

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

CLAYTON MOREIRA DE CASTRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DIÁLOGO DE FONTES: contributo da
hermenêutica dialógica para o modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**

**UBERLÂNDIA
2018**

CLAYTON MOREIRA DE CASTRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DIÁLOGO DE FONTES: contributo da
hermenêutica dialógica para o modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito, da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Dr. Fernando Rodrigues Martins

**UBERLÂNDIA
2018**

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

C355d Castro, Clayton Moreira de, 1976-
2018 Direitos fundamentais em diálogo de fontes [recurso eletrônico]: contributo da hermenêutica dialógica para o modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência / Clayton Moreira de Castro. - 2018.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2019.711>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Martins, Fernando Rodrigues, 1964- (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÉMICO EM DIREITO



ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ata N.º 110 da defesa de DISSERTAÇÃO DE MESTRADO do Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia.

Defesa de Dissertação de Mestrado Académico sigla do PPG: PPGDI
Discente: Clayton Moreira de Castro Matrícula: 11612DIR002
Título do Trabalho: DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DIÁLOGO DE FONTES: CONTRIBUTO DA HERMENÉUTICA DIALÓGICA PARA O MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais
Linha de pesquisa: Tutela Jurídica e Políticas Públicas

As 10 horas do dia 29 de março de 2018, auditório ESAJUP do bloco 5V, campus Santa Mônica, Universidade Federal de Uberlândia, reuniu-se a Comissão Julgadora, designada pelo Colegiado do Curso de Mestrado em Direito, assim composta:

Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins – Orientador	Universidade Federal de Uberlândia - UFU
Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira	Universidade Federal de Uberlândia - UFU
Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira	Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa Doutor Fernando Rodrigues Martins concedeu a palavra ao(à) candidato(a) para uma breve exposição do seu trabalho.

A duração da apresentação do(a) aluno(a) e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do curso estabelecidas pelo Colegiado.

A seguir o(a) senhor(a) Presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(as) examinadores(as), o(a)s quais passaram a arguir o(a) candidato(a), durante o prazo máximo de 30 minutos, assegurando-se ao(à) mesmo igual prazo para resposta. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a comissão, em sessão secreta, atribuiu os conceitos e emitiu pareceres finais individuais anexos a esta ata. Em face do resultado obtido, a Comissão Julgadora considerou o(a) candidato(a) **aprovado(a)**.

Esta defesa de Dissertação de Mestrado Acadêmico é parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre. O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, Legislação e regulamentação internas da UFU.

Nada mais havendo a tratar encerraram-se os trabalhos às 12 horas. Eu, Rafael Momenté Castro, secretário do Programa, lavrei a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Comissão.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins – UFU – Orientador

Prof. Dr. Keila Pacheco Ferreira – UFU

Prof. Dr. Amanda Flávio de Oliveira – UFMG

À minha esposa, Lindinalva, companheira de todos os momentos.

Aos meus pais, José Carlos e Rosângela, por tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder força para mais uma jornada.

Ao professor Fernando Rodrigues Martins, pelo apoio e orientação.

Aos professores Carlos José Cordeiro e Ricardo Padovini Pleti, pela contribuição durante o exame de qualificação.

Às professoras Amanda Flávio de Oliveira e Keila Pacheco Ferreira, que engrandeceram este estudo com sua participação na banca de defesa da dissertação.

A toda minha família, pela compreensão e apoio incondicional.

A todos os distintos amigos da 8ª Turma do Programa de Mestrado em Direito da UFU, pelas experiências enriquecedoras.

Aos professores e funcionários do Programa de Mestrado em Direito da UFU, pela convivência.

O direito faz parte da cultura geral. Tem raízes profundas na tradição, mas também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, nosso direito atual é, em certa medida, uma reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer, da cultura pós-moderna. (Erik Jayme).

RESUMO

O objetivo da dissertação é estudar a teoria do diálogo das fontes como método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, visando a contribuir para que o Direito avance em relação ao enfrentamento do desafio de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais, especialmente na promoção da pessoa com deficiência. Utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem e o monográfico como método de procedimento. Além disso, em se tratando da análise de direitos fundamentais, impôs-se a utilização da argumentação jurídica, em face à dificuldade interpretativa e à aplicação adequada de princípios. Verificou-se que o diálogo das fontes consiste em meio de realização de direitos fundamentais, uma vez que se trata de método de interpretação e aplicação de normas jurídicas capaz de dar respostas em consonância com o desafio hodierno do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções adequadas e conforme a Constituição. Concluiu-se que o diálogo das fontes é igualmente capaz de (res)sistematizar as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência, em razão dos valores jurídicos inerentes a essas pessoas e dos valores estatuídos pela Constituição da República e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Palavras-chave: Diálogo das fontes. Direitos fundamentais. Pessoa com deficiência. Dignidade da pessoa humana. Pós-modernidade.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to address the theory of the "Dialogue des Sources" as an interpretation and application method of legal standards. In addition, it aims at helping Law advance in the challenge of protecting human beings and seeking solutions that are more just and in accordance with fundamental rights, especially in the protection and promotion of persons with disabilities. The deductive method was used as an approach and the monographic method was used as a procedure. Moreover, in the case of the analysis of fundamental rights, it was necessary to use legal arguments due to difficulty of interpretation and proper application of principles. The "Dialogue des Sources" proved to be an instrument for the execution of fundamental rights, since it is a method of interpretation and application of legal norms that solves issues in accordance with the current challenge of the right of protection of human beings and promotes the search of just solutions consistent with the Constitution. In conclusion, the "Dialogue des Sources" can also redesign the norms of the new legal model for the promotion of persons with disabilities due to the legal values inherent to these persons and to the values established by the Constitution and by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: Dialogue des Sources. Fundamental rights. Person with disability. Human dignity. Postmodernity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990)
CIDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943)
CPC	Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015)
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE E A VISÃO SISTEMÁTICA E FUNCIONAL DA ORDEM JURÍDICA	18
2.1 Direito, pós-modernidade e diálogo das fontes	18
2.2 A visão sistemática e funcional da ordem jurídica e a coerência decorrente do diálogo das fontes	39
2.2.1 O conceito de sistema	40
2.2.2 O sistema jurídico e a interpretação sistemática de acordo com a teoria do diálogo das fontes	46
2.3 A Constituição como centro unificador do ordenamento jurídico e o diálogo das fontes como catalizador da relação entre marcos teóricos do direito contemporâneo.....	61
3 TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES: MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS.....	65
3.1 A idealização de Erik Jayme e a contribuição de Cláudia Lima Marques: origem, conceito, significado e delimitação do método do diálogo das fontes.....	65
3.2 Critérios hermenêuticos da teoria do diálogo das fontes: valores jurídicos constitucionais, direitos fundamentais e direitos humanos	76
3.3 Os tipos de diálogo das fontes.....	78
3.4 Críticas doutrinárias à teoria do diálogo das fontes: a legitimidade e a segurança jurídica no direito pós-moderno.....	82
3.5 Diálogo das fontes e eficácia horizontal dos direitos fundamentais como meios de valoração digna da pessoa humana.....	86
3.5.1 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	88
3.5.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	89
3.5.3 Os deveres de proteção do Estado nas relações entre particulares	91
3.5.3.1 As duas dimensões do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de insuficiência	93
3.5.3.2 A função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela	95
3.5.3.3 A teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais....	97

3.5.4 Vinculação ética aos direitos fundamentais segundo Aristóteles: o diálogo das fontes como condição pós-moderna de concreção do princípio da solidariedade	100
3.6 Diálogo das fontes como postura do intérprete no processo de coparticipação de criação do direito inerente à pessoa com deficiência.....	106
4 O DIÁLOGO DAS FONTES E O NOVO MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	111
4.1 O Estatuto da pessoa com deficiência e as alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil.....	111
4.2 Tutela da dignidade da pessoa com deficiência: a capacidade jurídica no rol dos direitos humanos.....	119
4.2.1 A pessoa humana e a dignidade: convergência entre o direito público e o direito privado em diálogo das fontes	125
4.3 Diálogo das fontes no novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência: a concreção dos direitos fundamentais efetivada por todo o sistema jurídico.....	130
4.3.1 Diálogos sistemáticos de coerência entre as fontes do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência	132
4.3.2 Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade entre o EPD e o Código Civil	140
4.3.3 Diálogos de coordenação e adaptação sistemática entre as fontes do microssistema jurídico de tutela e promoção da pessoa com deficiência	150
5 CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS	174

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são inerentes a todo ser humano, de forma que, assim, o fato de uma pessoa ser criança da mais tenra idade, estar enferma ou possuir alguma deficiência não lhe coloca em situação jurídico-constitucional diferente daquela conferida aos demais indivíduos.

Com efeito, a Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em vigor desde janeiro de 2016, objetiva principalmente deixar claro que, em prol de sua dignidade, a pessoa com deficiência deverá ser tratada com igualdade, sem discriminação.

Não obstante, é preciso considerar que, fundando-se na não discriminação e na plena e efetiva participação e inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, o EPD modificou o paradigma para reconhecimento da incapacidade jurídica, passando o Código Civil (CC) a considerar absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, o que significa dizer que, sendo maior de dezoito anos (quando cessa a incapacidade civil relativa), em regra, toda pessoa é capaz, podendo praticar atos da vida civil livremente.

É verdade que o Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) continua protegendo os incapazes. Entretanto, o EPD retirou as pessoas com deficiência do conceito de incapacidade, deixando-as, em tese, sem algumas proteções especiais.

Destarte, paradoxalmente, o EPD pode ter emancipado de forma insuficiente as pessoas com deficiência, que, por exemplo, tenham algum impedimento de natureza mental ou intelectual que dificulte seu discernimento ou impossibilite sua autodeterminação. E, diante da falta de uma norma que expressa e diretamente garanta a essas pessoas as mesmas proteções que o Código Civil confere aos incapazes, o EPD pode ter colocado as pessoas com deficiência em risco patrimonial, em uma sociedade de consumo, globalizada e hipercomplexa.

Essa emancipação insuficiente e o risco patrimonial das pessoas com deficiência ficam evidenciados quando se analisam algumas possíveis consequências jurídicas do EPD, como a fruição de prazo de prescrição e decadência contra o enfermo e a pessoa com deficiência mental ou intelectual, a possibilidade de os bens das pessoas com deficiência serem usucapidos e a aptidão de as pessoas com deficiência responderem diretamente com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros.

Em verdade, as consequências jurídicas promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência somente podem ser adequadamente evidenciadas por intermédio de uma visão sistemática do direito, capaz de assegurar dignidade e inclusão às pessoas com deficiência,

concretizar o princípio da igualdade e dar soluções conforme os direitos fundamentais.

Hodiernamente, essa visão sistemática do Direito pode ser conferida pela teoria do diálogo das fontes, a qual consiste em método sistemático de interpretação e aplicação das normas jurídicas, cujo objetivo é assegurar a coerência sistêmica e a efetividade do Direito, tendo como fundamento a Constituição e os valores jurídicos por ela estatuídos (dimensão objetiva ou substrato axiológico dos direitos fundamentais).

De fato, para consecução do novo paradigma relativo às pessoas com deficiência, inevitavelmente deverá haver diálogo entre o EPD e as demais fontes do sistema jurídico brasileiro (como o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor), de forma que as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência sejam (res)sistematizadas, em razão dos valores jurídicos inerentes a essas pessoas e dos valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CIDPD).

Esse diálogo de fontes há de ser aberto e profícuo, sempre a favor da pessoa com deficiência, a fim de garantir a coordenação e a coerência sistemática das fontes de Direito, a supremacia da Constituição e a primazia dos direitos fundamentais.

Dentro desse contexto, é de se registrar que, neste trabalho, a expressão “direitos fundamentais em diálogo de fontes” é utilizada especialmente em razão da possibilidade de normas de diversas fontes (constitucionais e infraconstitucionais) do sistema jurídico se coordenarem dialogicamente, visando à concreção de direitos fundamentais.

Aqui, não se pode olvidar que os direitos fundamentais se espalham por todo o ordenamento jurídico, alcançando a legislação infraconstitucional. Dessa forma, a realização de direitos fundamentais também pode ocorrer a partir da interpretação e da aplicação de normas jurídicas infraconstitucionais, por meio da utilização do método do diálogo das fontes.

Com efeito, em benefício da pessoa humana, há profunda e profícua interação entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, evidenciando uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas, capaz de dar concretude à dignidade da pessoa humana, com sua relação dinâmica e recíproca com os direitos humanos, com sua fundamentalidade de valor supremo do nosso ordenamento jurídico-constitucional e com seu caráter dinâmico na esfera privada, manifestado pelo livre desenvolvimento da personalidade.

Então, sendo a dignidade atributo intrínseco do ser humano, ocorre um entrelaçamento do Direito no âmbito internacional, na área jurídico-constitucional e na esfera privada,

formando um arrimo trípode para a necessária concretude da dignidade da pessoa humana¹.

Nesse cenário, o diálogo das fontes se apresenta como método da nova teoria geral do Direito, capaz de eficientemente concretizar a dignidade da pessoa humana, em razão de seus critérios hermenêuticos permitirem a convergência do direito público e do direito privado, propiciando, assim, a formação sistemática e coerente do arrimo trípode (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade) que a dignidade da pessoa humana usufrui para a sua necessária concretude (direitos fundamentais em diálogo de fontes).

Ademais, a expressão “direitos fundamentais em diálogo de fontes” também é utilizada porque evidencia a possibilidade de ocorrer diálogo entre fontes de índole constitucional (diálogo intraconstitucional), principalmente no caso do fenômeno da concorrência entre direitos fundamentais, que consiste na possibilidade de mais de um direito fundamental de um único titular poder ser aplicado em benefício deste, em um determinado caso jurídico concreto.

Como se vê, a expressão “direitos fundamentais em diálogo de fontes” manifesta a ideia de que os direitos fundamentais devem ser concretizados por todo o sistema jurídico, em diálogo das fontes. Para isso, a teoria do diálogo das fontes confere ao sistema a maleabilidade necessária para que o núcleo de cada direito fundamental seja respeitado, podendo ser materializado em razão da busca do melhor entendimento que compatibilize sistematicamente as normas jurídicas, interpretando-as e aplicando-as coerente e coordenadamente, de forma simultânea ou subsidiária.

Feitas essas considerações, é preciso sublinhar que o **tema** a ser tratado na presente dissertação são os direitos fundamentais, o Direito como sistema e a teoria do diálogo das fontes. O **tema pode ser delimitado** adotando-se como objeto principal de pesquisa a análise do “diálogo das fontes” como método sistemático de interpretação e aplicação de normas jurídicas, especialmente na promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

Definido e delimitado o tema do trabalho, é possível apresentar o **problema** ou a questão central da pesquisa, isto é, em meio ao tema escolhido, a questão (ou questões) que se pretende responder. Dessa forma, os seguintes problemas podem ser apresentados:

- O “diálogo das fontes” consiste em um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas capaz de propiciar o diálogo eficiente entre o EPD e as demais

¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Corregedorias do ministério público e legitimação procedural: a função orientação na promoção da administração pública responsável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 491-520, 2016b. p. 500.

fontes do sistema jurídico brasileiro, de forma que as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência sejam (res)sistematizadas, em razão dos valores jurídicos inerentes a essas pessoas e dos valores estabelecidos pela Constituição da República e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?

- O “diálogo das fontes” consiste em um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas condizente com o atual desafio do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais, em uma sociedade de consumo, globalizada, mutável e hipercomplexa?

Diante dos problemas anteriormente formulados, podem ser apresentadas as seguintes **hipóteses de estudo**, que consistem nas respostas provisórias aos problemas da pesquisa:

- a) o “diálogo das fontes” consiste em um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas capaz de (res)sistematizar as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência, em razão dos valores jurídicos inerentes a essas pessoas e daqueles valores estatuídos pela Constituição da República e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e
- b) o “diálogo das fontes” consiste em meio de realização de direitos fundamentais, uma vez que se trata de método de interpretação e aplicação de normas jurídicas capaz de dar respostas em consonância com o desafio hodierno do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais justas e conforme a Constituição.

O **objetivo geral ou mediato** do presente trabalho é estudar a teoria do diálogo das fontes como método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, visando a contribuir para que o Direito avance em relação ao enfrentamento do desafio de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais, especialmente na promoção da pessoa com deficiência.

Além do mais, de modo geral, este estudo propõe o aprofundamento dogmático, crítico e filosófico quanto aos direitos fundamentais, buscando, por meio da epistemologia jurídica contemporânea, traçar fundamentos teóricos para que pesquisadores e demais profissionais do meio jurídico possam discutir, propor e avaliar mecanismos institucionais, normativos, políticos e sociais de concreção dos direitos fundamentais como valores cruciais de jusfundamentação do Estado Democrático de Direito.

Os objetivos específicos ou imediatos da pesquisa são:

- a) analisar as características e as consequências do Direito pós-moderno;
- b) discutir os direitos fundamentais, em uma perspectiva sistêmica do Direito;
- c) estudar a teoria do diálogo das fontes e contribuir para a sua sistematização;
- d) demonstrar a importância prática da teoria do diálogo das fontes, especialmente quanto à sua aplicação no novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência; e
- e) investigar a forma como podem ser (res)sistematizadas as normas jurídicas do modelo jurídico promocional da pessoas com deficiência, diante do novo paradigma estabelecido pelo EPD.

A justificativa da escolha do tema de estudo fica evidenciada quando se percebe a escassez de trabalhos técnico-científicos voltados à teoria do diálogo das fontes e ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Além do mais, há a necessidade de enfrentamento do desafio atual do Direito de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais, mormente quanto à pessoa com deficiência.

Nessa senda, indubitavelmente, mostra-se necessário discutir a teoria do diálogo das fontes, pois os critérios hermenêuticos estabelecidos por essa teoria são importantes para garantir a coerência do ordenamento jurídico, tornar possível a pretensão de completude sistêmica e assegurar a supremacia da Constituição. O diálogo das fontes permite a solução de tensões entre normas jurídicas (sejam regras, sejam princípios), mormente nos casos de maior complexidade, porquanto a adoção dessa teoria confere ao ordenamento jurídico a adequada maleabilidade para superação dessas tensões.

Como se observa, os temas deste trabalho inserem-se entre os mais sérios e atuais no âmbito dos direitos fundamentais e do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Dessa forma, ficam patentes a relevância e a atualidade dos temas de estudo: os direitos fundamentais, o Direito como sistema e a teoria do diálogo das fontes.

Como **marco ou referencial teórico** desta pesquisa, tem-se a teoria do diálogo das fontes, idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme², cuja aplicação no Brasil deve-se ao

² Veja as seguintes obras: JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration**: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Haye: Nijhoff, 1995, II; JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003a; e JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, mar. 2003b.

engajamento e às lições de Claudia Lima Marques³, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Ademais, especificamente quanto à aplicação da teoria do diálogo das fontes na promoção da pessoa com deficiência, a dissertação tem como marco teórico artigo de Fernando Rodrigues Martins, no qual são abordados a emancipação insuficiente da pessoa com deficiência (promovida pelo EPD) e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo⁴.

Para consecução dos objetivos propostos, adotou-se o método dedutivo como **método de abordagem**, que diz respeito aos fundamentos lógicos e à organização do raciocínio desenvolvido em todo o trabalho. Quanto ao **método de procedimento**, o qual se refere à forma como se obtém, processa e valida dados sobre o problema investigado, utilizou-se o método monográfico.

Ademais, em se tratando da análise de direitos fundamentais, é imperativa a utilização da **argumentação jurídica** (com a observância das máximas da proporcionalidade, da razoabilidade e da racionalidade), em face à dificuldade interpretativa e à aplicação adequada de princípios.

É de se anotar que este trabalho envolve levantamento bibliográfico, com compilação e revisão rigorosa de material doutrinário acerca do tema proposto. São revisados conceitos e ideias importantes para a perfeita compreensão de toda a extensão desta pesquisa. Paralelamente, valer-se-á da análise documental, com avaliação (crítica) em profundidade da legislação e jurisprudência pertinente.

Este trabalho parte da análise do Direito contemporâneo, apresentando, na segunda seção, todo o raciocínio teórico imprescindível como instrumento crítico de avaliação da realidade factual, sendo exploradas características marcantes como a pós-modernidade, o pós-positivismo, a reaproximação da Ética e do Direito, o caráter aberto das normas que veiculam cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios e direitos fundamentais, as consequências do giro linguístico hermenêutico na teoria geral do Direito e a noção de sistema e o seu significado para o Direito.

Após explorar todo esse contexto, na terceira seção do trabalho, analisa-se com

³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a.

profundidade a teoria do diálogo das fontes, procurando sistematizá-la, bem como discutir a sua relação com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em seguida, na seção número quatro, é demonstrada a importância prática do diálogo das fontes, de forma a não apenas se voltar para as argumentações, mas também para os fatos ou para as manifestações concretas, com todas as suas variáveis. Assim, investiga-se a forma como podem ser (res)sistematizadas as normas do modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência, diante do novo paradigma estabelecido pelo EPD.

Por fim, apresenta-se a conclusão, na quinta seção do trabalho.

2 O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE E A VISÃO SISTEMÁTICA E FUNCIONAL DA ORDEM JURÍDICA

O Direito consiste em um fenômeno complexo, cuja compreensão é, acima de tudo, uma questão interpretativa. Assim, a relação entre palavras e coisas, ou, mais especificamente, entre texto e norma, está no cerne da compreensão do fenômeno jurídico, de forma que é possível dizer que a hermenêutica se trata do campo que se confunde com a própria teoria do Direito.

Nesta seção da dissertação, visando à correta compreensão do fenômeno jurídico, procura-se analisar pontos importantes que desvendem as características do Direito contemporâneo, em uma época de intensas transformações da sociedade.

Dessa forma, procura-se analisar o Direito na pós-modernidade, a visão sistemática e funcional da ordem jurídica e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a fim de compreender o fenômeno jurídico, e, especialmente, como a teoria do diálogo das fontes pode contribuir para uma visão sistemática do Direito, capaz de promover a proteção da pessoa humana e contribuir para soluções mais adequadas e conforme os direitos fundamentais.

2.1 Direito, pós-modernidade e diálogo das fontes

Em uma sociedade multicêntrica, globalizada e hipercomplexa, a conjuntura atual traz em seu bojo uma crise do Direito⁵, do Estado⁶ e da dogmática jurídica⁷. Nesse contexto, ao

⁵ De acordo com Luís Roberto Barroso, “o Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005).

⁶ Atualmente, o Estado tradicional enfrenta um processo de desconstrução, agravado pela hipercomplexidade da sociedade contemporânea, decorrente principalmente da quantidade de fatos a serem regulados na sociedade globalizada. Com efeito, as profundas e rápidas transformações sociais que acontecem hoje exigem uma resposta jurídica que o Estado sozinho não consegue atender. Ademais, a construção de espaços políticos multinacionais, consistentes em novas formas globalizadas de organização políticas, como a União Europeia, dão ao Estado aparente feição de instituição obsoleta e portadora de interesses paroquiais (HESPAÑHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 48). Nesse contexto, a lei caiu no desprestígio, pois o paradigma do Direito agora é pós-estatal ou pluralista, no qual o Estado já não é mais a única fonte do poder e do Direito. Tudo isso permite afirmar que ocorreu uma significante flexibilização da soberania do Estado (para não chegar ao extremo de dizer que a soberania virou pó).

⁷ Na época atual, a era da globalização, verifica-se uma profusão de ideias e vivem-se rápidas transformações que trazem a sensação de não mais existirem verdades seguras. Assim, “os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005).

Direito em geral, e especialmente ao Direito Constitucional, exige-se uma efetividade que seja capaz de dar concreção aos direitos fundamentais e transformar as estruturas econômicas e sociais.

No novo paradigma do Estado Democrático de Direito⁸, apesar de seu caráter aberto, a Constituição, devido a seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, aponta para um novo Direito de perfil transformador, em cuja centralidade estão os direitos fundamentais.

Observe-se que “os direitos fundamentais, tal como os entendemos hoje, são o resultado de um processo histórico tremendamente rico e complexo, de uma história, a um só tempo, universal, mas sempre individualizada; comum, mas sempre plural.”⁹

Nas revoluções liberais, os direitos fundamentais valiam-se tão somente da função de defender o indivíduo da atuação positiva do Estado. No liberalismo, essa função de defesa ou de liberdade limitava o poder estatal, impondo ao Estado o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas isso somente no âmbito da legalidade, isto é, apenas impunha limites à atuação positiva do Legislativo, em cuja atividade imperava o princípio da legalidade pelo dogma do “legislador racional”¹⁰.

⁸ A evolução gradual do modelo do Estado moderno passa pelo advento do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, para enfim chegar à noção de Estado Democrático de Direito. Hodiernamente, conforme adverte o constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, o Estado de Direito deve ter inserido em seu bojo a ideia de democracia e de Estado Constitucional, sob pena de redução à simples ditadura do Poder Legislativo (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. Tradução de: Il diritto mite: legge, diritti, giustizia. p. 34). Nessa senda, juntas, as ideias de constitucionalismo e de democracia produziram uma nova forma de organização política que, embora admita-se a existência de sutilezas semânticas, pode ser denominada de Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático ou Estado de Direitos Fundamentais. Gustavo Kenner Alcântara ressalta que se pode “entender que o atual Estado (Constitucional) de Direito é bem mais que o clássico Estado de Direito, que se curva ao mero império da lei, estabelecendo relação de contraposição entre Estado e Democracia” (ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. *Ações afirmativas*: análise jurídica da política de cotas instituída por meio da resolução 20/2008 do CONSUN/UFU. 2012. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. p. 11). Segundo o referido autor, o atual Estado Democrático de Direito supera essa oposição, substituindo-a pela tensão entre os conceitos de constitucionalismo (Estado de Direito) e democracia (no sentido de soberania popular). Com a força normativa da constituição, a democracia contemporânea apresenta a possibilidade de ampliação dos direitos já existentes, bem como a criação de novos direitos. Com efeito, não se nega que a democracia é primordial para o desenvolvimento social, político e econômico dos cidadãos. Por outro lado, a democracia formal se consubstancia na vontade da maioria popular. Por vezes, é possível que essa vontade seja opressora e se volte contra a minoria. Se isso ocorrer, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais podem ser considerados trunfos das minorias contra a maioria, diante da tensão ou oposição entre os direitos fundamentais e o poder democrático, ou em outras palavras, entre o Estado de Direito e a democracia (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006). Isso porque a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição, os poderes constituídos no Estado Democrático de Direito não podem dispor livremente dos direitos fundamentais a que estão umbilicalmente vinculados.

⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

¹⁰ O dogma do “legislador racional” consiste em uma construção da teoria formalista do Direito (formalismo jurídico), a qual é caracterizada pelo raciocínio silogístico, pela noção de juiz como mera “boca da lei” e pela

Nesse momento histórico, os direitos fundamentais não eram capazes de influenciar em situações que o Legislativo se omitia diante dos problemas. Além do mais, prevalecia a ideia de que só o Estado era limitado pelos direitos fundamentais, sendo impensável a vinculação dos particulares a esses direitos, pois as relações privadas eram disciplinadas pela legislação ordinária, sem qualquer interferência da Constituição.

Não obstante, hodiernamente, na pós-modernidade¹¹, com a crise do positivismo do

ideia de legislador com determinados padrões de racionalidade. Por essa senda, a figura (hipotética) do “legislador racional” pode ser conceituada como uma idealização (dever-ser ideal) que, servindo de pressuposto para a atividade de interpretação dogmática do Direito, atribui ao legislador diversas características no exercício da atividade legiferante, tais como: permanência, unidade, consciência, finalidade, omnisciência, omnipotência, justeza, coerência, omnicompreensão e precisão.

¹¹ A expressão “pós-modernidade” (ou “pós-modernismo”) não possui uma acepção única ou precisa. Neste trabalho a expressão é utilizada para referir-se à época atual, período que se inicia depois da Segunda Guerra Mundial, em que se verifica profunda modificação do Direito, com o reconhecimento da supremacia da Constituição, da força normativa dos princípios e da primazia dos direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso leciona que a pós-modernidade trata-se do “rótulo genérico [que] abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. p. 6, grifo do autor). Fernando Rodrigues Martins, por sua vez, defende que na pós-modernidade “há uma abrupta transformação de pontos-chave da sociedade e de seus aparelhamentos via economia”, o que alcança a ideia de Estado, enfraquecendo-o (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171-173). Para o referido autor, “se a pós-modernidade é uma ‘era’ ou ‘época vivente’, veio ela acompanhada de um modelo diferenciado daquele existente no tempo anterior. A esse modelo ou contexto atual dá-se o nome de globalização” (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170). Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem afirmam que “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 ‘postiores’ 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.” (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128). Erik Jayme assevera que “a Pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da Modernidade, que ela não quer ser.” (JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, mar. 2003b. p. 116). Para Jayme, o “princípio heurístico da pós-modernidade é a procura por diferenças, que se pressupõe que existam. O lema de Lyotard ‘suportar o incomensurável’ [...] se pode aqui utilizar positivamente. O incomensurável, o inconciliável não é aqui para ser suportado, mas sim transforma-se em fonte do conhecimento.” (JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, mar. 2003b. p. 131). Fernando Costa de Azevedo acrescenta que “a pós-modernidade é um complexo fenômeno humano (artístico, político, científico etc.), difundindo-se em escala global, pelo que se pode falar na existência de uma civilização pós-moderna e globalizada.” (AZEVEDO, Fernando Costa de. Os

velho constitucionalismo europeu, caracterizado pelo culto ao legislador e pelo fetiche à lei, ocorre uma “virada kantiana”¹², isto é, um movimento no sentido de retomada da influência da filosofia de Kant, em que a Ética e o Direito se reconciliam, passando a moral a ser pensada dentro do Direito, de forma a superar a antinomia existente entre o direito natural e o direito positivo.

Antonio Carlos Wolkmer assevera que “é no sentido de uma busca ética permanente

desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre código de defesa do consumidor e código civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 330). Por outro lado, é preciso registrar que alguns autores apregoam que a pós-modernidade não existe, mas sim uma espécie de “modernidade da sociedade moderna”. Nesse sentido, veja o que asseveraram Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “na companhia de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, [...] preferimos reconhecer nossos tempos como mais modernos do que aqueles dos homens que cunharam esse termo para designar a sua época, exatamente por não mais acreditarmos naquela racionalidade mítica, na ciência como saber absoluto. Acreditamos que vivemos, sim, em uma época ainda moderna, em uma modernidade tardia, que pode ser mais sábia, mais moderna, do que a própria modernidade que a antecedeu, em razão do que fomos capazes de aprender com as nossas próprias vivências. A modernidade revela-se assim como um projeto inacabado.” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25-26).

¹² Luís Roberto Barroso lembra que o fenômeno de reaproximação entre a Ética e o Direito é referido por autores alemães como “virada kantiana” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. p. 24). No Brasil, a expressão em comento é utilizada por autores como Barroso, Ricardo Lobo Torres e Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentários à Lei de improbidade administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.). A propósito, Torres assevera que, “de uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de virada kantiana (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias.” (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41). Observe-se que, de acordo com o pensamento de Immanuel Kant (1724-1804), o Direito não consistia em um sistema fechado em si mesmo, pois sua legitimidade se daria pela permeabilidade com a dimensão moral. Entretanto, essa visão ficou adormecida durante anos, em decorrência da superação histórica do jusnaturalismo e da hegemonia do positivismo até a primeira metade do século XX. Somente após a Segunda Guerra Mundial, abriu-se o caminho para a volta da filosofia de Kant, diante do fracasso político do positivismo (em razão de ter propiciado a justificação jurídica de regimes políticos totalitários, como o fascismo e o nazismo, o que permitiu o extermínio de milhões de pessoas, especialmente de judeus). Assim, a expressão “virada kantiana” refere-se ao movimento de retomada da influência da filosofia de Kant no debate jurídico contemporâneo, em que Ética e Direito se reaproximaram, propiciando a fundamentação moral dos direitos humanos (e, por conseguinte, dos direitos fundamentais), visando à busca da justiça material fundada no imperativo categórico (cada indivíduo deve ser tratado com um fim em si mesmo). Registre-se, ainda, que “a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352). Enfim, com a “virada kantiana” ocorre uma reabertura para a aproximação ou reaproximação do Direito com a moral, o que, a rigor, eleva a própria pessoa humana ao fundamento principal do Direito. Como consequência desse movimento, tem-se o novo Direito Constitucional (ou neoconstitucionalismo), a constitucionalização do Direito e a passagem do clássico Estado de Direito, que se curvava ao mero império da lei (Estado Legislativo de Direito), para o Estado Constitucional de Direito.

pelo ‘justo’ que se definem as relações entre a moral e o Direito”¹³. Assim, o aspecto justo do Direito (justiça material) passa a ser uma preocupação pós-moderna, ou seja, consagrado pelo ordenamento jurídico, um conceito de Direito vinculado à moral atua como pretensão de correção, de forma a impedir situações de notória injustiça.

Anote-se que, de acordo com Carvalho Netto e Scotti, Direito e moral possuem uma relação de complementaridade¹⁴, não havendo qualquer sujeição de um em relação ao outro. Nessa relação, “o Direito, ao recepcionar o abstrato conteúdo moral, fornece à moral maior densidade e concretude, recebendo da moral, por sua vez, legitimidade.”¹⁵

Essa “virada kantiana” trata-se de um dos elementos do novo direito constitucional¹⁶, caracterizado por uma profunda modificação do Direito, com o reconhecimento da normatividade, supremacia e centralidade da Constituição, da primazia dos direitos fundamentais e da força normativa dos princípios (a partir principalmente das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy), o que proporciona maior abertura na interpretação e aplicação do Direito e leva ao fortalecimento (ou protagonismo) do Poder Judiciário.

A propósito, o jurista Inocêncio Mártires Coelho, ensina que o constitucionalismo da pós-modernidade é marcado pelos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 216.

¹⁴ Há que se ressaltar que as normas jurídicas (regras e princípios) situam-se no plano deontológico, enquanto estabelecem juízos de dever ser, enquanto as normas de conduta morais (originárias da Ética) situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico. Não obstante essa diferença, quando se busca a distinção entre o Direito e a moral, diante da relação de complementaridade que se verifica entre eles na pós-modernidade, é importante não se olvidar a lição de Miguel Reale, para quem “nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las. Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição.” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41).

¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 161.

¹⁶ Luís Roberto Barroso defende que o novo direito constitucional (ou neoconstitucionalismo) possui três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Na Europa continental, o marco histórico do novo direito constitucional foi o constitucionalismo do pós-guerra (especialmente na Alemanha e na Itália). No Brasil, esse marco histórico foi “a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”. Por sua vez, o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, que se caracteriza por um “conjunto difuso e abrangente de ideias” decorrentes da “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.” Por fim, “no plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005).

subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.¹⁷

A respeito do Direito pós-moderno, importante apresentar os ensinamentos de Daniel Sarmento:

[...] o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo, através do reconhecimento das fontes não estatais do Direito, cujo campo de regulação tende a ser ampliado com a crise do Estado, catalisada pelo processo de globalização. Abandona-se a ideia do ordenamento jurídico completo e coerente, estruturado sob a forma de uma pirâmide, que teria no vértice a Constituição. A imagem que melhor corresponde ao ordenamento é a de rede, em razão da presença de inúmeras cadeias normativas, emanadas das mais variadas fontes, que se entrelaçam numa trama complexa, a qual reflete a caoticidade do quadro jurídico-político envolvente.¹⁸

De acordo com a teoria do Direito de António Manuel Hespanha, o atual modelo de Direito é descentralizado, não hierárquico, pluralista, em rede (e não piramidal, como defendido por Hans Kelsen) e flexível (*soft, mite, ductil*¹⁹).²⁰

Ademais, sobre os desafios do Direito contemporâneo e as características marcantes da pós-modernidade, é preciso registrar os seguintes apontamentos de Fernando Costa de Azevedo:

A *pós-modernidade jurídica* representa o contexto de desafios nos quais se insere a ciência jurídica contemporânea, dentre os quais o de compreender seus institutos em uma época marcada pela instabilidade e fragmentação das ideias e valores, pela ruptura ou incerteza quanto à continuidade de uma “visão geral de mundo”, construída e vivenciada ao longo dos últimos séculos. Nesse sentido, percebe-se que o contexto pós-moderno é marcado por uma *hipercomplexidade* de fontes jurídicas, a regular grupos e interesses sociais distintos, cada qual buscando o seu direito a ser tratado de forma distinta (direito à diferença) e, ao mesmo tempo, por uma tendência, nacional e internacional, de legislar sobre temas convergentes [...].²¹

Na pós-modernidade, postulados ético-morais ganham caráter de vinculação jurídica, pois ocorre o fenômeno da materialização da Constituição, em que esta absorve valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, cujo substrato

¹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 3, n. 12, p. 48-73, abr./maio/jun. 2006. p. 66-67.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 60.

¹⁹ Sobre o direito dúctil veja a seguinte obra: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. Tradução de: Il diritto mite: legge, diritti, giustizia.

²⁰ HESPAÑA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 153.

²¹ AZEVEDO, Fernando Costa de. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre código de defesa do consumidor e código civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 346, grifo do autor.

axiológico se espalha por todo o sistema jurídico, de forma fragmentária e até caótica, exigindo um diálogo entre todas as fontes de Direito, visando a (res)sistematizar o Direito, especialmente em razão da dignidade da pessoa humana (teoria do diálogo das fontes).

Aliás, aqui cabe colacionar a lição do professor Luís Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. **Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.**²²

Com a (re)aproximação entre o Direito e a Filosofia, a questão da justiça passou a ser enfrentada no exercício da democracia e da prática do constitucionalismo. Veja a seguinte lição:

O exercício do pensar filosófico aplicado ao campo do Direito, marcado pelo seu alto grau de reflexividade, volta-se tanto para o questionamento acerca das condições da produção do conhecimento neste campo, ou seja, para o estatuto epistemológico de uma Ciência do Direito, configurando-se assim como uma Filosofia da Ciência aplicada do Direito; como para as indagações acerca da justiça, de uma sociedade justa e de instituições justas, como uma Filosofia Moral aplicada ao Direito.²³

Nesse diapasão, as funções dos direitos fundamentais²⁴ se multiplicaram em favor da

²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Grifo nosso.

²³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:** a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 24.

²⁴ Os direitos fundamentais são frutos de um processo histórico rico e complexo, pelo qual esses direitos foram sendo paulatinamente reconhecidos e consagrados pelo Direito Constitucional dos Estados. Para Hannah Arendt, os direitos humanos (ou os direitos fundamentais e qualquer outra garantia) não são um dado, mas um construído, isto é, são o resultado da ação de organização humana (ARENTH, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989). Nesse contexto, os direitos fundamentais são uma invenção humana, resultante de um processo de construção e reconstrução, podendo, por isso, serem divididos em dimensões (ou gerações), consoante teoria desenvolvida por Karel Vasak. Os direitos fundamentais de primeira dimensão marcam a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito (Liberal). Esses direitos traduzem o valor “liberdade”, sendo, por isso, denominados direitos de liberdade, os quais consistem em liberdades públicas e direitos políticos. Os direitos de segunda dimensão, inspirados e impulsionados a partir do século XIX pela Revolução Industrial europeia, e consagrados com a passagem gradual do Estado Liberal para o Estado Social, corresponde aos direitos de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Já os direitos de terceira dimensão consagram o princípio da solidariedade, englobando

cidadania e da valoração digna da pessoa humana. A título de exemplo, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, e a consagração dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), houve uma mudança (valorativa) do papel dos direitos fundamentais, o qual passou a estatuir responsabilidade do Estado por prestações positivas de bens e serviços.

De modo geral, como decorrência da evolução gradual e contínua do modelo estatal e do reconhecimento na esfera do Direito Constitucional de inúmeros direitos fundamentais, hoje a doutrina aponta como funções dos direitos fundamentais a função de defesa, a função de prestação e a função de proteção (perante particulares).

A função de defesa, repita-se, limita o poder estatal, de forma a impor ao Estado o dever de respeitar os direitos fundamentais. Por sua vez, de acordo com a função de prestação, o Estado é obrigado a prover as demandas sociais e econômicas da coletividade, partindo da premissa de que a atuação estatal deve suprir as necessidades do indivíduo, para que se promova a igualdade (material) entre todos.

Como se vê, os direitos de defesa asseguram as liberdades, enquanto os direitos de prestação buscam condições materiais essenciais aos indivíduos. Isso evidencia que a função de defesa possui índole negativa, pois são direitos que exigem do Estado ações negativas ou que impõem a este um dever jurídico de abstenção (*status negativo*²⁵). Já a função de prestação tem índole positiva (prestações positivas; *status positivo*).

No tocante à função de proteção, ao Estado cabe proteger o indivíduo, no sentido de

os direitos difusos e coletivos, os quais foram consolidados no final do século XX. Os direitos de quarta dimensão corresponderiam aos direitos de democracia, informação e pluralismo, bem como aos direitos de minoria e biogenética. Com efeito, Fernando Rodrigues Martins assevera que os direitos de quarta dimensão são os direitos de minoria e biogenética (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226), enquanto Paulo Bonavides defende que esses direitos são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 590). Por fim, ressalte-se que, embora identificado inicialmente por Karel Vasak como de terceira dimensão, Bonavides tem defendido que o direito à paz deve ser tratado em uma dimensão autônoma, a quinta dimensão, porquanto a paz consistiria em um axioma da democracia participativa e no supremo direito da humanidade (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 609-613).

²⁵ De acordo com a teoria dos quatro *status*, concebida por Georg Jellinek, no final do século XIX, na obra intitulada Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos, a partir de uma perspectiva exclusivamente subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos indivíduos *status* perante o Estado, a saber: a) *status* passivo; b) *status* ativo; c) *status* negativo; e d) *status* positivo. Pelo *status* passivo, os indivíduos detêm deveres perante o Estado, encontrando-se, pois, em posição de subordinação com relação ao Poder Público (alistamento eleitoral, voto). Por sua vez, o *status* ativo confere aos indivíduos aptidão para influenciar ou interferir na formação da vontade estatal (direitos políticos). Já segundo o *status* negativo, o Estado deve deixar de atuar, de forma a preservar os direitos dos indivíduos, os quais gozam de um espaço de liberdade, indene da interferência estatal (propriedade, liberdade religiosa, inviolabilidade de correspondência, direitos de resistência ao Estado). Finalmente, o *status* positivo sinaliza que o Estado tem o dever de atuar positivamente, em favor da promoção dos direitos fundamentais das pessoas (direitos sociais).

amparar, fomentar e preservar os seus direitos fundamentais²⁶, especialmente em relação aos particulares.

Como consequência das funções dos direitos fundamentais, hodiernamente, como adverte Canotilho, a problemática dos direitos fundamentais sintetiza-se na formula: “a lei como exigência de realização concreta dos direitos humanos fundamentais”²⁷.

Ademais, a jurisdição constitucional torna-se a “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”²⁸, cujo papel é primordial na garantia dos direitos fundamentais. A Jurisdição, assim, passa a ser a “garantia das garantias” ou a “garantia de fechamento”²⁹.

Não obstante, é certo que as normas jurídicas em geral, e, portanto, as normas constitucionais em particular, não trazem em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem.³⁰

Com efeito, os princípios e os direitos fundamentais são determinados em abstrato. Aliás, o Direito atual possui como característica normas gerais e abstratas³¹, cujo caráter é estruturalmente aberto e indeterminado, aumentando, assim, a complexidade social e, especialmente, a complexidade do Direito. E, exatamente por isso, um dos problemas atuais do Direito é a aplicação de normas gerais e abstratas a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas.

É interessante observar que, hoje, diferentemente de outrora, comprehende-se que o processo hermenêutico e de aplicação ou concreção do Direito trata-se de um processo único e integrado, marcado pela interação entre a interpretação e a aplicação da norma a um

²⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 363.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 37.

²⁹ FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 227.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347-348.

³¹ Canaris destaca que “é característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo estes se determinar, fundamentalmente, apenas com a consideração do caso concreto respectivo” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 142). Por sua vez, Carvalho Netto e Scotti afirmam que “as normas gerais e abstratas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação, e que, portanto, a aplicação de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentem, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral ou princípio contrário, a configurar uma tensão normativa rica e complexa que opere como crivo para discernir, no caso, as pretensões abusivas das legítimas.” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38).

determinado contexto fático.

Segundo a teoria de Friedrich Müller, não há identidade entre texto normativo e norma jurídica. O autor defende, em suma, que a normatividade é um processo estruturado e que os sentidos de um texto somente surgem na aplicação, na facticidade. Assim, a norma jurídica consiste no resultado de uma atividade prática, pois é produzida pela atribuição de sentido que se faz ao texto normativo. Além do mais, essa atribuição de sentido deve ocorrer por meio de um processo estruturado (do texto da norma até a norma jurídica), diante da concretude de certo caso jurídico concreto³² ou prático.³³

Para Müller, “não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício.”³⁴

Seja como for, Sarmento e Gomes lembram que “o paradigma hermenêutico pós-positivista [...] paga um certo preço à segurança jurídica: a interpretação e aplicação do direito tornam-se mais dinâmicas, elásticas, ricas do ponto de vista axiológico, mas também – é verdade – menos previsíveis.”³⁵

Para Barroso, a nova interpretação constitucional assenta-se na seguinte proposição:

[...] as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.³⁶

³² Observe-se que, para fins didáticos, na atribuição de sentido a texto normativo, Friedrich Müller até admite a utilização de exemplos ou de casos fictícios ou imaginários. Mas sempre há que se considerar que, para o autor, consoante o giro ontológico linguístico, o uso da linguagem significa aplicação. (MÜLHER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MÜLHER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

³³ MÜLHER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Nesse mesmo sentido: MÜLHER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁴ MÜLHER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 50.

³⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. p. 86.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 348.

Outrossim, no tocante às características de uma nova hermenêutica, veja a lição de Carvalho Netto e Scotti sobre os efeitos das normas gerais e abstratas:

A fórmula da lei geral e abstrata foi sem qualquer sombra de dúvida uma conquista evolutiva inegável e a crença no poder dessa fórmula determinante para a configuração do sistema jurídico moderno. A redução moderna do Direito a um conjunto de normas gerais e abstratas, [...] se foi capaz de subverter o antigo regime e suas ordens de privilégios, e de ser central para a instauração dessa nova sociedade sem fundamentos absolutos e imutáveis, não reduziu, mas, pelo contrário, incrementou e sofisticou a complexidade social.³⁷

A natureza da linguagem das normas principiológicas ou, de modo geral, das normas que veiculam cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em razão de essas normas apresentarem menor densidade jurídica em decorrência de seu maior grau de abstração e maior abertura, confere ao Direito uma adaptabilidade às mudanças que ocorrem na realidade, mormente na atual sociedade pós-moderna.

Essa abertura do texto normativo acontece em termos sincrônicos e diacrônicos³⁸. Isso permite o (contínuo) rejuvenescimento (ou atualização) da legislação, uma vez que, diante de sua mobilidade sincrônica (referente às decisões observadas em determinado momento; aspecto estático) e diacrônica (referente às decisões observadas em tempos diversos; refere-se à evolução ao longo de um período), as normas principiológicas e as cláusulas gerais devem ser compreendidas como instrumentos de hermenêutica e aplicação da argumentação jurídica.

Em verdade, é preciso destacar que a abertura do texto de normas principiológicas e das normas que veiculam cláusulas gerais e conceitos indeterminados também significa uma abertura permanente à atualização do catálogo dos direitos fundamentais, mormente porque o rol de direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) não é fechado, exaustivo, mas sim meramente exemplificativo

³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:** a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 134-135.

³⁸ Sincronia e diacronia são conceitos complementares, embora distintos, utilizados inicialmente na linguística, a fim de indicar diferentes recortes ou perspectivas de estudo da língua, possibilitando que esse estudo fosse realizado de maneira sistemática, objetiva e coerente. Nesse sentido, sincronia indica o estudo da língua em um momento específico (sem preocupação com referências temporais) e diacronia significa o estudo da língua através do tempo (a referência temporal serve para observar a evolução de um fenômeno ao longo de um determinado período). De forma mais abrangente, de acordo com Ferdinand de Saussure, “é sincrônico tudo quanto se relacione com o aspecto estático da [...] ciência; é diacrônico tudo que diz respeito às evoluções.” (SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** Tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 96). Assim, pode-se dizer que, de modo geral, a perspectiva sincrônica apresenta características estáticas e descritivas, operando segundo uma lógica relativa a certo estado, em um determinado momento, independentemente de qualquer evolução histórica. Lado outro, a perspectiva diacrônica apresenta características dinâmicas e históricas, operando de acordo com uma lógica relativa ao ponto de vista dinâmico do desenvolvimento ou da sucessão no tempo, possibilitando comparações.

