pública, e cita exemplos: a função social da propriedade e dos contratos. Certo é que existem outras normas de ordem pública, aquelas que protegem microssistemas vulneráveis, e portanto, cabe aplicá-las imediatamente.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 70

²⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito. 2^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53

A doutrina divide as normas de ordem pública em dois critérios: de direção que é o indicador econômico do país e de proteção, que trazem novas finalidades antes não abordadas pelo direito.²⁰¹ Estas últimas, conforme explanado até aqui, são o objeto de estudo aqui apresentado.

Esta tese de aplicação imediata dos direitos de ordem pública encontra resistência na doutrina e na jurisprudência pois em tese poderia ferir negócio jurídico perfeito. Outros meios de efetivação destes direitos entretanto, são aplicados no direito, para garantir alguma aplicabilidade de normas de ordem pública a contratos firmados antes de sua promulgação. A exemplo, nos contratos de trato sucessivo admite-se a aplicação da lei nova pela caracterização do art. 6º da LINDB, pois a lei do contrato passa a viger no momento de sua consumação.

Este sistema de normas narrativas tende à proteção dos direitos do sujeito integralmente, da forma mais ampla possível, dentro de suas possibilidades pessoais e de sua vulnerabilidade. A humanidade é intrínseca a todos os seres, e por isto deve ser respeitada e resguardada pelo direito.

toda essa histórica e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade inata é o próprio Direito a reconhecer o seguinte: a humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós²⁰²

Neste sentido que se pode trazer as normas narrativas não como uma mera criação jurídica, são a expressão de que no direito deve-se ordenar a aplicação para garantia de valores, e, do valor essencial: a vida humana digna. Cada sujeito passa a solicitar que seus direitos sejam ouvidos, novos grupos antes sem voz passam a organizar-se e pedir leis próprias, especiais, promocionais e de ordem pública para si²⁰³.

Os microssistemas do direito justificam-se por normas de grande autonomia, que apresentam fontes próprias, e uma especialidade tão ampla que podem ser considerados

²⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima .Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 677

²⁰² BRITTO, Carlos Ayres, **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 25

²⁰³ “O que acontece? A sociedade se organiza em grupos, em agentes econômicos, que antes não eram importantes, mas com o passar do tempo eles são tão fortes, lutam e merecem a sua própria legislação, legislação própria” MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 82

como subsistemas regulados. Dentro das fontes, os microssistemas apresentam-se como novas fontes de direito, com novas regulações específicas que garantem determinados direitos.

3.6 Aplicação do Diálogo das Fontes como instrumento de proteção da identidade cultural do sujeito

A teoria do diálogo das fontes, conforme já citado, tem origem no Direito Internacional Privado. Entretanto esta teoria pode ser entendida e aplicada a outros vieses do direito, pós-modernos, que sofrem influências semelhantes por influxos

a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva, uma era do vazio e do caos, de desregulamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da ‘euforia do individualismo e do mercado’, era da globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões para uma nova era, em resumo, em uma época de crise pós-moderna, também o direito, como ciência próxima da realidade social e voltada para a sociedade estaria em crise e deve evoluir. Uma crise de mudança, uma crise de crescimento.²⁰⁴

A efetivação da promoção dos sujeitos perfeitos passa por diversos filtros dentro da sociedade pós-moderna. A proteção de cada identidade de sujeito é categoria importante para o Direito.

A técnica do diálogo das fontes tem grande utilização em decisões que defendem direitos humanos²⁰⁵ e existenciais quanto à vulnerabilidade do sujeito no Brasil. Embora em alguns casos a nomenclatura não seja utilizada, é possível identificar

²⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. Laudatio para Erik Jayme – memórias e utopia. In **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS**. Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme. 2^a Ed. Vol. I., 2003. p.53-61, p. 57

²⁰⁵ O movimento de internacionalização dos direitos humanos é extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117

características próprias do diálogo das fontes na inserção de diversos conceitos no direito brasileiro.

O diálogo das fontes aparece no ordenamento como proposta condizente com a existência de uma nova lógica transnacional para dar legitimidade ao direito. Buscam-se novas opções interpretativas. Originalmente, Erik Jayme em uma conferência na Academia da Haia define o diálogo das fontes no direito internacional privado no seguinte sentido:

Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles <parlent> l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent²⁰⁶

O conceito em direito internacional privado pode ser transposto para a realidade pós-moderna de direito em geral. Perceba-se que o autor refere a fontes que podem conversar e que, elas mesmas, dizem ao juiz aquilo que necessita ser coordenado. No direito interno brasileiro este conceito é plenamente cabível. Em um sistema jurídico democrático, ambas as partes podem e devem expor seus interesses: suas fontes, para obter a tutela jurisdicional adequada.

É clara a mensagem trazida pelo autor dentro do contexto da pós-modernidade, em que a colaboração das partes e do juiz no processo garante uma redução da complexidade do caso concreto até que se alcance uma solução viável à demanda. Esta teoria é importada para o Brasil pela Profa. Dra. Cláudia Lima Marques, amoldando-se perfeitamente ao direito consumidor brasileiro. Traz à luz fontes heterogêneas que não se excluem, mas se completam e verdadeiramente dialogam entre si.

O diálogo das fontes permite aplicação “simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas”²⁰⁷, ao caso concreto cabem diversas fontes do direito em convergência, sem que se mitiguem as potências de nenhuma das delas. Na análise do caso

²⁰⁶ Quando se evoca a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução de conflitos de lei emerge como resultado de um diálogo entre fontes as mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas ‘falam’ umas às outras. Os juízes são obrigados a coordenar as fontes ouvindo o que elas dizem. Tradução Livre JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995, p. 259

²⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima, O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme in. **Diálogo das Fontes:** do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.p. 20

concreto opta-se pelas fontes em um sentido específico, para alcançar a justiça da situação. A operação de escolha normativa não implica em exclusão da fonte que não foi selecionada, pelo contrário, a fonte permanece no ordenamento podendo ser utilizada em outro caso para o qual seja conveniente.

A lógica que se opera não pode ser excludente, a ideia de pluralismo normativo se assenta no Princípio da Igualdade substancial. Uma sociedade plural necessita um direito que atenda suas necessidades. O legislador clarifica e assenta a ideia de igualdade material como valor fundante e norteador das interpretações. Perceba-se que por opção do intérprete a *dignidade humana* se apresenta como resposta jurisdicional em inúmeras sentenças, embora seja de difícil demarcação de conteúdo material do termo. A *igualdade* por sua vez parece mais palatável, de mais simples operacionalização e mais clara visualização da injustiça.²⁰⁸

A igualdade é uma das grandes meta-narrativas da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes novos direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material. No caso do Código de Defesa do Consumidor, asseguram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia de vontade dos consumidores nos contratos. Difícil dizer se esta seria uma qualidade pós-moderna, pois a autonomia da vontade domina tanto o direito moderno quanto pós-moderno.²⁰⁹

O pluralismo pós-moderno das fontes, mediante a técnica metodológica do diálogo das fontes busca uma solução justa ao caso concreto. Para Cláudia Lima Marques o diálogo das fontes se apresenta como uma “visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito”.²¹⁰ Além das modalidades interpretativas já abordadas incluídas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro,

²⁰⁸ Resta nítido o entendimento de sujeito pós-moderno ou sujeito perfeito oferecido pela Prof. Cláudia Lima Marques de que são os sujeitos diferentes que buscam tratamento legal que respeite esta diferença (MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, 2000. p. 67). É conceito também originado da teoria de Erik Jayme, no texto Identité Culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. No texto o autor traz o pluralismo como sendo o direito à diferença. “O que caracteriza a cultura pós-moderna é que a ideia de diferença leva o direito sobretudo ao respeito da identidade cultural” (JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995, p. 251).

²⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 74-75

²¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima, O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme in. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro**. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 21

outros critérios são incluídos e utilizados. De todo modo, nada impede que se realize o diálogo entre lei e convenções internacionais de direitos humanos. A exemplo do artigo 7º caput do CDC:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Novos paradigmas de legitimidade emergem para a consideração interpretativa e a interface sistemática. Exemplos da situação apresentada são a política de segurança internacional, o comércio mundial, o direito ambiental e a tutela universal dos direitos humanos. Neste novo paradigma o direito interno é reconfigurado, conforme bem explica o Prof. Marcelo Neves em *Transconstitucionalismo*: “a Constituição estatal é posta, inicialmente, no segundo plano, mas, em outro momento, entrelaça-se novamente com as constelações internacionais, supranacionais e transnacionais”.²¹¹

A inflação de influxos, ainda que de origem externa, não se configura como instrumento de confusão ao operador do Direito, e sim como instrumento de opção daquele que aplica a norma, pois oferece grande gama de possíveis leituras sobre um mesmo fato para escolha daquela mais apropriada e mais cabível dentro de um sistema de globalização e direitos humanos.

A interpretação jurídica propriamente dita, na atualidade pode ser bem observada no conceito cunhado por Eros Grau na obra “O Direito Posto e o Direito Pressuposto”, no qual informa que o intérprete tem papel ativo na moldagem das normas, pensando-as para além do texto legal.

