

10ª. AULA. Direito e fontes do direito em espécie.

TEXTO:

MARQUES, Claudia Lima (coord.), *Diálogo das fontes*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ps. 17 a 39.

CASO PRÁTICO: O CASO DO IMPOSTO MUNICIPAL

O Município de Itabará cria um novo tributo, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISQN, e pretende fazê-lo incidir sobre operações de locação de bens móveis, alegando-se nas razões apresentadas pelo Executivo Municipal e nas discussões da Câmara dos Vereadores, a necessidade de ampliação da arrecadação municipal, gravemente atingida pela situação de crise do país.

O Município se vale do disposto no art. 30 da CF 88 (“Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei”) e no art. 156 da CF 88 (“Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155; II, definidos em lei complementar”) para legitimar sua decisão e instituir a cobrança do imposto.

Após a decisão da Câmara, e a publicação da Lei Municipal no Diário Oficial do Município, os Boletos de cobrança começam a ser emitidos, mas há queixas de empresas afetadas pela decisão. Uma delas judicializa a questão, e após julgamento de primeira instância, sobe ao Tribunal de Justiça, por via de recurso.

Inconformada, a parte vencida recorre do acórdão do Tribunal, e faz a questão chegar pela via do Recurso Extraordinário à análise do STF, onde a discussão versa sobre a *inconstitucionalidade* do tributo municipal. A partir do caso:

1. Enquanto Ministro(a)-Relator(a), formule o voto que será lido na próxima seção plenária do STF, fundamentando sua decisão, demonstrando a inconstitucionalidade da Lei Municipal, a partir da noção de violação da hierarquia da legislação, da exacerbação das atribuições de competência do Município e de descumprimento de Súmula expressa do STF.

CLAUDIA LIMA MARQUES
Coordenação

DIÁLOGO DAS FONTES

Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro

"A complexidade do ordenamento jurídico, nacional e internacional, a multiplicação de leis regulando amplos setores da vida em sociedade, e as próprias transformações da vida cotidiana, das relações econômicas e interpessoais nestes tempos que Erik Jayme denomina 'pós-modernos' são desafios constantes à permanente atualidade das leis e, por outro lado, da adequada coordenação na interpretação e aplicação destas fontes.

É esta busca de coerência no sistema de direito que inspirou o grande mestre de Heidelberg, Erik Jayme, a desenvolver, no direito internacional privado, a teoria do diálogo das fontes em seu magnífico curso de Haia, de 1995. Trata-se de uma teoria, sem dúvida, visionária. Afirma a superação da noção de conflito entre leis, substituída pela de coordenação. E 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.

No direito brasileiro, o diálogo das fontes foi recebido com grande entusiasmo, especialmente, desde 2003, para o exame das relações entre o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e o Código Civil de 2002. O entusiasmo da jurisprudência com a tese fez com que rapidamente fosse aplicada para soluções de conflitos aparentes em outras áreas do direito, tornando-se um útil instrumento de coordenação das várias leis e solução de possíveis antinomias. Orienta-se, igualmente, pela efetivação dos direitos e valores fundamentais expressos na Constituição Federal, e nesse sentido revela-se como método de interpretação e aplicação do direito segundo os vetores constitucionalmente estabelecidos."

(Da Apresentação, de BRUNO MIRAGEM.)

ISBN 978-85-203-4275-6



9 788520 342756



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CLAUDIA LIMA MARQUES
Coordenação

DIÁLOGO DAS FONTES



CLAUDIA LIMA MARQUES
Coordenação

DIÁLOGO DAS FONTES

Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro

Antonia Espíndola Longoni Klee • André Fernandes Estevez •
Andrea Marighetto • Ardyllis Alves Soares • Brenda Luciana Maiffei
• Bruno Miragem • Claudia Lima Marques • Daniel Ustarroz •
Evelise Leite Pãncaro da Silva • Fernando Costa de Azevedo
• Flávio Tartuce • Jones Figueredo Alves • Leonardo Roscoe Bessa •
Marcelo Schenk Duque • Marcos Cáprio Fonseca Soares

Prefácio

Antonio Herman Benjamin

Apresentação

Bruno Miragem



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

O "DIÁLOGO DAS FONTES" COMO MÉTODO DA NOVA TEORIA GERAL DO DIREITO: UM TRIBUTO A ERIK JAYME

CLAUDIA LIMA MARQUES

Doutora *summa cum laude* pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Especialista em Direito Europeu pela Universidade do Saarre, Alemanha. Professora Titular na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora na Organização dos Estados Americanos, em 2000, 2007 e 2008 e na Academia de Direito Internacional de Haia em 2009, tendo sido Diretora de Estudos nesta Academia em 2003. Foi pesquisadora contratada no Instituto Max Planck, de Freiburg im Breisgau, e no Instituto Suíço de Direito Comparado de Lausanne. Assessora do Ministro da Justiça, na Consultoria Jurídica do Ministério, quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor. Diretora da Association Internationale de Droit de la Consommation e da Deutsche-Brasilianische Juristenvereinigung. Presidente do Committee on Consumer Protection da International Law Association (Londres) e da ASADIP – Associação Americana de Direito Internacional Privado. Advogada, é membro da Associação Brasileira de Direito Internacional, do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-RS e OAB-PE e da Fondation Jean Monnet. Professora convidada na Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e Université de Savoie (França), Universidad de Buenos Aires e Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Conferencista, participou de vários congressos e seminários, tendo trabalhos publicados no Brasil, Alemanha, Suíça, Países Baixos, Espanha, Portugal, Itália, Estados Unidos, Japão, Canadá, Uruguai, Peru e Argentina. Presidente nacional do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, de 1998 a 2000. Diretora da *Revista de Direito do Consumidor* do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, publicada trimestralmente pela RT.