(artigo 5º, §2º, CRFB/1988). Ademais, não se pode olvidar que os direitos fundamentais ou as disposições normativas existentes a fim de assegurar a sua efetiva concreção também podem ser encontrados fora do texto constitucional.

Aqui, convém apontar que Carvalho Netto e Scotti asseveram que, no desafio de compreensão dos direitos fundamentais, deve-se tomá-los como algo permanentemente aberto, vendo a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania³⁹. Nesse desafio, enfatizam os autores:

É a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas e irrepetíveis dos casos concretos, com vistas à promoção simultânea das pretensões à justiça (*Justice*) e à segurança jurídica (*fairness*), que também permite que nos libertemos do mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes.⁴⁰

Por outro lado, a especificidade do texto normativo sob enfoque (abertura) dá ao intérprete um amplo espaço de discricionariedade, o que impõe a necessidade de ser satisfatoriamente fundamentada qualquer decisão fulcrada em tipos normativos abertos, sob pena de não ser alcançada a deseja legitimidade. Em outras palavras: a utilização das cláusulas gerais, dos princípios e dos conceitos indeterminados exige ônus argumentativo e racionalidade, de forma a demonstrar o fundamento racional que legitima a atuação do intérprete-aplicador⁴¹.

³⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43.

⁴⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 15-16.

⁴¹ No pós-positivismo, o controle de legitimidade das decisões obtidas com a utilização das cláusulas gerais, dos princípios e dos conceitos indeterminados é feito por meio da análise da argumentação desenvolvida pelo intérprete-aplicador. Nesse sentido, Barroso adverte que “a teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386-387). Em verdade, há várias teorias sobre a argumentação, mas, em geral, elas se preocupam essencialmente com alguns elementos comuns, a saber: a ideia de razoabilidade (equilíbrio e aceitação social da norma; solução admissível pela comunidade, representando um ponto de equilíbrio entre exigências contrapostas no caso concreto), a noção de proporcionalidade (divide-se em três subprincípios: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; trata-se de instrumento de medida, a fim de verificar se o meio é adequado, necessário e proporcional para realizar um fim legítimo) e a lógica da racionalidade (dá legitimidade às opções do intérprete-aplicador, possuindo os seguintes componentes: consistência, coerência, generalidade e honestidade). Com efeito, Carlos Bernal Pulido assevera que “a racionalidade, a razoabilidade e o princípio da proporcionalidade são critérios para a valoração correta dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais”. (PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante

Registre-se que, para melhor compreender o processo hermenêutico e de aplicação do Direito, é preciso que as regras⁴² sejam vistas como normas de conduta aptas à subsunção⁴³, enquanto os princípios⁴⁴ devem ser tratados como mandamentos de otimização, haja vista que,

com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 60).

⁴² As regras limitam-se a traçar uma solução específica e definitiva aos casos que regulam, isto é, veiculam “soluções prontas” (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 265), nas situações específicas às quais se dirigem. Trata-se de normas jurídicas aplicáveis, predominantemente, por meio da subsunção, operando, segundo Ronald Dworkin, na modalidade “tudo ou nada” (ou a regra regula toda a matéria ou não incide no caso concreto). A propósito, interessante destacar a síntese de Barroso: “regras são, normalmente, relatos objetivos, descriptivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353, grifo do autor). Registre-se, ainda, que, Möller, em consonância com o pensamento de Humberto Bergmann Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005), defende que as regras também possuem dimensões axiológicas, porém, diferentemente dos princípios, estas seriam secundárias (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 270).

⁴³ A subsunção consiste em uma estrutura bastante rígida de interpretação, que ainda hoje é utilizada no processo interpretativo de normas jurídicas tradicionais (regras). Para melhor entender a aplicação do Direito por meio da subsunção, é preciso que fique claro que as regras consistem na “estrutura tradicional de norma jurídica, onde um suposto fático determinado [está] ligado por um nexo deôntico a uma consequência jurídica pré-estabelecida” (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 216). Com efeito, as regras consistem em normas integradas por uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica claramente diferenciadas. Trata-se de normas que possuem a seguinte estrutura condicional hipotética: “Se A, então B”. Nessa estrutura, A é a hipótese de incidência da norma e B é a consequência jurídica. Nesse contexto, anote-se que a maneira de aplicar as regras é por intermédio da subsunção, que consiste em uma espécie de raciocínio silogístico dedutivo em que se enquadram os fatos (premissa menor) na previsão abstrata da norma com sua estrutura hipotético-condicional (premissa maior) e produz-se uma conclusão ou uma consequência (a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) (PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 92). Convém, no entanto, destacar a lição de Juarez Freitas, para quem, diante da natureza multifacetada do fenômeno jurídico, “o silogismo jurídico deve ser reconhecido como dialético, isto é, pertencente ao democrático e pluralista reino da persuasão, não podendo pretender operar sem predicados acidentais nem dispensar argumentações baseadas em premissas contraditórias, tampouco deixar de conduzir a conclusões prováveis e hipotéticas.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53). Dessa forma, Freitas defende que, na perspectiva tópico-sistemática que adota, “tudo se traduz em questão de peso ou de hierarquia, inclusive no campo das regras.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47).

⁴⁴ Os princípios são valorativos ou finalísticos, indicando, pois, fins e estados ideais a serem alcançados. De fato, os “princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 356). Aqui, relevante apontar a definição de princípio apresentada por Möller, para quem é “possível definir os princípios jurídicos como normas jurídicas de forte caráter axiológico, que ocupam posição fundamental nos sistemas e subsistemas como razões de justificação própria e de outras normas. Possuem geralmente estrutura diferenciada que não impõe uma solução única, mas no sentido da proteção de determinados bens, interagindo com outras normas contrárias através de processo de ponderação.” (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 242). Convém lembrar ainda que, segundo Robert Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e

sem comprometimento de sua validade, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Assim, hodiernamente, o processo interpretativo tornou-se complexo, uma vez que o interprete-aplicador deve utilizar a subsunção para aplicação de regras e a ponderação⁴⁵ para a aplicação de princípios. Veja o que aponta Max Möller:

A inclusão dos princípios no processo interpretativo torna mais complexo o caminho entre a situação fática e a solução jurídica (já que não se descarta o modelo de regras), gerando um novo paradigma de interpretação jurídica. Não se trata, portanto, de substituição do método de subsunção por um modelo principiológico de ponderação, mas de agregar os princípios e a ponderação ao processo de interpretação que, em razão disso, torna-se mais complexo.⁴⁶

fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90, grifo do autor). Por fim, observe-se que Marco Antônio Ribeiro Tura defende que: “uma definição adequada de princípios aponta para a circunstância de serem normas direta e imediatamente referidas a fins (valores) e indireta emediatamente a condutas (fatos), enquanto regras são normas indireta e mediatamente referidas a fins (valores) e direta e imediatamente referidas a condutas (fatos). Os princípios diferem de valores, de axiomas, de postulados e de critérios. Princípios são normas; valores não. Axiomas são auto evidentes; princípios exigem demonstração. Postulados são condições para o conhecimento; princípios são objeto de conhecimento. Critérios se referem a normas, mas não são normas; princípios são normas.” (TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 215-230, jul./set. 2004).

⁴⁵ A aplicação dos princípios exige a construção de uma solução própria, dependendo das circunstâncias normativas e fáticas incidentes no caso jurídico concreto. Com efeito, no processo de aplicação dos princípios, a construção da solução depende das circunstâncias particulares do caso concreto e dos princípios envolvidos que atuam em sentido opostos. Assim, considerando que os princípios admitem vários graus de cumprimento, podendo esse grau de cumprimento estar condicionado por fatores externos a essa própria espécie normativa, a ponderação é a forma preponderante de aplicação dos princípios jurídicos. De fato, segundo Pulido, “a ponderação é a maneira de aplicar os princípios e resolver as colisões que podem se apresentar entre eles e os princípios ou razões que atuem em sentido contrário.” (PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 93). Para Lorenzetti, a ponderação “consiste em pesar um e outro [princípio] em relação ao caso, de maneira que seja dado maior peso a um e seja restringido o outro.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 220). Em consonância com a doutrina de Dworkin e Alexy, a ponderação se dá entre princípios, porém, nos casos difíceis (isto é, nas situações em que não é possível obter do ordenamento jurídico uma solução simples e objetiva para a questão), é possível a utilização da ponderação na aplicação de princípios e, extraordinariamente, de regras, visando a realizar a justiça do caso concreto. Enfim, ressalte-se que, de acordo com Barroso, “a ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386).

⁴⁶ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 216.

É de proveito lembrar que, para Barroso, “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios”, porquanto “as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.”⁴⁷

Seja como for, repita-se, diante de suas características peculiares, os princípios dão ao sistema jurídico maior abertura e diversidade de aplicação, o que eleva a importância do intérprete-aplicador.

Além de tudo que até aqui foi analisado, parece importante discutir o fato de (todo) o Direito ser constituído por linguagem⁴⁸ (Direito é linguagem⁴⁹), o que traz consigo particularidades, mormente a partir do desenvolvimento da Filosofia da linguagem, com o denominado giro linguístico⁵⁰, hermenêutico e pragmático, que impõe importantes mudanças

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354, grifo do autor.

⁴⁸ Aqui, importante registrar a lição de António Menezes Cordeiro, que, na introdução da edição em português da obra “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”, de Claus-Wilhelm Canaris, anota que: “a linguagem não é simbólica: ela corporiza as próprias ideias, viabilizando-as, condicionando-as ou detendo-as na fonte – o próprio espírito humano – facultando a sua aprendizagem e divulgação e abrindo as portas à crítica e às reformulações. Tocar na linguagem é tocar nas ideias.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XLIII).

⁴⁹ Fala-se que o “Direito é linguagem” porque, em suma, a linguagem consiste em condição de possibilidade da construção e da realização do Direito (por meio do processo interpretativo-aplicativo). Segundo Castanheira Neves, “o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 90). Observe-se que a sociedade é por excelência um sistema comunicacional, porquanto, para existir, toda relação intersubjetiva necessita da comunicação. Nesse sentido, um acontecimento da realidade social (plano do *ser*) somente ingressa no mundo do Direito (plano do *dever ser*) por meio da linguagem. Ademais, a solução de uma questão jurídica decorrente da realidade social somente pode ser construída pela interpretação de enunciados normativos, a qual deve ser necessariamente veiculada pela linguagem. Enfim, diz que “Direito é linguagem”, porque o Direito também consiste em um sistema comunicativo, em que a linguagem tem crucial papel constituinte.

⁵⁰ O giro linguístico, desenvolvido durante o século XX pela Filosofia ocidental, tem como cerne a relação entre Filosofia e linguagem, o que acarreta importantes mudanças teóricas no âmbito da Filosofia. Por intermédio dele, supera-se o paradigma sujeito-objeto e formulam-se mudanças significativas na teoria da interpretação, a partir da hermenêutica filosófica. Com efeito, “até o giro linguístico, a linguagem era vista como um simples meio ou instrumento que se colocava entre o sujeito e o objeto. O texto da lei, por exemplo, era o instrumento através do qual [...] o intérprete alcançava a norma. No início do século XX, se iniciaram os primeiros movimentos em prol de uma análise mais efetiva do fenômeno da linguagem [...]. [Nesse sentido,] a linguagem especialmente a partir de Heidegger, abandona seu papel de instrumento, passando a ser compreensão em si, a condição de possibilidade de cada um. [...] Outra contribuição importante de Heidegger para a interpretação do direito é a ideia da pré-compreensão, ou seja, que o texto a ser lido somente apresenta sentido dentro de determinadas expectativas e perspectivas de quem o lê. [...] Esta ideia de pré-compreensão, aliada à redefinição do papel da linguagem, determina o rompimento com o paradigma do sujeito/objeto, ou seja, com as duas formas dadas pela filosofia em relação à compreensão, o realismo e o idealismo.” (DAUDT, Gabriel Pithan. As possibilidades da constituição no âmbito do direito tributário. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 9-26, jul./dez. 2004). A propósito, sobre o giro linguístico, interessante apontar os ensinamentos de Lenio Luiz Streck: “A viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de *Sein*

ao Direito, e, em especial, à teoria constitucional.

Para melhor entendimento no que consiste o giro linguístico, é preciso analisar como, ao longo do tempo, o homem entende a relação entre o ser e as coisas, ou seja, é necessário atentar-se para a noção histórica sobre o sujeito e o objeto. Nessa senda, registre-se que, em uma fase da humanidade (medieval), entendia-se que os sentidos estavam nas coisas, porquanto elas possuíam uma essência (paradigma da metafísica clássica), de forma que tudo já se encontrava pronto, sujeitando a quem quer que fosse, especialmente o homem (que, assim, era um ser sujeitado às coisas).

Por essa teoria objetivista, o sentido dependia do objeto, sendo possível revelá-lo, a partir da essência das coisas. Com a modernidade, desde o século XVII, o homem começou a questionar (ou pensar) a essência das coisas, iniciando aí o paradigma da subjetividade (paradigma da metafísica moderna), no qual as coisas passaram a ser explicadas pela razão.

De fato, a fim de reformar a sociedade e, principalmente, o conhecimento até então ressoante, superando o essencialismo das coisas, o Iluminismo mobilizou o poder da razão, buscando razões para explicar os fundamentos do próprio homem. Então, ocorre uma primeira reviravolta (ou viragem ou giro), na qual se passa a entender que é o homem que dá sentido às coisas, quando mobiliza o poder da razão, a partir da consciência.

Verifica-se, pois, que, segundo o primeiro paradigma, a fundamentação das coisas

und Zeit por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, 35 anos depois, de *Wahrheit und Methode*, por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologische Wendung* (giro ontológico), inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.” (STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. p. 34-35). Ademais, Renata Espíndola Virgílio observa que, “somente com a concepção de Habermas, a partir da década de [19]80, que há uma **consolidação do resultado do giro linguístico no sentido de transformar a antiga** razão da filosofia da consciência em uma razão comunicativa, como um constructo social, que possibilita, em uma sociedade cada vez mais complexa, a manutenção do pluralismo de formas de vida junto com a individuação de cada uma delas.” (VIRGÍLIO, Renata Espíndola. Filosofia, giro linguístico e Direito Constitucional: reflexos no processo jurisdicional democrático. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3504, 3 fev. 2013. Grifo da autora). De fato, com a teoria da ação comunicativa, Jürgen Habermas rompe com o paradigma da consciência, o qual divide o mundo ou a Filosofia em duas partes: de um lado, o sujeito; de outro, o objeto. O olhar de Habermas é voltado para um outro paradigma, baseado na comunicação que ocorre nas relações intersubjetivas, por meio do diálogo e da formação de consensos perante o espaço público (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997). Em que pese a importância de Habermas para consolidação do giro linguístico, Juarez Freitas destaca que “a ideia de racionalidade intersubjetiva não encontra amparo e fundamentação apenas em Habermas. Trata-se de uma noção que, por diferentes caminhos, fincou raízes em várias correntes de pensamento que, de modo confluente, perceberam que nenhum pensamento se mostra possível sem uma racionalidade mais abrangente que testemunhe a inderrogável presença dos outros seres humanos.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 36).

encontrava-se na essência delas. Por sua vez, de acordo com o segundo paradigma (subjetividade), a fundamentação das coisas estava na razão decorrente da consciência interior de cada pessoa. Em conformidade com esta última visão de mundo, tem-se a Filosofia da consciência (ou do sujeito), baseada em ideias transcendentais e uma concepção de sujeito livre de influências, na qual a racionalidade é pensada como uma faculdade interior de cada sujeito. O paradigma da filosofia da consciência separava o sujeito e o objeto em duas partes distintas (paradigma sujeito-objeto), considerando a linguagem como um simples meio ou instrumento que se colocava entre essas partes.

Lado outro, no início do século XX, ocorre uma outra reviravolta, em que a antiga razão da filosofia da consciência transforma-se em uma razão comunicativa. Dessa forma, houve uma segunda viragem ontológica, pela qual se passou a entender que o homem é quem dá sentido às coisas que existem no mundo, sendo a linguagem a condição de possibilidade (e não mais apenas um instrumento) para se dizer o mundo ou as coisas que nele existem. Por essa segunda reviravolta, é que se diz que houve um giro linguístico ou uma viragem ontológica linguística.

Com o giro linguístico, tem-se à Filosofia da linguagem, segundo a qual o conhecimento encontra-se além do sujeito, isto é, o sentido das coisas deixa de estar na consciência de cada pessoa. Em outras palavras, o sujeito não é mais pensado em si mesmo, mas como pertencente a uma comunidade, de modo que a racionalidade passa a ser baseada na comunicação existente nas relações intersubjetivas (esquema sujeito-sujeito), que ocorrem em uma sociedade cada vez mais complexa.

Sobre esse assunto, veja a lição de Lenio Luiz Streck:

[...] a hermenêutica aqui sustentada não exclui a subjetividade inherente à qualquer atividade comprensiva. Repita-se: a superação do esquema sujeito-objeto significou, sim, a derrocada da filosofia da consciência, mas não do sujeito da relação (afinal, ela agora se torna sujeito-sujeito). Ao contrário do que ocorre com outras teorias linguísticas, na hermenêutica o sujeito do esquema sujeito-objeto não foi substituído por uma estrutura, uma rede de comunicação ou um sistema. Mas admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores, etc – o que é inherente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que tomar, isto é, nada disso quer significar que dependemos apenas dos aspectos linguísticos ou limites semânticos dos textos jurídicos para esse desiderato. Com feito, há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão-somente do “próprio texto”, mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. O grau de exigência de fundamentação/justificação da interpretação alcançada aumentará na medida em que essa significação atribuída ao texto se afasta dos “aspectos linguísticos”.⁵¹

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista.

A partir do giro ontológico linguístico, não há textos com sentidos em si mesmos, tampouco há texto sem contextos, sendo o conhecimento ou o sentido das coisas revelado no âmbito da linguagem. Nesse diapasão, no processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo, não se pode atribuir qualquer norma a um texto⁵², devendo ser, consoante o pensamento de Dworkin⁵³, observadas a coerência e a integridade em todo o processo de realização do Direito. Assim, decidir ou interpretar com coerência e integridade é um dever e não uma opção do hermeneuta-interpretador-aplicador⁵⁴.

A coerência significa harmonia e coesão das normas de um sistema jurídico, a fim de assegurar a efetividade do princípio da igualdade. Por sua vez, a integridade impõe ao intérprete-aplicador construir seus argumentos de forma integrada ao sistema jurídico, sem arbitrariedades interpretativas, e com o sentimento de pertencimento a uma “comunidade de princípios”. Para Dworkin, além de aceitar a integridade, uma “comunidade de princípios” vê a integridade como parte fundamental de sua política. Dessa forma, os cidadãos de uma “comunidade de princípios”, em suma, partilham uma compreensão comum de princípios que informam a justiça, a equidade e o devido processo legal.⁵⁵

Ainda sobre o assunto em comento, Carvalho Netto e Scotti apresentam uma série de consequências do giro linguístico hermenêutico na teoria constitucional, a saber: a) a questão deixa de ser um dado: “o que é uma Constituição?”, passando a ter como foco central a indagação acerca do que a Constituição constitui; b) a abordagem do tema passa a ser operada a partir da postura de um participante interno, evidenciando uma mudança de paradigma: da pessoa distante ao participante (sujeito constitucional), pois todos são intérpretes da Constituição (sociedade aberta de intérpretes⁵⁶); e c) os participantes internos devem ter o

Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. p. 67-68.

⁵² Sobre o assunto, convém apresentar o seguinte posicionamento de Lenio Luiz Streck, para quem “a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e sentido do texto estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma).” (STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. p. 42).

⁵³ Veja: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; e DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 78.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁵⁶ Para Carvalho Netto e Scotti, “tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o Direito ‘pertence’ a uma *comunidade de intérprete da Constituição* (para dizermos com Peter Häberle) ou a uma *comunidade de princípios* (com Ronald Dworkin).” (CARVALHO NETTO, Menelick de;

sentimento de pertencimento a uma “comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais”.⁵⁷

Para encerrar a análise acerca do giro linguístico e das suas consequências para o Direito, veja a lição de Renata Espíndola Virgílio:

Foi o giro linguístico que trouxe um novo pensar, uma nova racionalidade, um novo paradigma. Enterrou a ideia de se conhecer o mundo pela razão mítica e inata da filosofia da consciência, e demonstrou que o conhecimento das coisas somente é possível a partir de uma razão que homenageie a linguagem. Assim, é só por meio da linguagem que se tem acesso ao próprio mundo. É só a partir da linguagem que se tem acesso ao “outro”. E, em última análise, é só pela linguagem que se constitui a sociedade enquanto tal.

[...]

Com a consolidação do giro linguístico, portanto, não mais é possível a redução da legitimidade do direito à textualidade legal. Diante disso, faz-se necessário um novo modo de se ver o Direito e de se ler as normas positivas, em especial a Constituição. As normas podem até ser fechadas na literalidade, mas devem ser abertas no sentido. Essa exigência, inclusive, é a garantia da efetivação dos direitos fundamentais. E é exatamente pela abertura e tensão principiológica da Constituição que se afirma que os direitos fundamentais nos calçam porque nos descalçam. Essa é, em suma, a garantia da realização democrática em uma sociedade moderna que é cada vez mais plural e individualizada.⁵⁸

Outra realidade que se impõe ao intérprete-aplicador do Direito, e que precisa ser analisada nesta seção da dissertação como noção propedêutica, é a pluralidade de fontes normativas⁵⁹, as quais, especialmente sob o prisma histórico, veiculam normas de forma fragmentária, assistemática e, até mesmo, caótica⁶⁰. Essas fontes de Direito não podem ser

SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 112-113).

⁵⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 14-15, 21.

⁵⁸ VIRGÍLIO, Renata Espíndola. Filosofia, giro linguístico e Direito Constitucional: reflexos no processo jurisdicional democrático. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3504, 3 fev. 2013.

⁵⁹ Convém esclarecer que, neste trabalho, o termo “fonte” empregado em expressões como “fonte de Direito” e “fonte normativa” é utilizado para referir-se à origem da qual se pode extrair norma jurídica, por meio do processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo. Assim, a palavra “fonte” refere-se a todas as possíveis e legítimas origens de normas jurídicas. Ademais, anote-se que a inexorável realidade mostra que vivemos um pluralismo jurídico, em que o Estado já não é mais a única fonte do poder e do Direito. Para António Manuel Hespanha, o pluralismo normativo é um fato, antes mesmo de ser um ideal ou um perigo. Nesse sentido, a norma jurídica pode ser emanada pelo Estado ou por outra instância igualmente legitimada. Por fim, interessante mencionar que Hespanha lembra que “fontes de direito” são as vias de manifestação ou de formação do Direito em um determinado ordenamento jurídico. (HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009. p. 43, 616).

⁶⁰ Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem descrevem a forma atual de as normas jurídicas serem veiculadas pela pluralidade de fontes como sendo um “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” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 223).

ignoradas, muito menos reduzidas a ponto de, excluindo normas jurídicas segundo os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, chegar-se a uma única norma que disciplinaria todo o caso jurídico concreto.

Indubitavelmente, hoje, o processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo do Direito deve consistir em um processo de realização de direitos fundamentais, de forma que a solução de casos jurídicos concretos viabilize a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, surge a teoria do diálogo das fontes, a qual consiste em um método sistemático de interpretação e aplicação das normas jurídicas, que objetiva assegurar a coerência sistêmica e a efetividade do Direito, tendo como fundamento a Constituição e os valores jurídicos por ela estatuídos (dimensão objetiva ou substrato axiológico dos direitos fundamentais).

Trata-se de um método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes de Direito, possibilitando a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, de forma a garantir a supremacia da Constituição e, portanto, a primazia dos direitos fundamentais. E, na pós-modernidade, diante da forma como as normas jurídicas são veiculadas, isso somente é possível com o diálogo profícuo e coordenado das diversas fontes de Direito, de forma a (res)sistematizar as normas jurídicas (regras e princípios), em função dos valores jurídicos intrínsecos aos direitos fundamentais (especialmente à dignidade da pessoa humana), os quais se encontram espraiados por todo o sistema jurídico.

Para Claudia Lima Marques, a teoria do diálogo das fontes trata-se de um método da nova teoria geral do Direito, consistindo em instrumento útil ao aplicador do Direito, em face do pluralismo pós-moderno de fontes.⁶¹

A propósito, a fim de dar, desde já, um pouco de concreção a essa análise teórica do diálogo das fontes, trazendo a discussão para situações mais minudentes e específicas, é interessante destacar a necessidade de diálogo entre a Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), e as demais fontes normativas existentes no sistema jurídico brasileiro, especialmente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁶², de modo a evitar que a emancipação das pessoas com deficiência

⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

⁶² A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui envergadura constitucional, por quanto é equivalente às emendas constitucionais, em decorrência de se tratar de convenção internacional sobre direitos humanos aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, consoante o procedimento estabelecido pelo §3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ademais, cumpre ressaltar que a Convenção Internacional sobre os

promovida pelo EPD, paradoxalmente, coloque em risco a proteção e a dignidade dessas pessoas.

Em análise ao EPD, Fernando Rodrigues Martins alerta para a “emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo”. O autor cita, por exemplo, que as disposições do EPD, por si só, são insuficientes para afastar o risco patrimonial que a pessoa com deficiência emancipada, especialmente aquela com transtorno mental (hipervulnerável⁶³), tem em uma sociedade de consumo⁶⁴.

Com efeito, Martins assevera que “o EPD concedeu simetria a todos os tipos de deficiência, reorientando-os como déficit funcional (mental, intelectual, físico e sensorial) e, ademais disso, revogou disposições relevantes e sólidas aptas à proteção dos sujeitos com deficiência cognoscitiva no plano dos fatos jurídicos”⁶⁵.

Uma fonte normativa denominada de “estatuto” não deveria apresentar insuficiências a ponto de colocar em xeque a segurança jurídica quanto à proteção das pessoas que se pretende promover. No entanto, deve-se reconhecer que, conjuntamente com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o EPD consolida um novo paradigma em relação às pessoas com deficiência, fundado especialmente na igualdade, na não discriminação e na plena e efetiva participação e inclusão na sociedade.

Não obstante, para consecução desse paradigma, inevitavelmente deverá haver diálogo entre o EPD e as demais fontes do sistema jurídico brasileiro, principalmente o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Código Civil e o Código de Processo Civil (CPC), de forma que as normas relativas às pessoas com deficiência sejam (res)sistematizadas, em razão dos valores jurídicos a elas inerentes e garantidas pela Constituição da República e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Esse diálogo de fontes há de ser aberto e profícuo, sempre em favor da pessoa com

Direitos das Pessoas com Deficiência foi assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição, e promulgada pela Presidência da República, por intermédio do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁶³ Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem conceituam “hipervulnerabilidade” como sendo o “grau excepcional (e ‘juridicamente relevante’) da vulnerabilidade geral”. (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 205).

⁶⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a.

⁶⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a.

deficiência, a fim de garantir a coordenação e a coerência sistemática dessas fontes de Direito, a supremacia da Constituição e a primazia dos direitos fundamentais.

Em face de todo o contexto inerente à pós-modernidade e às características do Direito contemporâneo, e considerando o desafio do Direito de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais adequadas e legítimas, em uma sociedade de consumo, globalizada, mutável e hipercomplexa, descortina-se a necessidade de analisar o conceito de sistema jurídico, uma vez que a noção relativa a essa definição influencia sobremaneira no processo hermenêutico-interpretativo do Direito.

2.2 A visão sistemática e funcional da ordem jurídica e a coerência decorrente do diálogo das fontes

Desde o século XVII, com o jusnaturalismo racionalista, surge a ideia de um Direito racional e sistemático. Com a superação histórica do jusnaturalismo e a positivação do Direito ocorrida a partir do século XIX, irrompe de forma incisiva e automática a ideia de que, independentemente de qualquer fundamento racional, um conjunto de normas jurídicas caracteriza verdadeiro sistema jurídico.

Nesse sentido, veja interessante lição de Celso Lafer:

A ideia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência europeia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa. Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a ideia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, **o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado**, que é outro processo característico no mundo moderno.⁶⁶

Não obstante a longeva ideia de sistema jurídico, ainda hoje persistem complexas discussões teóricas sobre o caráter sistemático do Direito, de forma que um dos grandes desafios da hermenêutica consiste no desenvolvimento de um conceito de sistema jurídico, que, material e formalmente, consiga dar às questões jurídicas cada vez mais complexas respostas adequadas e conforme os direitos fundamentais.

⁶⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras, 1988. p. 39, grifo nosso.

É preciso analisar as visões sistemáticas do Direito, de modo a enfrentar o conceito de sistema jurídico, simplesmente porque “a visão que temos de nosso ‘sistema ou ordenamento jurídico’ vai influenciar a interpretação que damos às fontes (positivas ou não) ou leis”⁶⁷.

Para este trabalho, a noção de sistema e o significado de sistema para o Direito são necessários porque o diálogo das fontes trata-se de uma releitura da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, consistindo em um método de interpretação sistemático. Portanto, na presente dissertação não se pode descurar das premissas do pensamento sistemático do Direito, sob pena de se afastar do próprio objeto de pesquisa.

2.2.1 O conceito de sistema

O Homem, estrategicamente, tem procurado sistematizar a realidade, com objetivo de melhor compreendê-la. Com isso, desde a antiguidade, a noção de sistema é utilizada pela ciência e filosofia. Nesse sentido, a ideia ou o conceito de sistema é essencial para a ciência em geral, e, especialmente, para a ciência do Direito.

Diante da importância do pensamento sistemático, Paulo Bonavides destaca que o conceito de “sistema” consiste na “ideia-força de nosso tempo”⁶⁸. Outrossim, para Kant, a noção de sistema é característica de todo saber que pretenda ser científico⁶⁹ (CRPu, B 862)⁷⁰.

Nessa mesma linha de raciocínio, Karl Larenz defende que “o ‘sistema’ [...] significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da ‘racionalidade’ intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira científicidade.”⁷¹

Para Barroso, “a visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital.” O autor

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 44.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 112.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 405-406.

⁷⁰ Paginação ou numeração referente a segunda edição original de 1787 da obra “Crítica da Razão Pura” de Immanuel Kant. Nesta dissertação, utiliza-se como referência da obra “Crítica da Razão Pura” (aqui referida por “CRPu”) a tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983) da segunda edição original de 1787, também denominada “Edição B”. Os tradutores da obra de referência, com o fim de facilitar ao leitor o confronto com o texto original, apresentam à margem da tradução a paginação/numeração da segunda edição de 1787, a qual é reproduzida neste trabalho. Assim, a expressão “CRPu, B 862” faz referência à página 862 da segunda edição original de 1787 da obra “Crítica da Razão Pura” (“Edição B”).

⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21.

defende que “não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo.”⁷²

A palavra “sistema” possui diversas acepções, de maneira que, para evitar ambiguidade, no presente tópico, tem-se o objetivo de apresentar a noção de sistema a ser utilizada neste trabalho.

Paulo Bonavides assevera que “sistema é palavra grega⁷³; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou porém de tal modo que por sistema veio a entender-se, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência.”⁷⁴

De maneira ampla, “sistema” refere-se à ideia de uma totalidade construída, um conglomerado de elementos que se aglutinam em razão de critérios ou referenciais comuns. Nessa acepção, a ideia de “sistema” iria pouco além da noção de “classe”.

Entretanto, “sistema” é muito mais do que uma mera classe de objetos. Em verdade, trata-se de conjunto de objetos que não apenas possuem características comuns, mas se relacionam entre si, apresentando uma estruturação interna, em que os elementos se encontram vinculados uns aos outros mediante relações de coordenação e subordinação.

Neste ponto, interessante apresentar a definição de “sistema” de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Entendemos por sistema um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema.⁷⁵

Ferraz Júnior denomina de “repertório” o conjunto de elementos que formam o sistema e de “estrutura” o complexo de relações que ocorrem entre esses elementos. Assim, para Tércio

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

⁷³ De acordo com Juarez Freitas, “a origem da palavra ‘sistema’ remonta aos estoicos. Há um conhecido fragmento de Crisipo onde este se reporta ao todo do Universo como um sistema” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39). Observe-se que “estoico” refere-se àquele que é adepto do estoicismo, que consistiu em doutrina filosófica fundada pelo filósofo grego Zenão de Cílio (333 a.C. – 263 a.C.), no início do século III a.C. (por volta do ano 300), durante o período histórico denominado helenístico (período entre a conquista do Oriente Médio por Alexandre Magno, rei da Macedônia, e a conquista da Grécia pelos romanos). O Estoicismo pregava a rigidez moral e a serenidade diante das dificuldades, tendo vigorado na Grécia e em Roma durante alguns séculos (do século III a.C. ao século III d.C.).

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 113.

⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 140.

Sampaio Ferraz Júnior, haveria sistema quando repertório e estrutura estiverem sob um denominador comum.⁷⁶

Convém lembrar ainda a definição de sistema construída por Marcelo Neves:

[...] define-se o sistema como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário. Portanto, **todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade**, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seus elementos (sistema real ou empírico).⁷⁷

Com efeito, um sistema não consiste na mera soma de seus elementos, sendo, em verdade, caracterizado essencialmente pelas relações existentes entre as partes do todo. Sem dúvida, as relações existentes entre os elementos ou partes acabam por forjar o próprio sistema.

Em consonância com essa noção adotada no presente trabalho, interessante destacar a ideia de sistema apresentada por Pablo Holmes Chaves:

Assim, vemos como chegamos a ideia atual de sistema, na abordagem que lhe dá esse trabalho, como **conjunto de elementos que formam um repertório organizado em relações estruturadas e estáveis, com um funcionamento "saudável" para um fim determinado**. Essa é a ideia fundamental de sistema que funciona modernamente como uma forma de compreender a realidade na qual conceitos se relacionam formando raciocínios, assim como coisas de existência real se relacionam para formar instrumentos com certas finalidades.⁷⁸

Há autores que trabalham com a ideia de que somente existe “sistema” se houver absoluta coerência interna dos elementos⁷⁹. Sob essa visão restrita, não se admite senão total

⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da constitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 2, grifo nosso.

⁷⁸ CHAVES, Pablo Holmes. Direito e sistema. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Grifo nosso.

⁷⁹ Registre-se que é controverso o correto posicionamento de Norberto Bobbio sobre a ideia de somente existir “sistema” se houver absoluta coerência interna dos elementos. Essa controvérsia é decorrente de duas passagens constantes do livro “Teoria do Ordenamento Jurídico”. Primeiramente, Bobbio afirma que: “entendemos por ‘sistema’ uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 71). Em seguida, o jurista italiano assevera que: “duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 113, grifo do autor). Assim, em razão da primeira passagem, autores como Marcelo Neves (NEVES, Marcelo. **Teoria da constitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988) arrola Bobbio entre aqueles que entendem a coerência como integrante do conceito de “sistema”. Por outro lado, em virtude da segunda passagem acima mencionada, José Roberto Vieira lembra que, assim como ele próprio, “Eurico Marcos Diniz de Santi [...] inclui [Bobbio] entre os que aceitam o Direito

harmonia entre as partes do sistema. Entretanto, embora a noção de sistema exija uma adequada harmonia ou coerência, de forma a propiciar que os elementos se relacionem coesamente entre si, sistemas existem independentemente de alguns elementos se contradizerem ou não. Isso porque somente no interior de um sistema é que faz sentido falar em incoerência, conflito, incompatibilidade ou falta de harmonia, ou seja, é apenas a partir do conhecimento dos elementos e, principalmente, das relações que eles têm entre si, que se pode concluir que existe contradição ou incoerência.

A par desse entendimento, Neves observa que “a coerência ou compatibilidade interpartes não se inclui entre as notas essenciais do conceito de sistema.”⁸⁰ Lado outro, seja como for, a coerência é sempre desejável, pois auxilia sobremaneira na higidez do sistema. Nesse diapasão, Erik Jayme defende que “o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar contradição.”⁸¹

E para assegurar a coerência sistemática das várias fontes de Direito, evidencia-se a teoria do diálogo das fontes, que consiste em um método de interpretação e aplicação das normas jurídicas, cujo objetivo é assegurar a coerência sistêmica e a efetividade do Direito, tendo como fundamento a Constituição e os valores por ela estatuídos.

No pensamento de Kant, o conceito de sistema⁸² significa a unidade dos diversos conhecimentos a partir de uma ideia (princípio unificador)⁸³. A propósito, Canaris lembra que, “sobre o conceito geral de sistema [...] é ainda determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados’ ou, também, como ‘um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios’”⁸⁴.

Positivo como sistema, mesmo em face das suas antinomias” (VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 33, p. 53-64, 2000). Essa controvérsia ocorre diante da possibilidade de entendimento do sistema jurídico no sentido de Ciência do Direito ou no sentido de Direito Positivo. Com efeito, Vieira anota que, “quando trata do sistema como uma totalidade ordenada, a exigir coerência, está a considerar o sistema jurídico no sentido da Ciência do Direito, ou no sentido de ideal de justiça do direito posto; e quando admite normas incompatíveis e a subsistência do sistema, está a versar o sistema jurídico no sentido do Direito Positivo” (VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 33, p. 53-64, 2000).

⁸⁰ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 2-3.

⁸¹ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003a. p. 109.

⁸² Nesta dissertação é analisado o conceito de sistema apresentado por Kant no livro “Crítica da Razão Pura”, considerando sobretudo o capítulo intitulado “Arquitetônica da Razão Pura” da “Doutrina Transcendental do Método” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983).

⁸³ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 405.

⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 9-10.

Nesse contexto, importa colacionar o seguinte pensamento de Kant:

Por sistema [...] comprehendo a unidade dos conhecimentos múltiplos sob uma ideia. Esta última é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que tanto a extensão do múltiplo quanto as posições que as partes ocupam umas em relação às outras são determinadas *a priori* por tal conceito. O conceito científico da razão contém, pois, o fim e a forma daquele todo que é congruente com o tal fim. A unidade do fim ao qual se referem todas as partes, e que na ideia deste fim também se relacionam umas às outras, faz com que se possa dar pela falta de cada uma das partes, mediante o conhecimento das demais, e que não ocorra uma adição ao acaso ou uma magnitude indeterminada de completude que não possua os seus limites determinados *a priori*. O todo é portanto articulado (*articulatio*) e não amontoado (*coacervatio*), podendo, é verdade, crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per appositionem*), tal como acontece com um corpo animal cujo crescimento não leva à adição de um membro, mas antes, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais eficiente para a sua finalidade.⁸⁵ (CRPu, B 860-861).

Com a noção de corpo organizado, Kant defende que cada elemento do sistema “existe em função de todos os demais e todos os demais em função dele”⁸⁶ (CRPu, B xxiii). Sobre esse assunto, interessante o esclarecimento de Márcio Pires:

A compreensão kantiana do sistema encontra sua figura explicativa mais contundente no organismo. Além do aspecto teleológico que ele naturalmente manifesta, ele ainda é capaz de recuperar um conceito nuclear da filosofia de Kant, tal a autonomia, fazendo-a transitar de seu lugar mais comum que é a filosofia moral para o âmbito teórico-sistemático. Pensado sob a rubrica da epigênese, o orgânico será entendido por uma força formadora que exclui a intervenção de elementos transcendentais no processo de desenvolvimento do vivo. Seu desenvolvimento obedece a uma teleologia imanente e permite pensar uma totalidade e completude como signos da autossuficiência. A própria forma de um sistema, exigindo uma articulação espontânea das partes envolvidas, sugere que as construções da razão devem obedecer a essa espécie de plano de imanência em vista do qual todos os elementos ganham sentido e unidade, na medida em que se tornam indicativos uns dos outros. O lugar das partes não pode advir de uma localização acidental, isto é, os construtos da razão não se exprimem por meio de mera habilidade técnica, como que ajustando as partes por uma conveniência casual. A razão procede a partir de uma ideia.⁸⁷

É preciso destacar ainda o conceito de sistema defendido por Canaris, para quem sistema é a reunião ou funcionamento harmônico de elementos, tendo duas características: a ordenação e a unidade. Para o autor, ordenação exprime “um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade.”⁸⁸ Por sua vez, a unidade consiste em

⁸⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 405.

⁸⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 14.

⁸⁷ PIRES, Marcio. O método da razão pura em Kant: o filosofar como exercício arquitetônico. *Studia Kantiana. Revista da Sociedade Kant Brasileira*, Natal, v. 12, n. 17, p. 51-73, dez. 2014. p. 60.

⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução

característica que não permite “uma dispersão numa multíitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.”⁸⁹

Por ordenação, entende-se a existência de uma ordem racionalmente compreensível. Enquanto a unidade pode ser compreendida como uma força aglutinadora, que impõe ao todo coesão lógica e unicidade. Impende anotar que, em conformidade com a lição de Marco Antônio Ribeiro Tura, “não há sistema que não apresente uma certa ordenação de suas partes. Mas a ordenação de suas partes só se mostra possível, em um sistema, tendo em vista uma certa unidade. Um sistema, por isso, pode ser definido como uma totalidade ordenada segundo uma unidade de sentido.”⁹⁰

Antes de apresentar o conceito de sistema adotado por este trabalho, convém destacar a ideia de Comparato, para quem sistema consiste em uma totalidade organicamente estruturada de forma holística, cujo sentido somente pode ser evidenciado se essa totalidade puder ser pensada como parte de um todo maior, dentro da qual ela exerçaria determinada função.⁹¹ Veja o pensamento de Fábio Konder Comparato, *in verbis*:

Uma vasta corrente de pensamento contemporânea propôs denominar *sistema* todo objeto que só pode ser apreendido pelo pensamento, conjuntamente, em sua estrutura holística e em sua realidade funcional. Em um sistema, o todo é, em certo sentido, superior à soma de suas partes componentes, pois estas sempre mantêm, entre si, um relacionamento dinâmico, de tal sorte que, modificada qualquer das partes, modifique-se inevitavelmente o todo. Mas essa totalidade, assim organicamente estruturada, só cobra sentido quando vista, ela também, como parte de um todo maior, estruturado de modo orgânico, e dentro do qual ela exerce uma função determinada, e assim sucessivamente.⁹²

Diante de todo o exposto, é preciso apresentar a seguinte noção ou conceito geral de “sistema” adotada nesta dissertação: um sistema não consiste na mera soma de seus elementos componentes, os quais isoladamente pouco podem revelar do todo organicamente estruturado. Em verdade, em um sistema deve-se considerar o todo em sua complexidade e organização, sem, contudo, desprezar as diferenças que determinados elementos são caracterizados e o fato de que mudanças em qualquer uma das partes componentes provocam mudanças no todo coeso.

⁸⁹ e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12.

⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12-13.

⁹¹ TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 215-230, jul./set. 2004. p. 217.

⁹² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. p. 20.

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. p. 20, grifo do autor.

Um sistema é caracterizado essencialmente pelas relações dinâmicas existentes entre os seus elementos predispostos, as quais conformam a estrutura interna do todo de forma orgânica (sistema orgânico), visando à concreção de um fim, em torno do qual se tem o sentido e a unidade das partes. Com efeito, todos os elementos ou partes de um sistema relacionam-se intensamente entre si, condicionando-se reciprocamente, mediante relações de coordenação e subordinação, de modo que as relações estruturadas e estáveis existentes entre os elementos forjam um todo com unidade, ordenação e, desejavelmente, coerência, ou seja, o próprio sistema.

Registre-se, por fim, que um sistema pode subdividir-se em diversos subsistemas ou microssistemas. De fato, é perfeitamente admissível a ideia de “subsistema”, o qual consiste em um sistema menor existente como parte constituinte de um sistema maior. Em outras palavras, cada um dos subsistemas forma um todo com relação às suas partes, mas também é parte de um todo. Nesse contexto, um subsistema também pode subdividir-se em outros subsistemas, e assim por diante.

2.2.2 O sistema jurídico e a interpretação sistemática de acordo com a teoria do diálogo das fontes

A palavra “sistema” é utilizada por diversas áreas do conhecimento, como a Biologia, a Medicina, a Informática, a Administração, a Sociologia e o Direito. Com efeito, em quase todos os campos do conhecimento é possível a utilização do enfoque sistêmico, como é o caso da construção teórica de Niklas Luhmann na sociologia e do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris no Direito.

Insta anotar que Fábio Konder Comparato lembra que:

A teoria sistêmica foi concebida originalmente na biologia; passou em seguida, com a cibernetica [...], para o campo dos organismos animais e dos mecanismos autorregulados, e, finalmente, para o ser humano, em toda a sua complexidade, individual e social.⁹³

A elaboração da ideia de sistema jurídico não consiste em tarefa fácil, mas sim em um tema complexo, com bastante controvérsias. Nessa senda, veja a seguinte advertência de Canaris:

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. p. 20.

A questão do significado da ideia de sistema para a Ciência do Direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica. Em poucas controvérsias estão, ainda hoje, as opiniões tão divididas. Enquanto, por exemplo, SAUER exclama com ênfase: “Apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber” e H. J. WOLFF diz: “A ciência do Direito ou é sistemática ou não existe”, EMGE opina, com discrição céptica: “Um sistema é sempre um empreendimento da razão com um conteúdo exagerado” – uma afirmação que está apenas a curta distância da célebre frase de NIETZSCHE que caracterizou a aspiração ao sistema como uma “falta na consecução do Direito” e uma “doença no caráter”.⁹⁴

Diante da complexidade do tema, é de esclarecer a necessidade de se afastar de qualquer visão do sistema jurídico acentuadamente abstrata, excessivamente formalista ou demasiadamente normativista. A par desse entendimento, Freitas lembra dos “riscos de visões demasiado abstratas ou excessivamente formalistas do sistema jurídico, eis que empreendem um corte deformador entre sujeito e objeto, fazendo deste último uma miragem e daquele uma máquina supostamente inteligente e programada para subjugar o campo distintivo do intérprete.”⁹⁵

Juarez Freitas ainda destaca a existência de uma “interação dialética entre ordenamento e intérprete”, de forma que, por isso, “resta afastada, por ingênuo, qualquer visão acentuadamente normativista, pois a Ciência do Direito requer também e necessariamente uma fundamentação racional no espaço da decisão”⁹⁶. Sem dúvida, em qualquer visão atual do Direito, não se pode olvidar que ele é um “produto humano e histórico”, sendo construído e reconstruído continuamente, por meio da interpretação humana.⁹⁷

Seja como for, é preciso destacar que a ideia de sistema possibilita à hermenêutica jurídica desenvolver uma visão lógica e racional para o Direito e, ademais, na pós-modernidade, elaborar novos conceitos hermenêuticos que dão ao Direito capacidade imensamente maior de solucionar adequadamente questões jurídicas e fáticas cada vez mais complexas.

Nessa senda, a ideia de diálogo necessário entre as possíveis fontes do Direito apresenta-se como condição de possibilidade de coerência⁹⁸ do sistema jurídico pós-moderno,

⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 5.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 28.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

⁹⁷ VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 86-94.

⁹⁸ Sobre coerência, Luís Roberto Barroso afirma que “a ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarrendáveis.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 373-374).

cujas normas são veiculadas por textos normativos emanados por uma plêiade de fontes, nacionais e internacionais, estatais e não estatais.