O ato interpretativo sobrepõe-se ao simples entendimento pessoal do fato, o operador desvenda o apresentado de forma a desenvolver uma nova configuração que explique a possibilidade de mostrar algo que não está aparente, trazer concretude ao abstrato ou, até mesmo, abstração ao concreto.

²¹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 83.

Trata-se de processo não estritamente interno, a existência da exteriorização do compreendido é etapa fundamental do método interpretativo a fim de promover a mediação de recursos da linguagem e o que é palpável do objeto.²¹²

A regra é confrontada ao fato para posterior processo interpretativo do qual resulta a norma. O ato de mediar está submetido ao intérprete, dentro dos limites do sistema jurídico. Para defender tal tese adota a ideia do *intérprete autêntico*, conceito trabalhado por Hans Kelsen, exposto na obra de *Eros Grau* que explica: “o intérprete dotado de poder suficiente para criar normas, a partir delas construindo, em cada caso, a norma de decisão, é o intérprete autêntico – isto é, fundamentalmente, o juiz”.²¹³

Portanto, se a missão do Judiciário é efetivar os direitos fundamentais e humanísticos presentes na Constituição, devem ser oferecidos meios próprios para realização dos direitos. Uma pista destes meios de efetivação é a utilização de metodologia própria do direito nas decisões judiciais.

A metodologia do direito deve ser adequada e específica de modo a emprestar lógica formal à interpretação jurídica, como hipótese de solução tanto das antinomias quanto dos outros métodos de aplicação do direito, inclusive no diálogo das fontes.

Uma outra proposta de metodologia do direito é fornecida por Castanheira Neves e consiste em quatro hipóteses para realização do direito por mediação da norma, i) a primeira de *relevo normativo do caso concreto*, consiste na delimitação e escolha pelo intérprete de quais são os princípios e normas aplicáveis ao caso concreto. Este é o momento de verificação e assimilação do caso à norma; podendo ocorrer assimilação total, parcial ou não assimilação da norma ao caso; ii) a segunda hipótese refere-se à *determinação da normalidade da norma dentro de sua especificação teleológica*, isso significa a observação da norma prescrita como opção política do legislador, utilizando um filtro de justificação política e teleológica para utilização da norma. Neste ponto reside o regresso aos fundamentos do Estado e, no caso brasileiro, da democracia; iii) a questão dos *fundamentos de validade da norma*, remetendo a regra posta aos princípios constitucionais de direito e às diretrizes do

²¹² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2008.

²¹³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 205

Estado; iv) *o estrato do relevo do resultado da decisão*, trazendo a efetividade para a análise, na busca da solução mais justa ao caso concreto.²¹⁴

O papel do intérprete contém a avaliação destes fatores objetivos, espraiados no mundo jurídico, é também dever do jurista a aplicação do critério mais razoável ao caso concreto.

Nesta visão de metodologia própria jurídica, Castanheira Neves propõe que devem operar lógicas sincrônicas e diacrônicas, que bem servem à teoria do diálogo das fontes. A lógica *sincrônica* permite que em um mesmo ordenamento, dentro de operações de assimilação por correção ocorram interpretações diversas a uma mesma lei, sem retirar-lhe valor. Isso quer dizer que no caso a caso é possível que uma mesma regra seja interpretada de maneira diferente, para se obter resultados diferentes. A lógica *diacrônica* opera como mudança na interpretação de realização do Direito, conforme se alteram os valores sociais, a norma deve ter sua interpretação corrigida, reformulada ou inovada.²¹⁵

Isto tudo se justifica dentro dos argumentos consequencialistas²¹⁶, da aplicação do direito a um fim determinado orientado pelos efeitos da interpretação. Implica dizer a exclusão de efeitos absurdos, injustos ou imorais, conforme recorda Castanheira Neves. Esta legitimidade de função da aplicação do direito bem se justifica, pois o Direito passa a ser apenas uma das faces da cultura global, vinculado à ética, aos fatores sociais e econômicos e, ainda, à *mens legis*. Sua interpretação, em caso de dúvidas, deve ser pautada no critério de justiça, acima da legalidade.²¹⁷ Nesta lógica, bem opera a teoria do diálogo das fontes.

A lógica opera no sentido dialógico, de harmonia na escolha e aplicação das fontes do Direito, ao contrário das teorias de antinomia que preveem a exclusão normativa e o monólogo jurídico. Esse ato de escolha é determinado pelos valores constitucionais e também pelo direito internacional.²¹⁸

²¹⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 176-196

²¹⁵ NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 181

²¹⁶ Neste sentido, o paradigma consequencialistas, para Ricardo Luis Lorenzetti na obra “Teoria da Decisão Judicial” é aquele no qual “a decisão obtida com base nas regras e princípios deve ser controlada mediante o exame das suas consequências, que inclui aspectos econômicos e sociais”. O autor pesa as duas questões, a manutenção do mercado e a sua função social. (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito. 2^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 306).

²¹⁷ ²¹⁷ NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 198-199

²¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima, O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme in. **Diálogo das Fontes:** do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 27

A lógica sincrônica se aplica na vasta gama de possibilidades interpretativas dentro do conjunto normativo do diálogo das fontes e a lógica diacrônica é utilizada dentro dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios interpretativos de Direito, permitindo mobilidade da lei dentro do contexto social.

Tendo em vista um fato concreto de Direito, o sistema é chamado a aplicar os valores mais caros de direitos humanos e de humanismo, que é o ponto chave da doutrina do diálogo das fontes para encontrar o valor mais caro na norma jurídica e aplicá-lo em coordenação com os elementos internos e externos ao Direito.

Em lógica não excludente, aliás, dialógica, soma-se o estudo do diálogo das fontes e da argumentação jurídicas na tarefa de ressignificação e recontextualização em uma ordem altamente axiomática e de preservação dos direitos humanos, pretendendo os direitos humanos superiores à mera subsunção de fato a normas.

Nas palavras de Bruno Miragem é apresentar o diálogo das fontes como “método de interpretação sistemática do direito. E busca responder a dois problemas: a) primeiro, a identificação de um critério para identificação do conflito de leis; b) segundo, a oferta de critérios para a solução de conflito”.²¹⁹ Dentro destes critérios se aplica a metodologia própria do Direito, para alcançar um resultado legítimo de aplicação da norma.

Diante disso a operacionalização do diálogo das fontes para Cláudia Lima Marques em seu texto “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito” se apresenta em três vertentes: i) diálogo de coerência, ii) diálogo de complementariedade e iii) diálogo de coordenação, baseados na tríade interpretativa de Norberto Bobbio: hierarquia, especialidade e cronologia.

O diálogo de coerência complementar ao critério da hierarquia legislativa tem como foco o diálogo dos valores constitucionais e entre direitos humanos estabelecidos. Estabelece-se como égide do sistema o humanismo, e a ele as normas devem seu fundamento de validade.

A segunda possibilidade de escolha é o diálogo de complementariedade e subsidiariedade, que seria referente ao critério da especialidade, adotam-se princípios e normas de caráter complementar de um sistema a outro. A preferência é da norma mais valorativa, e subsidiariamente as demais. Veja-se como exemplo que ainda que a função

²¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. in. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 80

social do contrato do art. 421 do Código Civil não esteja positivada no Código de Defesa do Consumidor, os códigos dialogam entre si e emprestam suas ideias mutuamente.²²⁰

A terceira trata-se de diálogo de coordenação, concernente à anterioridade. Determina-se esta possibilidade pela necessidade de adequação do sistema a cada nova lei inserta pelo legislador. O sistema se adapta e estabelece um diálogo interno. Ocorre a absorção da lei, que é processada internamente. É o caso, por exemplo, do diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Entre eles o Código Civil é a lei nova, e o códex consumirista a lei de maior especialidade. Entretanto não se vislumbra conflito na aplicação de ambos conjuntamente na escolha da norma mais adequada.²²¹

Dentro destas três possibilidades de diálogo, a teoria do diálogo das fontes justifica-se aplicável ao Código de Defesa do Consumidor principalmente naquelas questões que envolvem mais de um fator de risco à pessoa, chamados de hipervulneráveis.

Trata-se de modo de interpretar a norma com parcialidade, em defesa daqueles que possuem menores meios de imposição de seus interesses, claramente, de defender o mais fraco na relação jurídica, no caso aqui apresentado, o usuário do plano de saúde, em caso de necessidade de tratamento negado ou dilatado pela operadora. A busca pelo sujeito perfeito ou sujeito pós-moderno cuja identidade cultural é respeitada.

Assim, podemos concluir que a análise de Jayme traz duas contribuições importantes: 1) fornecer base científica para a concentração hoje existente no sujeito de direito consumidor, como o mais vulnerável no mercado de consumo. É aquele sujeito a merecer especial proteção do direito, principalmente no que se refere ao exercício de seus direitos e em caso de conflito eventual de interesse com outros agentes (fornecedores etc.); 2) destacar a hierarquia dos direitos ora em conflito, no caso, direitos humanos, direitos fundamentais do consumidor, a exigir maior cuidado do aplicador da lei. A exigir capacidade para dar *efeito útil* para este mandamento constitucional, realizando um verdadeiro *diálogo de fontes*. Em outras palavras, ao aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade

²²⁰ É o caso das definições do Código Civil de responsabilidade civil, capacidade, contratos serem utilizáveis para interpretação no Código de Defesa do Consumidor, ou, neste, quando define o que é consumidor e fornecedor para todo o universo normativo nacional. Uma normativa fornece um conceito ao mundo jurídico, e este conceito é compartilhado com a doutrina, jurisprudência e demais legislações. Não há necessidade que cada normativa estabeleça o significado dos termos jurídicos, vez que o sistema se completa fornecendo respostas a todo ordenamento.

