

Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano V – Edição I – Maio 2013

DIÁLOGO DAS FONTES: um novo método de resolução de antinomias

Gabriel Junqueira Campos¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a Tese do Diálogo das Fontes sob a ótica da constitucionalização do Direito Civil, relacionando-a com os clássicos métodos de superação de antinomias e abordando as espécies possíveis de diálogos no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo tem como base doutrinária principal o livro “Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro” coordenado pela professora Claudia Lima Marques e reúne o ponto de vista de vários juriconsultos de renome nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: DIÁLOGO. FONTES. CONSTITUCIONALIZAÇÃO. ANTINOMIAS. INCIDÊNCIA.

“... nestes novos tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita e por fim pela convivência de leis com campos de aplicação diferentes, mas convergentes, em um mesmo sistema jurídico, plural, fluido, mutável e complexo.” (JAYME, 1995).

INTRODUÇÃO

¹ Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Estagiário de Direito na Justiça Federal de Primeiro Grau em Minas Gerais, Subseção Judiciária de Juiz de Fora. E-mail: gabrieljcampos@hotmail.com.

No presente estudo, a proposta é analisar a Tese do Diálogo das Fontes sob a ótica da constitucionalização do Direito Civil, relacionando-a com os clássicos métodos de superação de antinomias, abordando as espécies possíveis de diálogos no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta investigação tem o intuito de levar à comunidade acadêmica seus conceitos, objetivos e modos de aplicação, inserindo-a como uma nova realidade presente na interpretação e aplicação do direito, sobretudo ampliando e modificando a clássica Teoria Geral do Direito. O estudo se justifica, uma vez que a Tese do Diálogo das Fontes tem nobre aplicabilidade no Direito do Consumidor, bem como no que tange as legislações protetoras dos hipervulneráveis.

As principais bases doutrinárias utilizadas na presente pesquisa foram extraídas do livro “Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro” coordenado pela professora Claudia Lima Marques, onde foi possível reunir os entendimentos de vários juristas de renome nacional e internacional.

1 A TESE DO DIÁLOGO DAS FONTES: origem e definição

As transformações socioeconômicas, a evolução tecnológica, as novas formas de compreensão do mundo, característicos dos tempos “pós-modernos”, ratificam o que o brilhante civilista do século passado Gaston Morin denominou de “revolta dos fatos contra os códigos”, que traduz a situação de falta de compatibilidade entre o Direito Positivo e os fatos sociais. O Direito necessita estar sintonizado com as necessidades e as aspirações surgidas na sociedade, sob pena de se tornar obsoleto e assim ferir a segurança jurídica, deixando de cumprir o seu papel social de harmonizar conflitos. Para contornar essa questão, o Direito procura sempre se atualizar frente aos novos fatos através da criação de leis, que acabam por regular os mais variados setores da sociedade formando um ordenamento jurídico inchado, complexo e muitas vezes contraditório.

Frente a essa complexidade, é que se busca dar coerência ao sistema jurídico e com fulcro nessa questão, o jurista alemão Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg desenvolveu a Tese do Diálogo das Fontes, apresentada em 1995 na cidade de Haia na Holanda. Seus estudos se tornaram mundialmente conhecidos e sua tese ganhou força e aplicabilidade em vários

países. Bruno Miragem (2012a, p.10), doutor e mestre em Direito pela UFRGS, brilhantemente sintetiza o teor da tese:

Trata-se de uma teoria, sem dúvida, visionária. Afirma a superação da noção de conflito entre leis, substituída pela de coordenação. É a possibilidade de coordenação e aplicação de diferentes leis sobre um mesmo caso, de forma orientada, justamente, pela proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana.

Tendo por valores-chave a dignidade da pessoa humana e a aplicação imediata dos direitos fundamentais, não restam dúvidas que a Tese do Diálogo das Fontes surge para dar soluções mais justas, protegendo o indivíduo vulnerável e dando um caráter humanista ao Direito.