Feitas essas considerações, convém sublinhar que, em consonância com o pensamento de Comparato, assim como o Direito, um sistema somente pode ser compreendido na totalidade integradora do conjunto dos elementos que o compõe, mediante a consideração conjunta de sua dinâmica interna e sua funcionalidade externa. Nesse sentido, para o autor, é indispensável enxergar o sistema holisticamente, não apenas sob o aspecto estrutural, mas também funcional.⁹⁹

Assim, em um sistema, “em vez de decompor as partes do todo e analisá-las separadamente, é preciso considerar a totalidade em sua organização completa, bem como entender o seu relacionamento com o mundo exterior; vale dizer, desvendar o seu organograma e o seu programa.”¹⁰⁰

Nesse quadro, Fabio Konder Comparato assevera que o precursor desse método sistemático foi Montesquieu, visto que, “já no subtítulo de sua obra mais famosa, ele indica que o ‘espírito das leis’ precisa ser entendido como ‘a relação que as leis devem ter com a constituição de cada governo, os costumes, o clima, a religião, o comércio etc.’”¹⁰¹

Com efeito, para Montesquieu, as leis (em sentido amplo) “possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas.”¹⁰² Assim, “o espírito das leis”, de acordo com Montesquieu, “consiste nas diversas relações que as leis podem possuir com diversas coisas”.¹⁰³

A partir das lições de Comparato, é possível dizer que o Direito deve ser entendido como um sistema, isto é, uma totalidade integradora do conjunto de normas jurídicas, mediante a consideração de sua dinâmica interna e sua funcionalidade externa (ou seu relacionamento com o mundo exterior).¹⁰⁴

Quanto à funcionalidade externa do sistema jurídico, pode-se afirmar que ela existe na

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. p. 19.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. p. 19.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. p. 19.

¹⁰² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 17.

¹⁰³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 17.

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

medida em que o Direito interage com outros sistemas (ou subsistemas) sociais, como a sociologia, a antropologia e a economia. Por meio dessa interação, em consonância com o pensamento de Luhmann¹⁰⁵, o sistema jurídico é cognitivamente aberto, de forma a permitir ao Direito “agregar a dinâmica das ciências sociais empíricas para que seja possível superar os limites cognitivos e impasses da teoria do direito na atualidade.”¹⁰⁶

Lado outro, segundo a teoria de Luhmann, operacional ou normativamente (ou seja, em relação à dinâmica interna), o sistema jurídico pode ser considerado fechado, no sentido de que, para solução de determinado caso concreto, devem ser utilizadas as normas veiculadas por regras e princípios criados até então pelo próprio Direito, sem interferência ou influência de elementos externos.

Entretanto, repita-se, segundo o pensamento de Niklas Luhmann, embora normativamente (ou operacionalmente) fechado¹⁰⁷, o Direito consiste em um sistema cognitivamente aberto, o que significa que ele interage com os outros sistemas sociais. E a partir dessa interação, podem surgir irritações externas capazes de influenciar o Direito, quando ele mesmo for criar ou recriar a sua estrutura e os seus elementos constitutivos.¹⁰⁸

A propósito, é interessante destacar que, com objetivo de elaborar um modelo explicativo da sociedade moderna, utilizando-se da teoria autopoietica¹⁰⁹ como um método de

¹⁰⁵ Veja: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007; e LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁰⁶ VERONESE, Alexandre. Revisando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 82.

¹⁰⁷ Para melhor entender a teoria de Niklas Luhmann, notadamente quanto à defesa de que os subsistemas sociais atuam operacionalmente fechados, parece interessante destacar os motivos pelos quais o português António Manuel Hespanha adota em sua Teoria do Direito a proposta teórica de “sistema autorreferencial” de Luhmann. Hespanha colhe de Luhmann a ideia de que é o próprio Direito que estabelece o Direito, e não o Estado, a sociedade, a economia, a necessidade, a oportunidade. Enfim, Hespanha busca em Luhmann a confirmação de que “o Direito diz o que ele é” (HESPAHNA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 153-154). Além disso, em Luhmann, Hespanha também busca a estabilidade que o Direito deve proporcionar. Do sociólogo alemão, teórico da sociedade como sistema autopoietico, António Manuel Hespanha ainda colhe a ideia de que o estabelecimento do Direito visa à redução da complexidade e à criação de situações de estabilização das expectativas. (HESPAHNA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009).

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007; e LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁰⁹ A “autopoiese” trata-se de um conceito desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, no livro “A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano”. Esse conceito designa, em suma, a capacidade de os seres vivos produzirem a si mesmos. Assim, uma teoria autopoietica tem como fundamento a ideia de um sistema organizado autossuficiente ou autorreferencial, que é capaz de produzir e reciclar seus próprios elementos componentes (MATURANA R., Humberto; VARELA G., Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. Tradução Jonas Pereira

observação social, Luhmann desenvolveu sua teoria sistêmica funcionalista, cujo elemento central é a comunicação, tendo como cerne a análise da comunicação que ocorre entre os subsistemas sociais. Pelo pensamento do sociólogo alemão, o sistema social é um sistema de comunicação; enfim, a sociedade consiste em um sistema autopoietico.

A teoria luhmanniana visualiza o Direito como um subsistema social autopoietico (o que significa que é o próprio Direito que produz sua estrutura e os seus elementos constituintes) dentro de um sistema mais amplo: o sistema social. Para ele, o Direito é dotado de autonomia e de um código binário próprio baseado no binômio “lícito/ilícito”. Ademais, em síntese, para Luhmann, a função do Direito consiste em produzir generalização congruente de expectativas comportamentais, de forma a estabilizar a sociedade.¹¹⁰

Analisadas a dinâmica interna e a funcionalidade externa, calha trazer a lume a discussão sobre as características do sistema jurídico. Claus-Wilhelm Canaris observa que, em todas as definições de sistema na Ciência do Direito, existem duas características indispensáveis como fundamento do sistema jurídico, a saber: a ordenação e a unidade¹¹¹.

Com efeito, Barroso assevera que “o direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. Sistema pressupõe ordem e unidade.”¹¹²

Convém, uma vez mais, esclarecer que, por ordenação, entende-se a existência de uma ordem racionalmente comprehensível. Lado outro, a unidade pode ser compreendida como uma força aglutinadora, que impõe ao todo coesão lógica e unicidade.

De acordo com o pensamento de Canaris, a ordenação interior e a unidade de sentido do Direito pressupõe-se mutualmente, pois ambas são emanações e postulados da própria ideia de Direito.¹¹³ Para o autor, “a ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressuposto da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria

dos Santos. Campinas: Psy II, 1995; LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007; e LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016).

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007; e LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12-13.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

¹¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12-13.

ideia de Direito.”¹¹⁴

Canaris entende que a ordenação exprime “um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade.”¹¹⁵ Para ele, “a exigência de ‘ordem’ resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença”. Por conseguinte, tanto o legislador como o juiz (em verdade, todo intérprete-aplicador do Direito) estão adstritos a “proceder com adequação”, segundo a valoração retirada do princípio da igualdade. Daí, o autor afirma que a adequação racional é a característica da “ordem”, por isso a “adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito”.¹¹⁶

No tocante à unidade, pode-se dizer que ela consiste em característica que não permite “uma dispersão numa multidão de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.”¹¹⁷

No pensamento de Canaris, a unidade também não é apenas um “postulado lógico-jurídico”, mas sim constitui, nos seus componentes negativos, “uma emanação do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica”. Além do mais, no seu componente positivo, a unidade “não representa mais do que a realização da ‘tendência generalizadora’ da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstratos e gerais.”¹¹⁸

Canaris defende que “o Direito não é um somatório de problemas, mas antes um somatório de soluções de problemas; por isso a sua unidade de sentido também só pode ser encontrada nesses pontos de vista de base e não em questões isoladas.”¹¹⁹ Assim, o autor mostra que “a unidade valorativa é sempre de tipo [conteúdo] material e só pode realizar-se numa

¹¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18.

¹¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12.

¹¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18-19.

¹¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12-13.

¹¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 20.

¹¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 46.

ordem jurídica historicamente determinada”¹²⁰.

Cumpre ressaltar que, de acordo com o pensamento de Hans Kelsen, na pluralidade das normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, a norma fundamental constitui a unidade lógica desse sistema, uma vez que ela é o fundamento de validade de todas as normas.¹²¹

De fato, Kelsen defende que o Direito consiste em “uma ‘ordem’ e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.”¹²²

Não obstante, hodiernamente, a realidade insta reconhecer que unidade do sistema jurídico pós-moderno é dada pela Constituição, porquanto esta estatui os direitos fundamentais, os quais estão no centro do sistema jurídico, juntamente com os demais fundamentos, objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito. É, pois, a força aglutinadora da Constituição que impõe coesão lógica e unicidade a todo o sistema jurídico, pois o complexo normativo constitucional condiciona as demais normas.

No mesmo sentido, Fernando Rodrigues Martins defende que “os direitos fundamentais situam no sistema como *elementos* do tipo normativo, exigentes de unidade conferida pela Constituição da República para manutenção da coerência, sendo distribuídos mediante *princípios* que lhes dotam de hierarquia, mediante ordenação.”¹²³

Acerca da importância da Constituição para o sistema jurídico atual, interessante o posicionamento de Barroso, para quem, como um dos pilares da moderna dogmática constitucional, principalmente a partir das concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”¹²⁴

Em verdade, a Constituição positiva os direitos fundamentais, cujos substratos

¹²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 27.

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 143.

¹²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21.

¹²³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Corregedorias do ministério público e legitimação procedural: a função orientação na promoção da administração pública responsável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 491-520, 2016b. p. 501, grifo do autor.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353.

axiológicos consistem em valores seguros a serem observados por todo o sistema jurídico, a fim de proteger e promover a pessoa humana. Nessa linha de raciocínio, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem defendem que “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 protetor da pessoa e como inibidores de abusos.”¹²⁵.

Hespanha com uma visão de norma fundamental empírica, ou norma de reconhecimento, consoante defende Hart¹²⁶, leciona que as normas de reconhecimento seriam normas sobre normas; normas observáveis no plano dos comportamentos (plano empírico); e normas que constituem o fundamento de validade das normas primárias.¹²⁷

Assim sendo, as normas de reconhecimento são aquelas que definem os contornos de um sistema jurídico. Essas normas seriam o costume, a jurisprudência, a doutrina. Lado outro, não consistem em normas de reconhecimento: (i) um fundamento metafísico do direito; (ii) um acordo de vontades constituintes; (iii) um axioma normativo; (iv) uma constituição; e (v) um princípio.¹²⁸

Apesar de não se enquadrar no conceito de norma fundamental, seja o de Kelsen, seja o de Hart, por refletir a maneira como uma sociedade pensa a ordem social, a econômica, a política e, principalmente, a jurídica, a Constituição, indubitavelmente, consiste em uma espécie de filtro daquilo que é ou não é Direito. Em outras palavras, a Constituição são as lentes pelas quais o interprete-aplicador deve enxergar o sistema jurídico, o qual, assim, ganha unidade e coesão.

Corroborando esse entendimento, ainda relativamente à unidade do sistema jurídico, é de anotar que, “como objeto de cognição e de compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele [...] quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado.”¹²⁹

Apresentadas as suas características, é preciso ater-se ao conceito de sistema jurídico.

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 223.

¹²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹²⁷ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 165.

¹²⁸ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 167-169.

¹²⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33-34.

De plano, registre-se que Canaris defende que “a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização”¹³⁰ (da justiça).

Nesse contexto, Canaris apresenta o seu conceito de sistema jurídico como sendo “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da ordem interna à característica dos princípios gerais.”¹³¹

Dessa forma, o papel do conceito de sistema jurídico é “o de traduzir e realizar a adequação valorativa [característica da ordem no sentido do conceito de sistema] e a unidade interior da ordem jurídica.”¹³²

Na busca por um conceito de sistema jurídico, não se pode ignorar a obra de Juarez Freitas, segundo o qual, em uma perspectiva tópico-sistemática, o sistema jurídico consiste em:

[...] uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.¹³³

Observe-se que Juarez Freitas refere-se às “normas estritas” como sinônimo de “regras”. Então, em suma, de acordo com o pensamento de Freitas, o sistema jurídico é composto por princípios, regras e valores.

Não obstante, neste trabalho, considera-se que os valores são incorporados ao Direito por meio dos princípios¹³⁴, de forma que a racionalidade material do Direito deve estar contida nele próprio. Portanto, pode-se afirmar que o sistema jurídico é composto por normas jurídicas veiculadas por regras e princípios.

Em verdade, o sistema jurídico hodierno tem como elementos ou partes as normas jurídicas, resultantes da interpretação dos enunciados semânticos emanados pelos diversos

¹³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 22.

¹³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77-78.

¹³² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 23.

¹³³ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56, 63.

¹³⁴ Os princípios possuem “substrato tanto axiológico quanto deontológico” (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237). Isso porque expressam normas jurídicas (caráter deontológico; “dever-ser”) e concretizam valores importantes de determinada comunidade (caráter axiológico; “ser”).

textos normativos, ou seja, pelos sinais ou fórmulas linguísticas contidas em textos veiculados pelas inúmeras fontes do Direito (pluralismo jurídico).

Dessa forma, o Direito deve ser pensado como uma totalidade dialética composta por normas jurídicas expressadas por regras e princípios e desvendadas por intermédio da interpretação (sistêmica) dos textos normativos.

Com efeito, Eros Roberto Grau, no prefácio da primeira edição obra “A interpretação sistemática do direito”, de Juarez Freitas, assim leciona:

[...] cumpre distinguirmos o texto (enunciado, disposição) e a norma. Texto e norma não se identificam: o texto da norma é o sinal linguístico; a norma é o que revela, designa. [...] A interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do quê diremos ser a interpretação uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais.¹³⁵

É, a rigor, por intermédio do processo hermenêutico-interpretativo que se tem (produz) o sistema jurídico, e, mais, ainda, que se tem a coerência (ou coesão) do sistema jurídico. De fato, somente se tem um sistema jurídico, com ordenação, unidade e coerência, se a interpretação do Direito também for sistemática.

Nesse sentido, Juarez Freitas assevera que “a interpretação sistemática não apenas sucede: antecipa e é contemporânea do sistema. Empresta-lhe sensibilidade, razão e energia.”¹³⁶

Segundo Luís Roberto Barroso, “a interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.”¹³⁷

Assim, a interpretação sistemática é condição de possibilidade da existência de um sistema jurídico, visto que este, sendo formado por normas jurídicas, é fruto da interpretação dos textos oriundos das mais diversas fontes do Direito.

Essa plêiade de fontes dialéticas do Direito reclamam uma teoria capaz de sistematizar o Direito, considerando desde o início do processo hermenêutico-interpretativo todas as

¹³⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 16-17.

¹³⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

possíveis fontes jurídicas. Dessa forma, evidencia-se a teoria do diálogo das fontes, a qual apresenta novos conceitos hermenêuticos capazes de sinalizarem a busca de soluções mais adequadas e conforme os direitos fundamentais.

Com efeito, a teoria do diálogo das fontes consiste em um método de interpretação sistemática que impõe ao intérprete-aplicador considerar, desde o início do processo hermenêutico-interpretativo, a aplicação simultânea, coordenada e, especialmente, coerente de todas as fontes do Direito convergentes, tendo como fundamento a Constituição e os valores por ela estatuídos (como substrato axiológico dos princípios).

Especialmente sob o prisma histórico, as diversas fontes do Direito (documentos como, por exemplo, a Constituição e as leis esparsas em sentido amplo) veiculam normas de forma fragmentária, assistemática e, não raras as vezes, caótica, não havendo, pois, que se falar *a priori* na existência de coerência quando do ingresso dessas normas no sistema. Somente *a posteriori*, por intermédio do processo hermenêutico-interpretativo, buscando uma espécie de (re)unificação de regras e princípios, é que se pode obter a coerência do sistema jurídico.

Aliás, como já analisado anteriormente, não se pode olvidar que, a rigor, somente se tem um sistema jurídico em decorrência do ato de interpretar, haja vista que normas jurídicas são produto da interpretação de textos normativos.

A propósito, como exemplo dessa forma fragmentária, assistemática e caótica que as normas jurídicas são veiculadas pelas diversas fontes do Direito, pode-se citar o fato de a legislação trabalhista brasileira, ou seja, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ser de 1943 (Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943), fundamentando-se “na regulação das relações de trabalho no liberalismo jurídico positivista limitado apenas pelo intervencionismo jurídico do Estado.”¹³⁸

Nessa época, a já superada visão positivista do liberalismo individualista contratual (liberdade contratual, *pacta sunt servanda*), com sua perspectiva “patrimonialista”, segundo a qual os interesses patrimoniais tinham prevalência, não vislumbrava sequer a possibilidade de um dia serem adotadas cláusulas gerais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Outrossim, esse mesmo pensamento não cogitava a utilização na seara trabalhista de outras fontes de Direito, de forma sistemática e coordenada.

Isso, no entanto, é possível com a pós-modernidade. Veja o posicionamento de Renato Rua de Almeida:

¹³⁸ ALMEIDA, Renato Rua de. Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Coord.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015a. p. 161.

Mas é justamente uma visão pós-positivista pela utilização do método do diálogo das fontes e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho que permite a adoção das cláusulas gerais do Código Civil constitucionalizado de 2002, especialmente a boa-fé objetiva (art. 442) e a função social do contrato (art. 441), para chegar-se à conclusão de que não mais subsiste no Direito brasileiro o direito potestativo nas despedidas coletivas ou em massa, malgrado a inexistência de uma legislação complementar a respeito [...].

Com efeito, é o método do diálogo das fontes na promoção da coordenação das normas do Direito brasileiro e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, por força de sua dimensão objetiva irradiando-se por todo o ordenamento jurídico brasileiro, que fazem uma releitura, por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato do Direito Civil Constitucionalizado, do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de que [...] o direito potestativo do empregador nas despedidas coletivas não mais subsiste no Direito brasileiro [...].¹³⁹

Como se vê, a teoria do diálogo das fontes mostra-se como condição de possibilidade da existência de um sistema jurídico pós-moderno, que, além de ordenação (ordem racionalmente compreensível, mediante a adequada valoração do substrato axiológico dos princípios) e unidade (força aglutinadora decorrente especialmente da Constituição, impondo dialeticamente coesão lógica e unicidade), tenha como característica a coerência (harmonia e coesão racional das normas jurídicas, de forma a assegurar a igualdade), de acordo com as normas constitucionais, mormente os direitos fundamentais, os quais, por intermédio de sua dimensão objetiva, incorporam os valores centrais da democracia e os valores mais importantes da comunidade.

Outro ponto que interessa analisar nesta seção do trabalho é o fato de as concepções fundantes das teorias do Direito costumarem defender uma determinada forma (ou formato), segundo a qual o Direito poderia ser visualizado. Uma primeira concepção do Direito, evidenciada por Hans Kelsen, reputa o sistema jurídico como sendo “piramidal”.

De acordo com Alexandre Veronese, pelo modelo “piramidal”, o ordenamento jurídico é hierárquico, linear e arborescente, baseando-se, assim, em pressupostos que não mais existem¹⁴⁰. Sobre as características do modelo “piramidal”, veja as considerações do autor:

A caracterização deste modelo é dividida em três conceitos. Ele seria hierárquico, cujo significado seria que o sistema é organizado de maneira a que haja subordinação tanto das normas como dos órgãos judicantes. Ele seria linear, ou seja, as relações se dariam unicamente entre os níveis hierárquicos, excluindo qualquer forma de inversão ou retroação entre eles. A terceira, arborescente, indica que existe uma estratificação

¹³⁹ ALMEIDA, Renato Rua de. Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Coord.). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015a. p. 161-162.

¹⁴⁰ VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 87-88, 93-94.

e complementação de várias normas e órgãos a partir de uma matriz criadora única: as disposições constitucionais, ou a norma fundamental, por exemplo. A arborescência é uma metáfora. Esta característica seria o fato das leis nascerem de um tronco comum, tendo, portanto, a mesma origem.

[...] as três características do modelo “piramidal”, citadas anteriormente, estão perdendo a sua capacidade explicativa. A primeira característica, hierarquia, revela os seus limites, pois a subordinação cede espaço para a colaboração e a coordenação. A segunda, linearidade, se relativiza e é acompanhada frequentemente pelo fenômeno das associações estranhas ou pelas inversões das sequências lógicas. A terceira, arborescência, se dilui, pois não é mais possível encontrar uma origem única de onde se derivaria todo o sistema jurídico.¹⁴¹

A segunda concepção do Direito, defende ser ele formado “em rede”. De fato, para Veronese, baseado no conceito de direito em rede formulado por François Ost e Michel Van de Kerchove¹⁴², “a maneira de compreender a configuração jurídica atual seria visualizar o direito como uma “rede” normativa, com os seus nós e as assimetrias entre as fontes produtoras e mantenedoras dos conceitos jurídicos.”¹⁴³

Não obstante, conforme ressalva Veronese, tanto a concepção “piramidal” quanto a idealização do Direito “em rede” possuem um problema central: “ambas as concepções têm o seu suporte na tradição teórica que marca o direito moderno: o normativismo.”¹⁴⁴ Para o autor, há “a necessidade de reoxigenação da teoria do direito, em prol de representações jurídicas utilizáveis, mas que fossem relacionadas com as demais ciências sociais.”¹⁴⁵

Em verdade, na pós-modernidade, a visualização do Direito em uma determinada forma pode ser interessante (apenas) do ponto de vista didático. Nesse sentido, a imagem que melhor corresponde ao sistema jurídico contemporâneo é a de uma típica galáxia espiral complexa e dinâmica, como a Via Láctea.

Isso porque, simplificadamente, uma galáxia consiste em um enorme sistema formado por bilhões de estrelas, cujo centro é nítido e altamente denso (matéria escura), em torno do

¹⁴¹ VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 87-88.

¹⁴² OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit? **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, Bruxelas, n. 44, 2000. Revista da Universidade Saint-Louis, de Bruxelas, capital da Bélgica.

¹⁴³ VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 93.

¹⁴⁴ VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 83.

¹⁴⁵ VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. p. 95.

qual, em uma hierarquia de associações, formam-se outros sistemas ou subsistemas (como o nosso sistema solar), todos condicionados e coesos em razão da força gravitacional (oriunda do núcleo galáctico). Ademais, uma galáxia interage com outras galáxias, porque, mesmo sendo um gigantesco sistema, é parte de um todo ainda maior, o universo.

Por essa analogia, o sistema jurídico também possui um centro nítido e altamente denso, a saber: os fundamentos, os objetivos e os princípios do Estado Democrático de Direito, mormente a dignidade da pessoa humana¹⁴⁶. Esse centro consiste na finalidade do sistema jurídico de certa sociedade, em torno do qual, em uma hierarquia de associações, formam-se outros microssistemas, compostos por cadeias normativas complexas e coesas, oriundas de uma plêiade de fontes, todas condicionadas pela Constituição.

Além disso, embora forme um todo com relação as suas partes, o Direito também é parte de um todo ainda maior, a sociedade. Assim, como parte da sociedade, o sistema jurídico interage com os outros sistemas sociais (como a sociologia, a antropologia e a economia), de forma que, em conformidade com o pensamento de Niklas Luhmann, o Direito é um sistema operacional ou normativamente fechado e cognitivamente aberto.

Diante de tudo que até aqui foi exposto, deve-se reconhecer a dificuldade de obter um conceito de sistema jurídico consensual, preciso e, principalmente, universalmente válido. Entretanto, passa-se a aduzir na presente seção a noção de sistema jurídico adotada nesta dissertação. Vejamos.

O Direito consiste em um sistema, cujos elementos componentes são as normas jurídicas (regras e princípios) veiculadas por textos normativos emanados por uma plêiade de fontes, nacionais e internacionais, estatais e não estatais. Uma norma jurídica vista isoladamente pode fazer sentido algum, revelando isoladamente pouco do todo organicamente estruturado, porquanto um sistema não consiste na mera soma de seus elementos componentes.

Em verdade, o sistema jurídico deve ser compreendido holisticamente, como uma totalidade integradora do conjunto dos elementos que o compõe. De fato, no Direito, deve-se considerar o todo em sua complexidade e organização, sem, contudo, desprezar as diferenças que determinadas normas jurídicas são caracterizadas e o fato de que mudanças em qualquer

¹⁴⁶ José Afonso da Silva defende ser a dignidade da pessoa humana o valor supremo da democracia. Com efeito, o autor conclui que “a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.” (SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 94).

uma das normas componentes provocam mudanças no todo coeso.

O sistema jurídico é caracterizado essencialmente pelas relações dinâmicas existentes entre os seus elementos predispostos, as quais conformam a estrutura interna do sistema de forma orgânica (sistema orgânico), visando à concreção de um fim, em torno do qual se tem o sentido e a unidade das partes. Com efeito, todas as normas jurídicas relacionam-se intensa e dialeticamente entre si, condicionando-se reciprocamente, mediante relações de subordinação e, principalmente, coordenação.

Os elementos do sistema jurídico são as normas de Direito, resultantes da interpretação sistemática dos enunciados semânticos veiculados por textos normativos, contidos em inúmeras fontes jurídicas (pluralismo jurídico), todas condicionadas e coesas em razão da primazia da Constituição. Em outras palavras, o Direito deve ser pensado como uma totalidade dialética composta por normas jurídicas expressadas por regras e princípios e desvendadas por intermédio da interpretação sistemática dos textos normativos.

Ressalte-se que o sistema jurídico pressupõe ordem e unidade, tendo como fim a garantia e a concreção dos fundamentos, dos objetivos e dos princípios do Estado Democrático de Direito, notadamente a dignidade da pessoa humana. Para consecução desse fim, além da ordenação e da unidade, no sistema jurídico, é indispensável a existência de coerência, a qual assegura a higidez sistêmica do Direito, possibilitando-lhe legitimidade e segurança jurídica. Essa coerência, diante das características da pós-modernidade, tem como condição de possibilidade a interpretação sistemática e a ideia de diálogo aberto e coerente entre todas as possíveis fontes do Direito (teoria do diálogo das fontes).

É de esclarecer ainda que, hodiernamente, o pensamento sistêmico implica entender que a realidade não é estática nem presumível, de forma que não existe de maneira apriorística uma solução adequada e justa para determinado caso concreto, pois somente se interpretam textos normativos e aplicam normas jurídicas diante da riqueza de um contexto fático¹⁴⁷.

Com efeito, António Menezes Cordeiro, na introdução à edição portuguesa da obra “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”, de Claus-Wilhelm Canaris, ressalta que:

¹⁴⁷ Nesse diapasão, não se pode olvidar que a norma é o resultado da interpretação de um texto normativo. Em outras palavras, a norma é produzida pelo interprete-aplicador a partir de textos ou enunciados normativos, ou seja, o interprete-aplicador expressa ou desnuda a norma veiculada pelos textos. Canotilho assevera “que toda a norma é ‘significativa’, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 209).

[...] o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao atual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo direto, tal como se apresenta; uma sua apreensão apriorística resulta impossível.¹⁴⁸

Ademais, Streck afirma que “o processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*), desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só depois eu aplico”.¹⁴⁹

De acordo com Friedrich Müller, “a norma não existe, não é ‘aplicável’. Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso”.¹⁵⁰

Enfim, o pensar sistêmico impõe ao interprete-aplicador do Direito reconhecer a si mesmo como parte do sistema no qual intervém ou estuda, devendo ampliar seu olhar sobre a situação fática, questionar a problemática existente e buscar soluções adequadas e conforme os direitos fundamentais, sempre em consonância com seu dever de coerência e integridade (Dworkin). Nessa senda, a teoria do diálogo das fontes consiste em importante instrumento para realização de direitos fundamentais.

2.3 A Constituição como centro unificador do ordenamento jurídico e o diálogo das fontes como catalizador da relação entre marcos teóricos do direito contemporâneo

É a visão do Direito como um sistema unitário que permite a confluência de diversas teses (ou marcos teóricos) amplamente utilizados no Direito pós-moderno, tais como: o diálogo das fontes, a constitucionalização do Direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a personalização do Direito¹⁵¹ (centralidade da proteção da pessoa humana como fundamento supremo do ordenamento jurídico) e o sistema de cláusulas gerais.¹⁵²

¹⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XIX-XX.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. p. 50.

¹⁵⁰ MÜLHER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

¹⁵¹ Trata-se do fenômeno de valoração da pessoa humana em detrimento do patrimônio, tendo como fundamento a proteção da dignidade humana, especialmente em consonância com o pensamento de Kant.

¹⁵² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 64.

Essa convergência propiciada pela Constituição evidencia uma relação direta entre todos esses marcos teóricos do Direito contemporâneo. Assim, neste tópico, tem-se o objetivo de destacar como alguns pontos explorados ao longo de todo o presente trabalho estão intimamente relacionados, em razão da unicidade do ordenamento jurídico, que é propiciada pela visão sistemática do Direito.

Sobre a relação entre os marcos teóricos em comento, interessante colacionar a lição de Flávio Tartuce:

[...] pode-se demonstrar uma relação direta entre o diálogo das fontes, a constitucionalização do Direito Civil (com o surgimento do Direito Civil Constitucional), a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a personalização do Direito Civil e o sistema de cláusulas gerais construído pela ontogenoseologia realeana.

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização).

Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A porta de entrada dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (eficácia horizontal mediata), ou mesmo de forma direta (eficácia horizontal imediata).

Em síntese, percebe-se que todas essas teorias possibilitam a visão de um sistema unitário, em que há mútuos diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade. Assim está sendo construído o Direito Civil Contemporâneo.¹⁵³

Na pós-modernidade, conforme já anotado, a unidade de determinado sistema jurídico é propiciada pela Constituição, uma vez que ela estatui os direitos fundamentais, os quais possuem primazia no ordenamento jurídico, juntamente com os demais fundamentos, objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a força aglutinadora da Constituição impõe coesão lógica e unicidade a todo o sistema jurídico, pois o complexo normativo constitucional condiciona as demais normas.

Nesse sentido, a unidade do ordenamento jurídico é fixada quando todos os âmbitos do Direito confluem para uma mesma norma fundamental comum, a qual, hodiernamente, consiste na valoração digna da pessoa humana. E é a Constituição, com seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, que estatui a proteção da pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico.

¹⁵³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 64-65.

De acordo com Canotilho, o princípio da unidade da Constituição exige “coerência narrativa”¹⁵⁴ do interprete-aplicador, o qual deve considerar a Constituição em sua inteireza, interpretando-a de forma a evitar contradições entre as suas normas.¹⁵⁵ Essa exigência, aliada ao fato de que, na pós-modernidade, houve o reconhecimento da normatividade, da supremacia e da centralidade da Constituição, impõe a necessidade de todos os ramos do Direito sempre considerar dialogicamente as normas constitucionais.

Portanto, “o próprio conceito de constituição pressupõe a ideia de diálogo entre as fontes normativas”¹⁵⁶. Nessa senda, a constitucionalização do Direito nada mais é do que um diálogo entre a Constituição e as fontes infraconstitucionais (diálogo das fontes).

Em complemento, a supremacia da Constituição e o fato de ela estatuir a proteção da pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico, impulsiona a personalização do Direito, que consiste em fenômeno no qual, em detrimento do patrimônio, a pessoa é situada no centro do sistema jurídico, de forma que todos os âmbitos do Direito protejam a pessoa humana e a exaltem como valor, expressando, pois, a sua dignidade como fundamento primordial da ordem jurídica.

Para que a proteção da pessoa humana realmente seja o fundamento supremo do Direito, é preciso que, em qualquer relação jurídica, a pessoa possa ser valorada dignamente. Daí porque é preciso reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a capacidade técnica de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre particulares (indivíduos que são igualmente detentores de direitos e deveres).

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais torna mais concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e a realização dos demais valores constitucionais. Nesse aspecto, as cláusulas gerais são poderosos instrumentos, porque podem ser o meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações entre particulares.

Diante de todo esse cenário, percebe-se a intensa relação entre os diversos marcos teóricos do Direito contemporâneo, a qual é maximizada pela teoria do diálogo das fontes, que, assim, mostra-se como catalisador da interação entre as diversas teses reinantes no Direito pós-moderno, como a constitucionalização do Direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a personalização do Direito e o sistema de cláusulas gerais.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 192.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 226.

¹⁵⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 128.

Dessa forma, o diálogo das fontes torna-se paradigma de interpretação e aplicação de normas jurídica, principalmente porque permite restaurar a coerência do sistema jurídico, coordenando as diversas fontes normativas, de forma a garantir a autoridade da Constituição e a realização de direitos fundamentais, especialmente a concreção da igualdade (substancial) e da valoração digna da pessoa humana.

3 TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES: MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS

O ato de interpretar uma norma jurídica impõe ao hermeneuta-interpretador considerar dialeticamente o sistema jurídico inteiro, visando a solucionar um caso jurídico concreto, em consonância com a justiça, a equidade e o devido processo legal, sempre observando os direitos fundamentais e os valores jurídicos constitucionais (substrato axiológico dos princípios), e superando antinomias sem sentido amplo.

Ademais, em busca de legitimidade, em todo o processo hermenêutico-interpretativo, o interprete deve construir argumentos de qualidade, claros, convincentes e consistentes, que possam ser validados, formal (ponto de vista procedural) e materialmente (conteúdo), segundo as máximas da proporcionalidade, da razoabilidade e da racionalidade, agindo, sempre, em consonância com o seu dever de coerência (harmonia e coesão das normas jurídicas, a fim de assegurar a efetividade do princípio da igualdade) e integridade (construção de raciocínio de forma integrada ao sistema jurídico inteiro, sem arbitrariedades interpretativas).

Nesse contexto, a teoria do diálogo das fontes mostra-se, na pós-modernidade, como condição de possibilidade para uma hermenêutica ser capaz de eficaz e eficientemente enfrentar o desafio atual do Direito de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais.

De fato, com a teoria do diálogo das fontes, tem-se uma hermenêutica dialógica capaz de propiciar ao interprete-aplicador considerar o sistema jurídico inteiro, com sua pluralidade de fontes dialéticas; assegurar a supremacia da Constituição e a primazia dos direitos fundamentais; garantir a coerência sistêmica do Direito; e permitir a solução de tensões entre normas jurídicas (sejam regras, sejam princípios), mormente nos casos de maior complexidade, porquanto a adoção dessa teoria confere ao ordenamento jurídico a adequada maleabilidade para superação dessas tensões.

À vista do exposto, nesta seção da dissertação, pretende-se analisar com profundidade a teoria do diálogo das fontes, procurando sistematizá-la.

3.1 A idealização de Erik Jayme e a contribuição de Cláudia Lima Marques: origem, conceito, significado e delimitação do método do diálogo das fontes

A teoria do diálogo das fontes consiste em um método de interpretação e aplicação das normas jurídicas, que objetiva assegurar a coerência sistêmica e a efetividade do Direito,

tendo como fundamento a Constituição e os valores por ela estatuídos.

Trata-se de um método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes de Direito, possibilitando a interpretação, a integração e a aplicação das normas jurídicas, de forma a garantir a supremacia da Constituição e, portanto, a primazia dos direitos fundamentais.

Com efeito, o diálogo das fontes consiste em um paradigma do Direito pós-moderno, em que não há mais o pressuposto de eliminação de uma das normas do sistema, quando ocorre uma aparente antinomia ou um conflito entre elas. Com isso, afastam-se os tradicionais e excludentes métodos de resolução de conflitos normativos (hierárquico, especialidade e cronológico).

O termo “diálogo” refere-se à busca de uma solução flexível e aberta, em que o interprete-aplicador do Direito, desde o início do processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo, diante da riqueza de um caso concreto e das circunstâncias a ele inerentes, considera todo o sistema jurídico, perscrutando as inúmeras fontes de Direito, de forma a não ignorar a possibilidade de aplicação simultânea, coerente e coordenada das normas jurídicas convergentes.

O diálogo das fontes, portanto, exige uma postura do intérprete no processo de coparticipação de criação do Direito pós-moderno. Com efeito, a partir da libertação da noção de fontes que se excluem mutuamente, é o interprete-aplicador, iluminado pelo pensamento de que as fontes conversam ou dialogam entre si, passando, assim, a perquirir todas as múltiplas fontes de Direito convergentes, que deve analisar os diálogos possíveis de ocorrerem no caso jurídico concreto que tenta resolver.

Sobre a utilização do termo “diálogo”, veja a seguinte lição de Claudia Lima Marque:

[...] “diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenção internacional e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).¹⁵⁷

Ademais, observe-se que a palavra “fonte” é utilizada neste trabalho para se referir a

¹⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 74-75.

todas as possíveis e legítimas origens de normas jurídicas (regras ou princípios), ou seja, diz respeito a todas as vias de manifestação ou de formação do Direito em um determinado ordenamento jurídico.

Destarte, o “diálogo das fontes” pode ocorrer entre quaisquer legítimas fontes do Direito, tais como: fontes constitucionais e infraconstitucionais; fontes nacionais e internacionais; fontes estatais e não estatais; fontes jurisprudenciais e legislativas; analogia, costumes, princípios gerais do Direito e doutrina.

Feitas essas considerações, cumpre anotar que a teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida pelo professor alemão Erik Jayme, no Direito Internacional Privado, de forma a defender essencialmente a superação da ideia de conflito entre leis, que deveria ser substituída pela noção de coordenação de fontes¹⁵⁸.

Cláudia Lima Marques, a quem se deve o desenvolvimento e o avanço da teoria de Jayme no Brasil, ensina que o diálogo das fontes “significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas”¹⁵⁹. “Mais do que teoria é método [...], pois se trata de um dos instrumentos mais importantes e sensíveis aos desafios dos novos tempos”¹⁶⁰.

Para Erik Jayme, a coordenação e a aplicação de diferentes fontes em um mesmo caso concreto possibilitaria de forma mais eficiente a proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana¹⁶¹.

O autor desenvolveu a teoria do diálogo das fontes atento à pluralidade e à complexidade dos tempos pós-modernos e considerando a distinção impositiva dos direitos humanos e, na linha do pensamento aristotélico até hoje atual, do direito a ser diferente e a ser tratado diferentemente (princípio da igualdade)¹⁶².

É assim que Erik Jayme, em seu curso Geral de Haia de 1995, defendeu a necessidade de coordenação entre as leis, como característica de um sistema jurídico

¹⁵⁸ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration**: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye. Haye: Nijhoff, 1995, II.

¹⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-20.

¹⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

¹⁶¹ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration**: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye. Haye: Nijhoff, 1995, IV.

¹⁶² Nada mais em consonância com a tutela da dignidade da pessoa com deficiência do que a ideia de igualdade (material), o que evidencia, sobretudo no atual momento, com o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência, a importância da teoria do diálogo das fontes para a (res)sistematização das normas jurídicas de proteção da pessoa com deficiência.

eficiente e justo. Em outras palavras, como alternativa aos critérios para resolver os conflitos de leis no tempo, Jayme defendeu uma segunda solução: a coordenação das diversas fontes de direito, a fim de reestabelecer a coerência do sistema jurídico^{163, 164}

Nesse sentido, para Cláudia Lima Marques, em busca de uma eficiência “funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’”, “a solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções”, visto que, na pós-modernidade, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas¹⁶⁵.

É importante mencionar que o fato de a teoria do diálogo das fontes ter sido desenvolvida no Direito Internacional Privado não limita a sua aplicação. Em verdade, o “diálogo das fontes” consiste em um importante método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, sendo capaz de garantir a harmonia e a coerência de todo o sistema jurídico pós-moderno, porquanto permite soluções mais fluídas, flexíveis, abertas e conforme os direitos fundamentais.

Quanto à possibilidade de aplicação da tese de Erik Jayme em todos os ramos do Direito¹⁶⁶, veja a seguinte defesa de Cláudia Lima Marques:

A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no Direito Internacional Privado, como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo e as mudanças nos valores e modelos da sociedade. Mas 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 de caos, de desregulamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da

¹⁶³ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration**: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye. Haye: Nijhoff, 1995, II.

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 71-74.

¹⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 72-73.

¹⁶⁶ A divisão da matéria jurídica em “ramos” não significa, em absoluto, que o Direito seja divisível em setores autônomos. Ao contrário, o Direito consiste em um sistema jurídico caracterizado pela ordenação, unidade e adequada coerência. É importante consignar que, neste trabalho, a expressão “ramos do Direito” é utilizada apenas para designar o fracionamento da matéria jurídica comumente utilizado como instrumento didático e metodológico. Dessa forma, falar em “ramos do Direito” somente faz mínimo sentido se houver a ideia de que esses “ramos” são complementares em ampla interação, especialmente com o Direito Constitucional. Enfim, o Direito consiste em um sistema uno e indecomponível (todas as normas jurídicas relacionam-se entre si), de forma que os “ramos do Direito” são recortes epistemológicos realizados para reduzir a complexidade do objeto da análise jurídica.

"euforia do individualismo e do mercado", era de 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 a 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. Identificar esta nova fase do direito e ajudar na reconstrução da ciência do Direito é o escopo da larga obra de Erik Jayme. Segundo o mestre, quatro seriam as características da cultura pós-moderna que têm reflexos no direito: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Erik Jayme denomina de "le retour des sentiments" e a valorização dos direitos humanos.¹⁶⁷

Em que pese ser relativamente recente e ainda não ter obtido total apoio dos juristas, a teoria do diálogo das fontes já é utilizada em praticamente todos os ramos do Direito, estando inclusive consolidada pela jurisprudência de Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, o entendimento do STJ sobre a teoria do diálogo das fontes pode ser assim enunciado:

O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.¹⁶⁸

Além de sua ampla aplicação em favor do consumidor, graças ao forte engajamento de Cláudia Lima Marques, é possível constatar, em maior ou menor grau, a utilização da tese de Erik Jayme em praticamente todos os ramos do Direito, tais como no Direito do Trabalho¹⁶⁹; no Direito Administrativo¹⁷⁰; no Direito Aduaneiro¹⁷¹; no Direito Tributário, na teoria geral do processo de execução e no microssistema de execução fiscal¹⁷²; no

¹⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. Ata da 987^a sessão solene do conselho universitário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar. 2003a. p. 40.

¹⁶⁸ BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1483780/PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DF, 23 jun. 2015c. **Diário da Justiça Eletrônico**, 05 ago. 2015.

¹⁶⁹ ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Coord.). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015b.

¹⁷⁰ BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial n.º 1139554/RS. Relator Ministro Castro Meira, DF, 01 out. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 out. 2009.

¹⁷¹ BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1483780/PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DF, 23 jun. 2015c. **Diário da Justiça Eletrônico**, 05 ago. 2015.

¹⁷² BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Recurso Especial n.º 1184765/PA. Relator Ministro Luiz Fux, DF, 24 nov. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 03 dez. 2010.

microssistema dos Juizados Especiais¹⁷³; no microssistema atinente às ações coletivas¹⁷⁴; na promoção da pessoa com deficiência¹⁷⁵; na tutela do patrimônio público¹⁷⁶; na Execução Penal¹⁷⁷ e na aplicação do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015)¹⁷⁸.

Em análise à adequada interpretação do novo Código de Processo Civil brasileiro, Arthur Cesar de Moura Pereira enfatiza que “**a teoria do diálogo das fontes não se limita às elucubações doutrinárias**”, consistindo em “uma das chaves que destranca o novo CPC”¹⁷⁹. Importante destacar a seguinte lição de Pereira:

[...] a Teoria do Diálogo das Fontes está consolidada no STJ, não restando dúvidas que será uma das balizas que guiará a Corte Especial nos casos que haverá de apreciar em relação ao novo CPC, sobretudo quando em aparente conflito com as leis especiais protetivas, cuja finalidade principal é a de proteger um conjunto de relações jurídicas, disciplinando-as e produzindo as ferramentas processuais adequadas a sua proteção. Remarque-se não se tratar de institucionalização de privilégios, já que aquele tipo de lei responde diretamente a um comando constitucional.

[...]

Assim, a Teoria do Diálogo das Fontes funciona como critério para interpretação do novo CPC, diante de aparentes antinomias existentes entre a nova legislação, de cunho geral, e as leis específicas protetivas. **O Diálogo das Fontes é uma das chaves que destranca o código Novel Codex**, ampliando seus horizontes de aplicação e atualizando, sem revogar, as leis especiais protetivas.¹⁸⁰

¹⁷³ MINAS GERAIS. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conflito de Competência n.º 1.0000.17.033622-6/000; Número CNJ 0336226-98.2017.8.13.0000. Relatora Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 10 ago. 2017a. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 31 ago. 2017.

¹⁷⁴ MINAS GERAIS. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0000.17.051331-1/001; Número CNJ 6017333-26.2015.8.13.0024. Relator Desembargador Corrêa Júnior. Belo Horizonte, 24 out. 2017b. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 30 out. 2017.

¹⁷⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a.

¹⁷⁶ LOUREIRO, Valtair Lemos. O diálogo das fontes como método integrativo do microssistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público. In: MAILLART, Adriana Silva; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). **Acesso à justiça II**. Florianópolis, FUNJAB, 2013, p. 177-205.

¹⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Execução Penal n.º 70074860578; Número CNJ 0250172-59.2017.8.21.7000. Relator Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 14 set. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 out. 2017.

¹⁷⁸ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Quinta Turma Cível). Acórdão n.º 892638; Apelação n.º 20100112221146APC; Número CNJ 0070795-13.2010.8.07.0001. Relator Desembargador Silva Lemos; Revisor Desembargador Josapha Francisco dos Santos. Brasília, DF, 26 ago. 2015d. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 set. 2015. p. 175.

¹⁷⁹ PEREIRA, Arthur Cesar de Moura. Teoria do diálogo das fontes é uma das chaves que destranca novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mar. 2016. Grifo nosso.

¹⁸⁰ PEREIRA, Arthur Cesar de Moura. Teoria do diálogo das fontes é uma das chaves que destranca novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mar. 2016. Grifo nosso.

É interessante destacar que o novo Código Civil e Comercial da Argentina, em vigor desde 1º de agosto de 2015, adotou a teoria do diálogo das fontes de forma expressa em seus artigos 1º, 2º e 3º. O presidente da comissão redatora da reforma desse novo código, Ricardo Luis Lorenzetti, esclarece como o código estabelece um modelo de decisão judicial alicerçada na hermenêutica dialógica:

O código estabelece a necessidade de uma decisão judicial razoavelmente fundamentada que mencione uma pluralidade de fontes que excedem seu próprio texto, o que leva a um diálogo necessário entre elas. Por essa razão, estabelece-se (art. 1º) que, nesta matéria, devem ser consideradas a Constituição, as leis, os tratados de direitos humanos e a finalidade da norma. Da mesma forma, dispõe que a lei deve ser interpretada (art. 2º) levando-se em consideração as suas palavras, as suas finalidades, as leis análogas, as disposições de direitos humanos, os princípios e os valores jurídicos, de modo coerente com o ordenamento. Finalmente, o dever do juiz de resolver por meio de uma decisão razoavelmente fundamentada (art. 3º). Esses textos, conjugados, conduzem a um novo modelo de decisão judicial muito trabalhada pela doutrina nacional e estrangeira, que constitui um enorme avanço no Direito argentino.¹⁸¹

Lorenzetti explica que inexoravelmente existe uma relação entre o novo Código Civil (argentino) e todas as outras fontes de direito, como a Constituição, os tratados internacionais, as leis infraconstitucionais, a jurisprudência e os usos. Essa relação inevitável impõe ao interprete estabelecer um diálogo de fontes que deve ser razoavelmente fundamentado. Veja a lição do jurista argentino:

Em um sistema complexo, existe uma relação inevitável da norma codificada com a constitución, os tratados internacionais, as leyes, a jurisprudencia, os usos, de modo que quem aplica a lei e a interpreta establece um diálogo de fontes que deve ser razoavelmente fundamentado (artigos 1º, 2º e 3º). Essas são diretrizes para a decisão judicial, que deve começar com o método dedutivo, submeter-se ao controle dos precedentes, verificar a coerência com o resto do sistema jurídico e dar explicações suficientemente razoáveis.¹⁸²

¹⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Introducción al Código Civil y Comercial.** [2014], tradução nossa. Texto disponível no site gratuito de consulta e debate sobre o Código Civil e Comercial da Argentina [nuevocodigocivil.com], elaborado pela comissão redatora da reforma, presidida por Ricardo Luis Lorenzetti. O trecho citado foi traduzido livremente do seguinte texto original: “El código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas. Por esta razón se dispone (Art 1) que en esta materia deben tenerse en cuenta la Constitución, leyes, tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma. Asimismo, dispone que la ley debe ser interpretada (Art 2) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento. Finalmente, el deber del juez de resolver mediante una decisión razonablemente fundada (Art 3). Estos textos, conjugados, dan curso a un nuevo modelo en la decisión judicial muy trabajado por la doctrina nacional y extranjera, que constituye un enorme avance en el derecho argentino.”