Resumo: O artigo conceitua o diálogo das fontes, método que permite conciliar valores de diferentes normas, ensejando a aplicação coerente do direito. Defende a sua utilização no sistema jurídico brasileiro, diante da insuficiência dos métodos da Lei de Introdução, e apresenta a sua utilização na jurisprudência pátria. Indica três formas de diálogo

Abstract: This paper conceives the dialogue of sources, method that allows the conciliation of values of different rules, enabling the coherent application of the Law. It defends its utilization on the Brazilian legal system, given the insufficiency of the Introductory Law methods, and presents how it is used in the national jurisprudence. It indicates

go sistemático: de coerência, de subsidiariedade e de adaptação. No direito pós-moderno, o diálogo das fontes se sobressai como método que permite a conjugação de valores constitucionais e de diferentes microsistemas a permitir o diálogo sempre *favor debilis*.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo das fontes – Aplicação no ordenamento brasileiro – Formas do diálogo das fontes – Interpretação *favor debilis*.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Diálogo das fontes como instrumento metodológico de aplicação conjunta e coordenada pelos valores constitucionais das fontes de direito privado: 2.1 A teoria de Erik Jayme sobre o pluralismo pós-moderno e o “diálogo” das fontes; 2.2 Os três tipos de diálogo das fontes (diálogo de coerência, de subsidiariedade e de adaptação) como instrumentos para a coordenação de fontes no complexo sistema do direito brasileiro – 3. Direitos fundamentais dos idosos, crianças e consumidores hipervulneráveis: a aplicação *favor debilis* das fontes em conflito: 3.1 Diálogo das fontes coordenando valores de proteção do hipervulnerável; 3.2 O art. 7.º do CDC e o sistema de valores constitucionais; por um diálogo sempre *favor debilis* – 4. Observações finais.

“... le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes... toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent” (Erik Jayme, 1995).¹

1. INTRODUÇÃO

Erik Jayme, ao analisar o reflexo da cultura da comunicação no direito, afirma que o fenômeno mais importante, nesta sua nova teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado, é que “a solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas”. Os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, “estas fontes todas não mais se excluem, ou não mais se

1. 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, p. 259.

revogam mutuamente; ao contrário, elas ‘falam’ uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que as fontes ‘dizem’.”²

Reconstruir a coerência do sistema de direito³ ou de uma ordem jurídica nacional, em tempos pós-modernos,⁴ de fragmentação, internacionalização e flexibilização de valores e hierarquias,⁵ em tempos de necessária convivência de paradigmas e de métodos,⁶ de extrema complexidade e pluralismo de fontes,⁷ não é tarefa fácil e exige muita ciência e sensibilidade dos juristas.⁸

Como afirma Erik Jayme, no que tange à teoria, “o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes... com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*)”.⁹ Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro,¹⁰ significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada

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

3. Sobre sistema veja a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, que constrói sua ideia de sistema justamente criticando a tópica (p. 255 e ss). Sobre tópica veja WIERWIG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio S. Feijó Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional / MJ-UnB, 1979.

4. Veja, sobre pós-modernidade no direito, também as obras de GINESI, Carlos Alberto. *La postmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995; e, no Brasil, NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2002.

5. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 60 e p. 251 e ss.

6. Veja, também, GANNAGE, Léna. *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*. Paris: LGDJ, 2001, p. 17.

7. Veja Azevedo, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33, 2000, p. 124 e ss. E, também, GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2005, p. 39.

8. Assim, referindo-se à pluralidade como valor jurídico de nossos tempos, JAYME, Erik. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. RT 759, jan. 1999, p. 29.

9. JAYME, Erik. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*. *Cadernos do PPGDY UFRGS* 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003, p. 109.

10. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 615 e ss.

das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.¹¹

É justamente a ausência de coerência que cria antinomias e conflitos de leis¹² no tempo (direito intertemporal ou transitório);¹³ é a divisão em ordens jurídicos autônomas e nacionais que cria os conflitos de leis no espaço, a necessidade da coordenação do direito internacional privado. Porém, com o fenômeno da descentralização da produção normativa,¹⁴ hoje não mais concentrada somente nos Estados e sim cada vez mais descentralizada e de *soft law*, sendo que as normas positivas não estão mais concentradas em códigos únicos ou macro-códigos¹⁵ (como o Código Civil de 2002), mas em microcodificações, como exemplifica bem o direito do consumidor no Brasil (com o CDC de 1990),¹⁶ e em uma variedade grande de leis especiais com diferentes campos de aplicação subjetiva (como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente)

11. JAWME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nijhoff, 1995, II, p. 60 e 251 e ss.

12. Como ensina SAUPEANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretrizes relativas ao mesmo objeto. No original: "En droit, l'absence de cohérence consiste dans la constatation d'une antinomie, définie comme l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet". Veja, na doutrina nacional, sobre o problema teórico das antinomias jurídicas, sua existência ou não, DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7 e ss.

13. Veja, sobre esta diferente terminologia, no Brasil, LIMONGI FRANÇA, Ruben. *Direito intertemporal brasileiro – Doutrina da inatratividade das leis e do direito adquirido*. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 16 e ss.; e, na França, DEKOUVER-DEFOSSEZ, Françoise. *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Paris: LGDJ, 1977.

14. Assim ensina AMARAL JR., Alberto. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 2, III, 2008, p. 13.

15. Expressão utilizada por MOSSET ITRUBASPE, Jorge. *Derecho civil constitucional*. Santa Fé: Rubinzal Cuozoni, 2011, p. 333.

16. Veja também, sobre o fenômeno na América Latina, LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría da decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 45 e ss.

e material (como a lei do consórcio, de seguro-saúde), ressurgir a necessidade de coordenação em praticamente todas as áreas do direito.¹⁷

E parece a muitos¹⁸ que os critérios tradicionais da Lei de Introdução de 1942 não são mais exclusivos ou suficientes, ainda mais frente à constitucionalização do direito privado.¹⁹ E Oscar Tenório, ao comentar o art. 2.º da Lei de Introdução, já alertava para a complexa tarefa do aplicador da lei ao decidir se há ou não revogação ou antinomia entre normas, leis e princípios: "O esforço a ser dispendido para chegar a uma conclusão segura é hercúleo, pois transcende de a um mero confronto de preceitos e regras escritas".²⁰

A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, 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, que não parece diminuir no século XXI. Método é caminho. Metodologia é um processo, uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa.

É possível afirmar que hoje, sem sombra de dúvida, esta expressão visionária de Erik Jayme, "diálogo das fontes",²¹ foi recebida pelo direito brasileiro. Presente, seja na doutrina,²² seja na prática de nossas lides judiciais, encontra-

17. Veja, no mesmo sentido, TEREPINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

18. Veja, por todos, TEREPINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Veja, com posicionamento diferenciado, RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270.