A novel tese se afirma como um revolucionário método de resolução de conflitos entre leis, ou seja, de antinomias. Norberto Bobbio (1999, p. 81) em sua obra “Teoria do Ordenamento Jurídico” afirma:

a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema (...) pode-se exprimir também dizendo que o Direito não tolera antinomias.

O Diálogo das Fontes como método de aplicação, integração e interpretação das normas jurídicas propõe a superação do clássico método de resolução de antinomias jurídicas, cujos critérios são: hierárquico, cronológico e de especialização.

Erik Jayme, ao apresentar a temática central de seus estudos propõe uma “conversa” entre as fontes do direito, sejam elas constituições, convenções internacionais e sistemas nacionais, refutando a clássica exclusão mútua das fontes. Completa ainda dizendo que as fontes devem ser aplicadas de maneira coordenada e, utilizando-se de linguagem metafórica, afirma que os juízes devem “escutar” o que elas dizem (BENJAMIN, 2012).

Em território nacional, o Diálogo das Fontes foi trazido por Claudia Lima Marques, renomada civilista brasileira, doutora pela Universidade de Heidelberg e professora titular da UFRGS. Foi responsável por apresentar a teoria de Erik Jayme ao Direito Brasileiro e de forma brilhante desenvolveu seus trabalhos iniciais propondo um diálogo necessário entre o Código Civil e o Código de Defesa do

Consumidor, devido à visível aproximação principiológica entre os dois sistemas, pautado nos vetores constitucionais (TARTUCE, 2011).

Em termos jurisprudenciais, a Tese do Diálogo das Fontes ganhou força prática com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, em 2006, que julgou constitucional a aplicação do CDC às atividades bancárias, que possuíam lei complementar disciplinadora. Em seu voto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa concluiu:

entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis. (BRASIL, 2006)

Ainda com relação ao voto, o ministro cita a expressão “influências recíprocas” ao falar da aplicação conjunta das duas normas ao mesmo caso, inviabilizando a escolha de uma norma em detrimento da outra como reza o critério clássico de resolução de antinomias (MARQUES, 2012, p. 32-33).

Para consolidar de vez a aceitação dos juízes pela utilização do diálogo, o Superior Tribunal de Justiça, inspirado na ADI 2.591, editou a súmula 297 que considera o Código de Defesa do Consumidor aplicável às instituições financeiras.

2 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PONTO DE PARTIDA PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES

Hoje não se discute a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o Estado e o particular, sendo essa vinculação conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais. A questão que se coloca é: e na relação entre particulares, os direitos fundamentais podem ser aplicados? Estamos diante daquilo que a doutrina chamou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Base de um novo Direito Civil Constitucional despatriomonalizado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais trata da aplicação dos valores e princípios

norteadores da Constituição Federal às relações entre os particulares, funcionando como um mecanismo inibidor da ampla autonomia da vontade privada.

Com a valorização da pessoa humana através da busca pela dignidade (art.1º, III, CF/88), solidariedade social (art.3º, I, CF/88) e igualdade em sentido amplo (art.5º, caput, CF/88) tem-se o reconhecimento dos direitos fundamentais e princípios constitucionais nas relações de ordem privada, inclusive com aplicação imediata conforme o art. 5º, §1º da Constituição.

O Código Civil de 2002, regulador do Direito Privado por excelência, norteou-se por três princípios: eticidade, socialidade e operabilidade. A eticidade funda-se na pessoa humana como fonte de todos os demais valores; a socialidade propõe uma prevalência de valores coletivos frente aos individuais, sempre observando a dignidade da pessoa humana; e a operabilidade visa a efetivação dos direitos. Além disso, adotou como técnica legislativa as cláusulas gerais como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a função social da propriedade, o que possibilitou a evolução do pensamento e do comportamento social, sem, contudo, ofender a segurança jurídica (CARVALHO, 2012). Vale ressaltar que a aproximação principiológica do CC/02 e o CDC sob o vértice constitucional foi de suma importância para o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil e, por conseguinte, na utilização de um diálogo necessário entre ambos, guiado pelo método do Diálogo das Fontes.