¹⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Presentación del proyecto.** [2012], tradução nossa. Apresentação do Projeto de Código Civil e Comercial da Argentina enviado pelo Poder Executivo ao Congresso da Nação. Texto disponível no site gratuito de consulta e debate sobre o Código Civil e Comercial da Argentina [nuevocodigocivil.com], elaborado pela comissão redatora da reforma, presidida por Ricardo Luis Lorenzetti. O trecho citado foi traduzido livremente do seguinte texto original: “En un sistema complejo existe una relación

Como se vê, é preciso atentar-se que, na pós-modernidade, a fim de garantir a unidade e a funcionalidade do ordenamento jurídico, existem inevitavelmente diálogos entre todos os âmbitos do Direito, inclusive entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. Assim sendo, a teoria do diálogo das fontes tem aplicação impar e imprescindível na concreção dos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, impõe citar a lição de Fernando Rodrigues Martins, para quem a teoria do diálogo das fontes possui “total pertinência aos dias que correm e, inclusive, no âmbito constitucional não como forma de aviltar o comando supremo essencial, senão para somar na concreção.”¹⁸³

Nesse mesmo sentido, Marcelo Schenk Duque defende que “as vinculações e entrelaçamentos entre o direito público e privado são recíprocos, sendo que especificações, na forma de linhas diretivas, podem resultar de qualquer âmbito do direito, desde que não se façam presentes contradições essenciais.”¹⁸⁴

O diálogo das fontes consiste em método que tem o objetivo precípuo de buscar a aplicação coerente e eficiente das normas jurídicas, garantindo a supremacia da Constituição e a primazia dos direitos fundamentais, mas também a funcionalidade de todo o atual sistema jurídico plural e complexo. Dessa forma, impõe-se reconhecer a necessidade de diálogo ou comunicação entre as normas constitucionais em si, que gozam de mesma hierarquia. Outrossim, respeitada a autoridade da Constituição, igualmente, deve-se reconhecer a necessidade de diálogo entre a Constituição e os outros âmbitos do Direito, na busca de aprimoramentos recíprocos.

Martins defende que “a Constituição jamais perde a integralidade ou a transcendente característica de norma alocada na cúspide do sistema para transformação social. Contudo, também é possível de receber as experiências da legislação infraconstitucional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais albergados em seu texto”.¹⁸⁵

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 (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.”

¹⁸³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017.

¹⁸⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 131.

¹⁸⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. **Revista de**

Com efeito, os direitos fundamentais devem ser concretizados por todo o sistema jurídico, em diálogo das fontes. É que a teoria de Erik Jaime, mormente em casos de maior complexidade, confere ao sistema a maleabilidade necessária para que o núcleo de cada direito fundamental seja respeitado, podendo ser materializado em razão da busca do melhor entendimento que compatibilize sistematicamente as normas infraconstitucionais, interpretando-as e aplicando-as coerente e coordenadamente, de forma simultânea ou subsidiária.

Aqui, convém destacar que não se nega a possibilidade de ocorrer direta e imediatamente um diálogo entre direitos fundamentais¹⁸⁶, ao contrário, defende-se que o diálogo também ocorre dentro da própria constituição (diálogo intraconstitucional), principalmente no caso do fenômeno da concorrência entre direitos fundamentais (caso jurídico concreto em que, perante um único titular, mais de um direito fundamental pode ser decisivamente aplicado, visando a uma solução adequada e eficiente)¹⁸⁷. Entretanto, a teoria do diálogo das fontes mostra-se especialmente útil na realização dos direitos fundamentais nos lindes da legislação infraconstitucional.¹⁸⁸

Marcelo Schenk Duque defende que “o direito ordinário revela-se como peça fundamental e indispensável para assegurar a própria supremacia da constituição.”¹⁸⁹ Anote-se que o autor trabalha no sentido da incorporação da teoria do diálogo das fontes à teoria geral da constituição, partindo da compreensão universal da constituição e do próprio

direito do consumidor, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017.

¹⁸⁶ Aqui, é preciso registrar que não se está afirmando que a teoria do diálogo das fontes substitui a técnica da ponderação, mas sim que ela consiste em importante instrumento pós-moderno de superação de tensões ou conflitos normativos. Mais do que isso, antes até de cogitar a aplicação da ponderação, utilizando o método do diálogo das fontes desde o início do processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo, o interprete pode melhor compreender todo o sistema jurídico, considerando os possíveis diálogos que indubitavelmente ocorrem entre os diversos níveis que compõem o ordenamento jurídico. Aliás, o interprete deve atentar-se inclusive para os possíveis diálogos que ocorrem dentro da própria constituição (diálogos intraconstitucionais). Em verdade, a teoria do diálogo das fontes nem mesmo rivaliza com a ponderação, ao revés, trata-se de importante instrumento capaz de oportunizar ao interprete-aplicador do Direito maior clareza do sistema jurídico, o que lhe permite, ao final, por exemplo, aplicar mais eficientemente outros métodos ou técnicas do Direito, tais como a ponderação.

¹⁸⁷ Sobre o fenômeno da concorrência entre direitos fundamentais, remeta-se a DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 144-147. O autor assevera que “o diálogo das fontes produz uma sadia concorrência dentro da própria constituição, onde diversos princípios concorrem entre si para prestar uma proteção mais eficiente à pessoa. Na soma, adquire-se uma proteção diferenciada.”

¹⁸⁸ É especialmente no sentido de realização dos direitos fundamentais nos lindes da legislação infraconstitucional que, nesta dissertação, utiliza-se a expressão “direitos fundamentais em diálogo de fontes”.

¹⁸⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 127.

ordenamento jurídico e comprovando que o conceito de constituição pressupõe a ideia de diálogo entre as fontes normativas.

Impende salientar que os direitos fundamentais se espalham por todo ordenamento jurídico¹⁹⁰, alcançando a legislação infraconstitucional de quatro formas: (i) na simples reprodução das normas de direito fundamental contidas na Constituição da República; (ii) por meio das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e das normas principiológicas, o que permite o preenchimento da norma pelos valores jurídicos constitucionais (substrato axiológico dos direitos fundamentais e dos princípios); (iii) por intermédio da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (eficácia horizontal), o que permite a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, situação que exige do Estado a observância da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativo de tutela¹⁹¹; e (iv) por meio da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a partir da ideia de que estes consistem em normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do Direito, de forma a impulsionar e orientar a atuação dos particulares e do Estado, especialmente de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse espalhamento dos direitos fundamentais por todo ordenamento jurídico, cria uma simbiose entre a Constituição e o direito infraconstitucional¹⁹², propiciando, assim, a sinergia capaz de dar maior concreção aos direitos fundamentais e reconhecer efetivamente a pessoa humana como fundamento supremo do Estado e da sua ordem jurídica.

Como se vê, o diálogo das fontes mostra-se importante para a adequada

¹⁹⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017. O autor defende que: “A aplicação dos direitos fundamentais nos lindes do direito privado dá-se em três formas: (i) na simples reprodução pelas normas de direito privado do que está contido na Constituição Federal (direito à propriedade: CC art. 1.228 e CF art. 5º, inc. XXII); (ii) por meio das cláusulas gerais, como normas-programa, ou de reenvio, com o preenchimento da norma pelos valores constitucionais; (iii) com aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, quando o legislador infraconstitucional deixou de regrar a situação (imperativo de tutela).”

¹⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

¹⁹² DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143. O autor defende que “a norma constitucional, expressão de um ou mais valores, irradia um conteúdo indeterminado para uma norma de direito privado. Esse conteúdo indeterminado preenche valorativamente a norma privada, moldando a sua compreensão no sentido da constituição. Cria-se, aqui, a figura de uma *simbiose* entre a constituição e o direito privado: sem o direito privado, a norma constitucional pode pouco fazer, pelo fato de que a indeterminação de seu conteúdo não proporciona uma imposição concreta no ordenamento jurídico. A norma de direito privado, por sua vez, carece de valores constitucionais que guiem a sua interpretação e aplicação, a fim de que atinja a sua finalidade plena, de regulação do conjunto de fatos da vida, em harmonia com a unidade do ordenamento jurídico e no marco da constitucionalidade.”

compreensão do sistema jurídico pós-moderno, podendo ser utilizado em todos os âmbitos do Direito. Segundo Claudia Lima Marques, a teoria do diálogo das fontes é mais do que mais um simples método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, trata-se de método da nova teoria geral do Direito, consistindo em instrumento útil ao aplicador do Direito, em face do pluralismo pós-moderno de fontes¹⁹³.

A autora assevera que “o diálogo das fontes pode ser usado em várias áreas e disciplinas jurídicas, onde os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminarem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes.”¹⁹⁴ Marques complementa que **o intérprete-aplicador poderia utilizar o diálogo das fontes “sempre que estiver presente um sujeito com direitos fundamentais ou em jogo valores constitucionais, pois fornece um caminho, um instrumento metodológico seguro e útil, a seguir.”**¹⁹⁵

O diálogo das fontes é uma releitura mais humanista e humanizadora da visão sistemática e funcional da ordem jurídica (que deve ser concebida como sistema). Essa teoria utiliza os valores constitucionais para coordenar as normas jurídicas ou restaurar a coerência enfraquecida por conflitos ou tensões normativas.

De acordo com Bruno Miragem, para melhor compreender o diálogo das fontes, é preciso reconhecer os seus principais traços característicos:

[...] a) primeiro, que se trata de um método de interpretação sistemático, e que deve ser compreendido segundo as premissas do pensamento sistemático do direito; b) segundo, de que propõe uma interpretação orientada por fundamentos axiológicos, com vista ao atendimento da finalidade de realização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁶

Consiste o diálogo das fontes em método de interpretação sistemática do Direito. A propósito, é preciso repisar que o pensamento sistemático do Direito vai muito além da mera subsunção do fato à norma, valendo-se da noção de sistema aberto e móvel, mediante o uso

¹⁹³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

¹⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

¹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 66, grifo nosso.

¹⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 78.

da cláusula geral. Vejamos a lição de Canaris:

[...] 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.¹⁹⁷

É interessante anotar que Bruno Miragem destaca os dois problemas a que o diálogo das fontes busca responder e a peculiaridade do método. Veja:

O diálogo das fontes [...] 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 do conflito. Da mesma forma, como é próprio de qualquer método de interpretação sistemática, organiza e coordena fontes no sentido da identificação e do preenchimento de lacunas.

A peculiaridade do método reside, justamente, na ordenação do procedimento de interpretação sistemática e na admissão apriorística da possibilidade de aplicação simultânea de normas distintas a um mesmo caso, em caráter complementar.¹⁹⁸

Destarte, a teoria do diálogo das fontes mostra-se útil em todos os ramos do Direito, apresentando crescente adesão dos juristas, em razão de suas características que permitem, na era atual (pós-modernidade), garantindo a eficiência e a funcionalidade do sistema jurídico, enfrentar o desafio do Direito de propiciar soluções flexíveis e abertas, favoráveis aos mais fracos da relação (consumidor, pessoa com deficiência), e sempre conforme os direitos fundamentais.

3.2 Critérios hermenêuticos da teoria do diálogo das fontes: valores jurídicos constitucionais, direitos fundamentais e direitos humanos

O diálogo das fontes, conforme já anotado, consiste em método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, fundado na coordenação de diferentes fontes de Direito, segundo determinada orientação constitucional.

De fato, o método parte da noção do Direito como sistema aberto e móvel¹⁹⁹, mediante

¹⁹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 37-38.

¹⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

¹⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

o uso de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas principiológicas, “tudo legitimado pelo princípio da unidade do ordenamento, mas especialmente orientado pelo princípio da supremacia da Constituição”²⁰⁰.

As soluções propostas pelo diálogo das fontes devem ser obtidas mediante controle teleológico, no qual o intérprete-aplicador, diante de um caso jurídico concreto, atento à influência dos fatos e de suas circunstâncias, perscruta todo o sistema jurídico, de forma a considerar as inúmeras fontes de Direito convergentes, visando a obter a norma jurídica aplicável na espécie, segundo determinada interpretação que esteja em consonância com os valores da ordem jurídica e que preserve a supremacia da Constituição e a unidade e a coerência do ordenamento.

E, na pós-modernidade, a unidade e a coerência do sistema jurídico somente é atingida se o Direito respeitar as identidades culturais do povo e considerar a importância da pessoa individual e concretamente considerada. Em outras palavras, a unidade e a coerência do Direito apenas é atingida com a plena valoração digna da pessoa humana.

Nesse sentido, veja a lição de Marcelo Schenk Duque:

A unidade do ordenamento jurídico é estabelecida a partir do momento em que todos os âmbitos jurídicos são reconduzidos a um princípio fundamental comum que, no caso, decorre da exaltação da pessoa como valor, expressão da sua dignidade, que origina as linhas valorativas e de conformação previstas na constituição. Trata-se, em última instância, do *Leitmotiv* da cultura jurídica contemporânea, que é exatamente o papel primordial dos direitos humanos, em um cenário onde a pessoa humana está focada no centro do direito.²⁰¹

Claudia Lima Marques, a seu turno, leciona da seguinte forma sobre os elementos guias da teoria de Erik Jayme:

O *Leitmotive*, elemento guia da teoria de Erik Jayme são os direitos humanos, 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 inamovíveis, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. **Os direitos humanos seriam as novas "normas fundamentais"** e estes direitos incluídos nas Constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural.

²⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

²⁰¹ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 130.

Concluindo: perguntado sobre qual seria a herança do Direito privado para o século XXI, recomendou 'autonomia' e 'transparência', isto é, que o Direito do futuro vise preservar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, assegurando a transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão!²⁰²

Em verdade, o diálogo das fontes tem como critérios hermenêuticos os valores jurídicos constitucionais, os direitos fundamentais e os direitos humanos. Para Claudia Lima Marques, o diálogo das fontes é “teoria humanista e humanizadora”, pois utiliza o sistema de valores constitucionais como forma de iluminar a solução de coerência restaurada do sistema, tendo como fundamento a pessoa humana. Marques ainda conclui que, “sob a ordem dos valores constitucionais, as leis a aplicar podem compartilhar ‘finalidades e *ratio*’ para alcançar um resultado justo e de acordo com aquela sociedade e o sistema de valores positivado na Constituição ou recebido nos direitos humanos, mesmo que a norma esteja presente em fontes diversas”.²⁰³

Enfim, a pessoa humana consiste no fundamento supremo do método do diálogo das fontes, que, assim, tem como critérios hermenêuticos os valores jurídicos constitucionais, os direitos fundamentais e os direitos humanos, de forma a garantir a superioridade da Constituição, buscar a primazia dos direitos fundamentais e utilizar-se da base mais atualizada da teoria geral do Direito, fulcrada nos direitos humanos.

3.3 Os tipos de diálogo das fontes

Para que o diálogo das fontes desvende uma solução eficiente, justa e conforme os direitos fundamentais, reestabelecendo a coerência do sistema jurídico, é preciso que as normas em conflito aparente, oriundas de fontes diversas, mas convergentes, possam simultaneamente alcançar a sua *ratio*, ou seja, é preciso atingir a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas as normas²⁰⁴.

Nesse sentido, Claudia Lima Marques desenvolveu no Brasil a teoria de Erik Jayme, sustentando a existência de três espécies de diálogo das fontes, que, em conjunto, constituem

²⁰² MARQUES, Claudia Lima. Ata da 987^a sessão solene do conselho universitário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar. 2003a. p. 41-42.

²⁰³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

²⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 74.

um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, fundado na coordenação de diferentes fontes normativas, tudo legitimado segundo determinada orientação constitucional.

Em conformidade com Cláudia Lima Marques²⁰⁵, existem três tipos de diálogo das fontes: a) diálogo sistemático de coerência; b) diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade; e c) diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

O primeiro tipo de diálogo das fontes (diálogo sistemático de coerência) indica que, na aplicação sistemática de duas fontes de Direito, uma delas pode servir de base conceitual para a outra. Como exemplo deste tipo de diálogo das fontes, os conceitos de contratos em espécie podem ser retirados do Código Civil, independentemente de se tratar de um contrato de consumo.

Para Bruno Miragem, “no caso do diálogo sistemático de coerência, preserva-se o âmbito de aplicação de ambas as leis, evitando a sobreposição, utilizando como critério o fundamento teleológico das normas”.²⁰⁶

De acordo com Fernando Rodrigues Martins, o diálogo de coerência “refere-se ao empréstimo de bases conceituais entre os modelos normativos.” No tocante à modalidade de diálogo em comento, Martins ainda destaca que, estando no ápice do ordenamento, a Constituição exige dialogicamente coerência do direito privado.²⁰⁷

O segundo tipo de diálogo das fontes (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade) indica a aplicação sistemática de duas (ou mais) fontes de Direito, na qual uma complementa subsidiariamente a aplicação da outra fonte, no que couber, no que for necessário.

Este tipo de diálogo entre as fontes ocorre de maneira integrativa, em que, complementar e subsidiariamente, há o compartilhamento de normas jurídicas (regras e/ou princípios) entre as fontes de Direito, sempre a depender do caso jurídico concreto e de suas circunstâncias.

Cláudia Lima Marques enfatiza que “este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

²⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 75.

²⁰⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017.

‘retirada’ do sistema pela outra.” A autora ainda exemplifica, ressaltando que o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade é aquele que ocorre na hipótese de as cláusulas gerais de uma lei encontrarem uso subsidiário e complementar em caso regulado por outra lei. Marques ainda comenta que também se trata do diálogo sob enfoque o caso de, subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência poderem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trouxerem normas mais favoráveis ao consumidor.²⁰⁸

No diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, em primeiro lugar esgota-se a aplicação de uma lei, para depois, no que couber, no que for necessário, aplicar-se conjunta e subsidiariamente a outra fonte. Claudia Lima Marques observa que “aplicação subsidiária significa *tempo e ordem*. Uma lei é aplicada totalmente (ordem de aplicação) e só depois (tempo), no que for necessário e complementar, a outra é chamada a aplicar-se no que couber.”²⁰⁹

Por fim, há um diálogo de aplicação simultânea de fontes normativas (e não de aplicação subsidiária), a saber: o diálogo de coordenação e adaptação sistemática, que se refere ao diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre fontes de Direito. Trata-se, por exemplo, do diálogo que ocorre quando há influência do sistema especial no geral e do geral no especial.

Além disso, também pode ocorrer esse tipo de diálogo das fontes entre leis especiais, para realizar, de forma mais eficaz, por todo o sistema jurídico, a proteção da pessoa, do bem ou do direito constitucionalmente protegido.

Cláudia Lima Marques menciona que o diálogo de coordenação e adaptação sistemática ocorre no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, o que pode acontecer quando os conceitos estruturais de determinada fonte de Direito sofrem influências de outra fonte. Essa situação ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual sofreu influências finalísticas do Código Civil de 2002, uma vez que esta lei influenciou o conceito de consumidor.²¹⁰

²⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 76.

²⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 81.

²¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. p. 77.

Outrossim, consiste em exemplo de diálogo de coordenação e adaptação sistemática a “transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para outra”²¹¹. Em outras palavras, este tipo de diálogo também ocorre no caso de conquistas produzidas pela jurisprudência a partir da interpretação e aplicação de normas de uma fonte de Direito serem transpostas para outra fonte, isto é, na hipótese de essas conquistas servirem igualmente à interpretação e à aplicação de normas jurídicas de outra fonte.

Observe-se que, da mesma forma como ocorre com as conquistas efetivadas pela jurisprudência, também consiste em diálogo de coordenação e adaptação sistemática o caso em que as conquistas ou contribuições doutrinárias relativas à interpretação e à aplicação de normas de uma fonte de Direito são utilizadas na interpretação e aplicação de norma jurídicas de outra fonte.

Além disso, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática também ocorre entre fontes de direito privado e fontes constitucionais (Constituição, emendas constitucionais e tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição da República).

Com efeito, analisando especificamente o diálogo de coordenação e adaptação sistemática existente entre a Constituição e o direito privado, Martins defende que, “enquanto a Constituição Federal auxilie com a experiência dogmática e jurisprudencial no aprofundamento humanitário do direito obrigacional [...], o direito privado obrigacional do mesmo modo possibilita o melhor adimplemento dos direitos fundamentais pelo Estado.”²¹²

Em resumo, no caso do diálogo sistemático de coerência, uma lei serve de base conceitual para outra. Por sua vez, no diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, ao invés de revogar ou ab-rogar, uma lei complementa a aplicação de outra, no que couber ou for necessário, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto. Quanto ao diálogo de coordenação e adaptação sistemática, nele ocorre o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, em que, por exemplo, há influências do sistema especial no geral e do geral no especial.²¹³

²¹¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

²¹² MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017.

²¹³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

3.4 Críticas doutrinárias à teoria do diálogo das fontes: a legitimidade e a segurança jurídica no direito pós-moderno

A teoria do diálogo das fontes não fica indene de críticas, mormente porque se trata de método relativamente recente, que ainda não obteve o total apoio dos juristas. Ademais, como abordado na segunda seção desta dissertação, não se pode olvidar que o Direito consiste em um fenômeno complexo, cuja compreensão é, acima de tudo, uma questão interpretativa.

Assim, a hermenêutica consiste no campo que se confunde com a própria teoria do Direito. E, nesse cenário, um grande desafio se impõe: o processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo do Direito deve consistir em um processo de realização de direitos fundamentais, a fim de que a solução de casos jurídicos concretos viabilize a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, especialmente no caso dos mais fracos, como o das pessoas com deficiência.

Nesse contexto, conforme já se anotou, grande parte das incertezas do Direito encontram-se no fenômeno da interpretação e da aplicação de normas jurídicas, o qual se trata do objeto da teoria do diálogo das fontes.

Além das incertezas inerentes ao próprio fenômeno da interpretação e da aplicação de normas jurídicas, o diálogo das fontes ainda enfrenta algumas objeções particulares. Para Bruno Miragem, “o diálogo das fontes deve responder a certas objeções passíveis de serem realizadas, especialmente se compreendido a partir dos paradigmas modernos de interpretação e aplicação da lei”²¹⁴. Miragem sintetiza essas objeções da seguinte forma:

Tais objeções podem ser assim identificadas: a) de que não se constitui em um método novo de interpretação e aplicação das leis, mas mera expressão do método sistemático; b) de que o método, ao promover a possibilidade de aplicação simultânea de mais de uma lei a um mesmo fato, dá excessiva liberdade ao intérprete, ofendendo os princípios da legalidade e da segurança jurídica; c) de que não possui aplicação geral, mas apenas àquelas situações em que exista expressa previsão legal (caso do art. 7º do CDC), ou quando se trate de disciplinar materialmente o conflito de leis, como é o caso do direito internacional privado.²¹⁵

Quanto à objeção de que não se constitui em um método novo de interpretação e

²¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 89.

²¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 89.

aplicação das leis, mas mera expressão do método sistemático, é preciso anotar que o método do diálogo das fontes representa inovação em face do método clássico de interpretação sistemática, pois substitui o fenômeno da derrogação pelo da complementaridade, quando isso for necessário para assegurar a coerência e a unidade do ordenamento jurídico.²¹⁶

Para Bruno Miragem, o diálogo das fontes consiste em método “cuja contribuição original resulta da diretriz de compatibilização de normas e sua aplicação simultânea ao caso, sob o signo da complementaridade.”²¹⁷

Com efeito, o diálogo das fontes enfrenta a questão do conflito de leis no tempo de maneira bastante peculiar, apresentando possibilidades mais adequadas às características da pós-modernidade e das suas problemáticas. Nesse sentido, um traço característico do diálogo das fontes é a substituição da noção de superação de paradigmas pela de convivência e conveniência dos paradigmas. Isso evidencia a distinção do diálogo das fontes como método novo de interpretação e aplicação das leis, e não apenas mera expressão do método sistemático.

Esse traço distintivo da complementaridade permite à teoria do diálogo das fontes se apresentar como útil instrumento a fim de oferecer soluções que aliem efetividade e correção, permitindo a atualização do Direito, mediante interpretação e aplicação de suas normas.²¹⁸

No tocante à objeção de que o método, ao promover a possibilidade de aplicação simultânea de mais de uma lei a um mesmo fato, dá excessiva liberdade ao intérprete, ofendendo os princípios da legalidade e da segurança jurídica, impende registrar que, como já analisado na segunda seção deste trabalho, no processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo, não se pode atribuir qualquer norma a um texto. Assim, independentemente do método utilizado, decidir ou interpretar com coerência e integridade é um dever e não uma opção do hermeneuta-intérprete-aplicador²¹⁹.

Aliado a esse dever do intérprete, a teoria do diálogo das fontes permite uma compreensão sistemática do ordenamento jurídico que considera a autoridade da Constituição e a eficácia dos direitos fundamentais na atividade de interpretação e aplicação de normas

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 91.

²¹⁷ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 109.

²¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109. ISBN 978-85-203-4275-6. p. 108.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 78.

jurídicas. Isso é capaz de assegurar a coerência e a higidez sistêmica do Direito, possibilitando legitimidade e segurança jurídica.

Como bem enfatiza Andrea Marighetto, “o diálogo das fontes representa, mais que a alternativa entre os demais instrumentos de sistematização das fontes do direito, a justa resposta ao fenômeno da fragmentação e da insegurança normativa que a época pós-moderna nos apresenta.”²²⁰

A autora ainda conclui que a teoria do diálogo das fontes reconhece:

[...] os sentimentos contemporâneos de insegurança, diferença e individualismo – sentimentos e, ao mesmo tempo, características da sociedade contemporânea e das suas problemáticas. O “diálogo das fontes” se propõe exatamente a “ouvir” as fontes existentes, para depois procurar a coexistência entre os diversos, a fragmentação, não o confronto. A base de aplicação, portanto, deve ser identificada em uma colaboração-integração entre normas. **Diversamente, a segurança e a fragmentação trariam ainda mais insegurança e incerteza, tornando a regulamentação das relações sociais um térreo de conflitos entre fortes e débeis, incapaz de refletir as necessidades e as exigências da sociedade contemporânea.**²²¹

Assim, paradoxalmente, o diálogo das fontes trata-se do método da teoria geral do Direito que é mais capaz de enfrentar a insegurança, a incerteza, a pluralidade e a complexidade típicas da pós-modernidade.

A crítica ao método do diálogo das fontes que se fundamenta na possível ofensa aos princípios da segurança jurídica e da legalidade, como ensina Bruno Miragem, “parte de uma certa desvalorização da interpretação jurídica, como se as normas possuíssem um sentido unívoco e incontroverso, bem como devessem ser tomadas individualmente (em desprestígio de uma visão sistemática)”²²².

Não obstante, o método do diálogo das fontes legitima-se pela qualidade, suficiência e adequação da argumentação jurídica empregada. É o uso adequado da teoria que dá legitimidade à solução apresentada pelo interprete-aplicador, que não pode se afastar de seu dever de coerência e integridade, sempre buscando a realização dos direitos fundamentais e a

²²⁰ MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111-124. ISBN: 978-85-203-4275-6. p. 122.

²²¹ MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111-124. ISBN: 978-85-203-4275-6. p. 123, grifo nosso.

²²² MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109. ISBN 978-85-203-4275-6. p. 95.

promoção dos direitos dos mais fracos, como a pessoa com deficiência.

Com efeito, na pós-modernidade, observadas a autoridade da Constituição e a primazia dos direitos e garantias fundamentais, é a adequação da solução de um caso concreto apresentada pela interpretação e aplicação do Direito, que, coordenando as normas jurídicas existentes, dá coerência e unidade lógica ao ordenamento jurídico.

Por último, passa-se a analisar a objeção de que o diálogo das fontes não possui aplicação geral, ficando adstrita àquelas situações em que exista expressa previsão legal, ou quando se trate de disciplinar materialmente o conflito de leis, como é o caso do direito internacional privado.

Insta, desde já, anotar, uma vez mais, que Claudia Lima Marques defende que, embora tenha se voltado inicialmente para o Direito Internacional Privado, “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”²²³.

O diálogo das fontes possui aplicação geral, independentemente da existência de expressa previsão legal para sua utilização. Importante ainda destacar que, mais do que um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, demonstrando vigor em uma nova teoria geral do Direito, para Bruno Miragem, o diálogo das fontes associa-se “a esforços de superação de uma crise de confiança no direito como instrumento de pacificação e solução de conflitos.”²²⁴

Mais do que isso, Andrea Marighetto lembra que, na pós-modernidade, “autores como Erik Jayme e Claudia Lima Marques identificam” a “teoria do ‘diálogo das fontes’ como metodologia sistemática capaz de ler e orientar o operador do direito no labirinto da situação multiforme e mutante da sociedade contemporânea.”²²⁵

Nesse mesmo sentido, Marcelo Schenk Duque ressalta que “a criatividade, a maleabilidade e o humanismo da teoria como centro de suas preocupações, aliados a um senso de preservação da segurança jurídica e da própria efetividade e funcionalidade dos mecanismos

²²³ MARQUES, Claudia Lima. Ata da 987^a sessão solene do conselho universitário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar. 2003a. p. 40.

²²⁴ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 86.

²²⁵ MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

de solução de conflitos, coloca-a no centro de considerações jurídicas relevantes.”²²⁶

É fato que, hoje, o diálogo das fontes é utilizado em praticamente todos os ramos do Direito. Isso ocorre porque, mesmo diante das incertezas e dos desafios inerentes à pós-modernidade, aberta à influência dos fatos e de suas circunstâncias, a teoria de Erik Jayme permite dar concreção ao caráter promocional do sistema de garantias e direitos fundamentais, assegurando a autoridade e a supremacia da Constituição.²²⁷

O diálogo das fontes tem grande utilidade porque permite que toda interpretação e aplicação das normas do sistema jurídico esteja associada a um determinado sentido constitucionalmente adequado. Para isso, o método se mostra especialmente capaz de captar a unidade e sistematicidade decorrente dos valores jurídicos irradiados pelo substrato axiológico dos direitos fundamentais (dimensão objetiva).

Essa capacidade de os direitos fundamentais espalharem por todo o ordenamento jurídico os valores centrais da comunidade é uma das consequências de sua dimensão objetiva, a qual, por sua vez, além de irradiar os valores constitucionais por todo o sistema, leva à discussão sobre a capacidade técnica de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

Assim, visando a contribuir para a sistematização do diálogo das fontes, no próximo tópico do trabalho, discute-se esse método em conjunto com a eficácia horizontal, as dimensões e as funções dos direitos fundamentais.

3.5 Diálogo das fontes e eficácia horizontal dos direitos fundamentais como meios de valoração digna da pessoa humana

Uma maior aproximação entre a ética de Aristóteles²²⁸ e o pensamento jurídico possibilitaria ao Direito enfrentar melhor o seu desafio hodierno de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais adequadas e conforme os direitos fundamentais.

Com efeito, Aristóteles defende que a felicidade é o bem supremo do homem (e da pólis) e que a realização da felicidade constitui o objeto da ética, a qual, para o referido filósofo,

²²⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 126.

²²⁷ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 92.

²²⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

é prática, pretendendo tornar os homens bons. Assim, a felicidade em Aristóteles deve ser entendida como um modo de vida especial, a saber: viver na virtude.²²⁹

Na concepção de Aristóteles, é possível atribuir ao homem habitualmente virtuoso certa noção de solidariedade, fundamento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (eficácia horizontal).

O pensamento aristotélico visa ao soerguimento do homem para além do simples viver (o objetivo é viver bem, dignamente) e à busca da verdade para orientar a ação, a fim de “instaurar um novo estado de coisas”.

Nesse diapasão, Aristóteles sustenta que a finalidade do Estado é garantir a todos os homens a busca da felicidade. Para isso, diante da dinâmica social, o Estado deve organizar e administrar a justiça entre os homens, propiciando a estes o caminho para a felicidade.²³⁰

É assim que o pensamento aristotélico se mostra em consonância com o atual papel do Direito, especialmente quanto à efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na pós-modernidade, o Direito sofre uma revalorização, em cujo processo passa a ter papel de transformação da sociedade, de forma que a busca da verdade somente faz sentido se for para orientar a ação, com o objetivo de “instaurar um novo estado de coisas”, no qual o caminho para a felicidade é assegurado a todos.

Esse papel transformador do Direito na pós-modernidade somente se observa se o sistema jurídico tiver condições de dar efetividade aos direitos fundamentais. Para isso, exige-se uma nova hermenêutica capaz de orientar o caminho para a felicidade e a valoração digna da pessoa humana. É nesse sentido, visando a garantir a máxima concreção dos direitos fundamentais, que se complementam a teoria do diálogo das fontes e a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Essas duas teorias possibilitam uma noção mais dinâmica e coesa de sistema jurídico, notadamente porque, diante da crescente pluralidade de normas fragmentárias, permitem decisões valorativas em consonância com os direitos fundamentais. Ademais, essas duas teorias têm especial campo de aplicação relativamente aos mais fracos de uma relação jurídica, como o consumidor, o trabalhador e a pessoa com deficiência.

Hodiernamente, diante das incertezas e das complexidades decorrentes do caráter estruturalmente aberto e indeterminado das normas gerais e abstratas, é a centralidade e a efetividade dos direitos fundamentais que dá ao Direito a possibilidade de transformação da

²²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

²³⁰ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2009a.

sociedade com pretensão de correção, a partir da busca por soluções mais adequadas e legítimas, que protejam a pessoa humana.

É com esse objetivo que se defende a aplicação complementar da teoria do diálogo das fontes e da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de forma a propiciar soluções adequadas diante do atual desafio do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais.

3.5.1 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam duplo caráter, tendo uma dimensão subjetiva e outra objetiva, as quais mantêm relação de remissão e de complemento. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste no direito sobre a perspectiva de seu titular, tratando-se, pois, de direito concreto e subjetivo para o indivíduo (direito individual). Por essa dimensão, os direitos fundamentais incidem nas relações jurídicas como “direitos subjetivos constitucionais”.

Lado outro, os direitos fundamentais possuem a dimensão objetiva, a qual consiste no direito sobre o ponto de vista da comunidade, apta a irradiar efeitos por todas as relações jurídicas, garantindo, assim, a unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico.

Lenio Luiz Streck assevera que as rupturas paradigmáticas ocorridas no século XX levaram à superação do modelo de constituição formal (no interior da qual o Direito assumia o papel de ordenação) pela revalorização do Direito, o qual passa a ter papel de transformação da sociedade, superando, inclusive o modelo do Estado Social.²³¹

Segundo o autor, os direitos fundamentais não se resumem a “direitos subjetivos de liberdade voltados para a defesa contra a ingerência indevida do Estado”. Ao contrário, de fato, a Constituição consiste na “ordem jurídica fundamental de uma comunidade em seu conjunto”, o que corresponde a “uma concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do Direito”.²³²

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais são concebidos como normas jurídicas constitucionais com “substrato tanto axiológico quanto deontológico. Axiológico, na medida em que concretiza os valores de certa comunidade, e deontológico, já que expressa princípios

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 38.

²³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 42.

jurídico-constitucionais".²³³

Não é difícil, assim, compreender as possibilidades que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá ao Direito, quando, incorporando os valores mais importantes da comunidade, os valores centrais da democracia, irradia os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação dos particulares e do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e fazendo com que a proteção à dignidade da pessoa humana esteja também no cerne de todos os ramos do Direito, especialmente do Direito Privado.

Assim, os valores centrais da democracia e os outros valores importantes da comunidade espalham-se por todo o sistema jurídico, renovando e sistematizando o Direito. Nesse sentido, na pós-modernidade, com o espalhamento dos valores jurídicos coordenados especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, somente uma hermenêutica que tenha como cerne um pensamento sistemático do Direito, visualizando-o como sendo constituído por uma pluralidade de fontes, é capaz de dar adequada concretude aos direitos fundamentais.

A título de exemplo, a proteção do consumidor, do trabalhador e da pessoa com deficiência deve ser buscada por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por determinada lei, como o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A aplicação concreta dos direitos fundamentais, mormente dos valores coordenados do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe uma interpretação dos textos normativos em diálogo, de forma a extrair do sistema jurídico a norma mais favorável ao sujeito constitucionalmente escolhido para ser protegido.

Hodiernamente, dos direitos fundamentais, a partir das dimensões subjetiva e objetiva, é possível extrair diversas funções e efeitos, como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os deveres de proteção estatais nas relações entre particulares e as funções de proibição de insuficiência e imperativo de tutela.

3.5.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Em um processo histórico, a relação existente entre o Estado e o indivíduo levou, no âmbito internacional, ao desenvolvimento dos direitos humanos (direitos suprapositivos) e, na

²³³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237.

ordem constitucional dos Estados, dos direitos fundamentais. No constitucionalismo liberal-burguês, os primeiros direitos fundamentais exerciam apenas a função de defesa, de modo a eliminar o abuso na relação de poder-sujeição até então existente entre o Estado e o indivíduo.

Dessa forma, em decorrência de esses direitos de defesa disciplinarem a relação entre o Estado e o indivíduo, em um momento histórico no qual se atribuía ao Estado uma posição absoluta, superior à do indivíduo, sua eficácia ficou conhecida como vertical. É por isso que ainda hoje se diz “eficácia vertical”, para designar a capacidade técnica de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre os indivíduos e o Estado.

No desenvolvimento da humanidade, novas funções e novos efeitos dos direitos fundamentais foram sendo incrementados, no sentido de permitir o enfrentamento adequado dos problemas impostos às pessoas, em cada momento histórico. Um desses problemas consiste na questão de particulares, e não mais apenas o Estado, poderem ser obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, consolidou-se o entendimento de que, além do Estado, os direitos fundamentais também vinculam particulares. Utiliza-se a expressão “eficácia horizontal” para designar a capacidade técnica de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre particulares, isto é, entre indivíduos que possuem uma mesma posição, pois igualmente detentores de direitos e deveres.

Fernando Rodrigues Martins apresenta três posições sobre as razões da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A primeira posição defende que “a Constituição não é feita tricotomicamente, separando Estado da sociedade e, por sua vez, a sociedade do indivíduo.” A segunda posição considera que, apesar de a Constituição não estabelecer expressamente a vinculação dos particulares, também não proibi expressamente essa vinculação. Finalmente, a terceira posição aduz cinco importantes fundamentos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber: a) princípio da supremacia da Constituição; b) dimensão objetiva dos direitos fundamentais; c) unidade do ordenamento; d) princípio da solidariedade; e e) o valor da dignidade da pessoa humana.²³⁴

Portanto, hoje não se discute que os particulares também são sujeitos passivos dos direitos fundamentais. E não poderia ser diferente, pois todas as pessoas, especialmente em decorrência de serem igualmente sujeitos de direitos, possuem responsabilidade com o

²³⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234-236.

desenvolvimento da sociedade, em todos os aspectos (econômico, social, político, cultural, etc.). Isso porque a existência de direitos legitima-se apenas se houver distribuição de deveres, sendo necessário um ponto de equilíbrio entre direitos e deveres.

Nesse diapasão, a sociedade é igualmente exigente de direitos e deveres fundamentais. Aliás, não se pode olvidar que “o fundamento dos deveres fundamentais é também a fonte dos direitos fundamentais, qual seja, a pessoa.”²³⁵

A propósito, o convívio em uma sociedade (especialmente a pós-moderna) impõe inúmeros deveres fundamentais, mormente os relacionados com o princípio da solidariedade²³⁶, que está na raiz da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Por fim, sem adentrar aqui o exame detalhado deste intrigante e ainda atual tema, o qual será retomado nos tópicos seguintes, ressalte-se que, quanto à eficácia horizontal, o cerne da discussão gira em torno da questão de quando e como efetivamente se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e da questão de qual o papel do Estado quando houver ameaça ou lesão de direitos fundamentais por parte de particulares, igualmente detentores de direitos e deveres fundamentais.

3.5.3 Os deveres de proteção do Estado nas relações entre particulares

O “dever” foi amplamente utilizado pela teoria geral do Direito, tornando-se componente da relação jurídica, de forma que, quando não observado, abriria espaço para a sanção. Em outras palavras, o “dever” consiste em figura jurídica indicativa de uma ação ou omissão a ser cumprida pelo seu titular.²³⁷

Assim sendo, “dever fundamental” é aquele estabelecido pela Constituição, podendo ser ele imposto aos particulares ou ao Estado. Martins esclarece que os deveres fundamentais podem ser reflexos, garantidores ou autônomos aos direitos fundamentais, não havendo entre

²³⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 23, v. 94, p. 215-257, jul./ago. 2014.

²³⁶ A noção jurídica de solidariedade, como o próprio Direito, é produto da história. Hoje, como princípio jurídico, a solidariedade fundamenta-se na busca por justiça e valorização digna da pessoa humana. Sobre o tema em análise, veja o ensinamento de Marcos Fabrício Lopes da Silva: “Da condição de parte da doutrina cristã, pautada no amor fraterno, a solidariedade passou a ser valor moral a reger as relações em sociedade, tornando-se princípio universal e direito fundamental, percorrendo o caminho promocional da pessoa humana.” (SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. Fraternidade e solidariedade. **Boletim UFMG**, Belo Horizonte, n. 1889, ano 41, 15 dez. 2014).

²³⁷ Registre-se que existem deveres jurídicos que não são obrigações (sentido patrimonializado), a exemplo daqueles decorrentes da boa-fé (lealdade, confiança, informação, etc.).

os deveres e os direitos fundamentais relação acessória ou de dependência.²³⁸

Nesse sentido, como consequência da dimensão objetiva, reconheceu-se a existência de um “dever geral de efetivação dos direitos fundamentais”, atribuído ao Estado. Dessa forma, incumbiria ao Estado zelar pela proteção dos direitos fundamentais, especialmente contra ameaças e agressões de particulares.²³⁹

Com efeito, Gilmar Mendes ensina que:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.²⁴⁰

Outrossim, quanto à relação entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, importante destacar a visão de Sarmento:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política. Estes valores, através dos princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos, e impondo ao estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados.²⁴¹

Nessa senda, o dever de proteção do Estado exige ações positivas tendentes à proteção efetiva do exercício dos direitos fundamentais, de forma que, ao Estado não caberia apenas o respeito aos direitos de defesa, mas providências materiais e jurídicas visando a resguardar os direitos fundamentais de agressões e ameaças de terceiros, inclusive de particulares.

No tocante aos desdobramentos do dever de proteção do Estado nas relações entre particulares, Mendes enumera a seguinte classificação: a) dever de proibição; b) dever de segurança; e c) dever de evitar riscos.²⁴²

O deve de proibição impõe ao Estado a obrigação de proibir determinada conduta de

²³⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenéutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 23, v. 94, p. 215-257, jul./ago. 2014. p. 228.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 149-150.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise de jurisprudência da corte constitucional alemã. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: LTR, 1998. p. 243.

²⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 172.

²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 641.

particular, que seja lesiva a direitos fundamentais. O dever de segurança, por sua vez, consiste no dever de o Estado proteger a pessoa contra ataques de particulares, mediante a adoção de medidas necessárias e suficientes. Enfim, o dever de evitar riscos trata-se do poder-dever de o Estado atuar, visando a evitar riscos para a pessoa, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção relacionadas ao desenvolvimento técnico e tecnológico.

Como se vê, os direitos fundamentais, mormente o modal deôntico da proteção da pessoa humana, são, ao mesmo tempo, fator de limitação e imposição da atuação estatal, evidenciando que, ao Estado, são impostos deveres fundamentais.

Especialmente em relação ao livre desenvolvimento da personalidade (caráter dinâmico da dignidade da pessoa humana), exsurge o dever de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes. Esse dever impõe ao Estado a obrigação de proteger os direitos fundamentais, diante das lesões e ameaças provenientes de particulares.

3.5.3.1 As duas dimensões do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de insuficiência

A teoria do diálogo das fontes e a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se complementam e, no limite, quando buscam à máxima efetividade de direitos fundamentais, havendo conflitos ou tensões entre princípios, elas precisam considerar a proporcionalidade.

Com efeito, Renato Rua de Almeida defende que a teoria do diálogo das fontes complementa a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, em especial a eficácia horizontal, de forma que, quando essas teorias visam à máxima efetividade de direitos fundamentais em situações que existam conflitos de princípios, elas se valem do princípio da proporcionalidade. A propósito, veja o posicionamento do autor:

[...] quando o método do diálogo das fontes e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho visam à máxima efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como visão pós-positivista dos direitos [...], fazem-no sob o crivo e a ponderação do princípio da proporcionalidade e dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade propriamente dita, quando sua aplicação implicar conflito com princípios normativos que assegurem valores constitucionais como a livre iniciativa e a livre concorrência.²⁴³

²⁴³ ALMEIDA, Renato Rua de. Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Coord.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015a. p. 161.

Assim, eventual colisão ou tensão entre direitos fundamentais de particulares, igualmente detentores de direitos e deveres fundamentais, deve ser analisada à luz de uma ponderação de valores constitucionais, pautada especialmente pelas duas dimensões do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de insuficiência), levando-se em consideração os direitos de defesa e de proteção em jogo.

O princípio da proporcionalidade, estudado a miúdo pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição de excesso (*übermassverbot*), e, de outro, a proibição de insuficiência ou proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).

A proibição de excesso é o critério ou parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, sempre se levando em consideração a afetação do direito de defesa dos indivíduos.

Por sua vez, a proibição de proteção deficiente serve igualmente como critério de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, mas a partir do ponto de vista da satisfação das exigências impostas pelos direitos de proteção.

Para cada uma das duas vertentes do princípio da proporcionalidade, a doutrina enumera três subprincípios, a saber: a) subprincípio da idoneidade ou adequação; b) subprincípio da necessidade; e c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Carlos Bernal Pulido, o subprincípio da idoneidade ou adequação exige que a intervenção nos direitos fundamentais seja “idônea para fomentar um objetivo constitucionalmente legítimo”, de forma que, assim, há “duas exigências: a legitimidade constitucional do objetivo e a idoneidade” da intervenção. O autor ainda ressalta que, para ser necessária, uma intervenção nos direitos fundamentais exige não haver “nenhum outro meio alternativo que revista pelo menos da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto e que seja mais benigno com o direito afetado”. Enfim, o autor esclarece que, consoante a proporcionalidade em sentido estrito, é preciso realizar a “comparação entre duas intensidades ou graus, o da realização do fim da medida examinada e o da afetação do direito fundamental”, de forma que, para que uma intervenção nos direitos fundamentais seja legítima, “o grau de realização do objetivo da intervenção (quer dizer, de proteção do bem jurídico) deve ser pelo menos equivalente ao grau de afetação [...] do direito fundamental.”²⁴⁴

Sobre os três subprincípios das duas vertentes do princípio da proporcionalidade, Gilmar Mendes esclarece que:

²⁴⁴ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos:** escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 129-130.

O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim [...] [almejado] é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental [...].²⁴⁵

Portanto, de acordo com o princípio da proporcionalidade, todas as intervenções nos direitos fundamentais devem ser adequadas (ou idôneas) e necessárias, além de respeitar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Isso sempre levando em consideração os direitos de defesa (por meio da dimensão proibição do excesso) e os direitos de proteção (por meio da dimensão proibição de proteção deficiente).

3.5.3.2 A função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela

Canaris defende que, quanto às intervenções estatais nas relações entre particulares, os direitos fundamentais exercem duas funções: a) proibição de intervenção, ligada à dimensão proibição de excesso do princípio da proporcionalidade; e b) imperativo de tutela, relacionado com a dimensão proibição de proteção deficiente do princípio da proporcionalidade.²⁴⁶

A proibição de intervenção, relacionada à função de defesa, consiste no dever de o Estado se abster de atuar (vinculação negativa), visando a respeitar e preservar os direitos fundamentais. O imperativo de tutela, por sua vez, consiste no poder-dever de o Estado atuar positivamente, de forma a proteger o particular que teve ou tem seu direito fundamental violado ou ameaçado por outro particular, igualmente titular de direitos fundamentais.

Para melhor entendimento de como a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela balizaria a atuação estatal, veja a lição de Fernando Rodrigues Martins:

[...] a operação realizada pelos direitos fundamentais será díplice, uma vez que, diretamente agindo sobre o Estado, constringe-o, quando a hipótese assim o requerer, na proibição de intervenção, deixando indene de toque a relação de intersubjetividade entre os envolvidos. Ou, se outra for a eventualidade, impele-o num imperativo de tutela a favor do particular constrangido no liame de alteridade.²⁴⁷

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 492-493, grifo do autor.

²⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

²⁴⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 247.