19. Veja TEREPINO, Gustavo (coord.). *Direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11 e ss.; E FAGUN, Luiz Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmen Lucia; TEREPINO, Gustavo et alii (org.). *Diálogos sobre direito civil – Constituição e racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43 e ss.

20. TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 81.

21. Veja JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nijhoff, 1995, II, p. 37 e ss.

22. Veja relato sobre a recepção na doutrina brasileira em MARQUES, Claudia Lima. *Constitutos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 615 e ss.;

-se assimilada pela jurisprudência, dos Juizados Especiais Cíveis até as mais altas Cortes,²³ desde a pioneira decisão da ADIn 2591,²⁴ a qual considerou constitucional a aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor aos bancos e outros serviços financeiros, de crédito e securitários.²⁵

Muito escrevi sobre o tema,²⁶ e fico extremamente feliz de ter de certa maneira ajudado a desenvolver em nosso ordenamento jurídico esta inteligente e útil teoria de meu mestre, Prof. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, com quem tive o prazer de aprender em meu doutoramento na Universidade de Heidelberg. Mais do que teoria é método, que encontrei eco no Brasil, pois se trata de um dos instrumentos mais importantes e sensíveis aos desafios dos novos tempos, criado no direito nos últimos tempos. Sua profundidade e sua ciência é proporcional a sua utilidade e praticidade nos dias de hoje.

É assim com muita honra que aceito o desafio de analisar o "diálogo das fontes" como método da teoria geral do direito, e o farei como um tributo de reconhecimento e agradecimento a este genial mestre, que é seu criador, Erik Jayme. Dividirei este estudo em duas partes: uma primeira, mais doutrinária, repetindo percepções minhas sobre as características da teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes, que denominei "três tipos de diálogos das fontes", dando como exemplo os diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e algumas leis especiais; e uma segunda, mais prática, examinando estes três diálogos no exemplo dos consumidores hipervulneráveis, quais sejam os idosos, as crianças e doentes, segundo a jurisprudência pátria. Vejamos.

e SCHMIDT, Jan. *Zivilrechtskodiifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 291 e ss. Veja, também, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 13 e ss.

23. Veja, por todos, REsp 1009591-R5, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 13.04.2010, DJe 23.08.2010; e lista de decisões em MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio H. de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 23 e ss.

24. MARQUES, Claudia Lima. In: _____. BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 109.

25. VEJA MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PRÉFFER, Roberto A. Castellan (coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos - ADIn 2.591*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 363-395 (Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 28).

26. Veja, por todos, MARQUES, Claudia Lima. *Direito na pós-modernidade e a teoria de Erik Jayme*. In: OLIVEIRA, José Alcebades Jr. (org.). *Fóruns do multiculturalismo*. Santo Angelo: Edifuri, 2007, p. 21 e ss.

2. DIÁLOGO DAS FONTES COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO DE APLICAÇÃO CONJUNTA E COORDENADA PELOS VALORES CONSTITUCIONAIS DAS FONTES DE DIREITO PRIVADO

Canaris considera que o século XX representou para a ciência do direito uma certa "letargia".²⁷ Já Karl Larenz destacava, na formação de um pensamento sistêmico-abstrato no direito, a grande contribuição da jurisprudência dos inteiros do século IX (*Begriffsjurisprudenz*),²⁸ em capítulo sobre a pergunta de sistema, que a edição conjunta de Larenz-Canaris – por sua superação – até mesmo retirou da edição estudantil (*Studienausgabe*) do livro de 1995.²⁹ Santi Romano, desde 1918, defendia uma visão concreta do direito como um corpo "vivo" de normas, uma ordem jurídica seria um fenômeno da vida real.³⁰ Em 1935, Karl English defendeu que a unidade do direito favorece sua interpretação sistemática e coerente das normas.³¹ Norberto Bobbio, com sua importante obra *Da estrutura à função*, defendia também "uma teoria funcionalista do direito",³² da mesma forma que Theodor Viehweg defendeu uma visão sistemática e histórica do uso da tópica, para solucionar os problemas cada vez mais fragmentários do direito.³³

A teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes insere-se nessa grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito³⁴ e uma nova perspectiva mais humanista³⁵

27. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisbon: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX.

28. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Heidelberg: Springer, 1991, p. 165.

29. LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Heidelberg: Springer, 1995. Vorwort, p. V.

30. ROMANO, Santi. *Lezioni giuridiche*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002, p. 5. Prefácio de Pierre Mayer.

31. Veja, sobre a importância desta ideia na evolução da teoria geral do direito, KRAWIER, Ernst-A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p. 65.

32. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2008, p. 53 e ss.

33. VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. 5. ed. München: Beck, 1974, p. 7. Vorwort.

34. Assim o seu curso de Haia: 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, p. 36 e ss.

35. Sobre o *Leitmotiv* dos direitos humanos em sua teoria veja, também, *Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts*. In: JAYME, Erik. *Gesammelte Schriften Band 3 – Internationales Privatrecht und Völkerrecht*. Heidelberg: Müller, 2003, p. 95 e ss.

sobre a relação entre as normas,³⁶ como se o sistema interno e externo de Philippe Heck (*äusseres und inneres System des Rechts*)³⁷ pudesse ser transplantado para uma visão unitária e coerente do direito internacional, ordenado pelos direitos humanos, valores maiores e fundantes desta ordem. Transferindo esta ideia para o direito interno, os direitos fundamentais e o direito privado, a *Drittwirkung* e a interpretação conforme à Constituição guiaríamos o sistema.³⁸ Ou, nos conflitos entre o direito interno e o direito internacional público, os valores-guias seriam a valorização dos direitos humanos e a interpretação *pro homine*.³⁹

Interessante notar que a teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes transcende o debate sobre as teorias “positivistas” do direito, pois trata em princípio da coerência do direito posto. Kelsen chegou a afirmar que “justo... é meramente outra palavra para jurídico”⁴⁰ e que, “para a ciência do direito, existiria somente um direito: o direito positivo ou positivado”.⁴¹ O diálogo das fontes é diálogo entre leis postas, mas também pode atingir normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais,⁴² a exemplo do art. 7.º do CDC,⁴³

36. Assim também destaca AMARAL JR., Alberto. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 151 e ss. Veja, sobre estas novas tendências, PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tome 276 (1999), p. 84 e ss.

37. Veja, sobre esta teoria, KRAMER, p. 66 e ss.

38. Com visão semelhante, KRAMER, p. 67 e ss.

39. Assim conclusão da bela tese, baseada nos ensinamentos de Erik Jayme e que teve o prazer de orientar, de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227 e ss.

40. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 78.

41. No original: “Für die Rechtswissenschaft gibt es nur ein Recht: das positive Recht”. Apud DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 145, citando Kelsen, Die Selbstbestimmung des Rechts (1963), RWS, p. 1450.

42. MARQUES, Cláudia Lima. In: _____; BENJAMIN, Antônio H. de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 312 e ss.

43. Interessante análise do art. 7.º do CDC, como abertura do subsistema próprio de proteção do consumidor, está presente no livro de ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 43.

e reconhece a força dos princípios imanescentes do sistema e do bloco de constitucionalidade.⁴⁴ É teoria humanista e humanizadora, pois utiliza o sistema de valores, para ter em conta em sua coordenação ou a restaurar a coerência abalada pelo conflito de leis, o ponto de vista concreto e material das fontes em “colisão”.⁴⁵

Ao valorar os princípios, normas e o sistema de valores imanescentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman, pois para este autor o direito tem uma “função social a realizar, e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que ele deve reger”.⁴⁶ E mais: ao se construir com base no direito internacional dos direitos humanos, navega-se pelas águas das mais atualizadas da teoria geral do direito.⁴⁷

Há sem dúvida um aporte “político” de teoria geral nos instrumentos sobre a aplicação das leis, como se depreende dos arts. 1.º e 2.º da Lei de Introdução de 1942, que mudou de nome em dezembro de 2010, para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas não de conteúdo. Da mesma forma, na ideia de que as leis hoje não são mais “castelos” estanques e compartimentados “feudos” de uma só lei, mas que, sob a ordem dos valores constitucionais, as leis a aplicar podem compartilhar “finalidades e raios” 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, lei especial, microsistema ou lei geral – logo, tem um componente de política⁴⁸ de aplicação e interpretação do sistema.

44. Veja, sobre o tema, ARAUJO, Nádia. *Direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; e HC 87.585-8-TO, em MARQUES, Cláudia Lima. In: _____; BENJAMIN, Antônio H. de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 316.

45. Assim ensina MAVER, Pierre. Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tome 327 (2007), p. 258 e ss.

46. No original: “Le droit ayant une fonction sociale à remplir, ne peut être conçu, de façon réaliste, sans référence à la société qu'il doit régir”. – PERELMAN, Charles. *Logique juridique* (reimpressão histórica da 2.ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999. p. 175.

47. Veja a obra de BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: UTB, 2006.

48. Neste sentido também VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Nesses, 2005. p. 35.

Natalino Irti, desde a primeira edição de 1979 de seu famoso livro *Lezioni della decodificazione*, perguntava-se "como salvar o Código Civil".⁴⁹ Respondia que, na década de 70, em um mundo de insegurança, da fuga do Código Civil através da descodificação em microsistemas, o Código Civil italiano teria apenas uma função residual e de "centro" do direito privado (*Il particolarismo e la funzione residuale del codice civile*).⁵⁰ Já no prefácio da 4.ª edição de 1999 do mesmo livro, intitulada *Descodificação, vinte anos após*, concluiu o autor italiano que o método dos microsistemas, apropriando-se da tradição civilística, não reduzia a racionalidade sistêmica do direito privado italiano, apesar da multiplicação das leis especiais.⁵¹ Novas influências criativas viriam da própria pluralidade de mercados, dos espaços econômicos (integrados, no caso da Europa) e seus atores econômicos (fornecedores e consumidores).⁵²

Em resumo, método é o caminho para se obter um conhecimento e ao mesmo tempo é um procedimento a validar e legitimar o resultado científico de um instrumento.⁵³ Aplicar a lei, com olhos de afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje, se conhecemos o método criado por Erik Jayme, um importante instrumento para a solução justa dos casos. Vejamos, pois, a beleza e a utilidade de sua teoria.

2.1 A teoria de Erik Jayme sobre o pluralismo pós-moderno e o "diálogo" das fontes

A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: *di-a-logos*, duas "lógicas", duas "leis" a seguir e a coordenar um só encontro no "a", uma "coerência" necessariamente "a restaurar" os valores deste sistema,

49. Reprodução em Irti, Natalino. *Lezioni della decodificazione*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999. p. 42.

50. Irti, *Lezioni della decodificazione*, p. 44-45.

51. Idem, p. 6-8. No original, p. 7 e 8: "La divisa, di sapore jheringhiano, con la quale si chiude il libro, 'attraverso il codice civile, ma oltre e al di là del codice civile', sta a indicare che il metodo dei micro-sistemi, appropriandosi della tradizione civilistica, non riduce la razionalità sistematica, ma cura di allargarla ed espanderla ai territori delle leggi speciali".

52. Idem, p. 10-11.

53. Veja, sobre método de pesquisa e método de justificação, Marques, Claudia Lima. A pesquisa em direito: um testemunho sobre a pesquisa em grupo, o método Sprechstunde e a iniciação científica. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 12, 2002, p. 147 e ss.

desta "nov-a" ordem das fontes, em que uma não mais "re-vo-ga" a outra (o que seria um mono-*logo*, pois só uma lei "fala"), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

Em outras palavras, diálogo das fontes é uma expressão simbólica, simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plurimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-descodificação, uma grande complexidade no antes simples fato — ou ato — de o aplicador da lei "escolher" entre as fontes (em aparente conflito) a lei ou leis a serem aplicadas ao caso concreto. No direito internacional, onde foi criada, simboliza a passagem do conflito de leis à coordenação de leis ou de ordens jurídicas.⁵⁴

Em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erik Jayme ensinava que diante do "pluralismo pós-moderno" de fontes legislativas, a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo.⁵⁵ A expressão usada antigamente era a de conflitos de leis no tempo, ou direito intertemporal, a significar que, como haveria "colisão" entre os campos de aplicação dessas leis, por exemplo, uma lei anterior de 1990, como o Código de Defesa do Consumidor, ou de 2002, como o novo Código Civil brasileiro e uma lei posterior, como a lei sobre consórcio, a solução do "conflito" seria a prevalência de uma e a consequente exclusão (ab-rogação, derogação, revogação) da outra ou outras do sistema.