Ainda nesse contexto, a dignidade da pessoa humana como regra matriz dos direitos fundamentais, acaba por ser essencial na aproximação dos valores constitucionais às relações privadas. Nessa toada, Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 201819, sedimentou o entendimento do STF acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao afirmar que as cláusulas gerais serviriam como uma “porta de entrada” dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado. (BRASIL, 2005).

Acerca da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Daniel Sarmiento (2004, p. 297) observa:

é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vêm aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.

É esta visão civil-constitucional do sistema que permite a consolidação do método do Diálogo das Fontes no Direito Brasileiro. Antonio Herman Benjamin (2012, p. 6-7), ministro do Superior Tribunal de Justiça, afirma:

O diálogo das fontes é um método de interpretação, de integração e de aplicação das normas, que contempla os principais desafios de assegurar a coerência e a efetividade do direito a partir do projeto constitucional e o sistema de valores que impõe (...) Além disso, consiste no método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes do direito, assegurando a conformidade entre elas e a supremacia da Constituição e, mais ainda, dos seus valores e direitos fundamentais.

Não restam dúvidas de que o Diálogo das Fontes é iluminado pelos valores constitucionais e os direitos humanos ou fundamentais consagrando um direito privado que coloca a pessoa humana em seu centro. (MARQUES, 2012, p. 28).

3 A INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS CLÁSSICOS DE RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS NO DIREITO BRASILEIRO – LINDB

Como já anteriormente dito, as antinomias não são toleradas no Direito e devem ser suprimidas. Quando há incompatibilidade na aplicação da lei pelo fato de versarem sobre o mesmo tema, a solução clássica é a revogação total ou parcial de uma das leis.

Os critérios clássicos de resolução de antinomias encontram-se na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que é de 1942. O art. 2º, §1º versa da seguinte maneira: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Já o §2º diz: “a lei nova, que estabelece disposições a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. A partir do texto legal e da Constituição Federal, a doutrina classificou os critérios da seguinte maneira: hierárquico, cronológico e de especialização. Para Marques (2012, p. 33) estes critérios possuem uma ordem crescente de utilização:

- i) anterioridade ou cronológico (a lei mais nova supera e retira a lei anterior em conflito do sistema);
- ii) especialidade ou de especialização (a lei geral nova não revoga a lei especial antiga, a não ser que a incorpore ou incorpore sua matéria totalmente; como afirma o art.2.043 do CC/02, a lei especial nova revoga a lei especial

antiga, se regula inteiramente a matéria de que tratava a anterior); iii) hierarquia ou hierárquico (a lei hierarquicamente superior, por exemplo, por sua origem constitucional, ou a lei complementar em relação à lei ordinária, ou a lei em relação à portaria ou à resolução administrativa, tem prioridade de aplicação e pode afastar ou revogar a lei de hierarquia inferior em conflito).

Afirma ainda que “os critérios tradicionais da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) não são mais exclusivos ou suficientes, ainda mais frente à constitucionalização do direito privado”.

No bojo de sua tese, o mestre Erik Jayme já alertava que “os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza e ‘monossolução’, sequer a hierarquia dessas leis é clara, mas apenas dos valores constitucionais”. Jayme propõe o fim do “monólogo” de uma só norma para a convivência coordenada das normas conflitantes, através de um “diálogo” entre as fontes do direito, visando a alcançar a sua *ratio*, sob a égide da Constituição Federal, de seus valores e dos direitos humanos em geral (2012, p. 27-29).

Bruno Miragem (2012b) reconhece a evolução do Direito, especialmente com o constitucionalismo de valores e com o emergente protagonismo dos princípios jurídicos tidos como proposições contidas de mandamentos de otimização. Partindo destas premissas, é possível detectar algumas deficiências no raciocínio jurídico clássico tanto na resolução de conflitos de normas quanto para a integração do Direito. O Diálogo das Fontes aparece justamente para suprir essa insuficiência, pois nessa seara encontra “terreno fértil” para o seu desenvolvimento.