Segundo Canaris, em qualquer hipótese, os direitos fundamentais balizam a atuação estatal, positiva e negativamente. No que se refere à eficácia horizontal, a vinculação negativa (abstenção de agir) é decorrente da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, ligada à dimensão proibição de excesso do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, a vinculação positiva (poder-dever de agir) é consequência da função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela, ligado à dimensão proibição de proteção deficiente do princípio da proporcionalidade.²⁴⁸

A vinculação negativa do Estado aos direitos fundamentais seria mais forte do que a vinculação positiva. Isso porque na vinculação negativa haveria apenas uma conduta a ser observada pelo Estado: abster-se de intervir na relação entre particulares. Lado outro, na vinculação positiva, visando à máxima proteção dos direitos fundamentais, haveria uma maior liberdade de atuação estatal, porquanto são várias as formas admitidas pelo sistema jurídico, mormente considerando um diálogo coordenado de fontes de Direito convergentes (teoria do diálogo das fontes).

Registre-se que Canaris esclarece que o “modelo dogmático basilar” que desenvolveu “repousa, sobretudo, na diferenciação entre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela.” Para ele, essas funções “traduzem conceitualmente, de forma clara e precisa, problemas constitucionais básicos, que se manifestam em todas as ordens jurídicas de modo igual ou parecido.”²⁴⁹

É assim que o autor conclui que:

Mesmo quem não esteja disposto a assumir essas categorias como tais, sempre poderá retê-las de certo modo no seu subconsciente, e servir-se das mesmas para a comparação e para o controlo, também no âmbito de sua própria ordem jurídica; pois elas sempre continuarão a constituir um modelo para o tratamento intelectual dos problemas correspondentes e das respectivas soluções, de tal sorte que poderão ser úteis mesmo para aquele que preferir adoptar um outro modelo. Isto vale tanto quanto as categorias da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela assumem uma relevância fundamental que transcende, em muito, as relações entre direitos fundamentais e direitos privado [...].²⁵⁰

Corroborando a conclusão de Canaris, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, na nota dos tradutores da edição em português da obra “Direitos fundamentais e direito privado”,

²⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

²⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012. p. 16.

²⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012. p. 16-17.

deixam claro que a distinção entre as funções dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela demonstra que:

[...] para além de oferecer uma base argumentativa sólida para a eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, permite uma aplicação mais abrangente, e, sobretudo, mais diferenciada dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito das relações entre particulares, e de modo particular no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade.²⁵¹

Finalmente, ressalte-se que a distinção entre as funções dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela está ligada à teoria dos deveres de proteção do Estado, pela qual a intervenção estatal nas relações privadas deve-se dar por intermédio de um balanceamento axiológico entre o peso da intervenção e a ameaça ao bem tutelado pela Constituição, o que, em tempos pós-modernos, é mais eficazmente realizado pelo diálogo das fontes.

3.5.3.3 A teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais

Não resta dúvida de que os direitos fundamentais vinculam os particulares. Não obstante, a questão que se coloca é quando e como se daria a chamada eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais, a qual, repita-se, tem complementaridade com a teoria do diálogo das fontes, especialmente em relação à tutela e à promoção dos mais fracos, como o consumidor e a pessoa com deficiência.

A depender de quanto forte se considera a capacidade de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre particulares, duas teorias (historicamente) disputam espaço na dogmática constitucional, a saber: a) teoria da eficácia indireta ou mediata; e b) teoria da eficácia direta ou imediata.

De acordo com a teoria da eficácia indireta ou mediata, nas relações entre particulares, somente pela atuação do legislador e do juiz, por intermédio, respectivamente, das atividades legiferante e hermenêutica, ocorreria a aplicação dos direitos fundamentais.

Para a teoria da eficácia mediata, diferentemente do que ocorre na dimensão pública (eficácia vertical), nas relações entre particulares (eficácia horizontal), os direitos fundamentais somente incidem como normas objetivas de princípio ou como um sistema de valores jurídicos,

²⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012. p. 12.

e não também como “direitos subjetivos constitucionais”, capazes de serem aplicados imediatamente nas relações privadas.

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata defende que os direitos fundamentais se aplicam diretamente como normas objetivas e subjetivas, nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como nas relações entre particulares.

Martins esclarece que:

[...] a teoria da eficácia imediata atua segundo matizações diversas da teoria mediata, primeiro porque o direito fundamental do particular será oponível contra todos, não somente o Estado, segundo porque essa eficácia será compreendida no critério subjetivo de relação jurídica entre particulares, abandonando a propensão informadora de critério objetivo, terceiro porque a eficácia opera sem que haja regulação legislativa específica ou mesmo de cláusulas gerais oriundas do Direito Privado.²⁵²

Em verdade, essas duas teorias divergentes entre si não conseguem sozinhas estabelecer, para todos os direitos fundamentais, quando e como se dá a chamada eficácia horizontal. Isso porque, se há direitos fundamentais que são concebidos para serem exercidos exatamente em face de particulares, como é o caso dos direitos sociais relacionados ao direito do trabalho, também existem direitos fundamentais cujo sujeito passivo é somente o Estado²⁵³.

Sobre esse tema, convém registrar que, a partir das reflexões de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer, no livro “Dialética do Esclarecimento”²⁵⁴, Fernando Rodrigues Martins ressalta que, nos desdobramentos relativos à noção de sistema adotada pela ciência jurídica, é preciso lembrar da seguinte crítica: “onde tudo é sistema não se percebem as diferenciações”.

A partir dessa crítica, o autor adverte que:

[...] não se deve descurar das diferenças que determinados direitos fundamentais são caracterizados para evitar a adoção plena da ideia de sistema, enquanto semelhança e dominação, com evidente risco de deslocamento qualitativo do titular.²⁵⁵

²⁵² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 245.

²⁵³ Sobre o assunto, veja o posicionamento de Gilmar Mendes: “Em outros casos, a leitura do preceito constitucional não deixa dúvida de que o sujeito passivo do direito somente pode ser o Estado. É o que ocorre com os direitos derivados do que se dispõe no inciso LXXIV do art. 5º – ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ –, ou como o que é previsto no inciso LXXV do mesmo artigo – ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’.” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 177).

²⁵⁴ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. Reimpressão 2006 com nova paginação e capa, sem alteração do conteúdo. Tradução de: Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente. ISBN 978-85-7110-414-3.

²⁵⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. Corregedorias do ministério público e legitimação procedural: a função orientação na promoção da administração pública responsável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 491-520, 2016b. p. 501.

Além disso, como observa Gilmar Mendes, “há direitos – em especial direitos de defesa – em que se põe a questão de saber se, e em que medida, alcançam as relações privadas.” Para o referido autor, nas relações privadas, é necessária uma ponderação entre os valores envolvidos, de forma a buscar, no caso concreto, uma harmonização entre eles, não sacrificando completamente direito fundamental algum, muito menos o cerne da autonomia da vontade.²⁵⁶

Nesse contexto, e diante das duas teorias divergentes sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, surge uma tendência intermediária: a teoria dos deveres de proteção, cuja característica principal está no fato de utilizar a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, para viabilizar um balanceamento axiológico entre o peso de uma intervenção estatal nas relações privadas e a ameaça ao bem constitucionalmente tutelado.

Consoante a teoria dos deveres de proteção do Estado, os direitos fundamentais exercem eficácia direta somente em relação ao Poder Público, e não também aos particulares. Ademais, nas relações entre particulares, o Estado teria deveres de proteção, de forma que sua atuação deveria pautar-se pela observância da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção (vinculação negativa) ou imperativos de tutela (vinculação positiva).

Logo, por essa teoria, o legislador e o juiz, a depender da situação concreta, deverão abster-se de atuar para não violar direitos fundamentais ou atuar positivamente de forma adequada para promovê-los e protegê-los de ataque de particulares.

Em relação à utilização das três teorias relativas à eficácia horizontal aqui expostas, Martins enfatiza:

Não se pode ignorar que as três teorias – quanto outras ainda existam –, se, de um lado, encerrem o paralelismo de visões ideológicas (que tanto validam o liberalismo como o intervencionismo), de outro lado, não alcançam per si univocidade, pois, é o caso concreto, de fato, o principal fomentador da escolha entre elas pelo operador do direito.²⁵⁷

Destarte, relativamente à vinculação de particulares aos direitos fundamentais, a adoção de uma das teorias quanto à eficácia horizontal dependerá das peculiaridades do caso concreto e dos direitos em jogo. Se existem direitos fundamentais claramente direcionados a particulares (como os direitos sociais relacionados ao trabalho), também existem direitos que possuem como sujeito passivo exclusivo o Estado (como é o caso dos direitos derivados das

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 177.

²⁵⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 247.

disposições do artigo 5º, incisos XXXII, XXXIII, XXXIV, LXXIV e LXXV, da Constituição da República de 1988). Além disso, ainda existem direitos fundamentais (especialmente os direitos de defesa) que possibilitam uma ampla margem de formas de incidência nas relações entre particulares, a depender do nível de sujeição dos particulares entre si (decorrente, por exemplo, de vínculos contratuais baseados na autonomia privada).

Seja como for, independentemente da questão de qual teoria se adota quanto à eficácia horizontal, respeitada à vocação dos direitos fundamentais à tutela da pessoa humana, é possível chegar às seguintes conclusões: a) o Estado possui o dever de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas, diante das lesões e ameaças provenientes de particulares; e b) é perfeitamente possível utilizar a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, para balizar a atuação estatal nas relações entre particulares, pois, assim, estará viabilizado um adequado balanceamento axiológico entre o peso de uma intervenção do Estado nas relações privadas e a ameaça ao bem tutelado pela Constituição.

3.5.4 Vinculação ética aos direitos fundamentais segundo Aristóteles: o diálogo das fontes como condição pós-moderna de concreção do princípio da solidariedade

Em Aristóteles, todo pensamento ético volta-se ao soerguimento do humano para além do simples viver, porquanto “o valor já não reside simplesmente em viver, não vale qualquer vida, mas a vida boa, medida por critérios (fins)”²⁵⁸.

Para além dos interesses principalmente científicos, a ética em Aristóteles é prática, pretendendo tornar os homens bons. O filósofo grego utiliza-se de método pelo qual o discurso ético está sistematicamente em consonância com o real, isto é, está voltado para a ação (práxis). Para a filosofia aristotélica (“filosofia prática” ou “ciência política”), a verdade não é fim em si mesma, mas consiste somente em um meio para orientar a ação, visando a “instaurar um novo estado de coisas”. Para isso, Aristóteles busca conhecer o porquê do modo de ser das coisas, para transformá-lo²⁵⁹.

A Ética aristotélica busca essencialmente o bem supremo do homem, isto é, o seu fim último: a felicidade (ou *eudaimonia*, em grego). Para Aristóteles, a felicidade consiste no “mais

²⁵⁸ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012. p. XIII.

²⁵⁹ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998. p. 116.

extremo dos bens susceptível de ser obtido pela ação humana.”²⁶⁰ (EN, I, 4, 1095a15)²⁶¹.

De fato, a ideia fundamental ou o objeto da ética de Aristóteles é o bem supremo ou a “felicidade como exercício da função própria do homem”. Não obstante, de acordo com o pensamento aristotélico, o bem supremo “não é somente o bem de cada indivíduo, mas é o bem de toda a cidade (pólis), pois o singular é parte dela”²⁶².

Deve-se ter em mente que o pensamento aristotélico “não procede por antíteses, segundo a lógica alternativa do *aut-aut*, mas sim pela associação de possibilidades, pela concomitância de propostas diferentes, ou seja, segundo a lógica do *et-et*”.²⁶³

Nesse sentido, de acordo com a ética aristotélica, haveria uma multiplicidade de caminhos para a felicidade, dependentes da complexidade da natureza humana em geral e das diferenças existentes entre as pessoas.

A felicidade pode ser compreendida como um valor intrínseco, e, até mesmo, distintivo, da dignidade da pessoa humana. Seja como for, em tempos pós-modernos, a felicidade somente pode ser alcançada com a valoração digna da pessoa humana. E, em uma sociedade de massa, globalizada, mutável e hipercomplexa, a valoração digna da pessoa humana impõe, sobretudo, o respeito aos direitos fundamentais pelo Estado e pelos particulares (eficácia horizontal).

Impende, uma vez mais, observar que a máxima concretude dos direitos fundamentais somente é alcançada com a observância dos valores intrínsecos ao substrato axiológico da dignidade da pessoa humana, os quais irradiam por todo o sistema jurídico, de forma que, assim, cabe ao hermeneuta-interprete perscrutá-los nas mais diversas fontes convergentes, em um verdadeiro diálogo de fontes.

De acordo com a ética aristotélica, a felicidade é o bem completo e autossuficiente que se busca constantemente na ação, no viver. Entretanto, repita-se, a felicidade não é somente o

²⁶⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b. p. 20.

²⁶¹ Numeração referencial de Bekker. Trata-se de referência às páginas e subdivisões da obra de Aristóteles preparada por Immanuel Bekker (1785-1871), para a Academia de Ciências de Berlim, impressa em 1831. Observe-se que, nesta dissertação, utiliza-se como referência da obra “Ética a Nicômaco”, aqui referida por “EN”, a tradução do grego de António de Castro Caeiro, publicada pela editora Atlas, em 2009 (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b). O texto utilizado para a tradução da obra de referência é o de Bywater, o qual utiliza a paginação da edição da academia de Berlim de 1831 de Immanuel Bekker. O tradutor da obra de referência, António de Castro Caeiro, com o fim de facilitar ao leitor o confronto com o texto original, apresenta à margem da tradução a numeração preparada por Bekker, a qual é aqui reproduzida.

²⁶² BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998. p. 118, 126.

²⁶³ FERMANI, Arianna. Aristóteles e a felicidade: flexibilidade metodológica e versatilidade existencial. In: MIGLIORI, Maurizio; FERMANI, Arianna (Org.). **Platão e Aristóteles: dialética e lógica**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Loyola, 2012. p. 147.

bem de cada indivíduo, mas consiste no bem de toda a cidade.

Para Aristóteles, na busca da felicidade como consumação do humano, o homem só pode tornar autárquico na cidade.²⁶⁴ A propósito, veja a lição de Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho:

O ideal de autossuficiência não pode ser atingido pelo homem sozinho, por isto o homem só pode realizar-se à medida que se integra na cidade. A cidade é uma associação que apenas se institui pelo fato de que o humano, isolado, é carente do outro, com quem se estabelece trocas. A necessidade é o fundamento da polis, lugar do encontro e da permuta em que o homem pode encontrar aquilo que sozinho não é capaz de obter na realização de seus desejos.²⁶⁵

Como se vê, o homem somente conseguiria alcançar a felicidade na cidade, isto é, vivendo em sociedade, pois, do contrário, de forma solitária, seria uma besta ou um deus. Apenas a associação com outros permitiria ao homem atingir o ideal de autossuficiência, porque ele não pode ter uma vida moral isoladamente, mas somente no seio de uma comunidade.

Aqui, percebe-se claramente que, em Aristóteles, é possível encontrar certa noção de “ser solidário”. É que a felicidade não é somente o bem de cada indivíduo, mas o bem de toda a cidade. Nessa senda, o homem atinge o bem supremo apenas por intermédio de trocas com outros indivíduos, evidenciando uma necessidade ou carência que só se esvai à medida que as pessoas convivem virtuosamente²⁶⁶ umas com as outras.

A propósito, importante lição sobre o significado de solidariedade é apresentado por Marcos Fabrício Lopes da Silva:

A solidariedade é a determinação firme e perseverante de se empenhar pelo bem comum. Mais do que um indivíduo independente e autônomo, o homem é, portanto, um “ser social”, uma vez que ganha impulso ético-normativo para colaborar ativamente com o campo da solidariedade. Trata-se da mais nobre manifestação do empenho coletivo edificante.²⁶⁷

Do ponto de vista jurídico, a solidariedade está relacionada com a eficácia horizontal

²⁶⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

²⁶⁵ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012. p. 11.

²⁶⁶ Para a ética aristotélica, a virtude é o caminho para a felicidade. A autorrealização do homem, como o sucesso pessoal e a felicidade, seria o prêmio por uma vida virtuosa. Aristóteles defende que uma virtude consiste em um bom hábito, o qual não pode ser adquirido, mas conquistado por processos de habituação. Esse processo de conquista de virtudes somente é possível porque o homem é um ser aberto e incompleto, cuja experiência do viver vai dando o acabamento (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b).

²⁶⁷ SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. Fraternidade e solidariedade. **Boletim UFMG**, Belo Horizonte, n. 1889, ano 41, 15 dez. 2014.

na relação entre particulares, de forma a encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos e os deveres de cada uma das partes.

O dever de solidariedade está previsto nas constituições atuais. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, em seu artigo 3º, inciso I, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”²⁶⁸.

Dessa forma, em toda relação privada, o princípio da solidariedade deve ser considerado, em uma verdadeira relação de reciprocidade, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, somente na qual o homem atingiria o ideal de completude e autossuficiência, consumando uma felicidade, que, por sua vez, irradiaria efeitos para toda a cidade.

Nesse contexto, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais encontra fundamento no pensamento ético de Aristóteles, pois o homem, como “ser social”, somente pode alcançar o sucesso pessoal e a felicidade por meio de uma vida virtuosa em sociedade, na qual o “bom hábito” seguramente passa pelo respeito à pessoa, fundamento primeiro dos direitos fundamentais.

Para Aristóteles, o fundamento da vida ética é o agir como movimento existente por força da alma.²⁶⁹ Nesse sentido, o princípio da solidariedade se evidencia como base da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, à medida que, em busca da vida habitualmente ética, amparada pela virtude, que leva à felicidade, o homem precisa, a partir da convivência com outros indivíduos, construir uma “identidade ética”, decorrente do exercício de uma “consciência moral”.

Sobre o tema, veja o posicionamento de Marcos Fabrício Lopes da Silva:

Em defesa do princípio solidário, é construída a “identidade ética” de cada sujeito moral. O ethos, por assim dizer, significa a face normativa da cultura do bem. Para tanto, incentiva-se o exercício da “consciência moral”, responsável pelo aperfeiçoamento ético do ideal humano compromissado com o agir em sociedade, amparado pela virtude.²⁷⁰

Como se vê, a solidariedade está relacionada com a vinculação ético-jurídica entre particulares, em uma verdadeira relação de reciprocidade, na qual o homem atinge o bem supremo (a felicidade) apenas por intermédio de trocas com outros indivíduos. A solidariedade,

²⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1 (separata), p. 1-32.

²⁶⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

²⁷⁰ SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. Fraternidade e solidariedade. **Boletim UFMG**, Belo Horizonte, n. 1889, ano 41, 15 dez. 2014.

então, está intrinsecamente relacionada com a natureza social do homem e com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana).

E, por sua vez, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra reforço e complemento na teoria do diálogo das fontes, no especial sentido de que os direitos de pessoas como os mais fracos (consumidor, trabalhador, idoso, pessoa com deficiência), além dos direitos decorrentes de novas situações de fato (afeto, socioafetividade, multiparentalidade), condicionam ética e juridicamente todos os particulares e exigem a participação ativa do intérprete-aplicador, o qual, diante da complexidade normativa, deve identificar desde o início do processo hermenêutico todas as possíveis fontes de Direito convergentes, visando a salvaguardar a pessoa, o bem ou o direito constitucionalmente protegido por todo o sistema jurídico.

Nessa senda, pode-se dizer que o diálogo das fontes se mostra como condição pós-moderna para a concreção do princípio da solidariedade. Com efeito, de acordo com o pensamento de Aristóteles, a felicidade não é somente o bem de cada indivíduo, mas consiste no bem de toda a cidade, de forma que a felicidade apenas pode ser atingida por intermédio de uma vida virtuosa em sociedade, o que certamente corresponde a uma vida de observância aos direitos fundamentais, mormente de respeito aos direitos dos “mais fracos” (vulneráveis).

E, na pós-modernidade, somente se tem a máxima efetividade dos direitos fundamentais com o diálogo profícuo e coordenado das diversas fontes de Direito, (res)sistematizadas pelos valores jurídicos intrínsecos dos direitos fundamentais (especialmente da dignidade da pessoa humana), os quais se encontram espalhados por todo o sistema jurídico.

Feitas essas considerações, registre-se que, em Aristóteles, a política é tratada como uma extensão da ética, sendo uma função do Estado a criação de condições para o cidadão ser feliz. Nesse diapasão, pode-se dizer que, hodiernamente, o Estado, além de pautar sua atuação em função da promoção da felicidade dos cidadãos, deve propiciar meios para que as relações (ou as trocas) entre os indivíduos também contribuam ao máximo para a realização ou a felicidade deles próprios.

Jellinek enfatiza que “Aristóteles, para quem o Estado nasceu meramente pela vontade dos homens, crê que este não existe senão para alcançar um bem, isto é, uma felicidade, não somente física, mas também moral.”²⁷¹

²⁷¹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução e prólogo Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000. p. 245.

Assim, pode-se dizer que, para Aristóteles, o Estado somente existe para propiciar às pessoas o caminho para a felicidade, para criar as condições para que as pessoas possam ter um sentimento de pertencimento a uma comunidade, o que facilita a habituação ética.

Hoje, na busca do bem supremo do homem, os direitos fundamentais possuem centralidade, devendo ser respeitados tanto pelo Estado quanto pelos particulares. Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também promovê-los e protegê-los, especialmente quando houver o desrespeito por parte de outros indivíduos.

Aristóteles defende a ideia de que a felicidade está intimamente ligada ao melhor governo, o qual é compreendido como aquele que permite cada um encontrar o que necessita para ser feliz.²⁷²

Percebe-se, no pensamento de Aristóteles, a importância do Estado na felicidade dos homens. E, neste processo de permitir que cada um encontre o que necessita para ser feliz, o Estado deverá atuar, positiva e negativamente, eficaz e eficientemente, de forma adequada e proporcional, sempre que necessário.

Entretanto, não consiste em tarefa fácil encontrar a medida exata para a atuação do Estado, principalmente quando, nas relações entre particulares, os homens tiverem interesses ou direitos conflitantes uns com os outros. É aí que se deve valer da defesa de Aristóteles do “justo meio”, no sentido de que o bom está no equilíbrio entre o excesso e a deficiência.

Para Aristóteles, em todas as situações que admitem uma posição intermediária, a disposição do meio é louvável. Para atingi-lo, deve-se umas vezes declinar o excesso, outras vezes, o defeito, sendo esse o modo correto de agir²⁷³ (EN, II, 9, 1109b24-26).

Com efeito, Aristóteles defende que o justo está sempre equidistante entre dois extremos, os quais, no tocante aos deveres de proteção do Estado, visando a promover os direitos fundamentais e a protegê-los nas relações entre particulares, consistem em duas posturas estatais: não intervir ou atuar positivamente de forma adequada.

Assim sendo, relativamente à atuação do Estado nas relações entre particulares, pode-se perfeitamente visualizar o “justo meio” na atuação balizada axiologicamente na função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, que permite alcançar soluções adequadas e proporcionais.

Da mesma forma, nas relações que mantém com seus pares, embora seja a escolha subordinada a emoções e a faculdades da alma, o homem também deve habituar-se a agir

²⁷² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

²⁷³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b. p. 55.

pautado pelo “justo meio”, evidenciando a existência de uma espécie de compromisso ético entre as pessoas (solidariedade).

Esse compromisso ético pautado pelo “justo meio” precisa, por exemplo, orientar e conduzir o intérprete-aplicador em todas as suas decisões tomadas durante o processo hermenêutico-interpretativo, de forma que, assim, virtuosamente, em consonância com o seu dever de coerência e integridade lecionado por Dworkin²⁷⁴, não atribua qualquer norma jurídica a certo texto normativo.

De acordo com Aristóteles, o bem supremo (a felicidade) seria o resultado do exercício perfeito da razão, sendo, pois, o homem virtuoso o que é capaz de escolher aquilo que é mais adequado para si e para os outros, guiado por uma racionalidade prática (*phronésis*²⁷⁵), sempre visando ao equilíbrio entre o excesso e a deficiência (justiça, a rainha das virtudes).²⁷⁶

Enfim, em Aristóteles, com a ligação da justiça à *phronésis*, o justo é sempre o equitativo, revelando-se como o agir (não só dos particulares, mas também do Estado) capaz de realizar e transformar certa ordem, recuperando a noção de justiça como virtude ética.

3.6 Diálogo das fontes como postura do intérprete no processo de coparticipação de criação do direito inerente à pessoa com deficiência

A ideia de sistema possibilita à hermenêutica jurídica desenvolver uma visão lógica e racional para o Direito, obtendo-se, assim, o sistema jurídico, cuja unidade, na pós-modernidade, é dada pela Constituição, uma vez que institui os direitos fundamentais, que estão no centro do ordenamento, juntamente com os demais fundamentos, objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito.

Destarte, o sistema jurídico consiste em um produto do processo hermenêutico-interpretativo-aplicativo, no qual a interpretação parte de uma visão sistemática

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷⁵ “*Phronésis*” consiste em termo geralmente traduzido, por via do latim, como “sensatez” ou “prudência”. De acordo com o pensamento aristotélico, a *phronésis* é uma excelência moral, intimamente ligada à possibilidade da ação humana sobre o próprio homem e sobre o mundo ou o “estado de coisas” existente. Por isso que se diz que “o universo da *phronésis* é o daquilo que pode ser diferente do que é” (COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012. p. XI). A *phronésis* consiste em uma racionalidade prática (ligada à ação) não filosófica ou científica, pautada no agir ético. Em outras palavras, trata-se de uma “excelência do pensar ético-prático” que “governa a constituição e o exercício da virtude da justiça” (COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012. p. 54, 178).

²⁷⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

do Direito, que, no interprete, aperfeiçoa-se e se mostra dialeticamente coerente e unitário.

Não se pode esquecer que somente se tem um sistema jurídico em decorrência do ato de interpretar, pois, além do caráter estruturalmente aberto e indeterminado de normas como as cláusulas gerais e os direitos fundamentais, de modo geral, as normas jurídicas são produto da interpretação de textos normativos, veiculados por uma plêiade de fontes de Direito. Interpretar é aplicar²⁷⁷, pois a norma é produzida apenas no processo de concretização do Direito, no qual o operador do Direito se vê incluído²⁷⁸.

Com efeito, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual.”²⁷⁹ É que o Direito não pode ser entendido como um somatório de problemas, e sim como um somatório de soluções de problemas²⁸⁰, as quais não existem de maneira abstrata e apriorística, mas apenas diante da riqueza de um caso jurídico concreto e de suas circunstâncias fáticas.

A interpretação sistemática tem como premissa fundamental a ideia de unidade do ordenamento jurídico, sendo, pois, condição de possibilidade para a existência de um sistema jurídico coerente, uma vez que o ordenamento é formado por normas jurídicas decorrentes da interpretação dos textos das mais diversas fontes de Direito.

Para Juarez Freitas, a interpretação sistemática não apenas sucede, mas também antecipa e é contemporânea do sistema, emprestando-lhe sensibilidade, razão e energia. Nesse cenário, o intérprete tem papel aperfeiçoador decorrente da exigência de preservação do Direito, devendo, ao exercer esse papel, “auscultar” os fins para os quais restou erigido o ordenamento, antecipando de maneira responsável os efeitos interpretativos.²⁸¹

Hoje, a enorme quantidade de fontes normativas reclama um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas capaz de sistematizar o Direito, considerando desde o início do processo hermenêutico-interpretativo todas as possíveis fontes jurídicas convergentes, tendo como fundamento a Constituição e os valores por ela estatuídos.

E, em consonância com esse espírito, a teoria do diálogo das fontes se mostra útil e

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. p. 50.

²⁷⁸ MÜLHER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

²⁷⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

²⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 46.

²⁸¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21, 24-25.

eficiente, sendo capaz de sistematizar coerentemente o Direito, propiciando, assim, especialmente a proteção e a realização de direitos fundamentais. Nessa linha de raciocínio, convém lembrar que Bruno Miragem afirma que a peculiaridade do método do diálogo das fontes consiste na ordenação do procedimento de interpretação sistemática e na admissão apriorística da possibilidade de aplicação simultânea de normas distintas a um mesmo caso, em caráter complementar.²⁸²

Na pós-modernidade, a solução de problemas jurídicos envolve inúmeras fontes de Direito que se sobrepõem e, por vezes, contradizem-se. Ao contrário de outrora, não é o legislador, por meio de seus códigos, que dá coerência ao ordenamento. A coerência somente é alcançada *a posteriori*, pelo intérprete-aplicador, no processo hermenêutico-interpretativo. A propósito, veja a seguinte reflexão de Ricardo Luis Lorenzetti:

Na elaboração de um Código do Século XXI é necessário ter em conta a distinção entre a lei e sua implementação. O Código do século XIX foi uma elaboração do legislador que estabeleceu um sistema de regras coerentes antes da sua aplicação e, portanto, o juiz era apenas a voz dessa lei. **O século XX mostrou que esse método não resiste à aceleração do tempo, mudanças sociais, tecnológicas e econômicas, produzindo um verdadeiro "big bang" legislativo; a solução de conflitos é transferida para leis especiais que são mais atuais. Esta proliferação de leis produz um processo de descodificação e torna a solução de um caso um problema que envolve a colocação de leis que se sobrepõem ou às vezes contradizem. A coerência é a posteriori não legislativa, mas judicial.** Neste contexto, o Código não pode ser rígido, porque não resistirá às mudanças dos próximos tempos.²⁸³

Nessa mesma linha de raciocínio, Cláudia Lima Marques afirma que o intérprete-aplicador é quem “soluciona as aparentes contradições no sistema do direito [...], daí a importância do diálogo das fontes, que já parte da premissa de que haverá aplicação simultânea das leis, variando apenas a ordem e o tempo dessa aplicação, de forma a restabelecer a coerência no sistema.”²⁸⁴

²⁸² MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

²⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación. **La Ley**, Buenos Aires, Año LXXIX, n. 143, p. 2-4, 3 ago. 2015. p. 2, tradução nossa. O trecho citado foi traduzido livremente do seguinte texto original: “En la redacción de un Código del siglo XXI es necesario tener en cuenta el distingo entre la ley y su implementación. El Código del siglo XIX era una elaboración del legislador que establecía un sistema de reglas coherentes en forma previa a su aplicación y, por ello, el juez era sólo la voz de esa ley. El siglo XX demostró que ese método no resiste la aceleración de los tiempos, el cambio social, tecnológico y económico, produciendo un verdadero “big bang” legislativo; la solución de los conflictos se traslada a las leyes especiales que son más actuales. Esta proliferación de leyes produce un proceso de descodificación, y hace que la solución de un caso sea un problema que involucre poner de acuerdo a leyes que se superponen o a veces se contradicen. La coherencia es a posteriori no legislativa, sino judicial. En este contexto el Código no puede ser rígido, porque no resistirá las mudanzas de los tiempos que vienen.”

²⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à

Como se vê, na pós-modernidade, “o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”²⁸⁵

Dessa forma, “em parte por uma espécie de ressureição da Tópica aristotélica, o jurista interpreta e recria o Direito, quanto deva fazê-lo, sistematicamente, exercitando uma concepção dialógica de ciência, sem jamais evadir-se de seu mister de rigor.”²⁸⁶

Com efeito, hodiernamente, não existe norma jurídica em abstrato, pois o seu sentido somente pode ser desvendado diante de um caso jurídico concreto, do qual o intérprete busca uma solução justa e adequada aos direitos fundamentais, com toda a riqueza do fato e da realidade.

Além disso, a complexidade do fenômeno jurídico e a amplitude do sistema jurídico pós-moderno exigem a participação ativa do intérprete-aplicador, o qual deve identificar desde o início do processo hermenêutico-interpretativo todas as possíveis fontes de Direito convergentes, visando a salvaguardar a pessoa, o bem ou o direito constitucionalmente protegido, por todo o sistema jurídico, em diálogo das fontes.

No processo de coparticipação da criação do Direito, a postura do intérprete-aplicador baseada na visão do diálogo das fontes mostra-se como condição pós-moderna de microssistemas jurídicos protetivos como o da pessoa com deficiência, que necessitam de coerência, unidade e suficiente completude, visando a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais com o diálogo profícuo e coordenado das diversas fontes de Direito, (re)sistematizadas pelos valores jurídicos intrínsecos dos direitos fundamentais (especialmente da dignidade da pessoa humana), os quais se encontram espraiados por todo o sistema jurídico.

Consoante leciona Marcelo Schenk Duque, no processo de interpretação e aplicação de normas jurídicas, deve-se buscar “uma perspectiva que coloca a pessoa como centro das considerações jurídicas, como motivo condutor do direito, e que, indiscutivelmente, aponta para a circunstância de que o Estado está formado para servir à pessoa e não o contrário”. Essa perspectiva, segundo destaca o referido autor, está na gênese da teoria do diálogo das fontes.²⁸⁷

Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333.

²⁸⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

²⁸⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125-157. ISBN 978-85-203-4275-6. p. 147.

Nessa senda, a capacidade civil plena atribuída às pessoas com deficiência pelo novo modelo jurídico instituído pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não pode significar restrição de direitos, desamparo e abandono das pessoas com deficiência, reclamando, por isso, participação ativa e sábia do intérprete-aplicador, na identificação da complexidade normativa e de sua necessária conexão com os valores e as normas constitucionais, os quais devem condicionar e iluminar a interpretação, a fim de possibilitar a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais.

No processo de coparticipação da criação do Direito, o pensar sistêmico impõe ao intérprete-aplicador do Direito reconhecer a si mesmo como parte do sistema no qual intervém ou estuda, devendo ampliar seu olhar sobre a situação fática, questionar a problemática existente e, em diálogo das fontes, buscar soluções adequadas e conforme os direitos fundamentais, sempre em consonância com seu dever de coerência e integridade (Dworkin).

Enfim, o diálogo das fontes se destaca como postura eficiente do intérprete no processo de coparticipação de criação do Direito, no qual, assumindo uma visão sistemática do Direito e admitindo aprioristicamente a possibilidade de aplicação simultânea de uma plêiade de fontes normativas, o intérprete-aplicador busca dialogicamente a coerência e a unidade do sistema jurídico, de forma a garantir a autoridade da Constituição, a primazia dos direitos fundamentais e uma solução justa para o caso jurídico concreto.

4 O DIÁLOGO DAS FONTES E O NOVO MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Todas as pessoas devem ser tratadas com igualdade, de forma que tenham assegurada sua participação plena e efetiva na sociedade. Não obstante, a igualdade não significa que os diferentes não possam ser tratados diferentemente, na medida de suas desigualdades.

De fato, embora o princípio da igualdade vele as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores jurídicos constitucionais, para que a igualdade seja efetiva, é preciso que o Direito corrija distorções e equalize desigualdades existentes entre as pessoas humanas, concretizando, pois, a igualdade substancial ou material.

Nesse sentido, conjuntamente com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estatui um novo modelo jurídico de tutela e promoção da pessoa com deficiência, cujo paradigma é calcado na concreção da igualdade substancial, na não discriminação e na plena e efetiva participação e inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, de forma que elas possam ter sua dignidade inerente adequadamente valorada.

Diante de todas as profundas modificações realizadas pelo EPD, em razão de seus critérios hermenêuticos (valores jurídicos constitucionais, direitos fundamentais e direitos humanos) e de sua visão sistemática do Direito, capaz de coordenar diversas fontes normativas convergentes, o método do diálogo das fontes mostra-se como alternativa útil e eficaz para sistematizar as normas do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

Destarte, nesta seção da dissertação, pretende-se mostrar a importância prática da teoria do diálogo das fontes, especialmente quanto à sua aplicação no microssistema protetivo da pessoa com deficiência. Para isso, é investigada a forma como podem ser (res)sistematizadas as normas desse novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, diante das inovações estabelecidas pelo EPD.

4.1 O Estatuto da pessoa com deficiência e as alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil

É preciso destacar, desde já, para melhor compreensão de seu espírito, que a Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), “regulamentou” a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo

Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, os quais, no plano jurídico interno, possuem envergadura constitucional²⁸⁸, uma vez que é equivalente às emendas constitucionais, em decorrência de se tratar de convenção internacional sobre direitos humanos aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, consoante o procedimento estabelecido pelo §3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem o propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”²⁸⁹ (Artigo 1º, primeira parte, da CIDPD).

A CIDPD afasta a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, passando a considerá-la como impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas outras barreiras (como as sociais, as institucionais e as ambientais), podem obstruir a plena e efetiva participação da pessoa com deficiência na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas (Artigo 1º, segunda parte, da CIDPD).

Como se percebe, a CIDPD utiliza o modelo social de abordagem da deficiência em oposição ao modelo médico, visando a atingir mais eficientemente o seu principal objetivo que consiste em garantir a inclusão participativa da pessoa com deficiência na sociedade.

Em seu artigo 3º, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência relaciona os seus princípios, que, em verdade, no âmbito interno, norteiam o novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, a saber: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; e h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de

²⁸⁸ Com o *status* equivalente ao de emenda constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo compõem o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico brasileiro.

²⁸⁹ BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3.

preservar sua identidade.²⁹⁰

Para Joyceane Bezerra de Menezes, os princípios cardiais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo são o “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima”. Veja a lição da autora:

[...] a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi ratificada pelo Brasil com o status de norma constitucional. Constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI, **cujos princípios cardiais são o “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima”** e, nesse aspecto, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades.²⁹¹

E com esse espírito da CIDPD, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência estabeleceu que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (Artigo 6º do EPD), de forma que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.” (Artigo 84, *caput*, do EPD)²⁹².

Em regra, nos termos do artigo 1º do Código Civil²⁹³, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”²⁹⁴. Assim sendo, qualquer limitação da capacidade da pessoa humana²⁹⁵ consiste em medida extremamente gravosa e drástica, visto que pode atingir o cerne

²⁹⁰ BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3.

²⁹¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

²⁹² BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

²⁹³ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74.

²⁹⁴ O artigo 1º do Código Civil permite extrair que toda pessoa possui o atributo da personalidade jurídica, a qual é tradicionalmente conceituada como a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair deveres, tratando-se, assim, de qualidade para ser sujeito de direitos e deveres. Observe-se que, aqui, utiliza-se o termo “deveres” e não “obrigações”, porque existem deveres jurídicos que não são obrigações (sentido patrimonializado), a exemplo daqueles decorrentes da boa-fé (deveres jurídicos anexos ou colaterais, tais como a lealdade, a confiança e a informação). Convém ainda esclarecer que o conceito de personalidade está intimamente ligado ao de pessoa, por quanto se trata de pressuposto para a inserção e atuação da pessoa humana na ordem jurídica.

²⁹⁵ Com a personalidade jurídica, a pessoa passa a ser capaz de direitos e deveres. Surge, assim, o conceito de capacidade da pessoa natural, a qual é subdividida em capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício. Desde logo, registre-se que, disposta das duas espécies de capacidade, a pessoa possuirá o que se denomina capacidade civil plena. A capacidade de direito ou de gozo é aquela que, genericamente, permite à pessoa ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil e que, sem distinção, todas as pessoas possuem, uma vez que esta capacidade é atributo essencial da personalidade jurídica, inerente a toda pessoa humana. Por sua vez, a capacidade de fato ou de exercício é aptidão da pessoa para exercitá-la, por si só, direitos e deveres, ou seja, consiste na aptidão da pessoa para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Trata-se da capacidade em sentido estrito, que, apresentando diversas graduações, evidencia certa medida do exercício da personalidade. Nem toda pessoa dispõe plenamente de capacidade de fato ou de exercício, sendo, neste caso, chamada de

de sua dignidade inerente.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil, cujas definições foram reconstruídas para dissociar a deficiência (física, mental, intelectual ou sensorial) do conceito de incapacidade²⁹⁶, de forma a assegurar à pessoa com deficiência²⁹⁷ a igualdade quanto ao gozo da capacidade civil e promover o respeito a sua dignidade²⁹⁸.

Sobre as razões das alterações promovidas pelo EPD no sistema brasileiro de incapacidade civil, interessante colacionar trecho do relatório do Grupo de Trabalho²⁹⁹ (referido no texto abaixo pela abreviatura “GT”) instituído em maio de 2012 pela Secretaria de Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República, para análise de projetos de lei que tratavam da criação do Estatuto das Pessoas com Deficiência. Esse Grupo de Trabalho apresentou minuta de substitutivo do Projeto de Lei n.º 7.699/2006, o qual foi posteriormente convertido na Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015 (EPD). Na apresentação dessa minuta, o referido Grupo de Trabalho também apresentou relatório, do qual se extrai o seguinte trecho:

“incapaz” (absoluta ou relativamente).

²⁹⁶ A incapacidade civil consiste na ausência, em maior ou menor grau, de capacidade de fato ou de exercício. Em outras palavras, a incapacidade civil consiste na situação jurídica em que a pessoa se encontra inapta, total ou parcialmente, para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Há duas espécies de incapacidade civil: a absoluta e a relativa. É a legislação infraconstitucional que, baseada em critérios eleitos segundo o momento histórico, disciplina as hipóteses de uma ou de outra espécie de incapacidade civil, estabelecendo também os efeitos jurídicos decorrentes de cada uma delas. Por isso, a incapacidade civil também pode ser vista como a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil. Anote-se que a incapacidade civil absoluta se refere à situação em que a pessoa não possui qualquer capacidade de fato ou de exercício, visto que se encontra juridicamente impossibilitada de manifestar a sua vontade. De fato, neste tipo de incapacidade, a pessoa somente pode manifestar a sua vontade por intermédio do instituto jurídico da representação. Lado outro, a incapacidade civil relativa consiste na situação em que, embora não de forma plena, a pessoa possui certa capacidade de fato ou de exercício, participando dos atos da vida civil, porém, devidamente assistida por alguém. Por fim, impende registrar que a pessoa incapaz deve ser representada ou assistida por seus pais, por tutor ou por curador, consoante dispõe o artigo 71 do Código de Processo Civil.

²⁹⁷ O conceito de pessoa com deficiência é estabelecido pelo artigo 2º do EPD, que assim dispõe: “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11).

²⁹⁸ Dispõe o artigo 1º, primeira parte, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, *in verbis*: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.” (BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3).

²⁹⁹ Este Grupo de Trabalho foi instituído por meio da Portaria SDH/PR n.º 616, de 16 de maio de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República. A referida Portaria foi publicada no Diário Oficial da União (DOU), de 17 de maio de 2012, seção 1, p. 2.

Outro ponto que mereceu grande atenção, e que retomaremos oportunamente neste relatório, diz respeito à personalidade da pessoa com deficiência. **Tentou-se superar inadequações observadas no novo Código Civil, onde se verifica um sistema conservador em relação aos direitos da pessoa com deficiência.** Em nosso entendimento, a melhor interpretação do texto constitucional bem que permitiria que a lei ordinária – como o Código Civil – avançasse muito, garantindo o exercício da autonomia da vontade da pessoa com deficiência – notadamente àquelas com deficiência intelectual – com salvaguardas adequadas. A Convenção, com seus avanços, altera o regime consagrado no Código Civil, trazendo comandos claros que incentivam a participação com responsabilidade desse grupo de pessoas. Assim, o GT, atento aos comandos da CIDPD, deu outra conformação às regras de capacidade, propondo modificações ao Código Civil, sempre com base na interpretação constitucional, explicitada pela Convenção. Ou seja, a **Convenção, pode-se dizer, reavivou os direitos da personalidade garantidos pela Constituição e que eram reduzidos pelo Código Civil.** A Convenção foi além e deu seguimento aos comandos progressistas da Constituição e o GT procurou dar a tal instituto o entendimento mais autônomo e mais cidadão.³⁰⁰

Em consonância com os ditames de índole constitucional estatuídos pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a Lei n.º 13.146/2015 limitou a hipótese de incapacidade civil absoluta somente aos menores de dezesseis anos³⁰¹. Ou seja, hodiernamente, o critério etário é o único utilizado no conceito de incapacidade civil absoluta, não sendo mais possível cogitar o reconhecimento de qualquer pessoa maior de dezesseis anos como absolutamente incapaz.

A seu turno, a incapacidade jurídica relativa passou a ser atribuída às pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade, aos pródigos, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico e àquele que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade³⁰².

Como se vê, passaram a ser consideradas capazes para exercerem os atos da vida civil todas as pessoas com deficiência que anteriormente enquadram-se na disposição do revogado inciso II do artigo 3º do Código Civil, que estabelecia serem absolutamente incapazes “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática

³⁰⁰ BRASIL. Poder Executivo da União. Secretaria de Direitos Humanos. **Estatuto da pessoa com deficiência.** Brasília, DF, 2013. p. 40, grifo nosso.

³⁰¹ Quanto à incapacidade civil absoluta, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou os incisos e modificou o *caput* do artigo 3º do Código Civil, que passou a ter a seguintes redação: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74).

³⁰² O artigo 4º do Código Civil, com a redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou a vigorar nos seguintes termos: “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74).

desses atos”.

Com as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a depender sempre da deficiência efetivamente considerada no caso concreto, às pessoas com deficiência maiores de dezoito anos somente pode ser eventualmente atribuída a incapacidade civil relativa. E isso apenas na hipótese de a pessoa com deficiência ser enquadrada no caso previsto pelo inciso III do artigo 4º do Código Civil, que, com a redação dada pelo EPD, passou a considerar como relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

É possível concluir que a eventual incapacidade relativa da pessoa com deficiência não decorreria diretamente da própria deficiência, em si e por si só, mas em razão de a pessoa estar impossibilitada de manifestar a sua vontade.

Ressalte-se que a Lei n.º 13.146/2015 estabelece que, sendo necessária, a avaliação da deficiência será biopsicossocial³⁰³, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. Conforme os ensinamentos do desembargador Ivan Leomar Bruxel, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em seu voto no julgamento da Apelação Cível n.º 70069331346, “a *mens legis* do novel estatuto é ampliar o debate referente à caracterização da pessoa com deficiência, o qual, a partir de agora, deve levar em conta circunstâncias extrapatológicas, mas que envolvam o estudado e sejam capazes de defini-lo como ser social.”³⁰⁴

Além das alterações no sistema brasileiro de capacidade civil, o EPD pôs fim à figura da interdição³⁰⁵ das pessoas com deficiência, ainda que, para atuar na ordem civil, essas pessoas

³⁰³ O §1º do artigo 2º do EPD estabeleceu os critérios para a constatação da deficiência da pessoa humana, dispondo, *in verbis*: “a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.” (BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11). Sobre a avaliação biopsicossocial para constatação da deficiência da pessoa humana, veja o comentário de Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: “A avaliação biopsicossocial é aquela que considera aspectos sociais que circundam o deficiente, além, por óbvio, de dados médicos capazes de demonstrar sua incapacidade. Na avaliação biopsicossocial há, portanto, a junção desses dois aspectos na abordagem do deficiente, superando-se, nessa linha de raciocínio, o simples modelo biológico, para se considerar, em acréscimo, fatores sociais outros como nível de escolaridade, profissão, composição familiar, etc.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 25, grifo dos autores).

³⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70069331346; Número CNJ 0143328-22.2016.8.21.7000. Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 13 out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 out. 2016.

³⁰⁵ A interdição consistia em processo judicial, caracterizado como sendo o “meio próprio para incapacitar aqueles desprovidos de discernimento.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 681). Pelo processo de interdição, o juiz “declarava”

precisem se valer de institutos assistenciais e protetivos, como a tomada de decisão apoiada³⁰⁶ e, extraordinariamente, a curatela³⁰⁷. Isso tudo porque, repita-se, a Lei n.º 13.146/2015 considera a pessoa com deficiência como legalmente capaz, em uma perspectiva isonômica.

Então, sendo estritamente necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela (Artigo 84, §1º, do EPD), que afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial³⁰⁸ (Artigo 85, *caput*, do EPD). Dessa forma, mesmo sob o

como incapaz uma pessoa e lhe nomeava curador. No entanto, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e considerando as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o processo de interdição não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se encontra em consonância com a dignidade da pessoa humana. Sobre o fim da interdição, vide o tópico 4.3.1 desta dissertação.

³⁰⁶ A tomada de decisão apoiada consiste em instituto jurídico criado pelo EPD, destinado ao auxílio de pessoa com deficiência, mas plenamente capaz ao exercício dos atos da vida civil. Na tomada de decisão apoiada, ainda que com ajuda de apoiadores, a manifestação de vontade nos atos da vida civil é exteriorizada pela própria pessoa com deficiência, o que evidencia a consonância do instituto com as novas regras da capacidade civil (Artigos 3º e 4º do Código Civil). Anote-se que a legitimidade para proposta do processo de tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa com deficiência. De acordo com o artigo 1.783-A do Código Civil, acrescido pelo EPD, “a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.” (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74).