Nesta visão "perfeita" e "moderna" teríamos a "têse" (lei antiga), a "antitese" (lei nova) e a síntese (revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema. Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se a hierarquia.⁵⁶ Erik Jayme alerta, porém, 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.⁵⁷ Nestes novos tempos, a superação de paradigmas é subs-

54. Assim a introdução do curso geral de Haia de Mayer. Pierre. Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tome 327 (2007), p. 23 e ss.

55. Jayme, *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 60 e 251 e ss.

56. Veja Boinco, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1990. p. 92; e Des critères pour résoudre les antinomies. In: PERELMAN, Ch. (coord.). *Les antinomies en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1965. p. 255.

57. Veja detalhes em Marques, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor

tuitida 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. O grande mestre de Heidelberg propõe então uma segunda solução, a coordenação dessas fontes:⁵⁸ da retirada do sistema (revogação) ou “monólogo” de uma norma só à convivência das normas, ao “diálogo das fontes”.⁵⁹

Como afirmei,⁶⁰ “diálogo” em virtude das 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 pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos)⁶¹ ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.

O diálogo das fontes é iluminado pelos valores constitucionais e os direitos humanos ou fundamentais. Realmente, o diálogo das fontes – como método – valoriza os valores constitucionais que iluminam esta solução de coerência restaurada do sistema,⁶² de um direito privado que coloca a pessoa humana em seu centro,⁶³ como ensina o grande jurista latinoamericano Jorge Mosset Iturraspe.⁶⁴

e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, jul.-set. 2004, p. 34 e ss.

58. JAYME, *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 60.

59. *Idem*, p. 259.

60. 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*, vol. 45, jan.-mar. 2003, p. 71 e ss.

61. Veja art. 1.º do Tratado de Olivos do Mercosul e Araújo, Nádia. Dispute resolution in Mercosur: the Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court. *Inter-American Law Review* (University of Miami), Winter-Spring 2001, vol. 32, n. 1, p. 25 e ss.

62. MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45, 2003, p. 75.

63. JAYME, *Recueil des Cours*, p. 36 e ss.

64. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Derecho civil constitucional*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

A proposta coordenação das fontes de Erik Jayme é uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência e ressaltar os direitos humanos (*Leitmotiv* da teoria de Erik Jayme). Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, e a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas, sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral.⁶⁵

Assim, em matéria de direito do consumidor, como tenho defendido,⁶⁶ o diálogo das fontes permite assegurar à pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme os valores e os princípios constitucionais de proteção especial, e renovar a aplicação do próprio sistema constitucional, com a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos (como o Pacto de San José da Costa Rica, Dec. 678, de 06.11.1992), considerados supraplegais, como para impedir a prisão por dívidas do depositário infiel, consumidor (RE 466.346-SP, rel. Gilmar Mendes, j. 03.12.2008), concretizando o princípio *pro homine*, defendido por Cançado Trindade,⁶⁷ e hoje consolidado na Súmula Vinculante 25 do STF: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁶⁸

Como já escrevi,⁶⁹ o método do diálogo das fontes é muito útil nos dias de hoje, de grande pluralismo de fontes e de incertezas em matéria de teoria geral do direito: assegura uma aplicação do conjunto de fontes a favor do consumidor.

65. Veja, sobre a influência da Constituição, MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. O direito fundamental de proteção ao consumidor e desafios do direito do consumidor brasileiro. In: REZAK, FRANCISCO; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Constituição Federal – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 644 e ss.

66. MARQUES, Claudia Lima. In: _____; BENJAMIN, Antônio H. de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 313-314.

67. TRINDADE, Antônio Cançado. *International law for humankind – Towards a new jus gentium*. Leiden: Nijhoff, 2010, p. 1 e ss.

68. Veja MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 70, p. 93 e ss.

69. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 727.

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. O domínio do método do diálogo das fontes ajuda na escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas “conforme à Constituição”. Evita, assim, a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, pois a aplicação conjunta e coordenada das fontes tem como consequência a inexistência de lacunas, onde o direito do consumidor pode ser complementado por outras leis e princípios, sempre a favor do sujeito tutelado no art. 5.º, XXXII, da CF/1988, o consumidor.⁷⁰

O outro elemento novo, neste olhar mais pós-moderno dos contratos e do campo de aplicação das leis, como no caso do CC/2002 e do CDC, é a função. Em outras palavras, como a relação pode ser civil, comercial e de consumo, não há como retirar da análise do aplicador da lei a visão funcional desta relação e do contrato daí resultante.⁷¹ Como antes mencionamos, há uma mudança de paradigma no fato de o direito privado atual⁷² se concentrar na igualdade procurada: é material e não formal. Há uma nova visão finalística e total (holística) da relação jurídica, e isso se reflete na pluralidade de normas a aplicar, orientadas pelos valores constitucionais. Vejamos agora, da teoria do mestre, que os nomes podemos dar aos diálogos possíveis entre fontes.

2.2 Os três tipos de diálogo das fontes (diálogo de coerência, de subsidiariedade e de adaptação) como instrumentos para a coordenação de fontes no complexo sistema do direito brasileiro

A complexidade do sistema brasileiro de direito privado é inegável. O método do diálogo das fontes é um instrumento novo de coordenação dessas fontes, de forma a restaurar a coerência do sistema, reduzir a sua complexidade e realizar os valores ideais da Constituição ou da modernidade, de igualdade, liberdade e solidariedade na sociedade. Como os critérios da escolástica eram três – hierarquia, especialidade e anterioridade –, esta nova visão deve

70. Veja exemplos jurisprudenciais do uso do diálogo das fontes para evitar lacunas: MARIQUES, Claudia Lima. In: _____; BENJAMIN, Antônio H. de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 342 e ss.

71. Assim SAURIANOR, p. 9.

72. Veja, sobre o tema, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, 2000, p. 3-12.

ter “diálogos”: a nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que 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; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador. Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático.

Ao analisar o diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, conclui que o modelo brasileiro de ter um código para iguais, um Código “geral” (e não mais central ou total!), como o Código Civil de 2002, e um código para diferentes, um microsistema,⁷³ subjetivamente especial e materialmente geral para todas as relações de consumo, é *suí generis* no direito comparado, como demonstram suas diferenças do *Code de la Consommation* da França e do *Codice del Consumo* da Itália. Essa diferença tem origem constitucional, pois o mandamento constitucional de defesa do sujeito vulnerável, o consumidor, imposto no art. 5.º, XXXII, da CF/1988, incluiu na lista de garantias e liberdades individuais e coletivas a proteção do consumidor, enquanto diferente agente ou “papel” da sociedade atual, e, ainda, incluiu um mandato (*Gebot*) imperativo de elaboração de um microcódigo autônomo e protetivo (art. 48 do ADCT-CF/1988).