4 A INCIDÊNCIA DO MÉTODO DO DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO BRASILEIRO

A Teoria do Diálogo das Fontes possui ampla aplicabilidade em todo âmbito jurídico, no entanto é necessário que esta aplicação esteja guiada pelos valores constitucionais e direitos fundamentais de modo a haver simultaneidade, aproximação principiológica e coerência entre as fontes do direito a serem investigadas. Trata-se de uma significativa quebra de paradigmas, o que acaba por exigir do magistrado um novo enfoque.

Marques (2012, p.21) diz sua opinião sobre a aplicação da tese:

é um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes.

Acerca da opinião da brilhante civilista, é possível concluir que a proposta de utilização dos diálogos no Direito Brasileiro, permite aplicabilidade às mais variadas fontes legislativas tais como leis especiais, leis gerais, tanto de origens nacionais quanto internacionais (MARQUES 2012, p. 20). Ainda sobre a mesma temática, faz uma comparação pertinente entre os critérios clássicos (hierarquia, especialidade e anterioridade), substituindo-os pelos “novos diálogos”:

i) a nova hierarquia é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; ii) a nova especialidade é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas, com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; iii) e nova anterioridade que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar os sistema cada vez que uma nova lei é inserida pelo legislador (MARQUES, 2012, p. 31).

Bruno Miragem (2012b), em artigo referente à tese, faz referência aos estudos de Claudia Lima Marques e analisa o objeto inicial sobre o qual se desenvolve o novo método de resolução de antinomias. A fim de dar praticidade ao método, o campo de incidência escolhido transita no conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.

5 O DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS ESPÉCIES POSSÍVEIS DE DIÁLOGOS

Com o propósito de investigar os tipos possíveis de diálogos entre o CDC (norma anterior, especial e hierarquicamente superior quanto ao sujeito) e o CC/02 (norma posterior, geral e hierarquicamente inferior quanto ao sujeito) faz-se necessário o entendimento acerca da hierarquia aqui presente. Presente no rol de direitos e garantias fundamentais do texto constitucional (art. 5º, XXXII, CF/88) conjuntamente ao mandamento imperativo de elaboração de um código consumerista (art. 48, ADCT-CF/88), não restam dúvidas de que o consumidor recebe tutela constitucional especial. *In verbis*:

i) Art. 5º, XXXII, CF/88: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; ii) Art. 48, ADCT-CF/88: o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Em contrapartida, o Novo Código Civil, em seu art. 2.035, parágrafo único, faz referência à ordem pública, como podemos ver: “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Verificada a hierarquia, os princípios jurídicos contidos nos códigos necessitam estar em plena sintonia, a fim de determinar a essencial aproximação principiológica. Em matéria contratual, Flávio Tartuce (2011) elenca quatro princípios básicos do CDC que afetam os contratos civis e todo o direito obrigacional: o da vulnerabilidade (combate ao abuso), o da confiança (possibilita a imputação da responsabilidade objetiva), o da boa-fé (limita a liberdade contratual) e o do equilíbrio contratual (combate à lesão ou à quebra da base do negócio). Este eminente jurista, doutor em Direito Civil pela USP, grande entusiasta do novo direito civil constitucionalizado ressalta ainda a questão das cláusulas gerais:

A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos na relação contratual. O desafio é grande, mas o jurista brasileiro está preparado (TARTUCE, 2011, p. 43).

5.1 Diálogo sistemático de coerência

Nesta espécie de diálogo, verificando a aplicação conjunta e simultânea de duas leis, uma lei deve servir de base conceitual para a outra, especialmente quando uma dessas seja uma lei central do sistema (geral) como, por exemplo, o CC/2002, e a outra um microcódigo (especial) como o CDC (MARQUES, 2012, p. 32). Evita-se a sobreposição, preservando o âmbito de aplicação de ambas as leis utilizando-se o fundamento teleológico das normas, ou seja, preserva-se a “*mens legis*” de cada mandamento.