²²¹ MARQUES, Cláudia Lima, **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito:** um tributo à Erik Jayme in. **Diálogo das Fontes:** do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30-31

legislativa de proteção efetiva. O Código de Defesa do Consumidor não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.²²²

No caso concreto todo o sistema deve operar em prol do vulnerável. Casos há que já existe a normativa em direito internacional, mas o Brasil opta por não dar seguimento às novas diretrizes que ele mesmo ratificou. Emblemático o caso da prisão civil do depositário infiel.

O pacto foi firmado em 22 de novembro de 1969 e o Brasil promulgou-o como decreto nº 678, na data de 6 de novembro 1992. O pacto, que também recebe o nome de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, continha disposições acerca da proibição de prisão do depositário infiel. Trazendo em seu texto art. 7º que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Entretanto, o art. 5º inc. LXVI da Constituição Federal apresenta a disposição “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” Ou seja, informa que no Brasil é permitida a prisão civil do depositário infiel.

O tratado, do qual o Brasil é signatário trazia direitos fundamentais mais extensos, e mais adequados ao mundo pós-moderno. Ainda assim a jurisprudência aplicava com frequência a prisão do depositário infiel, foi preciso que o STF sumulasse o tema para que se pacificasse esta situação no Brasil. A súmula vinculante 25 do STF informa que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

A partir desta decisão, a norma de direitos humanos que já havia sido internalizada no Brasil, mas ainda não era aplicada, passou a ser cogente.²²³

²²² MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75-76

²²³ Antes mesmo da promulgação da súmula vinculante 25 do STF alguns julgados já traziam a aplicação do art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica em benefício do depositário infiel. Sumular o tema apenas pacificou o entendimento.

“Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ‘Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: ‘Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.’ Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão ‘depositário infiel’,

Recentemente no Brasil, como forma de efetivação de direitos, o STF julgou a ADPF 132, que tratava do casamento homoafetivo. O voto do Ministro Relator Ayres Britto ressaltou exatamente esta necessidade de atender a demandas de igualdade de direitos de grupos sociais discriminados, que necessitavam da proteção estatal para garantir o direito a formar uma família reconhecida constitucionalmente.

Juridicamente, a promoção de direitos a estes sujeitos não prejudicou nenhum outro grupo social, apenas, a eles, garantiu sua identidade preservada e respeitada pelo Estado. Além das consequências no direito das famílias, sucessões, previdenciário e no reconhecimento jurídico das situações de fato que estes sujeitos já vivenciavam.

Cita-se, pois, trecho do voto do Min. Ayres Britto, que resume e clarifica o que foi defendido como proteção a identidade dos sujeitos na questão da união estável homoafetiva. O ex-Min. informa que não havendo proibição expressa na Constituição Federal a este respeito, é necessário que se forneça o rol de direitos idênticos independente da orientação sexual e de gênero do sujeito.

e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." RE 466.343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009.

"Direito Processual. Habeas Corpus. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido." HC 95.967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados. (...) Trecho do Voto do Ministro Ayres Britto, p. 27,28 04/05/2011).

Os sujeitos homoafetivos, após este processo conquistaram o direito a união estável equiparada a união heterossexual, em consequência, o STJ julgou o REsp 1183378 que interpreta extensivamente a orientação principiológica do STF e passa a garantir a habilitação da conversão da União Estável homoafetiva em casamento.²²⁴ Esta decisão reflete

²²⁴Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição -explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de

no seu direito à adoção – agora com um aval mais claro do Estado. Assim, os sujeitos homoafetivos passaram a exibir de novos direitos.

Ainda o CNJ posteriormente vem na resolução 175 obrigar o agente cartorário a realizar a habilitação do casamento civil homoafetivo²²⁵. Apesar de em nenhum destes passos o legislativo ter tomado parte no tema, ficou claro e incontestável que no Brasil os casais homoafetivos têm os mesmos direitos dos heterossexuais no que se refere à constituição de família, dos direitos sucessórios e previdenciários.

Outro exemplo claro no Brasil de diálogo das fontes, ainda que não traduzido por este nome na doutrina, refere-se à Lei Maria da Penha. A igualdade entre homens e mulheres na Constituição Federal é trazida no art. 5º inc. I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”, entretanto, esta norma, apesar de nominalmente trazer direitos idênticos a homens e mulheres, ainda não foi suficiente para que no mundo fático, as questões de gênero sejam tratadas igualmente.

Por este motivo, após pressão de grupos sociais organizados de mulheres e condenação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em 2001 que exigia a promulgação de lei específica de proteção à mulher, o Brasil publicou em 2006 a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha.

tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita deum Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido.(STJ , Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA)

²²⁵ Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Resolução 175/2013 do CNJ

A lei trata da proteção específica, microcodificada, norma narrativa dos direitos da mulher, inclusive em casos de violência doméstica que contém a tutela penal. Trata-se de avanço importante ao grupo feminino – grupo socialmente vulnerável e, ainda, exemplo claro de que a vulnerabilidade não necessariamente está relacionada a minorias numéricas na sociedade. Ações afirmativas também se justificam neste viés, por garantirem a inserção de grupos vulneráveis na sociedade.

Os direitos humanos da mulher, já estavam elencados em quatro convenções das quais o Brasil já era signatário, a *Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher* (1948), promulgada no Brasil pelo Decreto no. 31.643, de 23 de outubro de 1952; a *Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher* (1953) Promulgada em 12 de setembro de 1963, pelo decreto no. 52.476; a *Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW*(1979): Promulgada em 30 de julho de 2002, por meio do Decreto no. 4.316; e, *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará* (1994) Promulgada por meio do decreto nº 1973, em 1º de agosto de 1996.

Apesar de ser signatário destas convenções, o Brasil ainda precisava criar normativas internas de proteção à mulher. Os direitos humanos estavam garantidos, entretanto, os direitos fundamentais ainda não existiam ou eram incipientes e não regulamentados. É certo que o diálogo externo facilita o debate e a inclusão de normas de direitos fundamentais no país.

Os direitos humanos, internacionais, têm importante papel na proteção dos direitos individuais do sujeito, mas, na questão da aplicabilidade, o jurista em regra faz-se valer das normas positivadas no direito interno. Apesar da positivação internacional e das pressões internacionais para utilização e criação de normas de direitos humanos no direito interno, o aplicador do direito pode entender que estas normas ainda não existem no ordenamento interno e por isso não seriam exigíveis.²²⁶

²²⁶Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. É, por isso mesmo, a terminologia tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 13

Maria da Penha Maia informou ao poder público brasileiro desde 1983 as violências domésticas que sofreu dentro de seu lar. Entre maio e junho de 1983 as agressões se tornaram de tamanha brutalidade que Maria da Penha tornou-se paraplégica em decorrência de violência doméstica. Até 1998 o Estado não havia tomado medidas suficientes de proteção à vítima ou de punição ao autor. Quando Maria da Penha denunciou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, autos nº 12.051.

Em 2001 o Brasil recebeu recomendação da Corte para completar: i) o processamento penal do acusado, cônjuge de Maria da Penha; ii) Investigar o atraso judicial e administrativo na apuração dos fatos; iii) tomar medidas protetivas e de conscientização do poder público e dos cidadãos acerca da violência doméstica; iv) simplificar o procedimento de reclamação das vítimas sobre a violência sofrida; v) melhorar o aparato estatal para receber estas vitimas – aumento do contingente policial destacado para esta atividade e; v) apresentar relatório do cumprimento destas medidas.²²⁷

Apenas no ano de 2006 foi promulgada a lei 11.340/06 a chamada Lei Maria da Penha, e, ainda caminhando a passos curtos o Brasil começa a implantar um sistema de proteção integral à mulher. Esta modalidade de norma narrativa pode e deve ser utilizada na proteção de grupos de vulnerabilidade agravada que conhecidamente tem seus direitos mitigados em favor de grupos majoritários.

Aqui resta claro que a vulnerabilidade não é um conceito que se relacione a questões numéricas populacionais. O grupo de mulheres brasileiras é praticamente idêntico ao de homens, ainda assim, pela construção histórica e cultural de nosso país, as mulheres necessitam de maior proteção legal para verem efetivados seus direitos ao livre desenvolvimento e à dignidade humana. Para tornarem-se sujeitos perfeitos.

A proteção do diálogo das fontes trata exatamente desta modalidade de questões, quando há a necessidade de fortalecimento do pluralismo, a partir da proteção de cada indivíduo, de cada sujeito.

O pluralismo e a utilização do método de interpretação do diálogo das fontes devem ser nortes jurisdicionais legislativos – tanto na lei criada pelo Congresso quanto na lei criada pelo juiz no caso concreto devem ser utilizadas para proteção e resguardo dos *sujeitos de direito*, para que tendo seus direitos fundamentais sempre respeitados sejam *sujeitos perfeitos*.