³⁰⁷ A curatela consiste em encargo público atribuído pelo juiz a uma pessoa plenamente capaz, tendo a finalidade protetiva e assistencial de uma pessoa maior de idade que, em razão de deficiência, doença, distúrbio psíquico ou prática costumeira, sem prejuízo a si mesma, não possa, com autonomia e discernimento, praticar sozinha determinados atos da vida civil, especialmente os atos de natureza patrimonial e negocial. Com efeito, “a curatela consiste no encargo público, atribuído pelo juiz, a um adulto capaz, para que proteja, zele, cuide, guarde, responsabilize-se e administre o patrimônio de pessoas judicialmente declaradas incapazes para exercer sozinhas os atos da vida civil.” (RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70069331346; Número CNJ 0143328-22.2016.8.21.7000. Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 13 out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 out. 2016). Segundo Maria Berenice Dias, “a finalidade da curatela, além de protetiva, é assistencial. Tem caráter supletivo da capacidade. Trata-se de múnus público, encargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e administrar os bens de maiores que, por si mesmos, não possa fazê-lo.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 681-682). A curatela da pessoa com deficiência constitui medida extraordinária (Artigo 85, §2º, do EPD), afetando, em regra, tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (Artigo 85, *caput*, do EPD). Assim, a curatela da pessoa com deficiência “não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.” (Artigo 85, §1º, do EPD). A propósito, o EPD define a curatela de pessoa com deficiência como sendo a “medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.” (Artigo 84, §3º, do EPD). (BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11).

³⁰⁸ Sobre o alcance da curatela de pessoa com deficiência, veja a seguinte análise de Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: “**Impossibilidade de curatela de situações existenciais** – Os atos existenciais defluem da própria personalidade do titular, intrínsecos à sua humanidade. Por isso, a curatela somente alcança atos de índole econômica, como os negócios jurídicos de disposição patrimonial, dentre os quais a compra e venda, a doação, o empréstimo, a assunção de dívidas, a transferência de bens e direitos etc. Tais atos serão nulos ou anuláveis, a depender do grau de incapacidade. A outro giro, os atos personalíssimos (*intuito personae*) somente podem decorrer da vontade direta e irrestrita da pessoa, mesmo que estaja ela em situação de curatela. Isso porque a curatela não pode ter o condão de retirar de um ser humano a sua própria esfera de vontades. Desejos, sonhos, aspirações, discordâncias, gostos etc., são elementos decorrentes da

regime extraordinário da curatela (Artigo 84, §3º, c/c o artigo 85, §2º, ambos do EPD), a Lei n.º 13.146/2015 assegura às pessoas com deficiência o exercício de sua capacidade jurídica no tocante aos direitos relacionados ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (Artigo 85, §1º, do EPD)³⁰⁹.

Em verdade, o artigo 6º e o artigo 85, §1º, do EPD estabelecem a plena capacidade jurídica da pessoa com deficiência, relativamente aos atos existenciais (atos que se enquadram na categoria do ser, e não do ter, tais como os atos relacionados à vida, à saúde e à honra), independentemente de a pessoa com deficiência estar em situação de curatela³¹⁰.

De fato, o artigo 6º do EPD dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: (a) casar-se e constituir união estável; (b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; (c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; (d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; (e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e (f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.³¹¹

Como se vê, o EPD atribuiu capacidade jurídica plena às pessoas com deficiência. Assim, essas pessoas serão afetadas por um conjunto de normas ordinariamente deferidas às pessoas com total condição de discernimento e autodeterminação, sem qualquer limitação de natureza mental ou intelectual.

Por isso, a depender da deficiência (como as de natureza mental e intelectual), essa situação pode ensejar risco patrimonial e risco à segurança jurídica e social, seja para as pessoas com deficiência, seja para os seus ascendentes e descendentes, seja para as pessoas que com elas pratiquem negócios jurídicos, desconhecendo as suas restrições fáticas.

Destarte, é preciso que o complexo normativo promocional da pessoa com deficiência

essência humana, inclusive das pessoas sob curatela – porque o sistema jurídico a reputou incapaz. Impor representação ou assistência para a prática de atos personalíssimos (existenciais) por uma pessoa curatelada importaria, em última análise, em verdadeira pena de banimento.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 244, grifo dos autores).

³⁰⁹ BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

³¹⁰ Para Pablo Stolze Gagliano: “Temos, portanto, um novo sistema que, vale salientar, fará com que se configure como ‘imprecisão técnica’ considerar-se a pessoa com deficiência incapaz. Ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida.” (GAGLIANO, Pablo Stolze. O estatuto da pessoa com deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015).

³¹¹ BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

seja sistematizado, em razão dos valores jurídicos de índole constitucional, especialmente aqueles estatuídos pela Constituição e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.

Para isso, o método do diálogo das fontes mostra-se útil e eficiente, podendo garantir a coordenação e a coerência sistemática das diversas fontes normativas que, direta ou indiretamente, disciplinam a tutela e a promoção da pessoa com deficiência. Assim, é preciso “escutar” os diálogos das fontes existentes em benefício da pessoa com deficiência, perscrutando, por exemplo, as disposições da Constituição da República, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil.

4.2 Tutela da dignidade da pessoa com deficiência: a capacidade jurídica no rol dos direitos humanos

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o paradigma do modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência, objetivando tutelar e promover essas pessoas a partir da perspectiva da igualdade, tornando o sistema jurídico mais inclusivo e observando o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.

Nesse sentido, há claramente uma modificação do plano ou viés em que, aprioristicamente, homenageia-se a dignidade da pessoa com deficiência, tendo sido substituída a premissa da vulnerabilidade³¹² pelo poder inclusivo da participação plena e efetiva da pessoa

³¹² A vulnerabilidade é um estado de risco, abstrata ou concretamente considerado, que, em razão de questões de ordem técnica, jurídica, fática ou informacional, acomete uma pessoa ou um grupo, levando ao reconhecimento de uma posição jurídica de fraqueza, apta a exigir, sem discriminação, eficaz proteção e promoção à pessoa humana vulnerável, com fulcro no princípio da igualdade substancial. Com efeito, segundo Fernando Costa de Azevedo, “a vulnerabilidade sugere o reconhecimento de uma posição jurídica de fraqueza, debilidade, de uma pessoa ou grupo – em razão de certas condições ou qualidades que apresentam – em comparação com a posição jurídica ocupada por outra pessoa ou grupo com os quais os primeiros se relacionam no contexto social.” (AZEVEDO, Fernando Costa de. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre código de defesa do consumidor e código civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 313-314, grifo nosso). Ademais, no tocante à vulnerabilidade, mais especificamente quanto à vulnerabilidade do consumidor, veja a lição de Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Densa: “A vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência. Entendemos que a primeira é mais ampla do que a segunda. A primeira é o gênero, a segunda a espécie. Há quatro espécies de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A vulnerabilidade técnica significa que o consumidor não detém conhecimento específico sobre o produto adquirido e, por isso, é mais facilmente enganado quanto à especificação e utilidade do bem ou do serviço. Na vulnerabilidade jurídica, o consumidor tem carência no conhecimento jurídico específico, estendendo-se também para o conhecimento contábil e o econômico. Na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, o

com deficiência na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas (igualdade substancial), o que, além da adequada valoração digna, propicia às pessoas com deficiência maior liberdade e poder de escolha sobre os atos da vida civil (autonomia).

É por isso que alguns autores tem defendido que houve uma modificação da “dignidade-vulnerabilidade” para a “dignidade-igualdade” (ou “dignidade-liberdade” ou, ainda, “dignidade-inclusão”)³¹³. Entretanto, o uso dessas expressões somente faz sentido se for para ressaltar que, em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o EPD estabeleceu um novo paradigma para o modelo jurídico relativo às pessoas com deficiência, o qual preconiza, principalmente, que “toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas”³¹⁴ (Artigo 4º, *caput*, do EPD).

Nessa senda, repita-se, às pessoas com deficiência foi especialmente dada a liberdade de escolha sobre os atos da vida civil (autonomia). De fato, é possível perceber que o EPD valoriza dignamente a pessoa com deficiência, especialmente (e não exclusivamente) a partir da tríade igualdade-liberdade-inclusão.

A título de exemplo, à pessoa com deficiência é dada a liberdade de escolha no tocante à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa (Artigo 4º, §2º, do EPD). Poder-se-ia questionar a utilidade dessa disposição³¹⁵, porquanto o exercício de determinado direito

fornecedor que possui grande poder econômico em razão de sua posição de monopólio, fático ou jurídico, impõe sua superioridade em face do consumidor que, muitas vezes, é hipossuficiente. A vulnerabilidade informacional é o maior fator de desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, porque este último é o único verdadeiramente detentor da informação.” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010. Grifo nosso). Por fim, não há como deixar de destacar o conceito de vulnerabilidade apresentado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem: “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inherentemente 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.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120, grifo nosso).

³¹³ Flávio Tartuce destaca-se pela utilização das expressões “dignidade-vulnerabilidade”, “dignidade-liberdade” e “dignidade-igualdade” (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (*e-book*); *Sapere aude* (exemplar genérico). p. 71-72, 794, 923-924). Por sua vez, Cleyson de Moraes Mello utiliza também a expressão “dignidade-inclusão” (MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 103).

³¹⁴ BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

³¹⁵ Aqui, registra-se a seguinte crítica ao artigo 4º, §2º, do EPD: “Trata-se de dispositivo cujo alcance não se depreende. Com efeito, parece óbvio que, colocado à disposição de determinada pessoa certo direito subjetivo, seu exercício importa em mera faculdade, não se obrigando, jamais, que ela dele usufrua. Assim, caso um afrodescendente resolva se inscrever, em concurso público, sem o privilégio decorrente de sua raça, mas ao contrário, disputando em condições de igualdade com os demais, a opção é dele apenas, não cabendo a ninguém se imiscuir nessa escolha. O mesmo ocorre na hipótese de um idoso que, embora tenha prioridade, por exemplo,

subjetivo consiste em mera faculdade, mas o que a norma em comento busca é enfatizar a liberdade e a autonomia que a pessoa com deficiência possui no atual cenário jurídico.

De fato, não se pode perder de vista que, conjuntamente com EPD, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, fontes de índole constitucional, conforme já anotado, consolidam no âmbito jurídico interno um novo paradigma em relação às pessoas com deficiência, baseado na igualdade substancial, na não discriminação e na plena e efetiva participação e inclusão na sociedade.

E a partir desse novo paradigma, o EPD alterou o sistema brasileiro de incapacidade civil. A propósito, veja a seguinte lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] o rol, a lista das pessoas consideradas incapazes pelo Código Civil foi significativamente alterada pelo advento da Lei nº13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência. [...] **O seu nobre desiderato, a toda evidência, é de cunho humanista e inclusivo:** promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física ou mental) e promover o respeito pela sua dignidade inerente. [...] Por conseguinte, a Lei 13.146/15 mitigou, mas não aniquilou, a teoria das incapacidades do Código Civil, apenas adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque. Com uma visão prática, ficou abolida (para sempre!) a perspectiva médica e assistencialista, pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava uma insuficiência psíquica ou intelectual. Como não poderia ser diferente, agora se trata de pessoa humana plenamente capaz. [...] **Há absoluta coerência filosófica: as pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade.** É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência dispõem dos mesmo direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade. **E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhes garanta plena acessibilidade, como, aliás, bem previsto na legislação específica** (Leis n.ºs 10.048/00 e 10.098/00).³¹⁶

Hodiernamente, a capacidade jurídica é considerada no rol dos direitos humanos (direitos suprapositivos), por quanto faz parte da própria essência da pessoa e sua dignidade, permitindo que ela escolha o seu próprio caminho a tomar na vida, o que acaba por desvelar o próprio ser.³¹⁷

Corroborando essa afirmação, interessante colacionar o que dispõe o artigo 12 da

em uma fila de um banco, prefira aderir à fila normal, das demais pessoas que não gozam desse privilégio. Ou de um deficiente que, merecedor do passe livre no transporte coletivo (Lei nº 8.899/1994), dispensa tal favor legal e resolve pagar pelo bilhete.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 37-38).

³¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** v. 1. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 325 e 328, grifo nosso.

³¹⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: parte geral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 97 e 99-100.

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que **as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.**
2. Os Estados Partes reconhecerão que **as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.**
3. **Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.**
4. **Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.** Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. **As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.**
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.³¹⁸

É cediço que a ideia de vida digna está no núcleo dos direitos humanos (âmbito internacional) e dos direitos fundamentais (esfera jurídico-constitucional). Com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, há claramente na seara internacional um movimento para tutelar a dignidade da pessoa com deficiência por meio da tríade igualdade-liberdade-inclusão.

Com isso, os direitos humanos passam a estabelecer expressamente o direito das pessoas com deficiência a tomar decisões sobre a sua vida e desfrutar plenamente sua capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras pessoas. Pode-se, então, considerar que hoje a capacidade jurídica encontra-se no rol de direitos humanos.

No âmbito jurídico interno, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo deu forte estímulo aos direitos da personalidade garantidos pela Constituição da República, forçando profundas modificações no conservador sistema brasileiro de incapacidade jurídica, estabelecido pelo Código Civil de 2002.

Nesse contexto, repise-se, no âmbito jurídico interno, o Estatuto da Pessoa com

³¹⁸ BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3. Grifo nosso.

Deficiência modificou o plano em que, aprioristicamente, a dignidade da pessoa com deficiência é tutelada, tendo sido substituída a premissa da vulnerabilidade pelo poder da tríade igualdade-liberdade-inclusão.

Percebe-se, portanto, profunda e profícua interação entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, em benefício das pessoas com deficiência, proporcionando-lhes proteção especial e assegurando-lhes efetiva e plena participação na sociedade, em igualdade de condições com as outras pessoas.

Nessa senda, leciona Joyceane Bezerra de Menezes que a capacidade jurídica serviu de critério para garantir em favor das pessoas com deficiência o respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, viabilizando, assim, uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas.³¹⁹ Veja:

Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade se entrelaçaram para viabilizar uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas, considerando-se que nessas últimas também se verificam lesões à dignidade e aos direitos mais eminentes do sujeito. Exemplificativamente, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual foram, por muito tempo, excluídas de uma maior participação na vida civil, tiveram a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada, seus bens espoliados, a sua vontade e sua autonomia desconsideradas. **Ao cabo e ao fim, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais.**³²⁰

Seja como for, não se deve esquecer que, embora, apriorística e abstratamente, a vulnerabilidade não mais ser considerada suscetibilidade inerente às pessoas com deficiência, pode ocorrer de essas pessoas se encontrarem em uma manifesta situação jurídica de

³¹⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

³²⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Grifo nosso.

vulnerabilidade³²¹ ou risco (pessoa com deficiência vulnerável³²²), o que irá impor a eficaz atuação estatal no sentido de promover uma diferenciação legítima em favor do vulnerável (imperativo de tutela), a fim de garantir a igualdade substancial.

Como exemplo dessa imperativa atuação estatal em favor de (qualquer) pessoa em situação de vulnerabilidade, pode-se considerar a hipótese prevista no artigo 190, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, que, disciplinando a convenção sobre normas de processo, estabelece que o juiz controlará a validade das convenções entabuladas pelas partes, recusando a aplicação no caso “em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”³²³.

Portanto, quando se defende que, na tutela das pessoas com deficiência, o EPD substituiu a premissa da “dignidade-vulnerabilidade” pela da “dignidade-igualdade”, somente se pode estar dizendo que, no novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência, a efetiva inclusão social e a plena participação dessas pessoas na sociedade serão buscadas por intermédio da proteção ao “exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”³²⁴ (Artigo 1º, primeira parte, da CIDPD), em igualdade de condições

³²¹ A pessoa com deficiência pode ser considerada como vulnerável, caso se encontre em situação jurídica de vulnerabilidade ou risco, em que a deficiência se mostre como um fator justificador de proteção diferenciada. No caso do novo modelo jurídico de promoção da pessoa com deficiência, a posição jurídica de vulnerabilidade deve ser verificada *in concreto*. Aqui, é interessante comparar o modelo normativo de tutela da pessoa com deficiência com o microssistema do direito do consumidor, no qual há o reconhecimento abstratamente da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo (princípio da vulnerabilidade dos consumidores), admitindo-se, *a priori*, que a relação de consumo é intrinsecamente desequilibrada (injusta). Lado outro, no microssistema protetivo das pessoas com deficiência, há o reconhecimento abstratamente, *a priori*, da igualdade dessas pessoas em relação às outras, de forma a propiciar a participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade. Assim, somente *in concreto* é que a relação jurídica da qual a pessoa com deficiência faz parte poderá ser considerada desequilibrada, em razão da deficiência. Em outras palavras: para que haja o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa com deficiência, diante de um caso concreto e de suas circunstâncias, deverão ser ponderados os limites da capacidade de discernimento e autodeterminação, a liberdade pessoal e a proteção e a promoção da dignidade e integridade da pessoa.

³²² Sobre o assunto, veja a seguinte lição: “**Pessoa com deficiência como vulnerável**. Havendo situações de risco, de emergência ou estado de calamidade, a pessoa com deficiência será enquadrada no conceito de vulnerável para fins de proteção diferenciada. No ponto, exige-se especial cuidado para que não se confunda vulnerabilidade com *incapacidade*. A nova redação dedicada aos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 é de clareza solar ao afastar qualquer tipo de incapacidade jurídica decorrente de deficiência. Assim, a deficiência, de qualquer ordem, não implica em incapacidade para a prática de atos jurídicos. Todavia, a pessoa com deficiência pode reclamar uma proteção diferenciada em determinadas situações, como estado de risco, emergência ou calamidade. Bem por isso, é enquadrada, nessas situações, como vulnerável, merecendo atenção e tutela prioritárias. Além de atendimento prioritário, devem ter proteção compatível com o tipo de deficiência respectivo, garantindo a sua dignidade.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62).

³²³ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015a. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1-51.

³²⁴ BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3. Grifo nosso.

com as demais pessoas.

Isso não quer dizer, em absoluto, que, diante de uma situação jurídica entre desiguais, a vulnerabilidade não possa ser o fundamento ou a legitimação para a proteção da pessoa com deficiência. Em outras palavras, isso não significa que, diante de um caso concreto e de suas circunstâncias, não se possa reconhecer que uma pessoa com deficiência se encontre em situação jurídica de vulnerabilidade ou risco, o que, em verdade, irá impor a eficaz atuação estatal (imperativo de tutela) e o pleno respeito dos demais particulares (dever de solidariedade; eficácia horizontal dos direitos fundamentais), visto que estará em jogo a dignidade da pessoa humana, com sua relação dinâmica e recíproca com os direitos humanos, com sua fundamentalidade de valor supremo do nosso ordenamento jurídico-constitucional e com seu caráter dinâmico na esfera privada, evidenciado pelo livre desenvolvimento da personalidade.

4.2.1 A pessoa humana e a dignidade: convergência entre o direito público e o direito privado em diálogo das fontes

No presente trabalho, utilizam-se por vezes as expressões “dignidade da pessoa humana”, “valoração digna da pessoa humana” e “vida digna”. Para que essas expressões não fiquem como uma fórmula vazia ou tenham utilização meramente retórica, nesta seção será abordado o conceito de dignidade da pessoa humana, analisando dois valores jurídicos que se extraí desse conceito: a pessoa humana e a dignidade.

Na filosofia de Kant, de acordo com os fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Para ele, os seres desprovidos de razão podem ser tratados simplesmente como meio, de forma que são chamados de “coisas”. E, como são desprovidos de razão, possuem um valor relativo e condicionado: o preço.³²⁵

“O preço (*pretium*) de uma coisa é o julgamento do público sobre o valor (*valor*) dela proporcionalmente àquilo que serve como o meio universal de representar o intercâmbio recíproco de trabalho (sua circulação).”³²⁶ Tudo que tem um preço pode perfeitamente ser substituído por outra coisa equivalente, isto é, que tenha um preço proporcional.

Por outro lado, Kant mostra que a natureza racional existe como fim em si mesma. Assim, como ser racional, o homem existe como fim em si mesmo, e nunca simplesmente como

³²⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

³²⁶ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 133.

meio. Os seres humanos, ou seja, os seres racionais sujeitos de uma razão prático-moral, são chamados de pessoas. Aliás, todo ser humano, indistintamente, é pessoa. E, como fim em si mesma, como algo que não pode ser utilizado simplesmente como meio, a pessoa possui um valor interno absoluto: a dignidade.³²⁷

A dignidade é inata à pessoa humana, uma vez que o homem, como sujeito de uma razão moralmente prática, eleva-se acima de qualquer preço. Tratando-se de um valor interno absoluto, a dignidade permite ao ser humano cobrar “respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo”, podendo, ainda, “avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros” homens “e valorar-se em pé de igualdade com eles”³²⁸.

Em relação à igualdade decorrente da dignidade da pessoa humana, importante mencionar que, diante da amplitude e do alcance de suas normas, em uma perspectiva inclusiva, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe importantes mudanças que objetivam o respeito à dimensão existencial dessas pessoas. Sobre esse assunto, a igualdade das pessoas com deficiência, comentando as disposições do EPD, Cleyson de Moraes Mello apresenta o seguinte posicionamento:

O que se quer é uma postura de reconhecimento, visando à eliminação de barreiras que impedem as pessoas com deficiências de tomar o controle de suas vidas e se tornarem cidadãos ativos contribuindo propositivamente para a sociedade. É, pois, uma abordagem baseada nos direitos humanos para a deficiência. Melhor dizendo: as políticas que visam apenas cuidado, reabilitação médica e benefícios deve ser revista com vistas a inclusão social.

Na verdade, a Lei 13.146/2015 fornece uma mudança de paradigma nas políticas destinadas a pessoas com deficiência com vistas a igualdade e o processo de inclusão social. A maioria dos sistemas jurídicos apresenta noção obsoleta da capacidade jurídica. Dessa maneira, **o artigo 3º do nosso Código Civil foi aprimorado à luz das normas de direitos humanos, e com especial referência ao artigo 12 da Convenção acima citado.** É, pois, uma mudança que visa corrigir os defeitos que privavam as pessoas com deficiência sobre os seus direitos, especialmente, no direito de família, como o casamento, a interdição e a curatela.³²⁹

Segundo José Afonso da Silva, “a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que comprehende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entraña e se confunde com a própria natureza do ser humano.”³³⁰

³²⁷ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

³²⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 277.

³²⁹ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 98, grifo nosso.

³³⁰ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito**

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a dignidade da pessoa humana possui um “caráter multidimensional”, isso porque possui: i) dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica); ii) dimensão histórico-cultural; iii) dupla dimensão (ou função) negativa (direito de defesa) e prestacional (prisma positivo); e iv) dupla dimensão objetiva e subjetiva, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais.³³¹

A partir dessas considerações, “com o intuito da máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva”, o autor propõe um conceito jurídico, tendo como dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³³²

Da filosofia de Kant, em relação à dignidade da pessoa humana, é interessante anotar ainda que, em todas as suas ações, o ser humano jamais pode tratar a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sim, sempre, como fins em si. Portanto, o ser humano, como um dever que lhe é imposto por sua própria razão, não pode negar dignidade tanto para ele mesmo como para todos os outros homens.³³³

A propósito, veja o seguinte posicionamento de Kant:

A humanidade em sua pessoa é o objeto do respeito de sua parte exigível de todo outro ser humano, mas que ele, por sua vez, também não pode perder. Por conseguinte, ele pode e deve valorar-se tanto por um baixo padrão quanto por um alto padrão, dependendo de se vê a si mesmo como um ser dotado de sentidos (em termos de sua natureza animal) ou como um ser inteligível (em termos de sua predisposição moral). Uma vez que ele tem que considerar a si mesmo não apenas como uma pessoa em geral, como também como um ser humano, ou seja, como uma pessoa que tem deveres que lhe são impostos por sua própria razão, não é permitível que sua insignificância como um animal humano prejudique sua consciência de sua dignidade como um ser humano racional, e ele não deve rejeitar a autoestima moral de tal ser, ou seja, deve perseguir seu fim, que é em si mesmo um dever, não de maneira abjeta, não com disposição servil (*animo servili*), como se buscasse um favor, não negando sua dignidade, mas sempre com consciência de sua predisposição moral sublime (que já

Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 91.

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

³³³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

está contida no conceito de virtude). E esta *autoestima* é um dever do ser humano para consigo mesmo.³³⁴

Na pós-modernidade, o pensamento de Immanuel Kant tem papel de destaque. De fato, com a retomada da influência da filosofia de Kant (“virada kantiana”), a Ética e o Direito se reconciliam, passando a moral a ser pensada dentro do Direito, visando à busca da justiça material fundada no imperativo categórico (cada indivíduo deve ser tratado com um fim em si mesmo). Com essa pretensão de correção, a justiça material passa a ser uma preocupação pós-moderna, capaz de abrir caminho para a felicidade dos homens, a partir da valoração digna da pessoa humana.

Sobre o assunto, imprescindível colacionar a seguinte lição de Fernando Rodrigues Martins:

Na dimensão *filosófica* constata-se tranquilamente o ‘giro Copérnico’ do pensamento de Kant. A maior primazia aos direitos fundamentais não se faz através da teoria do conhecimento a partir da tensão entre o ideal e o empírico – tão difundido pelos neokantistas de Baden e Marburg e que também não pode ser desprezada – senão pela assunção da ética como fonte inegociável do direito, assim delineada: *i*) a pessoa tem dignidade e não preço; *ii*) a pessoa deve ser considerada um fim em si mesma; *iii*) a pessoa deve conduzir-se de maneira que o comportamento possa ser guindado à lei universal.³³⁵

Diante da importância como valor jurídico, José Afonso da Silva defende que a dignidade da pessoa humana consiste no valor supremo da democracia. Trata-se de “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”³³⁶

Em verdade, a dignidade da pessoa humana possui vários desdobramentos concretos na dimensão jurídico-normativa. Na esfera internacional, a dignidade humana possui uma relação dinâmica e recíproca com os direitos humanos (direitos suprapositivos); na ordem jurídico-constitucional de um Estado como a República Federativa do Brasil, consiste em “norma fundamental”, que funda e legitima os direitos fundamentais; na ordem jurídica interna de uma comunidade, consiste em elemento de legitimação, tendo relação com os direitos da

³³⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 277.

³³⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. Corregedorias do ministério público e legitimação procedural: a função orientação na promoção da administração pública responsável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 491-520, 2016b. p. 500.

³³⁶ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 92.

personalidade, de forma que o livre desenvolvimento da personalidade constitui um caráter dinâmico da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse tema, Fernando Rodrigues Martins fala na formação de um “arrimo trípode para a necessária concretude” da dignidade da pessoa humana. De fato, para o autor, além dos direitos fundamentais, a “dignidade da pessoa humana [...] ainda usufrui dos direitos humanos (esfera internacional) e os direitos da personalidade (esfera privada), formando arrimo trípode para a necessária concretude.”³³⁷

No tocante à formação histórica desse arrimo trípode, interessante colacionar o que assevera Joyceane Bezerra de Menezes:

As guerras do século XX, assim como as atrocidades perpetradas com o auxílio da ciência e da tecnologia, reafirmaram um acordo mundial pela promoção da humanidade e de cada ser humano *per si*, de sorte que o respeito aos direitos humanos passou a representar a melhor medida do grau de civilização. Sob essa perspectiva, para além dos documentos internacionais gerais sobre os direitos do homem, emergiu uma segunda fase de proteção da pessoa, por meio de tratados ou convenções voltados para a tutela de grupos específicos como as crianças, as mulheres, os negros, os índios e os deficientes. Na mesma esteira, as constituições dos estados ocidentais passaram a promover uma proteção mais concreta à pessoa, ampliando o catálogo dos direitos e garantias fundamentais, em sua grande maioria, calcados no princípio da dignidade da pessoa humana. Os efeitos dessa onda protetiva chegaram ao direito privado, notadamente, pela emergência dos direitos de personalidade.³³⁸

Esse “arrimo trípode”, mormente porque, para a necessária concretude, a dignidade da pessoa humana usufrui tanto da esfera jurídico-constitucional quanto da ordem jurídica interna de uma comunidade (esfera infraconstitucional), sinaliza claramente a necessidade ou tendência de “convergência do direito público e do direito privado, com os mesmos fins e funções, a exigir um diálogo das fontes renovado e aberto”³³⁹.

A propósito, veja a lição de Marcelo Schenk Duque:

A ausência de contradições em que o princípio da unidade do ordenamento jurídico se apoia só pode residir, portanto, em uma única circunstância: a de que a pessoa se situa no centro do ordenamento jurídico, de modo que todos os âmbitos do direito, e, em particular, o direito privado, convergem para a constituição, pelo fato de que ela reconhece essa realidade, ao pregar a garantia de intangibilidade da dignidade humana como fundamento do Estado. Dito de outro

³³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Corregedorias do ministério público e legitimação procedural: a função orientação na promoção da administração pública responsável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 491-520, 2016b, p. 500.

³³⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

³³⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 223.

modo, a constituição só é colocada no centro do ordenamento jurídico pelo fato de reconhecer a pessoa como seu fundamento supremo.³⁴⁰

Portanto, o diálogo das fontes se evidencia como método da nova teoria geral do Direito, capaz de eficientemente dar concretude à dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais em diálogo de fontes), em razão de seus critérios hermenêuticos (valores jurídicos decorrentes das normas constitucionais, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos) permitirem a convergência do direito público e do direito privado, propiciando, assim, a formação sistemática e coerente do arrimo trípode (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade) que a dignidade da pessoa humana usufrui para a sua necessária concretude.

4.3 Diálogo das fontes no novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência: a concreção dos direitos fundamentais efetivada por todo o sistema jurídico

O diálogo das fontes representa uma forma de compreensão do sistema jurídico na pós-modernidade, época em que os direitos fundamentais encontram-se no centro do sistema jurídico³⁴¹, exigindo efetiva concreção por todo o ordenamento.

Nesse sentido, Fernando Costa de Azevedo anota que:

O *diálogo das fontes* representa um modo de compreensão do sistema jurídico no contexto pós-moderno (pluralista), por meio do qual a *coordenação* das variadas fontes normativas (a *convivência de paradigmas*) permite uma aplicação simultânea, coerente e coordenada da fontes legislativas convergentes, como alternativa para a tradicional forma de resolução das antinomias no sistema jurídico (a *exclusão* de uma das fontes do sistema).³⁴²

³⁴⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125-157. ISBN 978-85-203-4275-6. p. 131, grifo nosso.

³⁴¹ Observe-se que, aqui, utiliza-se a expressão “centro do sistema jurídico”, porque se admite que a imagem que melhor corresponde ao sistema jurídico pós-moderno é a de uma típica galáxia espiral complexa e dinâmica, como a Via Láctea (Vide o “tópico 2.2.2” deste trabalho). Do contrário, caso se admitisse como outrora que o sistema jurídico fosse estruturado na forma de pirâmide, melhor seria utilizar a expressão “topo do sistema jurídico”. Por essa analogia do sistema jurídico como uma galáxia espiral, o ordenamento jurídico possui um centro nítido e altamente denso constituído pelos fundamentos, objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito, especialmente pela dignidade da pessoa humana. Em torno desse centro, em uma hierarquia de associações, formam-se outros microssistemas, compostos por cadeias normativas complexas e coesas, oriundas de uma pléiade de fontes, todas condicionadas pela Constituição (e por outras fontes igualmente de índole constitucional, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo).

³⁴² AZEVEDO, Fernando Costa de. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre código de defesa do consumidor e código civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 346, grifo do autor.

Especificamente quanto ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, o diálogo das fontes mostra-se útil e eficiente, podendo contribuir para a sistematização das normas jurídicas, em função dos valores jurídicos de índole constitucional, especialmente aqueles estatuídos pela Constituição e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.

Com efeito, na linha do pensamento de Gustavo Tepedino, não se pode afastar do “entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”³⁴³.

A reunificação do sistema ou a sistematização das normas de determinado modelo jurídico é tarefa do intérprete-aplicador, a quem cabe buscar soluções justas e conforme os direitos fundamentais, assegurando a dignidade da pessoa humana. Essa postura do intérprete se mostra ainda mais importante na promoção das pessoas com deficiência, pois o EPD sozinho não é capaz de promover a adequada emancipação dessas pessoas. Sobre esse assunto, veja a lição de Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

A proteção da pessoa com deficiência como obrigação imposta ao Estado (eficácia positiva e negativa da dignidade humana). Encartada na esfera da dignidade humana, a proteção da pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual) precisa estar antenada nesse objetivo constitucional de garantir a todos uma vida digna, através das suas eficárias positiva e negativa. Assim, **o reconhecimento da fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura ao sistema jurídico como um todo, bem assim como ao próprio jurista, que deve, na interpretação e na aplicação de normas e na formulação de conceitos jurídicos, assegurar a dignidade da pessoa com deficiência.**³⁴⁴

Nesse contexto, no presente tópico da dissertação, analisam-se os direitos fundamentais em diálogo de fontes, a partir da ideia de que os direitos fundamentais devem ser concretizados por todo o sistema jurídico, em diálogo das fontes. É que a teoria de Erik Jayme confere ao sistema a maleabilidade necessária para que o núcleo de cada direito fundamental seja respeitado, podendo ser materializado em razão da busca do melhor entendimento que compatibilize sistematicamente as normas infraconstitucionais, interpretando-as e aplicando-as coerente e coordenadamente, de forma simultânea ou subsidiária.

³⁴³ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

³⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 60-61, grifo nosso.

4.3.1 Diálogos sistemáticos de coerência entre as fontes do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência

De acordo com a teoria do diálogo das fontes, o diálogo sistemático de coerência consiste no empréstimo de bases conceituais entre fontes normativas, utilizando-se como critério o fundamento teleológico das normas veiculadas por essas fontes.

Nesse sentido, não há dúvida de que, no caso do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, necessariamente devem ocorrer diálogos sistemáticos de coerência entre a Constituição da República, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, além de outras fontes (legislativas, jurisprudenciais, doutrinárias, etc.) que, legítima e coerentemente, direta ou indiretamente, tutele e/ou promova a pessoa com deficiência.

O diálogo das fontes permite a busca de soluções mais abertas, fluidas e flexíveis, aptas a promover a justiça e a concretizar os direitos fundamentais, alcançando uma eficiência funcional do sistema jurídico pós-moderno, por meio da coordenação e coerência das diversas fontes de Direito, como aquelas que estatuem o novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

Sem dúvida, a teoria do diálogo das fontes parte da premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico, objetivando alcançar uma eficiência não apenas hierárquica, mas também funcional do Direito.

Nesse sentido, na pós-modernidade, diante da sua autoridade (ou superioridade) e força normativa, a Constituição exige coerência de todo o sistema jurídico, especialmente em razão de estabelecer a valoração digna da pessoa humana como valor supremo do Estado Democrático de Direito.

Aqui, não se pode deixar de ressaltar que o chamado “Direito Civil Constitucional”, caracterizado pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, consiste em um profícuo diálogo das fontes entre a Constituição e o Direito Civil, no qual, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e alinhado aos demais princípios, objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, o interprete-aplicador deve buscar uma legítima renovação e (re)sistematização do Direito Civil, de forma coerente e coordenada com a Constituição, inclusive respeitando a supremacia desta.

Sobre a constitucionalização do Direito Civil, Gustavo Tepedino assevera que:

[...] a inclusão dos institutos de direito civil, como contrato, propriedade e família, na agenda atinente à ordem pública associa-se à irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. A partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. **Afinal, o código civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional.**³⁴⁵

Sobre o diálogo sistemático de coerência entre a Constituição e as demais fontes normativas do direito privado, veja a lição de Fernando Rodrigues Martins:

[...] Não há dúvidas de que a Constituição Federal estando no ápice do ordenamento exige coerência do sistema [...], eis que aqui reflete o prumo de que há escala de justificação hierárquica tanto estruturante (regras, subsunção, suporte fático e antinomias) como axiomática (princípios, valores argumentação jurídica). A Constituição Federal é provida de força geradora e normativa quanto a diversos tipos de direitos, tanto de natureza pública como de natureza privada. Não se perde de vista, ademais, que o § 1º do art. 5º da CF estabelece a aplicação imediata dos direitos fundamentais em todo o sistema jurídico, impondo ao direito privado reagir às situações de mitigação dos direitos fundamentais mediante suas ferramentas (nulidade, responsabilidade civil, interpretação mais favorável etc.).³⁴⁶

Em verdade, o diálogo sistemático de coerência entre a Constituição e as demais fontes normativas trata-se de um movimento em todas as direções, e não apenas da Constituição para as outras fontes. Nesse sentido, é perfeitamente possível que a Constituição também receba “as experiências da legislação infraconstitucional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais albergados em seu Texto”³⁴⁷.

De fato, em decorrência desse diálogo sistemático de coerência imposto pela Constituição, bem como da eficácia horizontal das normas fundamentais, há o espraiamento dos direitos fundamentais por todo o sistema jurídico, sinalizando uma intensa interação entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional, que leva à transposição e à redução entre o espaço público e o espaço privado, proporcionando a concreção dos direitos fundamentais por meio da dinâmica funcional de todo o sistema jurídico, em verdadeiro diálogo das fontes (direitos fundamentais em diálogo de fontes).

³⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012. p. 16, grifo nosso.

³⁴⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017.

³⁴⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017.

Ademais, especificamente quanto ao modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, fontes de índole constitucional que compõem o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico brasileiro, também exige coerência de todo o microssistema, estabelecendo o paradigma e os parâmetros para a adequada valoração digna da pessoa com deficiência.

Dessa forma, analogamente ao fenômeno da constitucionalização do Direito, em uma espécie de “convencionalização” do direito da pessoa com deficiência, o interprete-aplicador deve interpretar as normas do microssistema jurídico promocional da pessoa com deficiência à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.

Como se observa, na busca pela unidade do modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, devem ocorrer profícuos diálogos sistemáticos de coerência entre a Constituição, a CIDPD e as outras fontes infraconstitucionais. E é nessa perspectiva que se deve compreender os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil.

No âmbito jurídico interno infraconstitucional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em uma espécie de regulamentação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo, implementou o novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Assim, estando em consonância com a CIDPD e, por consequência, com a própria Constituição da República, o EPD reclama coerência das demais fontes infraconstitucionais.

A título de exemplo, pode-se citar o diálogo sistemático de coerência que deve ser percebido na aplicação da Lei n.º 13.146/2015 e do novo CPC, relativamente à adequação da utilização da palavra “interdição” e à possibilidade de ainda existir no nosso sistema jurídico a “ação de interdição” de pessoa com deficiência.

O novo CPC está totalmente estruturado na antiga visão de “processo de interdição”. Lado outro, em consonância com o espírito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo, o EPD traz a ideia de uma “ação judicial em que se define os termos da curatela” (ou, simplesmente, de uma “ação de curatela”), e não de uma “ação de interdição”.

Para Fernando Rodrigues Martins, “o EPD desprega-se da expressão ‘interdição’ carregada de formato linguístico restritivo e limitador para adotar a curatela quando, e desde

que, efetivamente necessária”³⁴⁸.

Cumpre registrar que não se trata apenas de questão terminológica³⁴⁹, mas sim de verdadeira promoção da igualdade e valoração digna da pessoa com deficiência. Não se nega que, em medidas diversas, as palavras “curatela” e “interdição” veiculam significados e significantes de proteção e restrição. Entretanto, o termo “interdição”, que se desgastou com o tempo, também veicula a ideia de exclusão, tendo o condão de influenciar negativamente a percepção que a sociedade possui da pessoa com deficiência.

Sem dúvida, a palavra “interdição” possui significado extremamente nocivo à pessoa humana e à sua valoração digna, porquanto está intimamente ligada à ideia de incapacidade civil e proibição do exercício de direitos da personalidade ou à noção de expropriação da liberdade e da cidadania.

Desde já, considerando o **diálogo sistemático de coerência existente entre o EPD e o novo CPC**, impende anotar que se defende a inadequação do uso do vocábulo “interdição” e a insubsistência da “ação de interdição” no sistema jurídico brasileiro, visto que a palavra “interdição” se mostra incompatível com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e destoante do espírito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo. Dessa forma, em sendo o caso da medida protetiva extraordinária da curatela, deve-se ajuizar a “ação de curatela”.

A curatela consiste em medida de proteção, destinada à viabilização de um “cuidado especial” com a pessoa com deficiência que não tenha adequado discernimento para a prática dos atos da vida civil. A curatela deve ser específica para determinados atos, sempre dependente do caso jurídico concreto, de forma que não pode significar proibição do exercício de direitos da personalidade, mas simplesmente consistir na proteção necessária da pessoa com deficiência, a fim de que ela possa exercer mais plenamente possível sua liberdade e cidadania. Em outras palavras, a curatela não tem o objetivo precípuo de chegar à interdição ou à privação da prática de atos da vida civil pela pessoa com deficiência.

³⁴⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a.

³⁴⁹ Embora a utilização da palavra “curatela” ao invés de “interdição” não se trate de questão apenas terminológica, registre-se que, consoante lição de Maria Berenice Dias, “muitas vezes a [simples] mudança de palavras tem importante significado na construção de novos conceitos.” A autora lembra que isso “foi o que aconteceu com a forma de identificar um deficiente. Em um primeiro momento foram chamados de ‘loucos de todo o gênero’. Depois passaram a ser nominados de ‘portadores de necessidades especiais’, ou ‘portadores de deficiências’. Atualmente a expressão considerada politicamente correta é: pessoas com deficiência.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. [e-book]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1122).

Registre-se que é igualmente inadequado o uso de expressão como “interdição parcial”. Alguns autores têm defendido a ideia de que não existe mais a “interdição total” ou a “interdição completa”, mas apenas a “interdição parcial”. Ora, a palavra “interdição” tem significado de proibição do exercício de direitos da personalidade, o que não está em consonância com a Constituição, com a CIDPD e com o EPD. Por outro lado, a palavra “curatela” está mais associada à ideia de “cuidado”, evidenciando, em relação ao termo “interdição”, maior valorização digna da pessoa com deficiência.

Para Maria Berenice Dias, “o Estatuto da Pessoa com Deficiência veio resgatar a dignidade e assegurar os direitos civis a quem tem limitações físicas ou psíquicas, a ponto de se afirmar que nem existe mais ação de interdição, mas somente curatela específica, para determinados atos”.³⁵⁰

No modelo jurídico anterior, o Código Civil e o antigo Código de Processo Civil de 1973 dispunham simultaneamente sobre o “processo de interdição”. Por sua vez, o novo CPC, de 16 de março de 2015, publicado em 17 de março de 2015 e em vigor desde o dia 18 de março de 2016, revogou os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, consolidando o regramento sobre o “processo de interdição”, em seus artigos 747 a 763. Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 6 de julho de 2015, publicado no dia 7 de julho de 2015, cuja maioria das disposições entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 2016, deu nova redação aos revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil.

Aqui, há de se reconhecer os “atropelamentos legislativos” existentes no caso em análise, que, a rigor, poderiam ser solucionados por meio dos tradicionais e excludentes métodos de resolução de conflitos normativos, como os critérios da anterioridade ou da especialidade. Não obstante, utilizar-se-á a teoria do diálogo das fontes, a qual, a partir de sua visão sistemática do Direito, permite a coordenação eficaz e coerente das diversas fontes normativas convergentes, em um diálogo das fontes aberto e profícuo, sempre a favor da pessoa com deficiência.³⁵¹

³⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. [e-book]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1082.

³⁵¹ Em semelhante linha: FARIA, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 329, grifo dos autores. Os autores assim se posicionam: “Nota-se, ademais, que o Código Adjetivo de 2015 teve de cumprir uma *vacatio legis* de um ano, enquanto à Lei Brasileira de Inclusão, por seu turno, foi estabelecido um período de vacância de 180 dias. Ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora seja lei posterior (já que a norma legal existe a partir de sua promulgação, conforme entendimento prevalecente em doutrina), entrou em vigor em janeiro de 2016, enquanto o Código de Processo Civil de 2016 (que é lei anterior) somente ganhou vigência em março de 2016. Malgrado seja possível uma interpretação no sentido de que uma norma teria revogado a outra (utilizando o critério da anterioridade ou da especialidade), a melhor compreensão é no sentido da *harmonização* entre os dois Diplomas Legais, procurando estabelecer

Impende ressaltar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo não utilizam o termo “interdição” em momento algum e que neles há menção do vocábulo “curatela” uma única vez, no artigo 23.

É fácil constatar que a Convenção tem o claro objetivo de implementar sistemas normativos inclusivos, estabelecendo em seu artigo 4º, número 1, letra “b”, que os Estados Partes se comprometem a “adotar todas as medidas necessárias, **inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes**, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência”³⁵².

Nesse contexto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou de prever expressamente a interdição, estabelecendo que, “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela” (Artigo 84, §1º, do EPD), a qual “afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (Artigo 85, *caput*, do EPD).

Além disso, dando nova redação aos artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, o EPD substituiu o vocábulo “interdição” por “curatela”. Nessa senda, o artigo 114 do EPD reformulou o *caput* do artigo 1.768 do Código Civil, substituindo o termo “interdição” pela expressão “processo que define os termos da curatela”, sinalizando claramente a incompatibilidade da ideia de interdição com o novo paradigma de tutela da dignidade da pessoa com deficiência.

Sobre a substituição do termo “interdição” por “curatela” promovida pelo EPD, Rogério Alvarez de Oliveira assim se posiciona:

Procurou-se [...] evitar os termos “incapacidade” e interdição”, que geravam estigma desnecessário às pessoas com deficiência mental ou intelectual, pois toda pessoa é capaz e suscetível de direitos, podendo ser surpresa sua incapacidade intelectual de fato por meio da curatela. A interdição, como medida de proibição do exercício de direitos, não se mostra consentânea com a atual tendência de modernização das normas, que vem buscando a inclusão de todas essas pessoas e a busca da autonomia da vontade por elas. Preferiu-se o termo “curatela”, destinado à proteção da pessoa e à prática de determinados atos, que devem se restringir aos patrimoniais e negociais.³⁵³

A seu turno, o novo Código de Processo Civil de 2015 revogou os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, passando a tratar a matéria em seus artigos 747 a 763, constantes de seção intitulada “da interdição”. Percebe-se que o CPC está totalmente estruturado na visão da

uma interpretação sistemática.”

³⁵² BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3.

³⁵³ OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 abr. 2016.

existência do clássico “processo de interdição”.

No tocante às disposições dos artigos 747 a 763 do CPC, veja a posição de Cleyson de Moraes Mello:

O CPC trata nos artigos 747 a 758 da interdição. Nota-se que o CPC desconsiderou a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (CIDPD) – com força de emenda constitucional –, e o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (EPD), já que alude a “interdição”, “interditando” e “incapaz”, gerando, pois, estigma desnecessário às pessoas com deficiência mental ou intelectual.

O instituto jurídico da *interdição*, como medida de proibição do exercício de direitos, não se mostra adequado com a tendência atual de dignificação da pessoa com deficiência, quer através de sua inclusão, quer através da valoração da sua manifestação de vontade. Em *caráter excepcional*, como dito alhures, utiliza-se a *curatela*, com vistas à proteção da pessoa e à prática de determinados atos, que devem se restringir aos patrimoniais e negociais.³⁵⁴

Nessa mesma linha, Maria Berenice Dias leciona:

O Código de Processo Civil revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, regras de natureza eminentemente processual. O Estatuto da Pessoa com Deficiência restaurou, alguns dispositivos do Código Civil. Porém, como a entrada em vigor do CPC é posterior à vigência do EPD, vigoram as disposições do **estatuto processual, que, equivocadamente, usa as expressões interdição e interditado**. No entanto, o CPC precisa ser interpretado de acordo com a **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por ter força de emenda constitucional**.³⁵⁵

Em verdade, na aplicação sistemática do EPD e do novo CPC, em um **diálogo sistemático de coerência**, o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, que se encontra totalmente em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, deve servir de base conceitual do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, de forma que, apesar de o CPC ter voltado a fazer alusão à “interdição”, essa terminologia deve ser abandonada. Em outras palavras, a interdição não existe mais, uma vez que é incompatível com a adequada valoração digna da pessoa com deficiência.³⁵⁶

³⁵⁴ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 101-103, grifo do autor.

³⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. [e-book]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1123, grifo nosso.

³⁵⁶ Em sentido contrário, Pablo Stolze Gagliano assim se posiciona: “Na medida em que o Estatuto é expresso ao afirmar que a curatela é extraordinária e restrita a atos de conteúdo patrimonial ou econômico, desaparece a figura da ‘interdição completa’ e do ‘curador todo-poderoso e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados’. Mas, por óbvio, o procedimento de interdição (ou de curatela) continuará existindo, ainda que em uma nova perspectiva, limitada aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial [...]. É o fim, portanto, não do ‘procedimento de interdição’, mas sim, do *standard* tradicional da interdição”. (GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016). Nessa mesma linha, José Fernando Simão defende que “o artigo 747 ainda utiliza a expressão ‘interdição’ e não ‘processo que define os

Com efeito, para Paulo Lôbo, “não há que se falar mais de ‘interdição’, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador.”³⁵⁷

De acordo com Rogério Alvarez de Oliveira, “embora o novo CPC ainda faça alusão à ‘interdição’, trata-se de expressão que deve ser abandonada, haja vista a existência de um estatuto todo voltado especificamente para a pessoa com deficiência e que teve o especial cuidado de abolir aquela expressão.”³⁵⁸

Outrossim, quanto à insubsistência da “ação de interdição” no nosso sistema jurídico, veja a defesa dos autores Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

[...] em se tratando de incapacidade (relativa) [...], considerando que a incapacidade é excepcional, é exigível o reconhecimento judicial da causa geradora da incapacidade, através de uma decisão judicial a ser proferida em ação específica, por meio de um procedimento especial de jurisdição voluntária. **É a chamada ação de curatela – e não mais ação de interdição, para garantir o império da filosofia implantada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.** É o caso da incapacidade relativa das pessoas que, mesmo por causa transitória “não puderem exprimir sua vontade” (CC, art. 4º), cuja incapacidade precisa ser reconhecida pelo juiz.³⁵⁹

Nessa mesma direção do posicionamento doutrinário exposto, também segue parte do entendimento jurisprudencial. Em seu voto no julgamento da Apelação Cível n.º 70068676543, perante a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a desembargadora Sandra Brisolara Medeiros assim asseverou:

[...] a Lei 13.146/2015, que instituiu o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência, provocou importantes alterações na teoria das incapacidades prevista no Código Civil, modificando a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil e o capítulo que trata da curatela, estabelecido pelos artigos 1.767 e seguintes, **instituindo a denominada “ação de curatela” e não mais ação de interdição.**³⁶⁰

termos da curatela’. Sendo os deficientes capazes, a partir da vigência do novo CPC teremos outra novidade: a interdição de capazes, ou seja, dos deficientes sob curatela.” (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2015).

³⁵⁷ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 abr. 2016.

³⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 241-242, grifo nosso.

³⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70068676543; Número CNJ 0077848-97.2016.8.21.7000. Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 30 nov. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 dez. 2016.

Portanto, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o vocábulo “interdição” foi abolido e o uso do termo “incapacidade” foi drasticamente restrinrido, uma vez que essas palavras, por si sós, são capazes de excluir e estigmatizar as pessoas com deficiência. Com efeito, as palavras “interdição” e “incapacidade” são perniciosas à concreção do princípio da igualdade (material) e do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3.2 Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade entre o EPD e o Código Civil

Em consonância com a teoria do diálogo das fontes, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade consiste na aplicação sistemática de duas fontes de Direito, na qual uma complementa a aplicação da outra, de maneira integrativa. Nesse tipo de diálogo das fontes, primeiro esgota-se a aplicação de uma lei, para depois, no que couber, no que for necessário, aplicar conjunta e subsidiariamente a outra fonte.

Nesse sentido, relativamente ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, para justa e plena inclusão das pessoas com deficiências na sociedade, deve ocorrer um diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade entre o EPD e o Código Civil, de forma que essas duas fontes normativas propiciem unidade e suficiente completude ao microssistema protetivo das pessoas com deficiência.

Como já analisado, o EPD atribuiu capacidade jurídica plena às pessoas com deficiência, que, assim, serão afetadas por um conjunto de normas ordinariamente deferidas às pessoas com total condição de discernimento e autodeterminação, sem qualquer limitação de natureza mental ou intelectual.

Essa situação pode ensejar risco à segurança jurídica e social, além de risco patrimonial, seja para as pessoas com deficiência, seja para os seus ascendentes e descendentes, seja para as pessoas que com elas pratiquem negócios jurídicos, desconhecendo as suas restrições fáticas.

Nesse contexto, questiona-se as inovações do EPD em relação ao fato de as pessoas com deficiência de natureza mental ou intelectual estarem sujeitas às consequências dos atos por elas praticados na ordem civil, colocando-as, por exemplo, em risco patrimonial, especialmente se atentarmos para a circunstância de que vivemos em uma sociedade de consumo, globalizada e hipercomplexa.

Fernando Rodrigues Martins, nesse sentido, alerta para a “emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo”.

O autor lembra que o EPD revogou disposições relevantes e sólidas aptas à proteção das pessoas com deficiência.³⁶¹

No tocante às alterações implementadas no sistema jurídico de incapacidade civil, Silvia Portes Rocha Martins assim assevera:

[...] no que concerne à alteração do instituto da capacidade civil e respectivos reflexos, pode ter havido retrocesso jurídico, principalmente por não terem sido levados em consideração os reflexos da realidade fática vivenciada por estes indivíduos na prática de atos da vida civil, com a consequente submissão – em regra inexorável – do deficiente mental ou intelectual aos efeitos jurídicos dos atos praticados, ainda que sem o discernimento necessário para a sua correta compreensão.³⁶²

É igualmente interessante destacar a seguinte reflexão de Zeno Veloso:

Um deficiente mental, que tem comprometido absolutamente o seu discernimento, o que sofre de insanidade permanente, irreversível, é considerado relativamente incapaz. Bem como o que manifestou a sua vontade quando estava em estado de coma. Ou o que contratou, ou perfilhou, ou fez testamento, sendo portador do mal de Alzheimer em grau extremo. São casos em que não me parece que essas pessoas estejam sendo protegidas, mas, ao contrário, estão à mercê da sanha dos malfiteiros, podendo sofrer consideráveis e até irremediáveis prejuízos.³⁶³

Como se pode ver, questiona-se o fato de as pessoas com deficiência de natureza mental ou intelectual, que não disponham de capacidade de discernimento e autodeterminação ou de adequada consciência para a prática de atos da vida civil, em decorrência de sua plena capacidade jurídica atribuída pelo EPD, não mais, em princípio, estarem salvaguardadas por garantias há muito consolidadas pelo direito privado, tais como as que constam das seguintes normas: (a) artigo 166, inciso I, e artigo 171, inciso I, ambos do Código Civil, que estabelecem invalidades (nulidade e anulabilidade, respectivamente) de negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz; (b) artigo 198, inciso I, do Código Civil, que estabelece não correr a prescrição contra os absolutamente incapazes; (c) artigo 208 do Código Civil, que determina não correr prazo de decadência contra absolutamente incapaz; (d) artigo 310 do Código Civil, que determina não ser válido o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu; (e) artigo 543 do Código

³⁶¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a.

³⁶² MARTINS, Silvia Portes Rocha. O estatuto da pessoa com deficiência e as alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 974, p. 225-243, dez. 2016. Grifo nosso.

³⁶³ VELOSO, Zeno. Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica. **O Liberal**, Belém, 2016.

Civil, que estabelece a presunção da vontade do absolutamente incapaz, quando este for o donatário de doação pura; (f) artigo 928 do Código Civil, que estabelece a responsabilidade civil subsidiária do incapaz, relativamente aos danos causados a terceiros, ou seja, o incapaz responde pelos prejuízos que causar, apenas se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes; e (g) artigo 1.244 c/c o artigo 198, inciso I, ambos do Código Civil, que proíbe a fluência de prazo para usucapir imóvel de propriedade de absolutamente incapaz (prescrição aquisitiva).

Insta anotar que as normas acima mencionadas constituem o “sistema de proteção das pessoas incapazes estabelecido pelo Código Civil”, o qual tutela direitos e interesses dos incapazes, fixando, assim, proteções especiais com objetivo de concretização da dignidade da pessoa humana.

Parece indiscutível a necessidade de as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência serem (re)sistematizar, em função dos valores jurídicos de índole constitucional, especialmente aqueles estatuídos pela Constituição e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo. Para isso, o método do diálogo das fontes se mostra útil e eficiente.

Não obstante, convém ressaltar que, conforme ficará claro ao longo desta subseção do trabalho, não houve restrição dos direitos das pessoas com deficiência, tampouco o ordenamento jurídico deixou essas pessoas desamparadas, ainda que as classifique como capazes para praticarem os atos da vida civil.

É nesse sentido o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nas palavras do desembargador Alexandre Lazzarini, proferidas em seu voto no julgamento da Apelação n.º 1003765-94.2015.8.26.0564, “não houve [...] restrição dos direitos inerentes ao exercício da capacidade pelas pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, mas verdadeira ampliação, já que a finalidade da norma é promover a integração, a participação em sociedade e o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por tais indivíduos.”³⁶⁴

Seja como for, para superação das adversidades interpretativas do novo microssistema de proteção da pessoa com deficiência, o jurista precisa harmonizar as fontes normativas, mormente o EPD e o Código Civil. Sobre esse assunto, Gustavo Tepedino destaca:

O desafio do jurista na atualidade consiste, justamente, na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. Sendo o ordenamento

³⁶⁴ SÃO PAULO (Estado). Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n.º 1003765-94.2015.8.26.0564. Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, 14 mar. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico/Registro**, 14 mar. 2017.

jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e, daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.³⁶⁵

Convém observar que o Código Civil possui um amplo sistema de proteção para prática de atos da vida civil, tutelando algumas pessoas (incapazes) especialmente no tocante às situações jurídicas de índole econômica (como os negócios jurídicos de disposição patrimonial). A seu turno, em seus artigos 6º e 85, §1º, o EPD estabelece a plena capacidade jurídica da pessoa com deficiência, especialmente em relação às situações jurídicas existenciais (referentes a atos que, repita-se, enquadram-se na categoria do ser, ou seja, são aquelas situações jurídicas que dizem respeito à humanidade do sujeito de direitos e que, portanto, decorrem da própria personalidade inerente à pessoa humana).

Assim, o EPD e o Código Civil se complementam, de forma que um diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade entre essas duas fontes de Direito pode propiciar unidade e suficiente completude ao microssistema protetivo das pessoas com deficiência.

A propósito, ressalte-se que a prática dos atos da vida civil de natureza patrimonial e negocial exige discernimento diferente do exigido para a prática dos atos existenciais. É que os primeiros requererem informações técnicas e jurídicas, enquanto os segundos envolvem questões subjetivas. Sobre o assunto, veja a síntese de Joyceane Bezerra de Menezes:

A depender do tipo de ato civil, exige-se um certo e específico nível de compreensão. Grosso modo, o discernimento que se requer para a prática dos atos civis de matiz patrimonial não é o mesmo que se exige para a prática de atos existenciais – situam-se em domínios diferentes. Os primeiros envolvem informações mais técnicas e jurídicas, menos subjetivas; enquanto os segundos, estão mais relacionados aos vínculos pessoais, às preferências individuais e às circunstâncias específicas da personalidade de cada um, enfim, ao seu próprio modo de ser. Por essa razão, é mais fácil justificar que uma pessoa com limitação intelectual ou psíquica tenha mais dificuldade de compreender as implicações presentes na formação de um contrato de compra e venda, nos atos de administração societária e, assim, necessite da interferência do curador ou do apoio de alguém. Por outro lado, é possível que essa mesma pessoa reúna condições de compreender e decidir sobre assuntos pertinentes à sua vida pessoal e afetiva, identificando, por exemplo, o sujeito que lhe inspira mais confiança para exercer o *munus* de sua curatela, as pessoas com quem deseja morar, o lugar de sua residência, o seu parceiro afetivo etc.³⁶⁶

³⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012. p. 19.

³⁶⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

É importante não olvidar que, em relação às situações jurídicas de índole econômica, possuem posição privilegiada as situações jurídicas existenciais. Não obstante, igualmente, deve-se ter em mente que o patrimônio consiste em instrumento capaz de propiciar à pessoa humana condições para alcançar uma vida digna.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, analisando o direito fundamental à propriedade como acesso ao mínimo existencial³⁶⁷, sintetizam essa questão da seguinte forma: “os bens, a propriedade e o patrimônio são instrumentos de uma vida digna”³⁶⁸.

Destarte, tanto as situações jurídicas de índole econômica quanto as situações jurídicas existenciais são capazes de interferir significativamente na realização de direitos fundamentais, especialmente em relação à igualdade (material) e à dignidade da pessoa humana.

Há claramente a necessidade de harmonizar as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência com as do Código Civil, sistematizando o complexo normativo promocional da pessoa com deficiência, em diálogo das fontes, aberto e sempre favorável aos mais fracos.

Pode-se dizer, então, que a discussão sobre o alcance das mudanças implementadas pelo EPD relativas ao sistema brasileiro de incapacidade civil e aos efeitos da curatela da pessoa com deficiência, em verdade, trata-se de autêntica análise sobre a concreção de direitos fundamentais (especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana), em profícuo diálogo das fontes (direitos fundamentais em diálogo de fontes).

É de se consignar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o método do diálogo das fontes possuem em comum um poderoso fundamento: os direitos humanos. De fato, a dimensão substantiva do EPD é umbilicalmente ligada aos direitos humanos. O diálogo das fontes, por sua vez, possui como critério hermenêutico os próprios direitos humanos, valendo-se dos valores jurídicos desses direitos suprapositivos, os quais permeiam o ordenamento jurídico.

Segundo Fernando Rodrigues Martins:

Para a hipótese em questão, excelentes modelos hermenêuticos podem ser seguidos, possibilitando harmonia entre o núcleo de cada proposta interpretativa, todas chamadas a guindar e promover a pessoa com deficiência. Pensem-se nos tipos

³⁶⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que “o mínimo existencial atende ao mínimo sociocultural de uma vida saudável com possibilidade de realização de escolhas que atendam ao pleno desenvolvimento da personalidade. O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, assistência social, moradia, cultura e lazer são meios tendentes à promoção da igualdade material. Esses bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interditada qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares. Na música e letra dos Titãs, ‘a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte...’.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Curso de direito civil**: reais. v. 5. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 238).

³⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Curso de direito civil**: reais. v. 5. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235.

argumentativo, concretizador, participativo e tópico. Evidente que nenhum supera o outro e todos devem contribuir para o melhor resultado.

Busca-se, contudo, a considerar que a matéria versada pelo EPD tem a dimensão substantiva extremamente ligada aos direitos humanos das pessoas com deficiência, dar primazia a interpretação inclusiva *pro homine*, própria aos desideratos humanitários, acompanhada do modelo dialógico.

O amálgama hermenêutico permitirá a leitura do EPD de forma mais consentânea aos direitos humanos, protegendo tanto os interesses patrimoniais como as situações existenciais enquanto pressupostos do livre desenvolvimento da personalidade e promoção da pessoa com deficiência.³⁶⁹

Indubitavelmente, deve-se “escutar” o **diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade** que existe entre o EPD e o Código Civil, uma vez que as normas dessas duas fontes de Direito se complementam de maneira integrativa.

Isso ocorre porque, em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que alçou a capacidade jurídica no rol dos direitos humanos, o EPD, ao estabelecer a plena capacidade civil das pessoas com deficiência, dá maior relevo aos atos existenciais das pessoas com deficiência, rompendo antigos paradigmas relativos às situações jurídicas existenciais.

Por sua vez, especialmente em relação às situações jurídicas de índole econômica, dependendo sempre do caso jurídico concreto e das suas circunstâncias, de forma complementar e subsidiária, o Código Civil pode muito bem dar proteção à pessoa com deficiência, que se encontre efetivamente em situação de vulnerabilidade ou risco. Assim, não seria aleivosia alguma estender às pessoas com deficiência as salvaguardas que o Código Civil garante aos incapazes.

Nesse sentido, veja o seguinte posicionamento de Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias:

A capacidade no nosso sistema é muito mais ligada ao exercício de certos direitos, do que propriamente à pura deficiência. Em verdade, a palavra capacidade é uma reafirmação do atributo da personalidade e não tem, necessariamente, a ver com a gestão da vida.

Vale ressaltar que **a limitação no gerenciamento da vida não corresponde à ausência de capacidade, cabendo aqui efetiva dosimetria, em favor da pessoa com deficiência.**

O objetivo do Estatuto foi deixar claro que a pessoa com deficiência deverá ser tratada com igualdade, sendo considerado este o princípio maior que o rege. **Para preservar a igualdade, alguns dos direitos conferidos ao incapaz deveriam ser mantidos, para que o princípio da igualdade seja efetivo, na linha do pensamento aristotélico até hoje atual, no sentido de que "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade".**

³⁶⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a. Grifo nosso.

[...] Ainda, se os direitos forem estritamente correspondentes aos até então considerados capazes, razão não haveria para conferir à pessoa com deficiência, uma legislação especial e própria, como é o caso do Estatuto.³⁷⁰

Nesse **diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade que existe entre o EPD e o Código Civil**, no plano da tríade igualdade-liberdade-inclusão, a dignidade da pessoa com deficiência seria garantida pelo complexo normativo instituído pelo EPD, especialmente quanto aos atos existenciais. Esse plano da dignidade da pessoa humana também deve ser aprioristicamente respeitado em relação às situações jurídicas de índole econômica, porém, evidenciando verdadeiro imperativo de tutela, diante de uma manifesta situação de vulnerabilidade ou risco, sempre analisada no caso jurídico concreto, o “**sistema de proteção das pessoas incapazes estabelecido pelo Código Civil” deve ser utilizado, de forma complementar e subsidiária, em favor da pessoa com deficiência**, a fim de garantir unidade e adequada completude ao microssistema promocional da pessoa com deficiência.

Interessante destacar que esse sistema protetivo das pessoas incapazes é constituído por normas como as estatuídas pelos artigos 166, inciso I, artigo 171, inciso I, artigo 198, inciso I, 208, 310, 543, 928 e 1.244, todos do Código Civil.

Conforme já abordado, a pessoa com deficiência não deve ser, apriorística e abstratamente, considerada vulnerável, devendo, pois, a posição jurídica de vulnerabilidade ser verificada *in concreto*. No entanto, apesar de a vulnerabilidade não ser mais considerada suscetibilidade inerente às pessoas com deficiência, pode ocorrer de essas pessoas se encontrarem em uma manifesta situação jurídica de vulnerabilidade ou risco (pessoa com deficiência vulnerável), em que a deficiência³⁷¹ se mostre como um fator justificador de proteção diferenciada.

Essa situação de vulnerabilidade ou risco imporá a eficaz atuação estatal no sentido de promover uma diferenciação legítima em favor do vulnerável (imperativo de tutela), a fim de garantir a igualdade substancial das pessoas com deficiência.

É com esse objetivo que o parágrafo único do artigo 10 do EPD estabelece que, “em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será

³⁷⁰ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 57-82, abr./jul. 2016.

³⁷¹ É bom ter em mente que, consoante dispõe o §1º do artigo 2º do EPD, “a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar”. (BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11).

considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.”³⁷²

Sobre as hipóteses de vulnerabilidade, veja o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

Caráter exemplificativo das hipóteses de vulnerabilidade. A pessoa com deficiência pode ser reputada *vulnerável* em situações diversas, não apenas nos casos de situações de risco, de emergência ou de estado de calamidade, aludidos pelo Parágrafo Único da norma *sub examine*. Em toda e qualquer hipótese na qual a deficiência se mostre como um fator justificador de proteção diferenciada, é possível considerar a pessoa como *vulnerável*.³⁷³

Portanto, a depender sempre do caso concreto e das suas circunstâncias, em toda situação jurídica em que a deficiência se mostre como um fator justificador de proteção diferenciada, impõe-se como imperativo de tutela a proteção da dignidade da pessoa com deficiência no plano da vulnerabilidade.

Vulnerabilidade não significa incapacidade jurídica, mas no caso do imperativo de tutela de proteção da dignidade da pessoa com deficiência, complementar e subsidiariamente às disposições do EPD, evidenciando profícuo diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariamente, pode ser utilizado em favor da pessoa com deficiência o “sistema protetivo das pessoas incapazes estabelecido pelo Código Civil”.

Essa proteção à pessoa com deficiência vulnerável, na linha do raciocínio de Maria Berenice Dias, “deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia, dos espaços de liberdade.”³⁷⁴ Com isso, seria possível tutelar a pessoa com deficiência que se encontre em uma manifesta situação de vulnerabilidade ou risco, mas também preservar, ao máximo, a autonomia de sua vontade, que é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade (caráter dinâmico da dignidade da pessoa humana)³⁷⁵.

³⁷² BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

³⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62.

³⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 687.

³⁷⁵ Claudia Lima Marques e Bruno Miragem asseveraram que, relativamente à proteção dos vulneráveis no direito privado, o paradigma hoje “é o da inclusão social, com respeito às diferenças no sentido de garantir o acesso à plena realização da pessoa.” Os autores defendem a tarefa de “proteger respeitando as diferenças e assegurando o acesso, sem discriminação”, de forma que é preciso “criar condições de igualdade, sem retirar acesso ou capacidades, mas garantindo condições de convivência e atuação”. Entretanto, Marques e Miragem reconhecem que é difícil alcançar esse “ideal de proteção, que reconheça a diferença e a vulnerabilidade e combatá a discriminação negativa, sem exclusão social”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos

Assim, em uma ação judicial própria ao enfrentamento da questão contenciosa, considerando o caso jurídico concreto e suas circunstâncias, baseado na avaliação biopsicossocial da deficiência, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e em uma abordagem iluminada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e das complexidades que cada ser, individualmente, traz consigo, o juiz deve individualizar minuciosamente a capacidade de discernimento e autodeterminação da pessoa com deficiência e a sua aptidão para exercer com autonomia e discernimento os atos da vida civil.

A partir dessa individualização, o juiz deve especificar as responsabilidades da pessoa com deficiência no caso *sub examine* (como em uma ação de invalidação de negócio jurídico e em uma ação revisional) ou, de modo geral, na prática dos atos da vida civil (como na ação de curatela³⁷⁶).

Por fim, em sendo estritamente necessário (imperativo de tutela) para adequada valoração digna da pessoa com deficiência, de forma complementar e subsidiária às disposições do EPD, na exata medida da ausência de discernimento (proporcionalidade), caberá ao juiz aplicar em benefício das pessoas com deficiência as pertinentes normas do sistema de proteção que o Código Civil confere às pessoas incapazes.

Repita-se, uma vez mais, o sistema brasileiro de proteção das pessoas incapazes é constituído por normas como as estatuídas pelos artigos 166, inciso I, artigo 171, inciso I, artigo 198, inciso I, 208, 310, 543, 928 e 1.244, todos do Código Civil.

Dessa forma, a título de exemplo, imagine um caso em que uma pessoa com deficiência de natureza mental ou intelectual profunda e irreversível, que não tenha capacidade alguma de agir ou de expressar sua vontade, mas que figure como parte ré em uma ação de usucapião de imóvel.

Nessa hipótese, após a avaliação biopsicossocial por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, ficando evidente a manifesta situação de vulnerabilidade ou risco da pessoa com deficiência, irá se impor uma eficaz atuação estatal no sentido de promover uma diferenciação legítima em favor da pessoa com deficiência vulnerável (imperativo de tutela), a fim de garantir a igualdade substancial. Da mesma forma, registre-se, estando em jogo a dignidade da pessoa humana, é de rigor o pleno respeito dos demais particulares (dever de

Tribunais, 2014. p. 115-116.

³⁷⁶ Não se pode perder de vista que a curatela trata-se de medida protetiva extraordinária, que, em regra, tem o condão de atingir somente os atos da vida civil de natureza patrimonial e negocial. Portanto, em tese, não há que se falar de curatela em relação aos atos existenciais, que consistem em atos personalíssimos, decorrentes apenas da vontade direta e irrestrita da pessoa, mesmo que ela esteja em situação de curatela.

solidariedade; eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Nesse cenário, reconhecendo o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade que existe entre o EPD e o Código Civil, e, assim, aplicando em benefício da pessoa com deficiência o “sistema de proteção das pessoas incapazes estabelecido pelo Código Civil”, o juiz poderia declarar que, no caso *sub judice*, aplica-se em benefício da pessoa com deficiência a regra contida no artigo 1.244 c/c o artigo 198, inciso I, ambos do Código Civil, que proíbe a fluência de prazo para usucapir imóvel de propriedade de absolutamente incapaz (prescrição aquisitiva).

Como se nota, todas as consequências do diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade que existe entre o EPD e o Código Civil devem ser analisadas a partir de uma visão sistemática do Direito, que permita imprimir coerência, unidade e suficiente completude ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

Indubitavelmente, em um diálogo sistemático de coerência entre as fontes do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, iluminado pela Constituição e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a capacidade civil plena atribuída pelo EPD às pessoas com deficiência não pode significar, em absoluto, redução de direitos³⁷⁷, porque isso implicaria na efetiva não concreção da igualdade substancial e na inadequada valoração digna da pessoa com deficiência, especialmente em situações jurídicas desequilibradas (injustas).

Ademais, no processo hermenêutico-interpretativo relativo ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, há que se levar em conta a segurança jurídica, em suas dimensões objetiva e subjetiva³⁷⁸, que exige certa continuidade do Direito e impõe proteção à confiança da pessoa com deficiência na continuidade da ordem jurídica, especialmente de todo o sistema protetivo estabelecido pelo Código Civil, o qual a beneficiava, em decorrência de ser

³⁷⁷ Claudia Lima Marques alerta que, por respeito aos valores constitucionais e direitos humanos que lhe servem de base, o método do diálogo das fontes não deve ser usado para retirar direitos. Para ela, “o diálogo só pode ser usado a favor do sujeito vulnerável, ou se transformará em analogia *in pejus*. A luz que ilumina o diálogo das fontes em direito privado é (e deve ser) sempre a constitucional, valores dados e não escolhidos pelo aplicador da lei – daí por que o resultado do diálogo das fontes só pode ser a favor do valor constitucional de proteção” aos vulneráveis. (MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61).

³⁷⁸ Analisando o direito fundamental à segurança jurídica e a proibição de retrocesso, Ingo Wolfgang Sarlet defende que “a segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012).

anteriormente considerada incapaz.

Não obstante, não se pode perder de vista que o EPD tem o objetivo precípua de deixar claro que a pessoa com deficiência deve ser tratada com igualdade, sem discriminação, sendo esse o princípio que o rege. E, nesse intuito, a capacidade civil consiste em poderoso instrumento de inclusão social e cidadania, capaz de assegurar e promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência.

Com efeito, como anota Joyceane Bezerra de Menezes, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem como principal contributo o “reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais, como pressupostos de sua dignidade e de sua participação na vida social, familiar e política. Afinal, a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorrem vários direitos.”³⁷⁹

Enfim, a CIDPD impõe a autonomia da pessoa com deficiência, em igualdade com as demais pessoas. Não obstante, a capacidade civil plena atribuída pelo EPD às pessoa com deficiência não pode significar abandono e desamparo, até porque os particulares têm o dever de solidariedade, expressado pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, devendo balizar sua atuação nas relações entre particulares pela função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela³⁸⁰, de forma a viabilizar um adequado balanceamento axiológico entre o peso de uma intervenção do Estado nas relações privadas e a ameaça ao bem tutelado pela Constituição.

4.3.3 Diálogos de coordenação e adaptação sistemática entre as fontes do microssistema jurídico de tutela e promoção da pessoa com deficiência

Consoante a teoria do diálogo das fontes, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática consiste no diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre fontes de Direito. É um diálogo de aplicação simultânea entre fontes normativas, no qual ocorre influência do sistema especial no geral ou do geral no especial ou, ainda, influências recíprocas

³⁷⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

³⁸⁰ Sobre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, vide a “subseção 3.5.3.2” deste trabalho.

sistemáticas entre leis especiais.

Note-se que a regra no direito brasileiro é a da continuidade das leis³⁸¹, mas raramente é o legislador quem determina a aplicação das leis de forma ordenada, simultânea e coerente, o que, diante de um caso jurídico concreto, impõe ao intérprete-aplicador decidir-se pela aplicação de determinada norma, buscando o diálogo entre as fontes normativas convergente. Assim, repise-se, na pós-modernidade, o intérprete é importante coparticipante do processo de criação do Direito.

E, nesse diapasão, irrompe a ideia de “diálogos” de aplicação simultânea do EPD, do CDC, do Código Civil e do CPC, para realizar de forma mais eficaz e eficiente a proteção e a promoção da pessoa com deficiência. Dessa forma, neste tópico, serão analisados diálogos de coordenação e adaptação sistemática entre as fontes do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

Não obstante, ressalte-se que, no presente trabalho, é impossível analisar todos os possíveis diálogos entre as fontes do microssistema promocional da pessoa com deficiência, porém, tentar-se-á apresentar os diálogos mais importantes entre o EPD, o CDC, o Código Civil e o CPC.

Neste ponto, é importante não olvidar que o diálogo das fontes é instrumento de realização de direitos fundamentais e de direitos humanos, devendo, então, sempre ocorrer a promoção dos direitos do sujeito mais fraco, a partir da aplicação da lei mais favorável à pessoa constitucionalmente protegida (criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência), “mesmo que isso não seja o caminho mais fácil ou majoritário”³⁸².

Conforme já anotado, o EPD atribuiu como regra a capacidade jurídica plena às pessoas com deficiência, sendo possível, quando necessário, a curatela, a qual se trata de medida protetiva extraordinária, capaz de afetar, em princípio, tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Em verdade, o EPD, por si só, não é capaz de promover a adequada emancipação das pessoas com deficiência, especialmente daquelas com impedimentos de natureza mental ou intelectual. Isso pode ensejar risco à segurança jurídica e social, além de risco patrimonial, porque essas pessoas estão, em tese, sujeitas às consequências dos atos por elas praticados na

³⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

³⁸² MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 64.

ordem civil.

Nesse contexto, José Fernando Simão, a respeito das consequências da plena capacidade civil das pessoas com deficiência e dos reflexos da medida protetiva de curatela em favor delas, apresenta os seguintes questionamentos: “Se o deficiente é capaz e estiver sob curatela, quais serão as funções do curador? Haverá representação ou assistência de pessoa capaz? [...] Qual é a consequência de o deficiente praticar o ato sem assistência ou representação?”³⁸³

É preciso, uma vez mais, consignar a necessidade de as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência serem (res)sistematizar, em função dos valores jurídicos de índole constitucional, especialmente daqueles estatuídos pela Constituição e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.

E, nessa senda, a teoria do diálogo das fontes se apresenta como condição de possibilidade pós-moderna para uma hermenêutica ser capaz de eficaz e eficientemente enfrentar o desafio atual do Direito de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais.

Feitas essas considerações, deve-se lembrar que são claras a convergência e a coordenação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na tutela e na promoção da pessoa com deficiência como consumidora, em uma espécie de soma das proteções conferidas à pessoa humana por essas duas fontes. Com efeito, o EPD e o CDC são convergente, no sentido de propiciar unidade e adequada completude ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

O EPD tem como objetivo essencial a emancipação da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Assim, o interesse social que subjaz ao EPD exige a sua incidência em todo contrato de consumo, especialmente naqueles que afetam as questões existenciais. Não obstante, ao contrário do CDC, o EPD pouco dispõe acerca dos riscos do consumo ou sobre as questões mercadológicas, que a pessoa com deficiência está sujeita como consumidor, mormente na atual sociedade.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, com fulcro na igualdade substancial, busca o equilíbrio entre as partes de uma relação de consumo, estabelecendo a Política Nacional das Relações de Consumo, que “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos

³⁸³ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2015.

consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”³⁸⁴ (Artigo 4º, *caput*, do CDC).

Assim, evidencia-se um **diálogo de aplicação simultânea do EPD e do CDC, em que ocorrem influências recíprocas sistemáticas entre essas duas fontes de Direito (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)**. Por esse diálogo, na ação de curatela, havendo significativo déficit mental ou intelectual da pessoa com deficiência, considerando a situação de vulnerabilidade e risco, poderia o juiz limitar a curatela às questões mercadológicas, evitando os riscos do consumo, mas deixando a pessoa livre para prática dos atos existenciais.

Como se vê, a aplicação simultânea do EPD e do CDC (diálogo de coordenação e adaptação sistemática) permitiria a proteção e a promoção da pessoa com deficiência quanto às questões existenciais e mercadológicas.

Não obstante, não se pode ignorar que há claramente uma diferença entre o EPD e o CDC quanto ao tratamento da vulnerabilidade. É que, nos termos de seu artigo 4º, inciso I, o CDC tem a vulnerabilidade como princípio-chave³⁸⁵, considerando abstratamente a pessoa natural consumidora como vulnerável. Lado outro, de acordo com o EPD, a vulnerabilidade não deve ser considerada suscetibilidade inerente às pessoas com deficiência, ou seja, a pessoa com deficiência não deve ser, apriorística e abstratamente, considerada vulnerável, devendo, pois, a posição jurídica de vulnerabilidade ser verificada *in concreto*.

De fato, conforme já abordado, ao estabelecer que “toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas”³⁸⁶ (Artigo 4º, *caput*, do EPD), atribuindo, ainda, a capacidade civil plena às pessoas com deficiência, de forma a possibilitar que essas pessoas tenham liberdade de escolha sobre os atos da vida civil (autonomia), o EPD passou a valorar dignamente a pessoa com deficiência a partir da tríade igualdade-liberdade-inclusão, e não mais, apriorística e abstratamente, segundo a premissa da vulnerabilidade.

Entretanto, se a pessoa com deficiência se encontrar em uma manifesta situação

³⁸⁴ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Seção 1 (suplemento).

³⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 41.

³⁸⁶ BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

jurídica de vulnerabilidade ou risco, irá se impor uma eficaz atuação do Estado (imperativo de tutela) e o pleno respeito dos demais particulares (dever de solidariedade; eficácia horizontal dos direitos fundamentais), porquanto estará em jogo a dignidade da pessoa humana.

Nesse caso, respeitado o devido processo legal, em consonância com a razoabilidade e a proporcionalidade, a vulnerabilidade consistirá na legitimação ou na “explicação”³⁸⁷ da solução do caso jurídico concreto escolhida pelo intérprete-aplicador (coparticipante do processo de criação do Direito), visando à proteger e à promover a pessoa com deficiência, mediante o reequilíbrio dos polos da relação jurídica, a partir de regras que tutelem a parte mais fraca (igualdade substancial).

No diálogo de coordenação e adaptação sistemática entre o EPD e o CDC, podendo exercer adequadamente a sua capacidade jurídica e a sua autonomia em relação à prática dos atos da vida civil, a pessoa com deficiência consumidora deve ser tratada em igualdade de condições com os outros consumidores. Entretanto, na hipótese de a deficiência consistir em impedimento que fragilize ainda mais a posição jurídica da pessoa com deficiência nas questões mercadológicas, especialmente nos casos de deficiência de natureza mental e intelectual, na ação de curatela, por exemplo, as disposições do CDC certamente serão úteis para que o juiz estabeleça *in concreto* a posição jurídica de vulnerabilidade ou risco da pessoa com deficiência consumidora, apta a ensejar a atuação estatal no sentido de reequilibrar os polos da relação jurídica de consumo, tutelando, pois, a pessoa com deficiência.

Nessa hipótese, encontrando-se a pessoa com deficiência em uma posição de vulnerabilidade ou risco, haverá a necessidade de eficaz atuação estatal no sentido de promover uma diferenciação legítima em favor do vulnerável (imperativo de tutela), a fim de garantir a igualdade substancial das pessoas com deficiência.

É preciso que fique claro que, em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a tutela das pessoas com deficiência deve permitir a essas pessoas decidirem, sozinhas, questões para as quais possuam discernimento, garantindo a autonomia da vontade, essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, a tutela da pessoa com deficiência deve ser na exata medida da sua necessidade, devendo ser razoáveis as medidas tomadas pelo juiz e haver proporcionalidade entre essas medidas e a

³⁸⁷ Para Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, “a vulnerabilidade não é [...] 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 equitativa.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120, grifo nosso).

situação fática existente.

Com efeito, o artigo 84, §3º, do EPD estabelece que a “curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso”³⁸⁸. Considerando a possibilidade de graus de discernimento e inaptidão mental ou intelectual, a curatela admite graduações, devendo o juiz individualizar minuciosamente a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência e a sua aptidão para exercer com autonomia e discernimento os atos da vida civil.

É com esse objetivo de individualização minuciosa da curatela que Joyceane Bezerra de Menezes defende uma “curatela aberta à demanda do curatelando”:

Mas importa destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência previu a possibilidade de delinear uma curatela aberta à demanda do curatelando, inclusive, para atender às necessidades daquela pessoa absolutamente faltosa de juízo crítico e autonomia. **Assim, é possível que nos autos do processo, o juiz reconheça a necessidade de confiar ao curador mais amplos poderes (art.84, §3º.) – fixando os limites da curatela na proporção das necessidades e das circunstância do caso sob exame.**³⁸⁹

Assim sendo, em um **diálogo de coordenação e adaptação sistemática entre o EPD e o Código Civil**, sempre a depender do caso jurídico concreto, a pessoa com deficiência em situação extraordinária de curatela poderá ser representada e/ou assistida³⁹⁰, nos atos de natureza patrimonial e negocial.

Veja a posição de Atalá Correia:

Ocorre que essa hipótese fática, de incapacidade de manifestação de vontade, foi deslocada do artigo 3º, III, CC, para o artigo 4º, III, CC e, com isso, ensejará mera incapacidade relativa. Como se sabe, a validade do ato jurídico, nessas situações, exige a assistência do curador. Isso quer dizer que o curatelado deve manifestar, conjuntamente com o curador, seus interesses, não podendo a vontade deste substituir a daquele. Contudo, se o interditado não detém qualquer possibilidade de manifestação de vontade, a nova legislação o colocou diante de um impasse: seu curador não pode representá-lo, pois ele não é absolutamente incapaz, e tampouco conseguirá praticar qualquer ato da vida civil, pois não conseguirá externar seus interesses para que alguém lhe assista. **Caso o quadro legislativo não se altere, será razoável tolerar uma hibridização de institutos, para que se admita a existência de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz, e não o assiste.**³⁹¹

³⁸⁸ BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

³⁸⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Grifo nosso.

³⁹⁰ A posição doutrinária de Maria Berenice Dias também é no sentido de que o curador pode representar ou assistir a pessoa com deficiência, dependendo da real necessidade desta. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. [e-book]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1129.)

³⁹¹ CORREIA, Atalá. Estatuto da pessoa com deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**,

Então, na hipótese de ausência total de discernimento para os atos da vida civil ou de impossibilidade de lúcida manifestação de vontade, o juiz deverá estabelecer que o curador representa a pessoa com deficiência, nos atos de natureza patrimonial e negocial. Assim, haveria uma hibridização de institutos, de forma a admitir a existência de incapacidade civil relativa (Artigo 4º, III, do CC) na qual o curador não assiste a pessoa incapaz, mas sim a representa.

Lado outro, em sendo relativo o discernimento, o juiz deverá estabelecer que o curador assiste a pessoa com deficiência nos atos de natureza patrimonial e negocial, especificando as responsabilidades do curador e do curatelado na prática desses atos e os limites da assistência, a qual deverá estar em consonância com a real necessidade da pessoa com deficiência (razoabilidade), alcançando tão somente os atos da vida civil que ela não tenha condição de praticar sozinha (proporcionalidade).

É nesse mesmo sentido, o posicionamento jurisprudencial de diversos Tribunais de Justiça. A propósito, veja o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. [...] ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015). NOVOS CONCEITOS SOBRE CAPACIDADE CIVIL. FIM DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. A pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial tem reconhecida sua plena capacidade de autodeterminação. **A deficiência, por si só, não pode ser entendida como causa que interfira no discernimento da pessoa.** Quando não puder exprimir a sua vontade, por causa transitória ou permanente, a pessoa é considerada relativamente incapaz (art.4º, III, Código Civil) e está sujeita à curatela (art.1.767, I, Código Civil). **A depender do desenvolvimento mental do interditado e suas características pessoais, a pessoa em situação de curatela será representada ou assistida em determinados atos da vida civil, podendo, inclusive, praticar alguns autonomamente.** A nomeação de curador é medida protetiva excepcional, restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial (arts.84 e 85, da Lei nº 13.146/2015). A interditanda está com 95 anos de idade e sofre com o mal de Alzheimer. Tem seu discernimento completamente comprometido, em razão da insanidade permanente e irreversível. **Tendo em vista que seu estado psíquico não lhe permite praticar atos de disposição em conjunto com a curadora (sua filha), é recomendável que esta a represente nos atos de natureza patrimonial e negocial.** PROVIMENTO DO RECURSO.³⁹²

Na medida protetiva extraordinária da curatela³⁹³, respeitado o devido processo legal,

São Paulo, 3 ago. 2015.

³⁹² RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n.º 0004362-34.2014.8.19.0007. Relator Desembargador Peterson Barroso Simão. Rio de Janeiro, 20 set. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 set. 2017.

³⁹³ É preciso enfatizar que, se a pessoa com deficiência tiver dificuldades concretas ao exercício de sua capacidade civil, seja relativamente às situações jurídicas patrimoniais, seja no tocante às situações jurídicas existenciais, poderá valer-se da “tomada de decisão apoiada” (Artigo 84, §2º, do EPD), que consiste em medida de apoio mais branda. Com o processo de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência não tem ceifada a sua autonomia, a qual consiste no mais distinto atributo que qualifica a pessoa, pois permite a ela ainda ter controle sobre sua própria história. Somente de forma excepcional, no caso concreto de ausência de discernimento, respeitado o devido processo legal, é que será possível restringir a autonomia da pessoa com deficiência,

em favor da dignidade da pessoa com deficiência, e em consonância com a sua real necessidade, não há a possibilidade de o curador ser apenas o representante ou o assistente. Em verdade, ele pode representar a pessoa com deficiência em certos atos de natureza patrimonial e negocial e assisti-la em outros. Da mesma forma, o juiz deverá levar em conta os atos da vida civil que o próprio curatelando possa praticar autonomamente.

Então, na curatela, as possibilidades são muitas, mas sempre deve, ao máximo, assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela própria pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que a sentença de curatela deve corresponder a um “projeto terapêutico individual”, que considere os aspectos individuais, vontades e preferências da pessoa com deficiência, estabelecendo limites claros quanto à extensão da curatela. Veja o posicionamento dos autores:

Com efeito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III) não se compatibiliza com uma abstrata homogeneização de seres humanos em uma categoria despersonalizada de incapacidades. Por isso, a sentença de curatela tem de considerar os aspectos pessoais, individualizados, daquela pessoa humana, levando em conta suas vontades e preferências, inclusive. Com isso, a sentença de curatela há de corresponder a um projeto terapêutico individual.

Bem por isso, a depender das idiossincrasias de cada pessoa, bem como de sua condição física, psíquica e intelectual, o magistrado estabelecerá, após a ouvida do Ministério Público e a realização da perícia médica obrigatória, um projeto terapêutico individualizado, que pode se apresentar com três diferentes feições, no que tange à sua extensão: (i) O curador pode se apresentar como um representante do relativamente incapaz para todos os atos jurídicos, porque este não possui qualquer condição de praticá-los, sequer em conjunto. Seria o caso de alguém que se encontra no coma ou a quem falta qualquer discernimento; (ii) O curador pode ser um representante para certos e específicos atos e assistente para outros, em um regime misto, quando se percebe que o curatelado tem condições de praticar alguns atos, devidamente assistido, mas não possui qualquer possibilidade de praticar outros, como, por exemplo, os atos patrimoniais; (iii) O curador será sempre um assistente, na hipótese em que o curatelando tem condições de praticar todo e qualquer ato, desde que devidamente acompanhado, para sua proteção.³⁹⁴

Aqui, é importante enfatizar que, no nosso sistema jurídico, a capacidade civil é muito mais ligada ao exercício de determinados direitos, de forma que a limitação no gerenciamento da vida civil não corresponde necessariamente à ausência de capacidade, o que impõe efetiva dosimetria em favor da pessoa com deficiência.³⁹⁵

fixando-lhe a curatela, que afetará apenas os atos da vida civil relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (Artigo 85, *caput*, do EPD).

³⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. v. 6. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 937, grifo nosso.

³⁹⁵ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da

Outra questão que merece ser apontada é quanto à possibilidade de a curatela afetar interesses de natureza existencial. O artigo 85, §1º, do EPD dispõe que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”³⁹⁶ No entanto, excepcionalmente quando o curatelando não tiver capacidade alguma de agir ou de manifestar lucidamente sua vontade, como no estado de coma e na doença de Alzheimer em grau extremo, indiscutivelmente há a possibilidade de a curatela afetar interesses de natureza existencial, porque somente assim é que se tornaria possível a realização dos direitos da pessoa com deficiência (razoabilidade e proporcionalidade).

Sobre o disposto no artigo 85, §1º, do EPD, interessante mencionar a reflexão e a defesa de Joyceane Bezerra de Menezes:

Em verdade, o dispositivo procura evitar a coisificação da pessoa curatelada que não pode ter a sua integridade fisiopsíquica comprometida pela atuação indevida do curador. **Porém, se o curatelado não tiver qualquer capacidade de agir, estiver sob tratamento médico, houver a necessidade de se decidir sobre certa intervenção em matéria de saúde e não existir familiar em condições de fazê-lo?** Haveria sim a possibilidade de intervenção do curador, mas sempre com a intenção de realizar o interesse fundamental do curatelado, assim entendido como as suas preferências genuínas, sua percepção do mundo, suas convicções pessoais acerca da própria identidade. Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver, quais seriam esses interesses fundamentais, a atuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível, às suas inclinações e relações afetivas.³⁹⁷

Assim sendo, na ação de curatela, respeitado o devido processo legal, atento às reais necessidades da pessoa com deficiência, o juiz deverá fixar as responsabilidades do curador e os limites da curatela, a qual, em regra, afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, mas, excepcionalmente, poderá, em certa medida, atingir interesses de natureza existencial, como aqueles relacionados ao direito ao próprio corpo, à privacidade e à saúde.

No diálogo de coordenação e adaptação sistemática que existe entre o EPD, o CDC e o Código Civil discutido neste tópico, outro ponto que se deve analisar é quanto à validade dos atos de natureza patrimonial e negocial praticados pelas pessoas com deficiência

pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 57-82, abr./jul. 2016.

³⁹⁶ BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11.

³⁹⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Grifo nosso.

de natureza mental ou intelectual. Assim, evidenciam-se alguns questionamentos: Qual seria a consequência de a pessoa com deficiência praticar o ato sem assistência ou representação? Haveria nulidade ou anulabilidade?

De início, convém advertir que a análise da validade dos atos da vida civil praticados por pessoa com deficiência mental ou intelectual deve ser feito no caso jurídico concreto, considerando o grau de discernimento da pessoa. Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se posicionou:

Também não se pode perder de vista que a adequação da capacidade – de absoluta para relativa, nos casos que se enquadrem no art. 4º, do CC –, ao mesmo tempo em que amplia as possibilidades de exercício dos direitos e deveres inerentes à personalidade jurídica pelo portador de deficiência, não deve implicar em mecanismo de abandono e desamparo à pessoa que não possa exprimir validamente a sua vontade.

E, nesse aspecto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência limitou-se a definir a área de atuação do curador (atos de natureza patrimonial e negocial), **sem prejuízo de que a prática dos demais atos civis, penais, etc. pelo curatelado, fique sujeita à análise quanto ao preenchimento de todos os requisitos de validade.**

No caso de uma pessoa cuja deficiência seja mais grave, a ponto de incapacitá-la totalmente à manifestação da vontade, tal como ocorre, por exemplo, com pessoas em coma ou com grave comprometimento físico e mental, tal análise é mais simples, já que esses indivíduos não possuem habilidade para dizer sim ao casamento, para assinarem contratos, etc.