Dai por que não houve revogação expressa, nem tácita do CDC pelo CC/2002, ficando a proteção do consumidor como “tema não incorporado” (art. 2.035 do CC/2002). Em outras palavras, o Código Civil de 2002 realizou a unificação das obrigações civis e comerciais, tornando-se um código “único”, mas não exaustivo, permanecendo a distinção das relações de consumo. A noção de igualdade no tratamento dos sujeitos desiguais pressupõe que as relações mistas, entre fornecedores e consumidores, serão tratadas diferentemente e se reconhecerá a vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I, do CDC), com um regime especial e mais protetivo do sujeito vulnerável.⁷⁴

Nestes estudos, ao refletir quais seriam os “diálogos” possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (art. 48 do ADCT-CF/1988) e o novo Código Civil, Lei

73. Irti, Natalino. *Codice Civile e società politica*. 3. ed. Roma: Laterza, 1999. p. 9.

74. Veja, neste sentido, VIENA, Adriana Carvalho Finio. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 19 e ss.

10.406/2002, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública (art. 2035, parágrafo único), pensei em que três são os tipos de "diálogo" entre essas leis: a) uma lei pode servir de base conceitual para outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação (diálogo de complementaridade e subsidiariedade), tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar; "diálogo" este exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era superada e "reirrada" do sistema pela outra; e, por fim, c) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richtrecht* (Direito dos Juizes) alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).

Essa terminologia (diálogo sistemático de coerência, de subsidiariedade e de adaptação), que pode ser usada também para o diálogo entre leis especiais, como o próprio CDC e, por exemplo, as leis que regulam o sistema financeiro nacional, foi bem aceita na doutrina⁷⁵ e na jurisprudência, como no histórico julgamento da ADIn 2.591, que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias. Na famosa ADIn dos Bancos, extrai-se, do voto do e. Min. Joaquim Barbosa, a seguinte passagem: "Entendo que o regime 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". Em relação ao alegado confronto entre lei complementar disciplinadora da estrutura do sistema financeiro e CDC, o Min. Joaquim Barbosa, referindo-se à técnica do *diálogo das fontes*, observa: "Não há, a priori, por que falar em exclusão for-

75. Veja, no direito interno, Bessa, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do CDC*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 101 e ss.; e Takruce, Flávio. *Função social dos contratos - Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 85 e ss. E, no direito internacional, Amaral Jr., Alberto. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 151 e ss.; e Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 128 e ss.

mal entre essas espécies normativas, mas, sim, em 'influências recíprocas', em 'aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente".

Efetivamente, essa solução sistemática pós-moderna chega em um momento posterior à decodificação, à tópica e à microrecodificação, e procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo; deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. A chave aqui é o campo de aplicação da lei.

O CDC é uma lei especial, subjetivamente, isto é, no que diz respeito aos sujeitos (*ratione personae*), no que diz respeito a consumidores, definidos de forma ampla pelo art. 2.º, caput e parágrafo único, pelo art. 29 e pelo art. 17 do CDC, em suas relações jurídicas com fornecedores, é lei especial. O CDC, porém, é lei geral, materialmente (*ratione materiae*), pois se aplica a todas as relações, contratuais e extracontratuais, do sujeito consumidor no mercado de consumo.

Quando os campos de aplicação eram realmente coincidentes, e as normas incompatíveis entre si, a solução do conflito de leis, a solução clássica, era "definitiva", seria a revogação de uma das leis, revogação total (ab-rogação) da lei ou revogação somente de algumas das suas disposições (derrogação). Poderíamos comparar a revogação à "morte" da norma jurídica: significa tirar a força obrigatória, a vigência de uma norma, por incompatível com as novas normas impostas pelo legislador, significa sua saída definitiva do sistema do direito.

Os critérios clássicos de solução dos conflitos de leis eram, por ordem de importância crescente: 1) a anterioridade (a lei mais nova supera e retira a lei anterior em conflito do sistema); 2) a especialidade (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/2002, a lei especial nova revoga a lei especial antiga, se regula inteiramente a matéria de que tratava a anterior); e 3) a hierarquia (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).⁷⁶

76. Para Berman, o aplicador da lei deve priorizar o critério hierárquico, que é o mais forte e mais importante em relação ao critério cronológico ou ao critério da especialização.

Os critérios clássicos de solução de conflitos encontram-se até hoje na Lei de Introdução, que é de 1942. Segundo dispõe o § 1.º do art. 2.º da LI, o conflito de leis no tempo pode resolver-se pela revogação (parcial ou total) de uma das leis em conflito, se incompatíveis entre si, se uma regula inequivocamente a matéria de que tratava a lei anterior, ou pela revogação expressa.

A revogação expressa ocorre somente em casos específicos e claros (por exemplo, o CDC, Lei 8.078/1990, revogou expressamente e deu nova redação aos §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do art. 5.º, ao art. 15, ao art. 17 e ao art. 18 da Lei 7.347/1985, que dispõe sobre a ação civil pública) e está cada vez mais rara. Nos demais casos, resta a revogação tácita, que exige para a sua determinação um exame muito atento do intérprete, em virtude do disposto no § 2.º do referido art. 2.º da LI, segundo o qual "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

A regra no direito brasileiro é, pois, como desejamos frisar, a da continuidade das leis, forçando o intérprete, sempre e novamente, a decidir-se pela aplicação de uma das normas. Indem-se os que consideram que a solução do conflito de leis viria somente do próprio legislador, sem a necessidade de uma maior atuação do intérprete. Ao contrário, no mais das vezes, é o aplicador da lei que soluciona as aparentes contradições no sistema do direito e casuisticamente, 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.⁷⁷

Se, porém, a decisão é entre o critério cronológico e o da especialização, a resposta já não é tão simples. A jurisprudência costuma presumir que prevalecerá o critério da especialização (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*). Assim, o conflito entre uma lei geral posterior (CC/2002) e uma lei especial anterior (CDC) seria resolvido pela presunção de que o legislador sabia do regime especial e não quis afastá-lo pela nova lei geral, pois o regime especial propiciaria maior justiça do que o geral. Trata-se, porém, de uma presunção, arraigada, sem dúvida, ao espírito dos juristas, mas que, segundo o mestre italiano, não é absoluta, pois a nova lei geral pode muito bem querer modificar o sistema (por exemplo, o que poderia ter acontecido em matéria de transportes, em uma leitura literal do art. 732 do CC/2002). Certo é que, em caso de conflito entre as soluções propostas pelo critério hierárquico e qualquer dos outros dois, o da anterioridade e o da especialização, prevalece o critério hierárquico, mas também certas relativizações são necessárias. O guia maior é a Constituição e os valores que impõe, como vimos nos capítulos anteriores (Bonomo, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. In: PERELMAN, Ch. (coord.). *Antinomies en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1965. p. 253-257).