²²⁷**Relatório N° 54/01 Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Caso 12.051, 4 de abril de 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 04/08/2014

A doutrina de Cláudia Lima Marques ainda propõe três possibilidades de diálogo para coordenação de fontes no direito brasileiro, baseadas na tríade escolástica da hierarquia, especialidade e anterioridade.²²⁸

A primeira trata-se do diálogo de coerência, tratar-se-ia da “nova hierarquia” legislativa, tendo como foco do diálogo os valores constitucionais e os direitos humanos estabelecidos.²²⁹ Estabelece-se como égide do sistema o humanismo, e a ele as normas devem seu fundamento de validade.

A segunda possibilidade de escolha é o diálogo de complementariedade e subsidiariedade, que seria a nova especialidade, adotam-se princípios e normas de caráter complementar de um sistema a outro. Usa-se antes a norma mais valorativa, e subsidiariamente as demais²³⁰. Ainda que a função social do contrato do art. 421 do Código Civil não esteja positivada no Código de Defesa do Consumidor, os códigos dialogam entre si e emprestam suas ideias.

É o caso das definições do Código Civil de responsabilidade civil, capacidade, contratos serem utilizáveis para interpretação no Código de Defesa do Consumidor, ou, neste, quando define o que é consumidor e fornecedor para todo o universo normativo nacional. Uma normativa fornece um conceito ao mundo jurídico, e este conceito é compartilhado com a doutrina, jurisprudência e demais legislações. Não há necessidade que cada normativa estabeleça o significado dos termos jurídicos, vez que o sistema se completa fornecendo respostas a todo ordenamento.

A terceira trata-se de diálogo de coordenação, a nova anterioridade, que é determinada pela necessidade de adequação do sistema a cada nova lei inserta pelo legislador. Opera-se um “diálogo de adaptação sistemático²³¹”. O sistema absorve a lei, e processa-a internamente, é o caso, por exemplo do diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, é certo que entre eles o Código Civil é a lei nova, e o códex consumeirista de

²²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo à Erik Jayme In **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais,2012, p.30

²²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo à Erik Jayme In **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais,2012, p. 31

²³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo à Erik Jayme In **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais,2012, .p. 31

²³¹ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo à Erik Jayme In **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais,2012,..p. 31

maior especialidade. Entretanto não se vislumbra conflito na aplicação de ambos conjuntamente, escolhendo a melhor norma para o caso concreto.

Na prática, o diálogo das fontes vem sendo aplicado em diversos casos, e cabe análise de alguns deles para melhor compreensão do tema.

É preciso frisar que é possível que a um mesmo caso se aplique diretamente a Constituição Federal, o Estatuto da Criança do Adolescente, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. O diálogo ocorre dentro do sistema, independente da quantidade de normas envolvidas.

Isto porque, os microssistemas se somam naquilo que podem oferecer como proteção a um determinado sujeito, e são interpretados de maneira conjunta para proteção de uma criança que necessite atendimento médico pelo plano de saúde e tenha negado seu pedido. Apesar da pouca ou nenhuma compreensão do ocorrido, a proteção à criança em coordenação à sua condição de consumidora se deve pois é normativamente obrigatória, e não apenas pelo prejuízo ocorrido, muitas vezes, inclusive é impossível comprovar o nível do prejuízo, e neste caso, é preciso que a indenizabilidade se dê pelo dano em si.²³²

Igualmente, utiliza-se o exemplo dos reajustes de plano de saúde por mudança de faixa etária. O Estatuto do Idoso proíbe em seu artigo 15 § 3º a alteração de preços ao idoso nos planos de saúde pelo simples decurso temporal da idade: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, perceba-se que o tipo legislativo é claro em coibir apenas as alterações de valores por idade,

²³² DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DESAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA. MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica de angústia no espírito daquele. Precedentes- As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, infine, da CF e 12, caput, do CC/02.5ºXCF12CC/02- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. **Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.**- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. (1037759 RJ 2008/0051031-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/02/2010)

permitindo que outros fatores interfiram na relação. Isto se dá pois o valor justiça almejado pelo legislador não importa na criação de condições impossíveis ao alter contratante.

Trata-se de uma tentativa de equiparação de condições, e não de sobreposição de vontades de uma parte a outra. Entretanto, configura abusividade que a idade, fator inevitável e independente da vontade do ser humano seja motivo de prejuízo contratual. Veja-se que não obrigatoriamente com a idade o contratante utilizará com mais constância o plano de saúde, configurando a onerosidade excessiva da cláusula que disponha sobre este aumento.²³³

Ainda sobre a vulnerabilidade agravada, tem-se caso na jurisprudência mineira em que o plano de saúde nega cobertura baseado no rol exemplificativo de procedimentos de fornecimento obrigatório aos planos de saúde emitido pela Agência Nacional de Saúde. Apesar de haverem duas normativas aplicáveis, a lei de planos de saúde e a regulamentação da ANS, não se pode imaginar que ocorrerá hipótese de aplicação do diálogo das fontes em favor do plano de saúde. Não se opera interpretação contra o vulnerável, mas sempre a seu favor.

Em casos nos quais a vida está em questão não há dúvidas que a negativa de fornecimento do serviço configura dano irreparável ao consumidor. Igualmente, existem os

²³³ Neste sentido, sobre as garantias mútuas e recíprocas dentro de um contrato de plano de saúde que envolve interesses de idoso:

Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedações. - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. - O interesse social que subjaz ao Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. - Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária -de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedações não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido.

(989380 RN 2007/0216171-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/11/2008)

efeitos reflexos de uma negativa de cobertura de plano de saúde, inclusive o sentimento de família.²³⁴

Bem posto o diálogo das fontes (ainda que implicitamente) no caso, de modo a proteger o direito fundamental à vida, eis que se afastou a aplicação de decreto infraconstitucional com conteúdo de restrição de direitos para garantir o direito maior à vida, trazido à baila pelo direito à saúde.

A ministra Nancy Andrighi tem desenvolvido teses pioneiras de grande razoabilidade dentro do Supremo Tribunal de Justiça, como no Recurso Especial REsp 1052244-MG²³⁵, no qual dialoga a razoável duração do processo constitucional com a proibição de denunciação à lide nos casos em que se aplique o Código de Defesa do

²³⁴ AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA - NECESSIDADE DO TRATAMENTO - NÃO COBERTURA - ABUSIVIDADE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO DE VALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NAS LEIS DE MERCADO - RESSARCIMENTO DEVIDO - DANOS MORAIS - ADMISSIBILIDADE - FIXAÇÃO - CRITÉRIO. Sabe-se que uma das finalidades do Código de Defesa do Consumidor é assegurar o equilíbrio entre as partes. Assim, possível do ponto de vista da equidade, a revisão do contrato adesivo, não havendo que prevalecer a tese do pacta sunt servanda. As cláusulas que limitam ou restringem procedimentos médicos são nulas por contrariarem a boa-fé, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica, provocando um desequilíbrio no contrato ao ameaçar o objetivo do mesmo, que é ter o serviço de saúde de que necessita o segurado. O fato da Agência Nacional de saúde não relacionar o tratamento necessário à recuperação da paciente em seu rol não deve impedir a cobertura do procedimento, pois o rol não deve ser considerado taxativo, mas apenas uma referência básica para os planos privados, incapaz de impedir que as operadoras ofereçam planos com cobertura mais extensa. Os danos foram causados pelo desconforto e molestações sofridos em face da intransigência da requerida, que não respeitou o direito do consumidor, muito menos seu estado de saúde precário e o sentimento da família. O valor da reparação por dano moral deve levar em consideração as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que o quantum reparatório não se constitua em lucro fácil para o lesado, nem se traduza em quantia irrisória. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.07.391664-5/001 – Rel.: ALVIMAR DE ÁVILA

²³⁵ Direito do consumidor e processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente automobilístico. Sequelas que conduziram à morte do acidentado. Recall realizado após o falecimento da vítima. Denunciação da lide. Pessoa idosa. Tramitação prioritária. Razoável duração do processo. Dissídio. Ausência de similitude. - É vedada a denunciação da lide em processos nos quais se discuta uma relação de consumo, especificamente na hipótese de responsabilização do comerciante pelos defeitos apresentados pelos produtos por ele comercializados. Sempre que não houver identificação do responsável pelos defeitos nos produtos adquiridos, ou seja ela difícil, autoriza-se que o consumidor simplesmente litigue contra o comerciante, que perante ele fica diretamente responsável. - Sem descurar das ressalvas da jurisprudência do STJ, mas por encerrar a hipótese peculiaridade concernente à idade avançada de um dos recorridos, que se socorre do Estatuto do Idoso para conferir-lhe prioridade na tramitação do processo, e, sob o esteio da garantia fundamental prevista no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF, que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade no andamento do processual, mantém-se o acórdão impugnado, para que a demanda principal siga seu curso, sem interrupções e delongas desnecessárias. - O arrastar de um processo por tempo indefinido, tema corriqueiro em debates jurídicos, não pode impingir a uma pessoa idosa o ônus daí decorrente, máxime quando a ação regressiva da fornecedora do produto poderá ser movida em momento posterior, sem prejuízo ao direito a ela assegurado. - A regra formal, de índole processual, não deve prevalecer frente a um direito decorrente de condição peculiar da pessoa envolvida no processo, que tem nascedouro em diretrizes constitucionais, como se dá com a proteção ao Idoso. - A não demonstração da similitude fática entre os julgados confrontados, afasta a apreciação do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. Recurso especial não conhecido. (1052244 MG 2008/0089468-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/08/2008)

Consumidor e a proteção especial ao Idoso fornecida pela Constituição Federal. Isto posto, conclui que normativas processuais de cunho formal não podem se sobrepor ao direito do idoso de receber a prestação jurisdicional e a indenização que lhe são devidas.