Já **no caso das pessoas com deficiência parcial, a análise acerca da validade dos atos pode ser mais difícil, mas nada obsta que seja feita em cada situação.** Ressalta-se, por exemplo, a possibilidade de se questionar a validade do casamento quando a vontade não existir em razão da deficiência.³⁹⁸

É preciso observar que os institutos da nulidade e da anulabilidade podem perfeitamente serem utilizados em benefício da pessoa com deficiência, quando ela não tiver o adequado discernimento para a prática de determinados atos da vida civil. Nesse sentido, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias lecionam:

[...] nas questões de nulidade e anulabilidade, caberia aqui uma proteção especial para os atos praticados pela pessoa com deficiência mental, uma vez que, em razão da própria fragilidade, intelectual que pode ser modelada em vários graus, é suscetível de ser enganada ou de praticar atos sem plena noção de suas consequências.³⁹⁹

Analisando a possibilidade da existência de incapacidade relativa na qual o curador

³⁹⁸ SÃO PAULO (Estado). Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n.º 1003765-94.2015.8.26.0564. Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, 14 mar. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico/Registro**, 14 mar. 2017. O trecho colacionado na dissertação foi retirado do voto do relator Desembargador Alexandre Lazzarini, proferido por ocasião do julgamento da Apelação n.º 1003765-94.2015.8.26.0564.

³⁹⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 57-82, abr./jul. 2016.

representa o incapaz, e não o assiste, Atalá Correia defende que deve prevalecer o regime da nulidade. O autor assim assevera:

O dilema desdobra-se, entretanto, em outro. Haveria aí, nessa situação “sui generis”, nulidade ou mera anulabilidade? Como se sabe, o regime de incapacidade relativa, leva à anulabilidade. Por outro lado, quem haveria de manifestar a vontade para, antes do prazo decadencial, impedir a convalidação? **Acredito, nesse campo de primeiras reflexões, que deva prevalecer o regime de nulidade, mais benéfico ao deficiente.**⁴⁰⁰

É importante esclarecer o posicionamento que se defende neste trabalho, o qual parte da premissa de que, na ação judicial própria ao enfrentamento da questão contenciosa (na ação de invalidade de um negócio jurídico ou na ação de curatela, por exemplo), o juiz e a equipe multiprofissional e interdisciplinar atuante na avaliação biopsicossocial da deficiência serão responsáveis pelo que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald chamam de “projeto terapêutico individual”, devendo ser individualizada de forma minuciosa a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência e a sua aptidão para exercer com autonomia e discernimento os atos da vida civil.

Por conseguinte, na sentença, deverão ficar consignados os atos de natureza patrimonial e negocial que a pessoa com deficiência deverá ser representada, os que ficará sob assistência e aqueles que poderá praticar autonomamente. Então, a situação jurídica que ensejar representação levará à nulidade, aquela que consistir em hipótese de assistência levará à anulabilidade e a prática dos atos da vida civil que a pessoa com deficiência puder praticar autonomamente ficará ordinariamente sujeita à análise quanto ao preenchimento de todos os requisitos de validade.

Por fim, neste tópico, também merece destaque um **diálogo de aplicação simultânea entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o novo Código de Processo Civil e o Código Civil**, relativamente ao procedimento da curatela. Trata-se de mais um **diálogo de coordenação e adaptação sistemática** existente entre as fontes do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

Como visto, antes do CPC de 2015 e do EPD, o Código Civil e o antigo Código de Processo Civil de 1973 dispunham simultaneamente sobre o “processo de interdição”⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ CORREIA, Atalá. Estatuto da pessoa com deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 ago. 2015. Grifo nosso.

⁴⁰¹ Não se pode olvidar que, conforme já analisado no tópico 4.3.1 deste trabalho, o “processo de interdição” não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim o processo judicial de curatela. De fato, em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo facultativo, e considerando as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a palavra “interdição” deve

Entretanto, o novo CPC, publicado em 17 de março de 2015 e em vigor desde o dia 18 de março de 2016, revogou os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, consolidando o regramento sobre o “processo de interdição”, em seus artigos 747 a 763. Lado outro, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicado no dia 7 de julho de 2015, cuja maioria das disposições entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 2016, deu nova redação aos revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, trazendo importantes disposições sobre o procedimento da curatela.

Como se vê, o novo Código de Processo Civil (em seu artigo 1.072, inciso II), revogou expressamente os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil de 2002. Acontece que, durante a *vacatio legis* do CPC de 2015, ou seja, no período de vacância compreendido entre a data de sua publicação (17 de março de 2015) e o dia de sua entrada em vigor (18 de março de 2016), houve a publicação (7 de julho de 2015) e a entrada em vigor (3 de janeiro de 2016) do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual modificou os revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil.

Indubitavelmente, houve um “atropelamento legislativo”, pois, quando da aprovação do EPD, o legislador ordinário não se atentou para as mudanças que ele próprio aprovou por ocasião do novo CPC. E, assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou texto de artigos revogados expressamente pelo novo CPC, sem, contudo, revogar a revogação promovida pela lei processual civil. Dessa forma, o EPD e o CPC estão em conflito aparente de normas, em relação a alguns aspectos do procedimento da curatela.

Sobre esse aparente conflito de normas, utilizando-se dos tradicionais e excludentes métodos de resolução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e da especialidade), muitos juristas se pronunciaram com posições antagônicas. Para alguns desses juristas, a questão se resolve pelo critério cronológico, defendendo que o CPC se trata da lei mais nova, em razão de sua vigência ter sido posterior a do EPD⁴⁰². Outros juristas também defendem que a solução é dada pelo critério cronológico, mas que o EPD é a lei mais nova, porque sua publicação

ser abandonada, uma vez que é incompatível com a adequada valoração digna da pessoa com deficiência.

⁴⁰² No tocante à consideração do critério cronológico, utilizando-se como parâmetro a data de início da vigência das leis em conflito, veja o posicionamento dos autores das seguintes obras: TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 931; SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2015. A propósito, é interessante colacionar o seguinte entendimento de José Fernando Simão: “a conclusão que se chega é que a vida do artigo 1768 do Código Civil, com a redação dada pelo Estatuto será curtíssima. Em janeiro de 2016 entra em vigor o Estatuto e prevalece a nova redação do art. 1768 que será revogado em março de 2016, prevalecendo, a partir de março, o artigo 747 do novo CPC.” (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2015).

ocorreu posteriormente a do novo CPC⁴⁰³. Há ainda quem resolva o aparente conflito normativo existente entre o EPD e o CPC de 2015 a partir da necessidade de se evitar a reprimiriação⁴⁰⁴.

Em verdade, nesse caso, há que se considerar um diálogo das fontes entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o novo Código de Processo Civil e o Código Civil, de forma a ressistematizar as normas relativas ao procedimento da curatela, dando, assim, coerência, unidade e suficiente completude ao novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.

Seja como for, registre-se que, para Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, a fim de evitar a reprimir ação, não devem ser consideradas escritas as alterações promovidas pelo EPD, nos revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil. Veja o seu posicionamento:

O problema é de validade e de eficácia da lei no tempo. Ambas as leis valem no momento em que foram publicadas no Diário Oficial da União. Mas terão eficácia (produzirão efeitos) posteriormente, pois para ambas está previsto período de *vacatio legis*.

Pode-se argumentar com o fato de que o CPC é lei aprovada em março de 2015, ao passo que o EPD é lei aprovada em julho de 2015. Nesse sentido, o EPD é lei nova relativamente ao CPC, de sorte que o Estatuto (lei mais nova) deve prevalecer sobre o CPC (lei mais velha), que foi revogado tacitamente pelo EPD.

[...]

Porém – e é esta a dificuldade acrescida – o CPC, lei anterior, revogou os artigos CC 1768 a 1773, criando em seu lugar um novo procedimento para o processo de interdição (CPC 747 a 758). [...]

Assim, em nosso entender, para o processo de interdição, a partir de 18.3.206 passa a viger o texto do CPC 747 a 758, porque o comando do EPD de especificamente alterar o texto de artigos revogados implicaria repristinação deles e, por isso, as alterações que operou em artigos já revogados não se consideram escritas.⁴⁰⁵

Independentemente do modelo hermenêutico utilizado, não parece minimamente razoável qualquer interpretação que desconsidere as normas jurídicas que se possam extrair do texto do artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, alterando os revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, disciplina aspectos do procedimento da curatela,

⁴⁰³ Em relação à consideração do critério cronológico na conciliação do EPD e do novo CPC, tendo como parâmetro a data da publicação das leis em conflito, veja: BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielly do. Os impactos do estatuto da pessoa com deficiência no direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo código de processo civil. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 125-155, jul./dez. 2017.

⁴⁰⁴ Sobre a necessidade de considerar a repristinação na conciliação do EPD e do CPC de 2015, no plano intertemporal, veja o artigo de NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD): notícia do novo sistema jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1541-1561, 2016.

⁴⁰⁵ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD): notícia do novo sistema jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1541-1561, 2016, p. 1550-1552.

em consonância com o espírito da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo.

É verdade que os artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil foram revogados pelo CPC de 2015, mas não se pode simplesmente ignorar o texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência aprovado e publicado posteriormente à novel legislação processual civil. O EPD disciplinou aspectos importantes do procedimento da curatela, estabelecendo, por exemplo, a legitimização para a própria pessoa propor a ação de curatela (autocuratela). Assim, haveria um argumento legítimo para desconsiderar essa importante norma que se extrai do EPD? O CPC teria o condão de “revogar” disposições do EPD que nem mesmo existiam por ocasião de sua publicação? Ocorreria reprise da norma da autocuratela fosse extraída diretamente do texto do EPD, cujas disposições são válidas e se encontram em vigência, independentemente da revogação do artigo 1.768 do Código Civil?

Na busca de uma solução para o “atropelamento legislativo” em comento, Luciana Berlini e Paloma Francielly do Amaral, embora sinalizem a possibilidade de um diálogo das fontes, defendem a elaboração de uma nova lei, a fim de elidir o conflito⁴⁰⁶. Veja:

Infer-se, portanto, que ambas as legislações encontram-se vigentes e válidas. Ainda que a vigência do CPC tenha se dado em momento posterior por possuir um maior período de *vacatio legis*, o Estatuto é lei mais nova. Não obstante a prevalência das disposições do Estatuto sobre o CPC, há que se valer do diálogo das fontes, fazendo uma aproximação princiológica naquilo em que os instrumentos legislativos se complementam, tendo sempre em vista o paradigma da igualdade, não discriminação e incapacidade como exceção. O melhor caminho para elidir o conflito é a elaboração de uma nova lei harmonizando-os.⁴⁰⁷

A propósito, de fato, as disposições do EPD possuem preponderância sobre as do novo CPC, não apenas por se tratar da lei mais nova, mas especialmente porque o Estatuto “regulamenta” no âmbito jurídico interno a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo, que compõem o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico brasileiro.

Joyceane Bezerra de Menezes defende que a jurisprudência deverá construir soluções, de forma a considerar as normas oferecidas pelo EPD, relativamente ao texto em que altera os artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil:

⁴⁰⁶ Flávio Tartuce também defende a edição de uma terceira lei, de forma a superar o conflito normativo aparente existente entre o EPD e o novo CPC (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 931).

⁴⁰⁷ BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielly do. Os impactos do estatuto da pessoa com deficiência no direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo código de processo civil. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 125-155, jul./dez. 2017.

[...] o Novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105 de 15 de março de 2015, revogou expressamente os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2006), demonstrando uma certa atenção em ajustar o direito material a um formato de curatela mais humanizado, sem oferecer uma outra alternativa para o que se estabelecia nos artigos revogados. A Lei nº. 13.146/2015, por sua vez, tocou nesses mesmos dispositivos revogados, readmitindo-os com uma redação alterada. Como a vigência desta antecipa-se à do novo CPC, os dispositivos por ela arrolados padecerão em seus efeitos quando este último entrar em vigor, ante a revogação expressa do art. 1.072. Porém, **a despeito da questão formal, os valores protetivos da pessoa carreados pelo Estatuto, em total correspondência à Convenção não poderão ser postos em xeque. A jurisprudência haverá de construir uma solução conforme os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, como já referido. E, repita-se, o parâmetro oferecido pelo Estatuto, continuará sendo uma alternativa jurídica adequada à plataforma dos direitos humanos e fundamentais.**⁴⁰⁸

Por sua vez, Fredie Souza Didier Júnior assevera que é preciso conciliar o EPD, o novo CPC e o Código Civil no plano intertemporal, mas isso não se trata de tarefa simples. Mesmo não se referindo à teoria do diálogo das fontes, o autor busca uma espécie diálogo entre essas fontes do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, utilizando-se, para tanto, dois postulados interpretativos: “a) as leis estão em sintonia de propósitos; b) elas devem ser interpretadas de modo a dar coerência ao sistema.”⁴⁰⁹

Embora utilize a palavra “interdição”, que, conforme já anotado, deve ser abandonada, porquanto não se encontra em consonância com a dignidade da pessoa humana, Didier Júnior defende que, mesmo o CPC de 2015 não prevendo a possibilidade de autocuratela, a melhor solução é considerar como existente no rol do artigo 747 do CPC um novo inciso, o qual dê à própria pessoa a legitimação para a propositura da ação de curatela⁴¹⁰. São suas as seguintes palavras:

O art. 1.768 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da legitimidade para a propositura da ação interdição passou a estar no art. 747 do CPC. Agora, a Lei n. 13.146/2015, ignorando a revogação do dispositivo pelo CPC, acrescenta-lhe um inciso (art. 1.768, IV, Código Civil), para permitir a promoção da interdição pelo próprio interditando – legitimando a autointerdição, portanto. Não há essa previsão no art. 747, CPC. O artigo alterado será revogado a partir de 18 de março de 2016. O que, então, fazer? Parece que a melhor solução é considerar que a revogação promovida pelo CPC levou em consideração a redação da época, em que não aparecia a possibilidade de autointerdição. A Lei n. 13.146/2015 claramente quis instituir essa nova hipótese de legitimação, até então não prevista no ordenamento – e, por isso, não pode ser considerada como “revogada” pelo CPC.

⁴⁰⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

⁴⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Estatuto da pessoa com deficiência, código de processo civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão**. 2015. “Editorial 187” publicado no site do autor Fredie Didier Júnior, no dia 6 de agosto de 2015.

⁴¹⁰ Esse pensamento é o mesmo de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017).

O CPC não poderia revogar o que não estava previsto. Assim, será preciso considerar que há um novo inciso ao rol do art. 747 do CPC, que permite a promoção da interdição pela “própria pessoa”.⁴¹¹

Neste trabalho, busca-se a superação dos “atropelamentos legislativos” que ocorreram com a edição do EPD e do novo CPC por meio da visão sistemática da teoria do diálogo das fontes, a qual se propõe a “ouvir” as inúmeras fontes normativas existentes, partindo da premissa da coexistência entre elas, e não do seu confronto.

Assim, a partir da visão sistemática da teoria do diálogo das fontes, em detrimento dos tradicionais e excludentes métodos de resolução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e da especialidade), é possível coordenar de forma mais eficaz e coerente as diversas fontes normativas convergentes, em um diálogo das fontes aberto e profícuo, sempre a favor da pessoa com deficiência.

De fato, segundo o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relativamente à legislação acerca da pessoa com deficiência, há a “necessidade de leitura do ordenamento jurídico integral, com observação da natureza protetiva da norma e, sobretudo, da principal finalidade de proteção da dignidade da pessoa, presente desde o texto constitucional”⁴¹².

Nesse sentido, impõe-se reconhecer que o procedimento da curatela é estabelecido pelo diálogo de coordenação e adaptação sistemática existente entre o EPD, o CPC de 2015 e o Código Civil, devendo as normas jurídicas pertinentes ser extraídas das disposições dessas três fontes convergentes, por meio da postura do intérprete-aplicador de perscrutar as influências recíprocas sistemáticas entre essas fontes de Direito.

Portanto, o intérprete, coparticipante do processo de criação do Direito, deverá buscar a unidade e a coerência do sistema jurídico, considerando o novo CPC, todas as disposições válidas do Código Civil e as normas que possam ser extraídas diretamente do texto do artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente daquelas disposições normativas que, alterando os revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, disciplina aspectos do procedimento da curatela.

Em suma, no tocante ao processo de curatela, em consonância com o espírito da

⁴¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Estatuto da pessoa com deficiência, código de processo civil de 2015 e Código Civil:** uma primeira reflexão. 2015. “Editorial 187” publicado no site do autor Fredie Didier Júnior, no dia 6 de agosto de 2015. Grifo nosso.

⁴¹² SÃO PAULO (Estado). Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 0048036-90.2011.8.26.0001. Relator Desembargador Álvaro Passos. São Paulo, 8 ago. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico/Registro**, 9 ago. 2017.

Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o intérprete deve coerentemente considerar o CPC, as disposições válidas do Código Civil e as seguintes normas que podem ser extraídas diretamente do texto do artigo 114 do EPD, que, alterando os revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, disciplina aspectos do procedimento da curatela: (i) o processo de curatela pode ser promovido pela própria pessoa (autocuratela); (ii) o Ministério Público somente poderá promover o processo de curatela nos casos de deficiência mental ou intelectual, se não existir ou não promoverem a curatela o cônjuge ou companheiro, os parentes ou tutores e o representante da entidade em que se encontra abrigado o curatelando, ou ainda se, existindo, forem incapazes o cônjuge ou companheiro e os parentes ou tutores; (iii) antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o curatelando; (iv) o juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do artigo 1.782 do Código Civil, e indicará curador; e (v) para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do curatelando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

5 CONCLUSÃO

A complexidade do Direito pós-moderno põe a relação entre texto e norma no cerne da compreensão do fenômeno jurídico, fazendo com que a hermenêutica seja confundida com a própria teoria do Direito.

Com efeito, na pós-modernidade, ocorre uma “virada kantiana”, um movimento no sentido de retomada da influência da filosofia de Kant, em que a Ética e o Direito se reconciliam, passando a moral a ser pensada dentro do Direito, em uma relação de complementaridade, de forma que o aspecto justo (justiça material) passa a ser uma preocupação permanente do Direito.

Nesse contexto, irrompe profundas modificações do Direito, com o reconhecimento da normatividade, supremacia e centralidade da Constituição, da primazia dos direitos fundamentais e da força normativa dos princípios, o que proporciona maior abertura na interpretação e aplicação do Direito e leva ao fortalecimento ou protagonismo do Poder Judiciário.

No Direito pós-moderno, postulados ético-morais ganham caráter de vinculação jurídica, em decorrência do fenômeno da materialização da Constituição, em que esta absorve valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, cujo substrato axiológico se espalha por todo o ordenamento jurídico, de forma fragmentária e até caótica, exigindo um profícuo diálogo entre todas as fontes normativas, a fim de, especialmente em razão da dignidade da pessoa humana, (res)sistematizar o Direito, dando-lhe coerência, unidade e adequada completude.

Ademais, o Direito atual tem como característica normas gerais e abstratas, cujo caráter é estruturalmente aberto e indeterminado, aumentando, assim, a complexidade social e a complexidade jurídica.

Essa abertura do texto normativo acontece em termos sincrônico e diacrônico, o que permite o contínuo rejuvenescimento ou atualização da legislação e a utilização das normas principiológicas e das cláusulas gerais como instrumentos de hermenêutica e aplicação da argumentação jurídica.

Diante de todas essas mudanças ocorridas nas pós-modernidade, a interpretação e a aplicação do Direito tornaram-se mais dinâmicas, fluídas, abertas, flexíveis e ricas do ponto de vista axiológico. Lado outro, a interpretação e a aplicação também se tornaram menos previsíveis, trazendo, por isso, questionamentos e dúvidas atinentes à legitimidade e à segurança jurídica.

Em verdade, um dos problemas atuais do Direito consiste na aplicação de normas gerais e abstratas em situações sempre particularizadas, determinadas e concretas. É que, hodiernamente, comprehende-se que o processo hermenêutico e de aplicação ou concreção do Direito consiste em um processo único e integrado, marcado pela interação entre a interpretação e a aplicação da norma a um determinado caso jurídico concreto, com todas as suas circunstâncias fáticas inerentes.

No atual cenário, a solução de problemas jurídicos envolve a consideração de uma plêiade de fontes normativas, de forma que, diferentemente de outrora, a coerência do sistema jurídico não é dada pelo legislador, mas sim pelo intérprete-aplicador, *a posteriori*, no processo hermenêutico-interpretativo. Assim, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, especialmente ao fazer valorações de sentido para as normas gerais e abstratas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Além do mais, a complexidade do fenômeno jurídico e a amplitude do sistema jurídico pós-moderno exigem a participação ativa do intérprete-aplicador, visando a salvaguardar a pessoa, o bem ou o direito constitucionalmente protegido por todo o sistema jurídico, em diálogo das fontes.

E, assim, na pós-modernidade, no processo de coparticipação de criação do Direito, a postura do intérprete-aplicador baseada na visão sistemática do diálogo das fontes mostra-se como condição para microssistemas jurídicos como o da pessoa com deficiência, que necessitam de coerência, unidade e suficiente completude. Isso tudo com objetivo de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, com o diálogo profícuo e coordenado das diversas fontes de Direito, (res)sistematizadas pelos valores jurídicos intrínsecos dos direitos fundamentais (especialmente da dignidade da pessoa humana), os quais, repita-se, encontram-se espraiados por todo o sistema jurídico.

Assim sendo, na busca por uma solução justa para determinado caso jurídico concreto, o hermeneuta-intérprete-aplicador deve considerar dialeticamente o sistema jurídico inteiro, em consonância com a justiça, a equidade e o devido processo legal, sempre observando os direitos fundamentais e os valores jurídicos constitucionais (substrato axiológico dos princípios).

Nesse diapasão, o diálogo das fontes trata-se do método da teoria geral do Direito que é mais eficientemente capaz de enfrentar a insegurança, a incerteza, a pluralidade e a complexidade típicas da pós-modernidade, porque se propõe a “ouvir” as inúmeras fontes normativas existentes, partindo da premissa da coexistência entre elas, e não do seu confronto. De fato, o diálogo das fontes procede pela associação de possibilidade, pela concomitância de fontes diferentes, de acordo com a lógica do *et-et*, e não segundo a lógica alternativa do

aut-aut.

Para atingir a desejada legitimidade, o interprete-aplicador deve agir sempre de acordo com o seu dever de coerência (harmonia e coesão das normas jurídicas, a fim de assegurar a efetividade do princípio da igualdade) e integridade (construção de raciocínio de forma integrada ao sistema jurídico inteiro, sem arbitrariedades interpretativas). Além do mais, é preciso que sejam construídos argumentos de qualidade, claros, convincentes e consistentes, que possam ser validados, do ponto de vista formal (ponto de vista procedural) e material (conteúdo), segundo as máximas da proporcionalidade, da razoabilidade e da racionalidade.

E, nessa senda, na pós-modernidade, a teoria do diálogo das fontes apresenta-se como condição de possibilidade para uma hermenêutica ser capaz de eficaz e eficientemente enfrentar o desafio hodierno do Direito de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais.

Com efeito, a partir da teoria do diálogo das fontes, tem-se uma hermenêutica dialógica capaz de propiciar ao interprete-aplicador considerar o sistema jurídico inteiro, com sua pluralidade de fontes dialéticas; assegurar a supremacia da Constituição e a primazia dos direitos fundamentais; garantir a coerência sistêmica do Direito; e permitir a solução de tensões entre normas jurídicas (sejam regras, sejam princípios), mormente nos casos de maior complexidade, porquanto a adoção dessa teoria confere ao ordenamento jurídico a adequada maleabilidade para superação dessas tensões.

Nesse quadro, o diálogo das fontes mostra-se útil e eficiente, especialmente em microssistemas como o de tutela e promoção da pessoa com deficiência, uma vez que pode garantir a coordenação e a coerência sistemática das diversas fontes normativas que, direta ou indiretamente, incidem sobre o microssistema.

A propósito, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência estatuem um novo modelo jurídico de tutela e promoção da pessoa com deficiência, cujo paradigma é baseado na concreção da igualdade substancial, na não discriminação e na plena e efetiva participação e inclusão na sociedade das pessoas com deficiência, de forma que elas possam ter sua dignidade inerente adequadamente valorada.

A CIDPD afasta a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa e, nessa linha de entendimento, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil, dissociando a deficiência (física, mental, intelectual ou sensorial) do conceito de incapacidade, de forma a assegurar à pessoa com deficiência a igualdade quanto ao gozo da capacidade civil e promover o respeito a sua dignidade.

Não obstante, com essa emancipação promovida pelo EPD, as pessoas com deficiência serão afetadas por um conjunto de normas ordinariamente deferidas às pessoas com total condição de discernimento ou autodeterminação, sem qualquer limitação ou impedimento de natureza mental ou intelectual.

Essa situação, a depender da deficiência (como as de natureza mental e intelectual), pode ensejar risco patrimonial e risco à segurança jurídica e social, seja para as pessoas com deficiência, seja para os seus ascendentes e descendentes, seja para as pessoas que com elas pratiquem negócios jurídicos desconhecendo as suas restrições fáticas.

Assim sendo, o complexo normativo promocional da pessoa com deficiência deve ser sistematizado, em razão dos valores jurídicos de índole constitucional, especialmente daqueles estatuídos pela Constituição e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a tutela e a promoção dessas pessoas passaram a ser efetivadas a partir da perspectiva da igualdade, tornando o sistema jurídico mais inclusivo e observando o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.

De fato, o novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência modificou o plano ou viés em que, aprioristicamente, homenageia-se a dignidade da pessoa com deficiência, tendo sido substituída a premissa da vulnerabilidade pelo poder inclusivo da igualdade (material), a qual, além da adequada valoração digna, propicia às pessoas com deficiência maior liberdade e poder de escolha sobre os atos da vida civil (autonomia).

Entretanto, embora, apriorística e abstratamente, a vulnerabilidade não mais ser considerada suscetibilidade inerente às pessoas com deficiência, isso não quer dizer, em absoluto, que, diante de uma situação jurídica entre desiguais, a vulnerabilidade não possa ser o fundamento (ou a legitimação) para a proteção da pessoa com deficiência.

Em verdade, encontrando-se uma pessoa com deficiência em situação jurídica de vulnerabilidade ou risco, haverá a necessidade de eficaz atuação estatal (imperativo de tutela), no sentido de promover uma diferenciação legítima em favor do vulnerável, a fim de garantir a igualdade substancial.

Da mesma forma, essa situação jurídica de vulnerabilidade irá impor o pleno respeito dos demais particulares (dever de solidariedade; eficácia horizontal dos direitos fundamentais), porquanto estará em jogo a dignidade da pessoa humana, com sua relação dinâmica e recíproca com os direitos humanos, com sua fundamentalidade de valor supremo do nosso ordenamento jurídico-constitucional e com seu caráter dinâmico na esfera privada, evidenciado pelo livre

desenvolvimento da personalidade.

Diante de todo esse cenário, haveria a necessidade de coordenar as fontes normativas do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, de forma a sistematizar todo o complexo normativo, em diálogo das fontes, aberto e sempre favorável aos mais fracos.

O primeiro diálogo que se deve “escutar” consiste no diálogo sistemático de coerência existente entre o EPD e o novo CPC. É que o EPD traz a ideia de uma “ação judicial em que se define os termos da curatela” (ou, simplesmente, de uma “ação de curatela”), e não de uma “ação de interdição”. No entanto, o novo CPC está totalmente estruturado na antiga visão de “processo de interdição”.

Assim, por esse diálogo das fontes, encontrando-se totalmente em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência deve servir de base conceitual do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, de forma que, apesar de o CPC fazer alusão à “interdição”, essa terminologia deve ser abandonada. Em síntese, a interdição não existe mais, porquanto é incompatível com a adequada valoração digna da pessoa com deficiência.

Na sistematização do novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência, o segundo diálogo das fontes que se deve “escutar” é o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade que existe entre o EPD e o Código Civil, no qual as normas dessas duas fontes de Direito se complementam de maneira integrativa.

Nesse segundo diálogo, diante de um caso jurídico, legitimado pela vulnerabilidade da pessoa com deficiência constatada *in concreto*, impondo-se o imperativo de tutela de proteção da dignidade da pessoa com deficiência, pode ser utilizado em favor da pessoa com deficiência o “sistema de proteção das pessoas incapazes estabelecido pelo Código Civil”, que tutela direitos e interesses dos incapazes, fixando, proteções especiais com objetivo de concretização da dignidade da pessoa humana.

Esse sistema protetivo em benefício das pessoas incapazes é composto por normas como as seguintes: (a) artigo 166, inciso I, e artigo 171, inciso I, ambos do Código Civil, que estabelecem invalidades (nulidade e anulabilidade, respectivamente) de negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz; (b) artigo 198, inciso I, do Código Civil, que estabelece não correr a prescrição contra os absolutamente incapazes; (c) artigo 208 do Código Civil, que determina não correr prazo de decadência contra absolutamente incapaz; (d) artigo 310 do Código Civil, que determina não ser válido o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu; (e) artigo 543

do Código Civil, que estabelece a presunção da vontade do absolutamente incapaz, quando este for o donatário de doação pura; (f) artigo 928 do Código Civil, que estabelece a responsabilidade civil subsidiária do incapaz, relativamente aos danos causados a terceiros, ou seja, o incapaz responde pelos prejuízos que causar, apenas se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes; e (g) artigo 1.244 c/c o artigo 198, inciso I, ambos do Código Civil, que proíbe a fluência de prazo para usucapir imóvel de propriedade de absolutamente incapaz (prescrição aquisitiva).

Ademais, na (re)sistematização das normas do modelo jurídico de tutela da pessoa com deficiência, evidenciam-se diálogos de aplicação simultânea entre o EPD, o CDC, o Código Civil e o CPC, para realizar de forma mais eficaz e eficiente a proteção e a promoção da pessoa com deficiência.

Assim, pode-se relatar um terceiro diálogo das fontes consistente no diálogo de coordenação e adaptação sistemática entre o EPD e o CDC, que permite a proteção e a promoção da pessoa com deficiência quanto às questões existenciais e mercadológicas. Por esse diálogo, na ação de curatela, havendo significativo déficit mental ou intelectual da pessoa com deficiência, considerando a situação de vulnerabilidade e risco, pode o juiz limitar a curatela às questões mercadológicas, evitando os riscos do consumo, mas deixando a pessoa livre para prática dos atos existenciais.

Em complemento, um quarto diálogo das fontes seria o diálogo de coordenação e adaptação sistemática entre o EPD e o Código Civil, no qual, sempre a depender do caso jurídico concreto, a pessoa com deficiência em situação extraordinária de curatela pode ser representada e/ou assistida, nos atos de natureza patrimonial e negocial.

Em verdade, na medida protetiva extraordinária da curatela, respeitado o devido processo legal, em favor da dignidade da pessoa com deficiência, e em consonância com a sua real necessidade, não há a possibilidade de o curador ser apenas o representante ou o assistente. Ele pode representar a pessoa com deficiência em certos atos de natureza patrimonial e negocial e assisti-la em outros. Seja como for, o juiz deverá levar em conta os atos da vida civil que o próprio curatelando possa praticar autonomamente.

Dessa forma, na sentença, deverão ficar consignados os atos de natureza patrimonial e negocial que a pessoa com deficiência deverá ser representada, os que ficarão sob assistência e aqueles que poderá praticar autonomamente. Então, a situação jurídica que ensejar representação levará à nulidade, aquela que consistir em hipótese de assistência levará à anulabilidade e a prática dos atos da vida civil que a pessoa com deficiência puder praticar autonomamente ficará ordinariamente sujeita à análise quanto ao preenchimento de todos os

requisitos de validade.

Um sexto diálogo das fontes consiste no diálogo de coordenação e adaptação sistemática entre o EPD, o CPC e o Código Civil, relativamente ao procedimento de curatela, no qual as normas jurídicas pertinentes devem ser extraídas das disposições dessas três fontes convergentes, por meio da postura do intérprete-aplicador de perscrutar as influências recíprocas sistemáticas entre essas fontes de Direito.

Assim sendo, por esse diálogo das fontes, o intérprete deverá buscar a unidade e a coerência do sistema jurídico, considerando o novo CPC, todas as disposições válidas do Código Civil e as normas que possam ser extraídas diretamente do texto do artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente daquelas disposições normativas que, alterando os revogados artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, disciplina aspectos do procedimento da curatela.

Ante o exposto, verifica-se que o diálogo das fontes consiste em meio de realização de direitos fundamentais, uma vez que se trata de um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas capaz de dar respostas em consonância com o desafio hodierno do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções adequadas e conforme a Constituição.

Outrossim, conclui-se que o diálogo das fontes é igualmente capaz de (res)sistematizar as normas do novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência, em razão dos valores jurídicos inerentes a essas pessoas e dos valores estatuídos pela Constituição da República e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

De qualquer forma, seja para realização de direitos fundamentais, seja para sistematização de normas jurídicas, é crucial a compreensão do diálogo das fontes como postura eficiente do intérprete no processo de coparticipação de criação do Direito, no qual, assumindo uma visão sistemática do Direito e admitindo aprioristicamente a possibilidade de aplicação simultânea de uma pluralidade de fontes normativas, o intérprete-aplicador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, deve buscar dialogicamente a coerência e a unidade do sistema jurídico, de forma a garantir a autoridade da Constituição, a primazia dos direitos fundamentais e uma solução justa para o caso jurídico concreto.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. **Ações afirmativas**: análise jurídica da política de cotas instituída por meio da resolução 20/2008 do CONSUN/UFU. 2012. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13202/1/AcoesAfirmativasAnalise.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público). Tradução de: Theorie der Grundrechte (5ª edição alemã). ISBN: 978-85-7420-872-5.

ALMEIDA, Renato Rua de. Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Coord.). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015a. p. 160-162. ISBN: 978-85-361-8453-1.

ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Coord.). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015b. ISBN: 978-85-361-8453-1.

ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989. ISBN: 85-7164-065-3.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2009a. (Clássicos EDIPRO). ISBN: 978-85-7283-612-8.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. Terceira tiragem da quarta edição, impressa em agosto de 2005. ISBN: 85-7420-620-2.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no direito do consumidor e a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes entre código de defesa do consumidor e código civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 307-352. ISBN: 978-85-203-4275-6.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-02-19995-8.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v225.2001.47562>.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 978-85-02-07531-3. Segunda tiragem (de 2010) da sétima edição publicada em 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielly do. Os impactos do estatuto da pessoa com deficiência no direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo código de processo civil. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 125-155, jul./dez. 2017. e-ISSN: 2525-5096. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/572/541>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998. Tradução de: Le ragioni di Aristotele. ISBN: 85-15-01676-1.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. Tradução de: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. ISBN: 978-85-392-0112-9.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1 (separata), p. 1-32. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, os quais foram aprovados pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, e promulgados pela Presidência da República, por intermédio do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015a. Institui o Código de Processo Civil.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1-51. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015b. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Seção 1, p. 2-11. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Seção 1 (suplemento). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Poder Executivo da União. Secretaria de Direitos Humanos. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Brasília, DF, 2013. Relatório e minuta de substitutivo do Projeto de Lei n.º 7.699/2006, do Senado Federal, que foi posteriormente convertido na Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015 (denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência). O relatório e a minuta foram elaborados por Grupo de Trabalho instituído pela Secretaria de Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República, para análise de projetos de lei que tratavam da criação do Estatuto das Pessoas com Deficiência. Esse Grupo de Trabalho foi nomeado por meio da Portaria SDH/PR n.º 616, de 16 de maio de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1483780/PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DF, 23 jun. 2015c. **Diário da Justiça Eletrônico**, 05 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000563057%27>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial n.º 1139554/RS. Relator Ministro Castro Meira, DF, 01 out. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000371366%27>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário da União. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Recurso Especial n.º 1184765/PA. Relator Ministro Luiz Fux, DF, 24 nov. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 03 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000402743%27>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Quinta Turma Cível). Acórdão n.º 892638; Apelação n.º 20100112221146APC; Número CNJ 0070795-13.2010.8.07.0001. Relator Desembargador Silva Lemos; Revisor Desembargador Josapha Francisco dos Santos. Brasília, DF, 26 ago. 2015d. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 set. 2015. p. 175. Disponível em:

<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcorda o&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaA cordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaA cordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoRe sultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=892638>. Acesso em: 24 dez. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012. Terceira reimpressão da edição de julho de 2003. Tradução de: Grundrechte und Privatrecht.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Tradução de: Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenz. ISBN: 972-31-0295-1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. 539 p. ISBN: 9789723209969.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. ISBN: 972400757X.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 167 p.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. (STVDIA IVRIDICA). ISSN 0872-6043. ISBN: 972-32-0630-7.

CHAVES, Pablo Holmes. Direito e sistema. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2169>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 3, n. 12, p. 48-73, abr./maio/jun. 2006. ISSN: 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1322/788>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. ISBN: 978-85-359-2674-3.

CORREIA, Atalá. Estatuto da pessoa com deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista**

Consultor Jurídico, São Paulo, 3 ago. 2015. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 57-82, abr./jul. 2016. ISSN: 1517-6290.

DAUDT, Gabriel Pithan. As possibilidades da constituição no âmbito do direito tributário. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 9-26, jul./dez. 2004. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (Revista da PGE). ISSN 0101-1480. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22173109-rpge60livro.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 978-85-203-6001-9.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. [e-book]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Quarta edição em e-book baseada na décima primeira edição impressa. ISBN: 978-85-203-6711-7.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Estatuto da pessoa com deficiência, código de processo civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão**. 2015. “Editorial 187” publicado no site do autor Fredie Didier Júnior, no dia 6 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125-157. ISBN 978-85-203-4275-6.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito). Tradução de: Taking rights seriously. ISBN 85-336-1513-2.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino superior). Tradução de: Law's empire. ISBN 85-336-1012-2.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). Tradução de: A matter of principle. ISBN 85-336-1220-6. Segunda tiragem (de agosto de 2001) da primeira edição publicada em abril de 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN: 978-85-442-1408-4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN: 9788544207338.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: reais. v. 5. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9232-9 (PDF).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. v. 6. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN: 9788544207321.

FERMANI, Arianna. Aristóteles e a felicidade: flexibilidade metodológica e versatilidade existencial. In: MIGLIORI, Maurizio; FERMANI, Arianna (Org.). **Platão e Aristóteles**: dialética e lógica. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Loyola, 2012. p. 125-171. ISBN: 9788515039142.

FERRAZ JÚNIOR. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN: 85.309.1116-4.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN: 978-85-392-0019-1.

GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. ISSN: 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O estatuto da pessoa com deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. ISSN: 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1677-1. Livro digital (E-pub); volume único.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de: The concept of law.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003a. ISSN: 1678-5029. Edição em homenagem à entrega do título de *Doutor Honoris causa* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao jurista Erik Jayme. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/43494/30886>>. Acesso em: 19 jul.

2017. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.43487>.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration**: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Haye: Nijhoff, 1995, II.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, mar. 2003b. ISSN: 1678-5029. Edição em homenagem à entrega do título de *Doutor Honoris causa* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao jurista Erik Jayme. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/43494/30886>>. Acesso em: 19 jul. 2017. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.43489>.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução e prólogo Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000. (Colec. Política y Derecho). Tradução de: Allgemeine Staatslehre.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. (Série Clássicos Edipro). Tradução de: Die Metaphysik der Sitten. ISBN: 85-7283-365-X. Tradução baseada na edição alemã de 1977 da Suhrkamp Verlag (que corresponde à edição de 1956 de Insel-Verlag, Wiesbaden). Estas edições, por sua vez, reportam-se diretamente às edições de 1797 e 1798 (para a Doutrina do Direito) e exclusivamente à edição original de 1797 (para a Doutrina da Virtude).

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores). Tradução de: Kritik der reinen Vernunft. Tradução brasileira da segunda edição original de 1787.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior). Tradução de: Reine Rechtslehre. ISBN: 83-336-0836-5.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras, 1988. ISBN: 85-7164-011-4.

LARENZ, Karl. **Metodología da ciéncia do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de: Methodenlehre der rechtswissenschaft. ISBN: 972-31-0770-8.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación. **La Ley**, Buenos Aires, Año LXXIX, n. 143, p. 2-4, 3 ago. 2015. ISSN: 0024-1636. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/Diario-03-08-15-OK.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Introducción al Código Civil y Comercial**. [2014]. Texto disponível no site gratuito de consulta e debate sobre o Código Civil e Comercial da Argentina [nuevocodigocivil.com], elaborado pela comissão redatoria da reforma, presidida

por Ricardo Luis Lorenzetti. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Presentación del proyecto.** [2012]. Apresentação do Projeto de Código Civil e Comercial da Argentina enviado pelo Poder Executivo ao Congresso da Nação. Texto disponível no site gratuito de consulta e debate sobre o Código Civil e Comercial da Argentina [nuevocodigocivil.com], elaborado pela comissão redatoria da reforma, presidida por Ricardo Luis Lorenzetti. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. ISBN: 978-85-203-3509-3.

LOUREIRO, Valtair Lemos. O diálogo das fontes como método integrativo do microssistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público. In: MAILLART, Adriana Silva; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). **Acesso à justiça II.** Florianópolis, FUNJAB, 2013, p. 177-205. ISBN: 978-85-7840-189-4. Livro do Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II, do XXII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado entre os dias 13 a 16 de novembro de 2013, na Universidade Nove de Julho (UNINOVE), situada no Município de São Paulo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45ea3375b621c477>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. Tradução de: Die Gesellschaft der Gesellschaft. ISBN: 968-5807-20-5.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. (Coleção Justiça e Direito). Tradução de: Das Recht der Gesellschaft. ISBN: 978-85-8063-256-9.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111-124. ISBN: 978-85-203-4275-6.

MARQUES, Claudia Lima. Ata da 987^a sessão solene do conselho universitário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar. 2003a. ISSN: 1678-5029. Edição em homenagem à entrega do título de *Doutor Honoris causa* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao jurista Erik Jayme. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/43494/30886>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003b. ISSN: 1415-7705.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. ISBN: 978-85-203-4275-6.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN: 978-85-203-5265-6.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016a. ISSN: 1415-7705.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público:** comentários à Lei de improbidade administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Corregedorias do ministério público e legitimação procedural: a função orientação na promoção da administração pública responsável. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 491-520, 2016b. ISSN: 2183-539X. Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP). Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0491_0520.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Hermenêutica dialógica, efetividade dos direitos fundamentais sociais e o ocaso da previdência social: contributo do direito privado das obrigações à constituição federal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 26, v. 112, p. 279-320, jul./ago. 2017. ISSN: 1415-7705.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 23, v. 94, p. 215-257, jul./ago. 2014. ISSN: 1415-7705.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Silvia Portes Rocha. O estatuto da pessoa com deficiência e as alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 974, p. 225-243, dez. 2016. ISSN: 0034-9275. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Silvia_Portes_Rocha_Martins.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

MATURANA R., Humberto; VARELA G., Francisco. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas do entendimento humano. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Psy II, 1995. Tradução de: Der baum der erkenntnis: die biologischen wurzeln des menschlichen erkennens. ISBN: 85.85.480-21-1.

MELLO, Cleison de Moraes. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. ISBN 978-85-7987-276-1.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015. (Série IDP). ISBN: 978-85-02-62274-6.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise de jurisprudência da corte constitucional alemã. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: LTR, 1998. p. 237-253.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. ISSN: 2316-8374. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MINAS GERAIS. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conflito de Competência n.º 1.0000.17.033622-6/000; Número CNJ 0336226-98.2017.8.13.0000. Relatora Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 10 ago. 2017a. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=58&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=di%E1logo%20das%20fontes&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavra=s=Pesquisar&>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

MINAS GERAIS. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0000.17.051331-1/001; Número CNJ 6017333-26.2015.8.13.0024. Relator Desembargador Corrêa Júnior. Belo Horizonte, 24 out. 2017b. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 30 out. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=58&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=di%E1logo%20das%20fontes&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavra=s=Pesquisar&>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109. ISBN 978-85-203-4275-6.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. ISBN: 978-85-7348-755-8.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Segunda tiragem de fevereiro de 2000 da edição publicada em 1996. Tradução de: L'esprit des lois. ISBN: 85-336-0553-6.

MÜLHER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN: 85-7147-504-0.

MÜLHER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides

Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Tradução de: Strukturierende Rechislehre. ISBN: 978-85-203-3285-6.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD): notícia do novo sistema jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1541-1561, 2016. ISSN: 2183-539X. Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP). Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1541_1561.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

NEVES, Marcelo. **Teoria da constitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010. ISSN: 1415-7705.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 abr. 2016. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, e promulgada pela Presidência da República, por intermédio do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

PEREIRA, Arthur Cesar de Moura. Teoria do diálogo das fontes é uma das chaves que destranca novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mar. 2016. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/arthur-moura-dialogo-fontes-chave-destrancar-cpc?imprimir=1>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

PIRES, Marcio. O método da razão pura em Kant: o filosofar como exercício arquitetônico. *Studia Kantiana*. **Revista da Sociedade Kant Brasileira**, Natal, v. 12, n. 17, p. 51-73, dez. 2014. ISSN eletrônico 2317-7462. Disponível em: <<http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/download/180/164>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. Tradução de: El derecho de los derechos.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n.º 0004362-34.2014.8.19.0007. Relator Desembargador Peterson Barroso Simão. Rio de Janeiro, 20 set. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 set. 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3495901&PageSeq=0>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Execução Penal n.º 70074860578; Número CNJ 0250172-59.2017.8.21.7000. Relator Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 14 set. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 out. 2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70072922057&ano=2017&codigo=1888549>. Acesso em: 24 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70069331346; Número CNJ 0143328-22.2016.8.21.7000. Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 13 out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 out. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70069331346&ano=2016&codigo=1960067>. Acesso em: 04 jan. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70068676543; Número CNJ 0077848-97.2016.8.21.7000. Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 30 nov. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068676543&ano=2016&codigo=2305134>. Acesso em: 17 jan. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 1003765-94.2015.8.26.0564. Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, 14 mar. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico/Registro**, 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10252009&cdForo=0>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 0048036-90.2011.8.26.0001. Relator Desembargador Álvaro Passos. São Paulo, 8 ago. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico/Registro**, 9 ago. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10674376&cdForo=0>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 32,

out./nov./dez. 2012. ISSN: 1981-187X. Disponível em:
 <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN: 978-85-7348-687-2.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410 p. ISBN: 8573874058.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. Versão eletrônica da Revista do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. Tradução de: Cours de linguistique générale. ISBN: 978-85-316-0102-6.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. e-ISSN: 2238-5177. Disponível em: <[file:///C:/Users/Clayton/Downloads/47169-94073-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Clayton/Downloads/47169-94073-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>.

SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. Fraternidade e solidariedade. **Boletim UFMG**, Belo Horizonte, n. 1889, ano 41, 15 dez. 2014. Disponível em:
 <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1889/2.shtml>>. Acesso em: 4 dez. 2016. O Boletim da UFMG trata-se de veículo de comunicação e divulgação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) com a sociedade.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 ago. 2015. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-agosto-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008. ISSN: 2359-5736. Disponível em:
 <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/097033070.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. ISBN: 978-85-203-5296-0.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (*e-book*); *Sapere aude* (exemplar genérico).

ISBN: 978-85-309-7391-9.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012. ISSN: 2358-4130 (versão digital). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7431/5386>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-16.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 215-230, jul./set. 2004. ISSN 0034-835X. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496895/RIL163.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 jul. 2017. A Revista de Informação Legislativa (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal.

VELOSO, Zeno. Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica. **O Liberal**, Belém, 2016. Artigo publicado no Jornal “O Liberal”, tendo sido reproduzindo no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), no dia 12.05.2016, e na “rede social Jusbrasil” por Flávio Tartuce. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

VERONESE, Alexandre. Revisitando o conceito de direito em rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito. **CONFLUÊNCIAS – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 15, n. 1, p. 82-95, 2013. ISSN: 2318-4558. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/download/322/255>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, p. 53-64, 2000. ISSN: 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/download/1844/1540>>. Acesso em: 11 jul. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v33i0.1844>.

VIRGÍLIO, Renata Espíndola. Filosofia, giro linguístico e Direito Constitucional: reflexos no processo jurisdicional democrático. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3504, 3 fev. 2013. ISSN: 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23612>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. Tradução de: Il diritto mite: legge, diritti, giustizia.