77. Repeitindo, a regra é a do diálogo das fontes, da continuidade das leis especiais e gerais no sistema, pois, segundo o § 1.º do art. 2.º da LI, a lei posterior revogará

Também em matéria de leis especiais — por exemplo, a lei sobre planos de saúde é de 1996 e o CDC de 1990, logo, lei anterior, que cuida subjetivamente dos planos de saúde frente a consumidores, destinatários finais ou equiparados; ou a lei sobre incorporação imobiliária, lei do consórcio em que consumidores estão envolvidos — pode haver conflito ou diálogo. Neste caso, diante do disposto no § 2.º do art. 2.º da LI e da visão de sistema, pressupõe-se que o legislador não esqueceu que a CF/1988 mandou proteger os consumidores, a chamar a aplicação sistemática das normas do CDC — logo, há diálogo de coerência e de complementaridade, aplicando-se as duas leis especiais complementarmente e em uma convivência conforme aos valores da CF/1988.⁷⁸

Em resumo, também entre leis especiais há diálogo das fontes: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementaridade ou subsidiariedade e diálogo de adaptação ou coordenação. Note-se que raramente é o legislador quem determina esta aplicação simultânea e coerente das leis especiais (um exemplo de diálogo das fontes ordenado pelo legislador é o art. 117 do CDC, que mandou aplicar o Título III do CDC aos casos da anterior Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, isto "no que for cabível", "à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais"), e sim, geralmente, tal diálogo é deixado ao intérprete e aplicador da lei, que geralmente aplica o CDC.

a anterior somente quando: 1) expressamente o declare; 2) regule inequivocamente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível. Esta regra é repetida no § 2.º do art. 2.º da LI, que afirma: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

78. Essa convivência de aplicação simultânea da lei especial iluminada pelos princípios da lei nova, subjetivamente especial, o CDC, foi identificada pela jurisprudência do STJ, que assim ensina: "O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva" (STJ, REsp 238.011-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.02.2000). Em relação às mensalidades escolares, o STJ aplica simultaneamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.870/1999: "Consumidor — Contrato de prestação de serviços educacionais — Mensalidades escolares — Multa moratória de 10% limitada em 2% — Art. 52, § 1.º, do CDC — Aplicabilidade — Interpretação sistemática e teleológica — Equidade — Função social do contrato. É aplicável aos contratos de prestação de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1.º do art. 52 do CDC. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 476.649, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.11.2003, DJU 25.02.2004).

Em relação ao CDC, a jurisprudência brasileira foi pródiga em determinar estes diálogos de coerência, orientada pelo mandamento de proteção dos consumidores. Um bom exemplo é o transporte aéreo, em que havia lei especial (Código Brasileiro de Aeronáutica) e tratados especiais limitando as indenizações (em especial, o sistema da Convenção de Varsóvia, que é de 1928). Assim, o Superior Tribunal de Justiça aplica o CDC em caso de transporte nacional prevalentemente em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica (diálogo de subsidiariedade) e aplica, em caso de transporte internacional aéreo, o sistema especial do transporte aéreo previsto no Tratado para determinar a responsabilidade (limitada) de danos materiais, mas aplica simultaneamente o CDC para uma reparação integral de danos morais, em caso de perda de bagagem.⁷⁹

79. Exemplo da primeira linha de diálogo de coerência e subsidiariedade (prevalência do CDC) em decisão do STJ é o REsp 196031-MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 24.04.2001, cuja ementa ensina: "Direito do consumidor - Lei 8.078/90 e Lei 7.565/1986 - Relação de consumo - Incidência da primeira - Serviço de entrega rápida - Entrega não efetuada no prazo contratado - Dano material - Indenização não tarifada. I - Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitam com o Código de Defesa do Consumidor. II - As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas. III - Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja consequência não deve arcar o consumidor". Exemplo da primeira linha de diálogo de coerência e adaptação (aplicação também dos valores constitucionais e do princípio de reparação integral do CDC) encontra-se em decisão do STJ, REsp 156240-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.11.2000. Registre-se, também, o seguinte julgamento: "Civil - Transporte aéreo - Carga - Mercadoria - Extravio - Transportador - Indenização integral - CDC - Aplicação - Convenção de Varsóvia - Afastamento. I. A jurisprudência pacífica da 2.ª Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença" (STJ, REsp 552.553, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12.12.2005, DJU 01.02.2006). Em matéria de transporte aéreo, a jurisprudência do STJ proclama que "o Código de Defesa do Consumidor incide em caso de indenização decorrente de extravio de bagagem" (AgRg no Ag 878-886-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.10.2008).

Outro bom exemplo é o diálogo entre a legislação especial bancária e o CDC, que se aplicam ao mesmo tempo, como o Min. Joaquim Barbosa do STF ensinou na decisão da ADIn dos Bancos (ADIn 2.591). O STJ já determinara essa aplicação coerente e harmoniosa na Súmula 297: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".⁸⁰