Percebe-se claramente que a doutrina do diálogo das fontes vem tomando força na jurisprudência brasileira, e sendo aplicada cada vez com mais intensidade e propriedade. É certo que em uma ordem democrática e protetiva de direitos humanos os valores justiça devem sempre preponderar.

Duas foram as conclusões do trabalho: 1) que o sujeito de direitos identificado na Constituição Federal de 1988, como sujeito protegível de forma especial, o consumidor, recebeu no Código de Defesa do Consumidor os instrumentos materiais e processuais para alcançar a efetiva proteção e realização de seus direitos básicos (Título I do Código de Defesa do Consumidor); e 2) que os direitos positivados na legislação infraconstitucional são direitos subjetivos exigíveis, de forma imediata e completa, a realizar a necessária re-personalização das relações contratuais de serviços na sociedade pós-moderna, cada vez mais desmaterializada e fluida, face aos princípios escolhidos da boa-fé, da confiança e da eqüidade ou Justiça contratual. O sujeito de direitos do Código de Defesa do Consumidor (código protetivo apenas deste agente econômico vulnerável, o consumidor) é um sujeito pós-moderno perfeito, plural e destruidor dos dogmas contratuais antigos, tais como o efeito *inter partes* dos contratos e a não conexidade das relações complexas, acabando por superar mesmo a figura do terceiro contratual ao defini-lo como “consumidor” *stricto sensu* ou equiparado.

Parece-nos estar comprovada a afirmação de Erik Jayme de que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade qualifica-se quando recebe direitos fundamentais e acaba por modificar as instituições em que está presente, como o contrato massificado e complexo de serviços atual.²³⁶

O diálogo das fontes surge como uma alternativa interpretativa, condizente com a ordem pós-moderna e capaz de trazer para o direito interno novos influxos externos, que são passíveis de trazer mais direitos e mais efetividade aos direitos já existentes no plexo normativo de determinado estado. As operações legislativas internas e as importações de ordenamentos externos trazem a possibilidade de interpretar a lei de forma mais benéfica aos vulneráveis. Repete-se a teoria não intenta ser exclusiva fonte interpretativa na pós-modernidade, subsistindo ainda outros paradigmas adequados a situações específicas da interpretação jurídica.

²³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In Revista de Direito do Consumidor, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95-96

Ainda, subsistem críticas contundentes ao diálogo das fontes, questão que precisa ser abordada para buscar uma defesa desta teoria, e das suas qualidades específicas.

3.7 Críticas doutrinárias à teoria do Diálogo das Fontes

Apesar dos argumentos convincentes apresentados sobre a aplicabilidade do diálogo das fontes não se pode olvidar que inexistem unanimidades no direito. Para um exercício dialético das teorias, e principalmente para manutenção de sua capacidade de gerar efeitos concretos é preciso dialogar também com as críticas recebidas a teoria do diálogo das fontes.

Não se espera do diálogo das fontes que seja uma teoria total ou excludente das demais modalidades interpretativas, o que seria inclusive incompatível com sua essência dialógica, mas sim, que seja uma teoria de valor humanitário e de proteção ao vulnerável.

Neste ensejo, Bruno Miragem²³⁷ informa algumas das objeções mais comuns e alguns comentários sobre estas objeções presentes na doutrina.

Questiona-se inicialmente a novidade oferecida pelo diálogo das fontes vez que a interpretação sistemática já está cimentada na doutrina. Informa Miragem, remetendo a argumento já citado neste trabalho, que o diálogo das fontes além de função interpretativa tem função de garantia do resultado da aplicação da norma.

Ou seja, os argumentos consequencialistas importam à teoria para oferecer ganhos reais à população com sua aplicação. Em casos nos quais o sistema jurídico poderia encontrar contradições, o diálogo das fontes oferece alternativa de superação e coordenação de normas, inovando sobre a interpretação sistemática clássica.²³⁸

Outro questionamento apresentado pela doutrina é a aplicabilidade do diálogo das fontes para além das relações de consumo, que estão expressamente autorizadas pelo art. 7º do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre, que inicialmente o código consumidorista é norma de ordem pública, portanto aplicável a todo ordenamento, e principalmente às questões em que se vislumbra a vulnerabilidade de uma das partes no contrato.

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 89 - 94

²³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 90

Ainda, justifica-se a aplicação do diálogo das fontes ainda que não se trate de relação consumista, pois o nítido caráter promocional da norma é condizente com a ordem constitucional. Ressalta Bruno Miragem que:

A autoridade e a supremacia da Constituição, conforme já mencionado, não se dão apenas em vista da não contradição das outras normas do ordenamento com os preceitos nela contidos. Dado o nítido caráter promocional do sistema de garantias e direitos fundamentais, revela-se também como exigência que se percebe do resultado concreto da aplicação da lei. Eis o fundamento que dirige e legitima a aplicação do diálogo das fontes, seja para aplicação coordenada de diferentes leis a um mesmo caso, de modo que se complemente, seja para distinguir o campo da aplicação de leis que disponham sobre temas semelhantes²³⁹

O autor responde que tanto os argumentos consequencialistas da decisão quanto a complementariedade que se espera da teoria dialógica justificam sua aplicação em todo o ordenamento, desde que esteja presente a premissa constitucional promocional do direito.

Por último apresenta a crítica feita à segurança jurídica, que em tese estaria em xeque pela utilização ostensiva do diálogo das fontes. A isto, responde que a inversão de valores ocorre quando se espera do direito que mantenha posições injustas em prol da segurança jurídica, e não o contrário. Para o autor, seria uma desvalorização das interpretações se fosse considerado um sentido unívoco e incontestável da mensagem das leis.

Elege, mais uma vez o valor justiça como superior à segurança jurídica.²⁴⁰ Em relação à critica da legalidade, ousa-se responder que não existem normativas totais, a completude do sistema permite e aceita a existência de lacunas, pois impossível que o legislador alcance todas as possibilidades de fatos jurídicos existentes. Aqui importante destacar estudo já demonstrado de que o valor da segurança jurídica engloba também as expectativas sociais de justiça no caso concreto. Os estudos de Radbruch nesta seara são importantes para a garantia de que a segurança jurídica será também uma tentativa de mitigação das discrepâncias sociais existentes no mundo, a norma passa a ser protetiva de direitos fundamentais e humanos.

²³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. in. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92

²⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. in. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 94

3.8 Prospecções do Diálogo das Fontes

Com acerto o novo Código Civil Argentino traz em seu texto o diálogo das fontes expresso. O código, que já foi sancionado pela Presidenta e passa pelo período de *vaccatio legis* até 2016 traz uma visão humanística do direito civil. Ricardo Luís Lorenzetti, um dos autores do projeto, posiciona-se sobre as mudanças mais expressivas do novo código civil argentino.

Logo nos três primeiros artigos do texto o diálogo das fontes já é expresso. Veja-se que ao contrário do Código Civil brasileiro de 2002 que apenas trouxe a ordem pública da nulidade virtual no art. 2.035 parágrafo único, o Código Civil argentino expressou, em seus primeiros artigos qual ordem pública lhe é interessante. Esta reforma reforça que os ideais de um novo direito civil são possíveis, e que a aplicação do diálogo das fontes já pode ser utilizada na práxis do direito, pois humaniza a interpretação e estende direitos aos grupos vulneráveis.

Os primeiros artigos do novo Código Civil Argentino informam que:

Artículo 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Artículo 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Artículo 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.²⁴¹

²⁴¹ Artigo 1º.- Fontes e aplicação. Os casos que este Código regem devem ser resolvidos segundo as leis que resultem aplicáveis. A interpretação deve ser conforme a Constituição Nacional e os tratados dos quais a República seja parte. Para este fim se terá em vista a jurisprudência em consonância com as circunstâncias do caso. Os usos, práticas e costumes são vinculantes quando as leis ou os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não contrários ao direito.

Artigo 2º.- Interpretação. A lei deve ser interpretada tendo em conta suas palavras, finalidades, as leis análogas, disposições que surgem de tratados sobre direitos humanos, os princípios e os valores jurídicos, de modo coerente com o ordenamento.

Artigo 3º.- Dever de resolver. O juiz deve resolver os assuntos que sejam submetidos a sua jurisdição mediante decisão razoavelmente fundada. (Tradução Livre)

O artigo primeiro estabelece que as fontes do direito são a lei em interpretação conforme a constituição, os tratados (menção expressa aos tratados, e não apenas aos de direitos humanos), a jurisprudência e as circunstâncias do caso. O texto traz interessante menção aos usos, práticas e costumes, que são vinculantes quando o interessado se refira a eles, ou quando não exista lei no caso concreto. A única exceção é a regra utilizada ser contrária ao direito.