A fim de dar clareza ao exposto, Bruno Miragem (2012b, p. 75-76) exemplifica a aplicação do diálogo sistemático de coerência:

no caso da comparação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, expressando o primeiro um 'direito de iguais', segundo a tradição moderna do direito civil, e o segundo um 'direito entre desiguais', fundado no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como fundamento para sua proteção.

Enfatiza ainda a divergência no campo de atuação das normas, ressaltando a interpretação finalista ou restrita da expressão "consumidor". Corroborando a tese, Tartuce (2011, p. 43) especifica que "os conceitos de contrato em espécie podem ser retirados do Código Civil mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC)".

5.2 Diálogo de complementariedade e subsidiariedade

Trata-se da possibilidade de uma lei incidir de maneira complementar ou subsidiária à aplicação de outra. Claudia Lima Marques (2012, p. 32) afirma:

uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação, tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, "diálogo" este exatamente no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era superada e 'retirada' do sistema pela outra.

Vale ressaltar o disposto no art. 7º do CDC, que prevê que os direitos presentes no código consumerista não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, bem como da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes e os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

A grande proposta deste diálogo é se distanciar dos critérios clássicos de resolução de conflitos, como por exemplo: "*lex posteriori generalis non derogat legi priori speciali*" (lei posterior geral não derroga lei anterior especial) e permitir a aplicação coordenada das duas leis - diálogo de complementariedade - ou, em se tratando de uma norma mais benéfica ao consumidor-vulnerável, optar até pela aplicação do diploma geral civil mesmo se tratando de matéria consumerista - diálogo de subsidiariedade (MIRAGEM, 2012b, p. 76).

Vejamos a decisão do STJ sobre prazo prescricional:

CONSUMIDOR E CIVIL – ART. 7.º DO CDC – APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DE FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim, e nos termos do art.7.º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art.27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art.177 do CC/1916, por ser mais favorável ao consumidor. Recente decisão da segunda Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da relatora. Recursos especiais providos. (BRASIL, 2010).

Em recente decisão, também aplicou o prazo geral do art. 205, CC/02 em detrimento do art. 27, CDC para as demandas propostas por consumidores em decorrência de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Com uma jurisprudência consolidada, já é possível afirmar que o STJ já é adepto do Diálogo das Fontes.

Flávio Tartuce (2011, p. 43-44) afirma que um exemplo típico de aplicação do diálogo, ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC (cláusulas abusivas) e também a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.

5.3 Diálogo de coordenação e adaptação sistemática ou de influências recíprocas

Este terceiro e último tipo de Diálogo das Fontes se dá mediante o que a doutrina denominou de influências recíprocas, que seria a influência do sistema especial no geral, bem como do geral no especial, como é possível verificar nos dizeres de Claudia Lima Marques (2012, p. 32):

há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial.

Para Bruno Miragem (2012b, p. 77), a jurisprudência formada através da aplicação das normas consumeristas, pode ser utilizada perfeitamente na interpretação e aplicação das normas de cunho civil e a precisão conceitual definida para princípios jurídicos ou institutos comuns de ambos os sistemas normativos, pode se aplicar tanto ao CDC quanto ao CC/2002, sem prejuízo da autoridade da norma. Ao exemplificar, Tartuce (2011, p. 44) cita que o conceito de consumidor presente no CDC pode ser influenciado pelo Código Civil, bem como o princípio da boa-fé no direito obrigacional pode ser fortemente influenciado pelo CDC.