80. Exemplo desse diálogo de coerência entre a legislação bancária, financeira, de crédito e securitária e o CDC, determinado pelo STJ, é o REsp 323.986-RS, j. 28.08.2001, rel. Min. Nancy Andrighi: "Direito comercial e econômico - Recurso especial - Alienação fiduciária - CDC - Aplicabilidade. A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária sujeita-se às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, no que couber, consoante este estatuto harmoniosamente com a disciplina do Dec.-lei 911/1969". O STF também utiliza a expressão diálogo das fontes. Como afirmou o culto voto do Min. Joaquim Barbosa, coerência do ordenamento jurídico brasileiro, esta harmonia entre normas de direito privado (bancárias e de consumo) é de origem justamente constitucional, é um mandamento constitucional, e deve haver aplicação do CDC a estes serviços de consumo, mesmo havendo legislação especial: "As normas ali contidas, portanto, são plenamente aplicáveis a todas as relações de consumo, inclusive aos serviços (conceito definido no art. 3.º, § 2.º, CDC) prestados pelas entidades do Sistema Financeiro Nacional. Do exposto, julgo improcedente a ação indireta". É o diálogo das fontes de direito privado, diálogo guiado pelos valores constitucionais (art. 5.º, XXXII, da CF) e pelos princípios do art. 170 da CF, inclusive o inc. V, sobre os direitos do consumidor. Segundo a decisão da ADIn 2.591, são estes os valores a serem considerados em diálogo. Não pode haver privilégio aos bancos, que normas de conduta básica e princípios constitucionais de harmonia no mercado a eles não se aplicam. A decisão da ADIn 2.591 explica o posicionamento sábio do STF: "Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram - operações bancárias e serviços bancários -, que podem ser definidos por lei ordinária". No REsp com incidente de Repetitivo 1.061.550-RS, a 2.ª Seção do STJ, com a relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi, no final de 2008, novamente reiterou a necessidade de aplicação prioritária do CDC aos serviços bancários, no caso de alienação fiduciária de uma motocicleta a um consumidor, em diálogo com a legislação bancária, em especial, sobre juros. No tocante aos juros remuneratórios, segundo esta jurisprudência do STJ, "não incide a limitação a 12% ao ano, prevista no Dec. 22.626/1933, salvo hipóteses legais específicas, visto que as instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, são regidas pela Lei 4.595/1964. Tal entendimento, ressalte-se, não

É possível afirmar hoje, no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Estaduais, os juízes de primeira instância e os JECs consolidaram o uso do método do diálogo das fontes como caminho para — em casos difíceis — assegurar a prevalência do princípio *pro homine* e desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por aplicação do CDC às relações privadas.

Se, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça se mostrava resistente à ideia de convivência de fontes como eficácia da proteção constitucional especial aos consumidores, como se observa nos votos vencidos que usaram a expressão em matéria de serviços públicos (REsp 911.802, Min. Herman Benjamin) e do uso do prazo prescricional geral se mais favorável ao consumidor (REsp 782.433, Min. Nancy Andrighi), note-se que a ideia de um “diálogo” de aplicação simultânea do CDC, CC/2002 e leis especiais para realizar de forma mais eficaz a proteção do consumidor foi recebida nas decisões mais recentes do STJ, em matéria de SFH (REsp 969.129-MG), transporte (REsp 821935-SE), seguros (REsp 403.155-SP), crianças (REsp 1.037.759-RJ), idosos (REsp 1.057.274-RS), bancos (REsp 347.752-SP) e serviços públicos (REsp 1.079.064-SP), e a expressão diálogo das fontes já consta de algumas de suas ementas (veja REsp 1.037.759-RJ).⁸¹

Como já destaquei,⁸² o diálogo das fontes é hoje utilizado fortemente pelos Tribunais estaduais e nos Juizados Especiais para indicar a aplicação simultânea do CDC com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção do consumidor, seja em casos de compra e venda de imóveis (TJRN, ApCiv 2009.010644-0), de alienação fiduciária (TJSC, ApCiv 2008.079519-6), de empreitada (TJSP, APL-Rev. 281083-4/3), de vícios de desconformidade entre projeto informado e construção (TJSP, ApCiv 4071574/8), de planos de saúde envolvendo idosos (TJMG, ApCiv 1.014508464280-3) e de prazo prescricional mais favorável ao consu-

foi alterado após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas também se aplicam aos contratos firmados por instituições bancárias. Visando à harmonização dos referidos diplomas legais, esta Corte Superior consagrou a manutenção dos juros no percentual avençado pelas partes, desde que não restie sobejamente demonstrada a exorbitância do encargo” (AgRg no REsp 1.065.245-MG, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 14.10.2008).

81. MARQUES, Claudia Lima. In: ———; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 112-113.

82. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 737.

midor em danos morais e materiais (TJPR, AgIn 0436009-4) e prazo prescricional mais favorável em planos de saúde (TJRS, ApCiv 70025426735). Assim como nos JECs, em casos difíceis como de confissão de dívida eivada de abusividade consolidada por carta de crédito nula (TJSP, APL-Rev. 2932274/4), de elisão da devolução em dobro pelo banco que desiste da ação antes da citação (TJDF, Rec. 20008011003076-8), de concretização da cláusula geral de boa-fé para estabelecer juros usurários e revisão por onerosidade excessiva (TJBA, Rec. 12893-7/2006), de nulidade de cláusula barreira de aumento de 100% para idosos em planos de saúde logo antes de poder se beneficiar do Estatuto do Idoso (TJRS, Rec. Inominado 71000539718).⁸³

Se o diálogo entre o CDC e o Código Civil de 2002 é interessante, a verdade é que o jurista brasileiro já estava acostumado a realizar este diálogo, assim me parece, o mais interessante na recepção da teoria no Brasil, o diálogo entre o CDC e as leis especiais. Isso porque por muito tempo aqui se defendeu a prioridade da lei “mais especial” e não necessariamente a hierarquia ou os valores constitucionais prevalentes. Assim que nos interessa refletir sobre os diálogos entre as leis especiais entre si, sejam especiais materialmente (como o exemplo citado do diálogo entre o CDC e a lei de planos de saúde), sejam subjetivamente (como o exemplo antes citado do diálogo entre o CDC e o Estatuto do Idoso).

Efetivamente, em matéria de relações de consumo no Brasil, o diálogo das fontes permitiu assegurar à pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme aos valores e aos princípios constitucionais de proteção especial do art. 5.º, XXXII, da CF/1988, e este fato merece um estudo especial.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS, CRIANÇAS E CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS: A APLICAÇÃO FAVOR DEBILIS DAS FONTES EM CONFLITO

Como ensina Erik Jayme,⁸⁴ o princípio da igualdade exige que situações diferentes sejam tratadas diferentemente. Chega-se à igualdade ao se levar em consideração as diferenças. Hoje temos leis especiais que asseguram direitos

83. MARQUES, Claudia Lima. In: ———; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 110.

84. 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, p. 251. “Le principe de légalité exige que les situations différentes soient