O artigo segundo, referindo-se à interpretação define que a lei será interpretada tomando-se em conta o seu texto, suas finalidades, as leis análogas, as disposições de tratados de direitos humanos, os princípios e os valores jurídicos de todo o ordenamento. Este artigo é a clara e inseparável expressão do diálogo das fontes.²⁴²

O artigo terceiro, por sua vez, informa que o juiz tem dever de resolver a questão, *non liquet*, e que para isto, deve ter em sua jurisdição uma decisão razoavelmente fundada. Isto significa dizer que a decisão do juiz passa por filtros de aceitabilidade social, ou seja, deve ser adequada aos interesses maiores da lei, a proteção aos sujeitos perfeitos.

O diálogo das fontes passa a figurar como lei civil na Argentina, e também como norma subsidiária dos microssistemas jurídicos civilísticos daquele país. A escolha de tutelar este tema nos três primeiros artigos do código informa a importância que estes direitos tem no ordenamento argentino, o Diálogo das Fontes passa a ser o cerne de interpretação da norma, com vistas à promoção do sujeito perfeito.

En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un dialogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado

²⁴² A LINDB no Brasil traz em seus artigos 4º e 5º expressões semelhantes em relação à interpretação jurídica. Estas normas de interpretação são condizentes com a interpretação da teoria do ordenamento de Bobbio, permitindo que os aspectos supralegais apenas sejam informados caso a lei não forneça elementos suficientes de interpretação no caso concreto. A lei argentina vai além, pois permite que em qualquer caso se utilizam os fins sociais da norma como norte, para isto utilizando-se dos tratados, das leis constitucionais, das normas de usos e costumes, ou seja, da interpretação consequencialistas do direito. A título de comparação vejamos a LINDB: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Esta visão do direito é suficiente para a solução de inúmeros casos, mas o paradigma da idade moderna não tem aplicação total na pós-modernidade. Perceba-se que o diálogo das fontes apresenta uma possibilidade maior de interpretação dos fatos, e de decisões justas vez que trabalha com cláusulas gerais e normas de caráter aberto, dando à interpretação mobilidade no sistema. Ainda, o diálogo das fontes firma-se na proteção dos direitos fundamentais e humanos, colocando como ponto de partida interpretativo o bem estar dos cidadãos, e a garantia de que seus direitos serão respeitados. Nesta lógica se faz possível crer que a reforma legislativa argentina apresenta ganho na interpretação e consequentemente na vida dos cidadãos, que passam a ter mais garantias legislativas e na aplicação da lei.

(artículos 1, 2 y 3). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables.²⁴³

Trata-se de sistema complexo, de interpretação conforme a ordem jurídica por completo, e às intenções da lei, dentro dos argumentos de justificação da lei, especialmente no que diz respeito à efetivação de direitos aos sujeitos.

O novo Código Civil Argentino passará a viger com grandes mudanças no modo de ver e interpretar a lei, este código, essencialmente pós-moderno prima pelos paradigmas e princípios jurídicos, permitindo que áreas mais progressistas do direito como o direito das famílias obedeçam ao multiculturalismo e princípios adequados ao paradigma daquela situação. E em áreas do direito com menos progressividade, que se aplique os princípios e paradigmas correspondentes. Esta visão dialógica de pluralismo dentro da lei é adequada a atual visão que temos do direito.

O Código também prima pela constitucionalização do direito privado, estudos dentro de paradigmas específicos para cada caso, tutela da pessoa humana, dentro de uma lógica que permite ao jurista comunicar princípios públicos e privados no caso concreto.

A positivação destes direitos no país vizinho faz crer que no Brasil também é possível reformas legislativas que positivem e posicionem o diálogo das fontes como uma das regras interpretativas possíveis.

Vejamos que já tramitam no Congresso Nacional algumas propostas condizentes com esta lógica interpretativa. As propostas de reforma do Código de Defesa do Consumidor tentam trazer mudanças semelhantes ao direito privado brasileiro. Certo que o Código de Defesa do Consumidor já figura como norma narrativa e de ordem pública de aplicação extensiva imediata, conforme já trazido pelo art. 2.035 § único do CC. O CDC traz em seu art. 1º que “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170. inciso V da

²⁴³“Em um sistema complexo existe uma relação inalienável da norma codificada com a constituição, tratados internacionais, leis, jurisprudência, usos, de modo que quem aplica a lei ou a interpreta estabelece um diálogo de fontes que deve ser razoavelmente fundado (art. 1, 2 e 3). Se trata de diretrizes para a decisão judicial que deve começar pelo método deductivo, submeter-se ao controle dos precedentes, verificar a coerência com o resto do ordenamento e dar explicações suficientemente razoáveis” Tradução Livre. LORENZETTI, Ricardo Luis. Presentación del nuevo Código Civil. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Presentacion-de-Dr-Ricardo-Lorenzetti.pdf>, acesso em 02/01/2015

Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias". O artigo já traz sua caracterização como norma de ordem pública, e de interesse social.

Isto quer dizer que na interpretação do negócio jurídico, com base no art. 6º caput e § 1º da LINDB o ato deve ser interpretado como no momento de sua consumação. “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”; e “§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”, neste caso o ato ainda que constituído não está perfeito, eis que não surtiu todos os efeitos ²⁴⁴.

Especialmente, nos contratos de trato continuado resta clara a aplicação da lei nova, em diálogo das fontes com o contato firmado antes de sua vigência²⁴⁵. A jurisprudência utiliza as novas regras para vigerem no contrato, por ser medida de justiça e por haver a recontratação das obrigações a cada período de tempo, ou seja, o contrato se refaz, e com ele os deveres anexos também devem ser refeitos.

Esta aplicação do diálogo das fontes já está sedimentada na doutrina e jurisprudência, mas, bem como na Argentina se viu a necessidade de um novo código civil que abarcasse os novos direitos e os novos sujeitos, no Brasil há propostas legislativas de renovação e respiro do CDC, que estão relacionadas com a nova visão dialógica dos direitos.

A primeira Proposta 281/2012, oferece reformas de ordem interpretativa aos contratos aos quais se aplica o CDC, como norma de ordem pública.

²⁴⁴MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 677

²⁴⁵ As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. - Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. - Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova. - A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. - O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. - É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de “stent”, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes. - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao resarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Recurso especial a que se dá parcial provimento (STJ, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 11/03/2008, T3 - TERCEIRA TURMA)

A proposta acrescenta um parágrafo único ao art. 1º do Código, propondo que “As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da forma mais favorável ao consumidor”. Ademais dispõe sobre a proteção dos dados do consumidor na internet e sobre o comércio eletrônico. Estende e explicita as obrigações de enviar contratos, de enviar propostas, do direito de arrependimento e do direito à informação a todos os consumidores. Esta proposta deixa clara a obrigação do jurista em interpretar em favor do consumidor toda a cadeia de contratação. O consumidor é reconhecido como vulnerável nos negócios jurídicos, e portanto, é protegido com maior cuidado pelo direito.

A segunda proposta, 282/2012 traz novidades em relação ao processo coletivo e à legitimação expressa da Defensoria Pública na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesta proposta as provas periciais passam a ser pagas em adiantamento pelo juízo com verbas dos fundos de defesa ao consumidor, e, ao final, vencida parte que não seja órgão público, torna-se devedora das custas periciais. Isto torna mais simples e rápida a formulação de provas, um dos grandes entraves no direito consumerista, tendo em vista a impossibilidade do consumidor de produzir provas eficientes.

O projeto ainda cria um cadastro nacional de ações coletivas e de Termos de Ajustamento de Conduta, como cadastro dos fornecedores com maior incidência de agressões a direitos consumeristas.

Por fim, a proposta de reforma legislativa 283/2012 trata de outro tema importante da pós-modernidade, o superendividamento. Ocorre que a comunicação e a hipercomplexidade sociais também geram efeitos indesejáveis, entre eles o hiperconsumo, e por consequência o superendividamento. Neste sentido, o anteprojeto traz algumas sugestões de alterações legislativas para defender os direitos dos novos sujeitos de consumo, que muitas vezes se veem superendividados.

A prevenção prevista pela proposta legislativa diz respeito em especial ao grau de informação que o consumidor recebe, para que faça escolhas conscientes daquilo que irá contratar.

Ocorre que mais do que o tratamento do superendividamento, sua prevenção é necessária e importante. Tal como a reforma do CC Argentino trouxe inúmeras mudanças para melhorar a interpretação em favor do vulnerável, inclusive incluindo o diálogo das fontes em seus primeiros artigos, a renovação do CDC brasileiro se faz necessária para garantia da proteção legal dos sujeitos aos desmandos do mercado de consumo, que em regra é regido pelos contratos de adesão, pela impossibilidade de escolha do consumidor e pelo legislador e executor contratuais único: o fornecedor (ainda que este fornecedor seja o Estado).

A proposta oferece instrumentos em especial no art. 9º para maior grau de informação dos consumidores. Consumidor bem informado tem mais chances de não aderir a negócio jurídico de risco que desconheça, e pode questionar as consequências do contrato que seja signatário.

Certo que o direito à informação e à publicidade clara já estão presentes nos art. 36 e 52 do CDC, é preciso tornar estes direitos ainda mais fortes, tornar sua ausência no contrato punível, para garantir que o contrato será cumprido da melhor forma possível.

O anteprojeto pretende um diálogo com o CDC atual, para trazer ainda mais direitos, e uma interpretação mais clara e simples dos direitos já existentes.