6 DIÁLOGOS ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS LEGISLAÇÕES PROTETORAS DOS HIPERVULNERÁVEIS

Como já discutido em capítulos anteriores, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana devem iluminar a utilização do método do Diálogo das Fontes. A densa carga de humanismo proposta por Erik Jayme no teor de sua tese é que faz o método ser reverenciado e praticado por grandes juristas ao redor do mundo. A proteção do mais fraco na relação jurídica, respeitado os vetores constitucionais é abrangente e atinge grande parcela da sociedade. É aí que surge a vulnerabilidade agravada ou potencializada que abarca uma massa de pessoas físicas, identificadas por terem menos condições de igualdade nas relações jurídicas e que, para atuarem na vida social, especialmente como consumidores, necessitam de mecanismos que facilitem a isonomia. A doutrina e a jurisprudência trataram de denominar essa situação de “hipervulnerabilidade”. Este grupo de pessoas é representado, principalmente, pelos idosos, crianças, adolescentes, índios, estrangeiros e portadores de deficiência. O Ministro do STJ Antonio Herman Benjamin, no REsp 586.316-MG, conceitua de maneira brilhante essa categoria:

os hipervulneráveis são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos

consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador (BRASIL, 2007).

Hoje, é possível encontrar inúmeras leis que regulam as situações de vulnerabilidade agravada. O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), a Lei dos Portadores de Deficiência (Lei 7.853/89), são responsáveis pela tutela destes indivíduos.

Os hipervulneráveis estão a todo o momento praticando atos da vida civil e as relações de consumo ocupam grande parte da vida de cada uma dessas pessoas. Seria justo deixá-los sem proteção especial? É com essa debilidade que o diálogo das fontes encontra a seara ideal para sua aplicação. A vulnerabilidade é um dos princípios norteadores do CDC (art. 4.º), sabe-se também que o microssistema consumerista tutela também a vulnerabilidade potencializada como podemos verificar nos artigos 37, §2º² e 39, IV³.

De acordo com os ensinamentos de Claudia Lima Marques (2012, p.41):

trata-se de um diálogo entre valores constitucionais, de proteção de sujeitos vulneráveis nas suas relações privadas, a levar a uma verdadeira eficácia horizontal de direitos fundamentais, humanizando ou constitucionalizando o direito privado.

Como uma das propostas do presente estudo é a proliferação da tese de Erik Jayme, a questão dos consumidores hipervulneráveis é a porta de entrada para os diálogos. Diálogos entre as legislações especiais (Estatuto do Idoso, ECA, Estatuto do Estrangeiro, Estatuto do Índio, Lei dos Portadores de Deficiência) e o CDC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

² Art.37, § 2º, CDC: É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

³ Art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

O Direito Civil Brasileiro parece trilhar um caminho sem volta: o da constitucionalização. O processo já vem de décadas, mas nunca esteve tão forte quanto nos dias de hoje. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana como valor-chave do ordenamento, a despatrimonialização se tornaram ponto de partida para a produção legiferante e se transformaram em expressões “obrigatórias” tanto na interpretação quanto na aplicação do Direito.

A tese do diálogo das fontes, idealizada pelo visionário jurista alemão Erik Jayme, vem corroborar esse entusiasmo e acrescentar ainda mais o caráter humanista que o Direito Constitucional visa a alcançar. A tese, recepcionada no Brasil pela renomada doutora *summa cum laude* pela Universidade de Heidelberg Claudia Lima Marques, assume um papel revolucionário na Teoria Geral do Direito ao propor a substituição da noção clássica de conflito entre leis pela coordenação e aplicação de diversas normas dentro de um mesmo caso concreto, sempre preservando a coerência do sistema.

No Brasil, a aplicação prática da tese se deu inicialmente mediante os diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 e, após resultados satisfatórios em termos jurisprudenciais, abriu-se caminho para a utilização do novel método em outras áreas e disciplinas jurídicas espalhadas pelas mais variadas fontes legislativas. É possível afirmar hoje, que os tribunais brasileiros consolidaram o uso do método do Diálogo das Fontes, assegurando a prevalência do princípio *pro homine*, bem como a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 5-7.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819-RJ, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1009591-RS, Brasília, DF, 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5251419&num_registro=200702787248&data=20100823&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 586316-MG, Brasília, DF, 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2893505&num_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2013.

CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8077>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Haye, Nijhoff, 1995.

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

MIRAGEM, Bruno. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a. p. 9-12.

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: Editora Revista dos Tribunais, 2012b. p. 67-109.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.