É certo, que estas propostas legislativas trazem tímidas inserções de direitos humanos no CDC. Trazem a possibilidade de emprego desta nova norma aos demais códigos que dialogam com o CDC.

Entretanto, até que se opere uma mudança legislativa, com a inserção destes novos direitos no ordenamento brasileiro, é suficiente que se busque a proteção nas normas que já possuímos, em diálogo das fontes umas com as outras, trazendo maiores potencialidades a todas elas em conjunto.

As normas devem ser interpretadas de forma a dar mais efetividade aos direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, e mesmo que insuficiente a legislação em alguns casos, há grandes vitórias no campo da efetivação destes direitos, por meio do judiciário e mesmo do executivo. Neste sentido, as reformas legislativas são essenciais para a melhoria dos direitos dos cidadãos, mas os papéis do judiciário e do executivo são deveras importantes, e não devem ser esquecidos.

A necessidade de novos paradigmas interpretativos, dentro do diálogo das fontes é imprescindível para operar em todo o direito que diz respeito aos sujeitos, em especial no direito privado.

Até que se tenham leis mais próximas das necessidades dos cidadãos, com maior grau de operacionalidade e conteúdo de cláusulas gerais, a exemplo do novo Código Civil Argentino, é preciso trabalhar com as ferramentas que o direito já proporciona, e com isto, operar na lei suas máximas possibilidades para garantir aos sujeitos que sejam dotados do maior número e maior efetividade de direitos possíveis, para que enfim, possam designar-se, perfeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo da hermenêutica dialógica das fontes como instrumento de proteção dos sujeitos vulneráveis, destacaram-se alguns pontos chave para a compreensão do tema. O primeiro trata-se do sujeito: os sujeitos da pós-modernidade passam a ter mais voz, unitária ou coletiva, para reclamar proteção todos os âmbitos de poder: judiciário, legislativo e executivo, que devem receber suas reclamações efetivar direitos promocionais, narrativos e de caráter geral. Estes novos direitos, pós-modernos, trazem consigo características de integração econômica e cultural, e as novas vozes que passam a requerer, por elas mesmas ou por representação, os direitos a que fazem jus.

Busca-se efetivar a perfeição do sujeito, estado no qual todos os direitos fundamentais de uma determinada pessoa humana são efetivados conforme suas necessidades. Para efetivar a igualdade material, pode ser necessário que se firmem ações positivas, de caráter temporário ou permanente, para igualar estes sujeitos em direitos aos demais. É o caso, por exemplo, da efetivação de direitos específicos à mulher na lei Maria da Penha, aplicável e útil enquanto permanecerem no mundo dos fatos os riscos agravados à mulher, ou das vagas especiais destinadas a idosos e pessoas com deficiência, medida de caráter permanente que visa proteger estes sujeitos no seu direito de ir e vir.

O estudo pauta-se em análises de alguns dos paradigmas do direito em especial no pós II Guerra, momento no qual o direito foi levado a crer que a mera segurança jurídica não seria mais suficiente para a garantia de uma ordem que fosse, pelo menos, não injusta. Radbruch chega a denominar a ordem jurídica existente no III Reich como uma ordem jurídica delitiva, e que portanto deveria ser abolida, pela inexistência de respeito aos direitos humanos.

O direito, estudado como experiência e cultura, deve também aprender com os momentos nos quais não tomou as decisões mais acertadas e humanísticas. A cultura se constrói a cada ação ou inação relevante socialmente, e esta construção levará o direito a novos paradigmas e novos pressupostos, que serão analisados e levados às gerações futuras.

No estudo, percebemos que o paradigma culturalista, com foco em Miguel Reale trouxe grandes contribuições ao direito pós-moderno. Reale trabalha o culturalismo na perspectiva de Radbruch (na sua segunda fase doutrinária, na qual escreve o texto *Arbitrariedad legal y derecho Supralegal*). A legalidade, então, passa a um novo nível: a segurança jurídica expressa, sim, o valor da manutenção da ordem e do cumprimento da lei, mas vai além, passa a determinar também um plexo de expectativas sociais em relação à

norma que devem ser cumpridas para garantia do equilíbrio social. A manutenção de uma ordem jurídica justa e voltada a direitos humanos oferece esta possibilidade para o direito, de ser ao mesmo tempo previsível e justo.

O paradigma culturalista, voltado a valores, é complementado pela teoria tridimensional do direito, que coloca três eixos para o direito: Fato, Valor e Norma. A norma é aplicada ao fato do mundo real, este é referido a valores, e os valores determinam a criação de novas normas. Estes três elementos, em formato triangular, servem como base de análise do direito neste paradigma tridimensional.

Estas construções contribuem para que a interpretação na pós-modernidade possa se fixar nos novos influxos sociais e nas necessidades dos sujeitos em específico.

Na pós-modernidade, esta cultura mutável torna-se ainda mais fluída, os influxos da civilização e da cultura de determinado povo são cada vez mais fortes e mais mutáveis. Em convívio social global o sujeito busca reconhecer-se em determinada cultura e mantê-la acesa em respeito a seu passado e sua tradição. Ao mesmo tempo, recebe influxos externos que o fazem observar o mundo com novos olhares. Opera, para Hall uma verdadeira *tradução*, na qual o determinados hábitos e culturas passam pelos filtros de outros hábitos e culturas, de sujeitos diferentes, e criam um terceiro gênero cultural.

O sujeito absorve aquilo que lhe é interessante no mundo, na cultura global e traduz esta cultura para dentro do seu mundo. É nítida a formação de territórios que não parecem nacionais dentro das grandes metrópoles: bairros de japoneses ou italianos se destacam na paisagem por serem representativos de outras culturas. Esta tentativa de manutenção de uma historicidade e de culturas ancestrais é também motivo de proteção do direito, no viés culturalista do diálogo das fontes.

Para Erik Jayme e para Miguel Reale, trazidos no texto, o direito é parte integrante da cultura – e não do comportamento. Assim, a proteção do Direito é ainda mais ampla, pois deve proteger tanto os direitos que estão dispostos em lei quanto aqueles que o sujeito declare necessitar. Quanto maior sua necessidade de Direitos, maior sua vulnerabilidade e, consequentemente, mais ampla proteção estatal correspondente se faz necessária. Quanto mais integração, maior deve ser a proteção da cultura de cada ser.

Cada constituição estatal traz em si suas disposições acerca dos direitos dos cidadãos, são diferentes. Valorizam o patrimônio comum de construção cultural e valores jurídicos de base, em consideração à resolução de conflitos internos e externos. Na cultura globalizada e pós-moderna, com os influxos internos e externos de cultura e a constante influência de povos de diferentes regiões do mundo, é preciso ponderar no direito interno e

externo sobre os valores determinantes do Estado e, mais do que isso, proteger o sujeito e sua identidade, com o objetivo de perpetuação da cultura regional e consequentemente da cultura global.

Cada sujeito interessa-se em efetivar seus próprios direitos pessoais ou de grupo, e por isto, elegem representantes e requerem direitos específicos, por meio de lei, ato executivo ou de sentença. É certo, entretanto, que o paradigma pós-moderno e a vida que ele representa não alcançaram toda a população, ainda subsistem casos de trabalho adscritício, de alienações legais, locais impróprios para convívio de idosos e de pessoas com deficiência, cidades que não foram ainda alcançadas pelo atendimento à luz elétrica e água própria para consumo humano, exemplos dos contrastes sociais existentes no mundo atual.

Todas estas alienações que, conforme trazido por Cláudia Lima Marques, demonstram que coexistem diversos paradigmas no mundo atual, ainda permanece a idade média nas favelas e o feudalismo nas fábricas. Entretanto, aos sujeitos pós-modernos cabe também diminuir ou findar estas desigualdades. Neste sentido a interpretação deve ser em favor destes sujeitos, que apresentando maior grau de vulnerabilidade devem ter seus direitos protegidos e resguardados.

Questiona-se, todavia, se haveria um número de valores comuns entre diferentes civilizações. Os conceitos trazidos de *Zivilisation*, questão externa, a superfície dos sentimentos humanos, e *Kultur*, aquilo intrínseco ao ser, são formadores da identidade do sujeito. Entretanto, um mesmo sujeito pode carregar consigo várias identidades, cada uma delas correspondente a uma parte de si. Assim, cada um carrega consigo sua lei, sua cultura, criando um grande desafio: definir os níveis de liberdade legitimados pelo direito.

Isto é dizer que a um mesmo sujeito são cabíveis e aplicáveis diversas leis, narrativas, que o protegem e comunicam valores e normas entre elas, formando um sistema dialógico de operacionalização de direitos. Estes direitos se justificam na medida da vulnerabilidade do sujeito.

A vulnerabilidade é originalmente uma ferida, algo que dificulta ou atrapalha o livre desenvolvimento deste sujeito. Um sujeito vulnerável apresenta uma diminuição no mundo dos fatos de suas potencialidades de vida, quer seja por um problema físico, meio cultural, questão de saúde ou questões intrínsecas ao próprio ser.

Estes sujeitos vulneráveis carregam consigo maiores dificuldades na realização de seus direitos fundamentais, e por isto, são o foco do direito atual. Os três poderes devem trabalhar em conjunto para trazer a estes sujeitos mais direitos e direitos mais adequados.

Exemplo claro foi a recente retirada do Canabidiol pela Anvisa do rol de substâncias proibidas no Brasil, que complementa a lei de drogas. Esta substância comprovadamente tem efeitos benéficos a um grupo de pessoas que possuem doenças neurológicas, para as quais outros medicamentos são inócuos.

Após diversas decisões judiciais que forneciam este direito a estas crianças, de importar e transitar no Brasil com esta medicação, a Anvisa entendeu pela retirada da proibição de circulação com este medicamento. Visivelmente operou-se um diálogo entre as ordens judiciais de permissão do Canabidiol para tratamento de crianças e o executivo, que ouvindo estas novas demandas não se calou e informou novas regras: a permissão de uso desta medicação, por meios lícitos de importação.

No mundo dos fatos, um pequeno grupo de crianças já estavam sendo beneficiados pela utilização da medicação no Brasil, entretanto, com a permissão de importação pela Anvisa, garante-se que um grupo maior de pessoas será beneficiado pelos avanços da medicina, e que aqueles que se beneficiem deste direito não estarão arriscando sua vida e dignidade apenas para garantirem o direito à vida.

É certo destacar que não se busca a universalidade de direitos gerais, pelo contrário, busca-se a efetivação de direitos fundamentais específicos a cada sujeito. Isto é dizer que a busca pela humanização do direito não pode ser o contrário daquilo que se propõe, não pode ser a justificativa para a massificação cultural, de modo diverso a chave da interpretação pós-moderna está na individualidade e no respeito a esta individualidade de cada sujeito.

Para isto, o direito traz métodos operacionais bastante específicos, analisando-se no aspecto legislativo, as normas narrativas abarcam em si uma verdadeira narração de valores. Um dos pressupostos para a aplicação de determinado direito é que ele esteja firmado no ordenamento: por exemplo o direito à vida está constitucionalizado e tem diversas leis infraconstitucionais que o protegem. Ainda assim podem existir casos que não estejam contemplados legalmente. Mas, sendo o valor do direito à vida um valor subsistente no sistema jurídico, então, é possível que seja analisado em juízo, ainda que não tenha específica previsão legal para tal.

Estas leis, de ordem pública, conforme abordado, devem ser aplicadas a todo o sistema jurídico, sob pena de nulidade virtual dos objetos que derivem do descumprimento destes novos princípios de direito, que devem ter a aplicação mais extensiva possível.

A aplicação do direito então passará pelos filtros da legalidade, da justiça, da segurança jurídica e dos fins sociais da norma, dos argumentos consequencialistas que determinam a escolha deste ou daquele instrumento normativo para a efetivação de direitos.

Na escolha dos argumentos de justificação da decisão judicial, o operador da lei tem a possibilidade de realizar operações de exclusão ou de integração normativa, sendo as últimas preferíveis, pois garantem a continuidade e grandeza sistêmicas ao contrário da aplicação direta de leis específicas e concretas.

Há crescente aplicação jurisprudencial do diálogo das fontes como ferramenta de coordenação dos diversos influxos jurídicos e sociais exigidos em uma visão global do Direito comprometida com o respeito aos direitos humanos. Uma boa pista de interpretação do Direito deve-se pautar no diálogo de fontes, e não no monólogo de aplicação antinômica das leis.

A diferenciação do diálogo das fontes da interpretação sistêmica clássica se estipula no resultado da aplicação. A derrogação legislativa presente nas teorias clássicas abre espaço ao discurso da complementariedade das normas. A inovação do discurso do diálogo de fontes reside na capacidade de ver “nas situações em que os métodos de interpretação clássicos observam contradição entre normas, a sua complementariedade, quando necessária para assegurar a coerência e unidade do ordenamento jurídico”²⁴⁶

Não se propõe uma teoria total ou hegemônica, de exclusão das demais modalidades interpretativas, ao contrário, uma teoria dialógica apenas poderia propor a não homogeneidade de sua aplicação. Em busca da compatibilização de métodos, o diálogo de fontes é uma das possibilidades oferecidas ao operador do Direito para buscar a norma mais justa ao caso concreto, respeitando a segurança jurídica, vez que está ligada também às expectativas sociais da norma e à possibilidade de recurso sobre a decisão proferida.

Existem casos nos quais a aplicação das teorias da anitonomia jurídica ou das interpretações sistemáticas clássicas alcançarão resultados suficientemente justos mesmo no mundo pós-moderno. Entretanto, a alguns casos é preciso um novo paradigma, pautado em uma construção cultural e jurídica diversa, que esteja de acordo com a pós-modernidade, sua hipercomunicação, a narração, o retorno dos sentimentos e com o pluralismo.

²⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. in. Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91

Para estes casos, que apresentam nova importância para o direito, e para estes sujeitos, que passam a ser beneficiários de direitos específicos e especiais, é preciso uma nova interpretação que lhes dê a maior possibilidade de receber e ampliar direitos.

Mais do que critérios de exclusão de normas incoerentes, busca-se alternativa de coerência interna do Direito, recebendo os influxos externos, sociais, econômicos e obedecendo aos programas normativos do Estado.

As crescentes decisões judiciais envolvendo o diálogo das fontes deixam clara sua aplicabilidade ao caso concreto e a possibilidade de oferecer respostas esperadas porém inalcançáveis com os métodos clássicos de interpretação jurídica. Complementarmente a estes métodos clássicos, o diálogo das fontes autoriza o intérprete a atuar utilizando fontes diversas presentes no ordenamento para embasar sua decisão, que tem como égide os valores constitucionais, mais do que apenas as regras.

A aplicação da teoria do diálogo das fontes na proteção dos direitos dos sujeitos permite que se efetive a proteção aos setores depauperados da sociedade garantindo eficácia plena às premissas constitucionais, mormente a da igualdade material. Estes sujeitos, que antes eram apenas coadjuvantes da ordem jurídica passam a protagonistas de direitos, e, adequados à igualdade material constatada pela premissa máxima de que somos todos iguais, por sermos todos dotados de igualdade material, que deve ser efetivada da forma mais ampla possível.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITTAR, José Eduardo. **O direito na pós modernidade e reflexões frankfurtianas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009
- BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico:** lições de filosofia do direito. tradução Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999
- BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, p. 111, maio 1987.
- BRITTO, Carlos Ayres de. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo.** 22. ed. São Paulo : Malheiros, 2006.
- DALARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil Brasileiro.** Volume 1. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2008
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado.** Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- DUQUE, Marcelo Scheink. **Curso de Direitos Fundamentais Teoria e Prática.** São Paulo: RT, 2014
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador.** Vol. 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** Atlas: São Paulo, 1977
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013
- FREITAS, Juarez, **A interpretação sistemática do Direito.** 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- GASSET, Ortega y. **Meditações de Quixote.** São Paulo :Iberoamericana, 1967

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008

HALL, Stuart. **Identidade cultural na pós-modernidade.** 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2006

JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - in: **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye**, 1995

JAYME, Erik. Entrevista à Revista Trimestral de Direito Civil. Dirigida por Gustavo Tepedino. In **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS.** Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme. 2^a Ed. Vol. I., 2003. p.63-67

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução Luis Carlos Borges, 4 ed; São Paulo: Saraiva, 2005

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor.** Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 37, p. 59/76, jan./mar. 2000

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** Fundamentos de Direito. 2^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

LOSANO, G. Mário. Hans Kelsen, uma biografia cultural mínima. In **Derechos y libertades.** Revista del Instituto Bartolomé de las casas, Madrid, XIV, 2005

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**, tradução de Maria da Conceição Corte-Real. UnB, 1980

MARQUES, Cláudia Lima .**Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo:Saraiva, 2012

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MARQUES, Claudia Lima. Laudatio para Erik Jayme – memórias e utopia. In **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS.** Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme. 2^a Ed. Vol. I., 2003. p.53-61

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo à Erik Jayme In **Diálogo das Fontes:** do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LOTUFO, Renann; MARTINS, Fernando Rodrigues.. (Org.). **20 Anos do Código de Defesa do Consumidor:** Conquistas, Desafios e Expectativas. 1^a ed. São Paulo: SARAIWA, 2011, p. 171

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Violación de la confiabilidad en el negocio de la información comercial. Weingarten, Célia e Ghersi, Carlos Alberto (diretores). **Daños - globalización, estado, economía**. Buenos Aires :Rubinzal-Culzoni, 2000

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In **Revista de Informação Legislativa**. p. 193-214. Número 201 jan./mar. 2014

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012

RADBACH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967

RADBACH, Gustav. **Introducción a la filosofía del Derecho** tradução de Wenceslao Roces. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1965

RADBACH, Gustav. O homem no direito. Trad. Jacy Mendonça. Disponível em <http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf>. Acesso em 10/08/2008

REALE, Miguel. A problemática dos valores no mundo contemporâneo. In **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Volume 57, 1962

REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: Para um novo paradigma hermenêutico. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

REALE, Miguel. Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito. In. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 88, São Paulo: USP, 1993, p. 301–312

REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992

Relatório N° 54/01 Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso 12.051, 4 de abril de 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 04/08/2014

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público:** curso elementar. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** São Paulo: Paz e Terra, 2012

SANTOS, Boaventura Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos Humanos. In: BIANCO, Feldman; CAPINHA, Graça. (org.). **Identidades.** São Paulo: Editora Hucitec, 2000

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARLET, Ingo. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2013

SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo, RT, 2002