

Jorge Luiz Dantas: Juristas devem aceitar a coexistência de paradigmas

A teoria do Diálogo das Fontes pode ser entendida como um modo de enfrentamento dos conflitos entre diversas normas com vistas à preservação de sua coexistência ou convivência. Trata-se de um rompimento do paradigma da exclusão das normas, seja em face de sua anterioridade (revogação expressa ou tácita), seja em relação à sua especialidade.

A professora Cláudia Lima Marques foi quem introduziu a Teoria do Diálogo das Fontes no Brasil, teoria esta idealizada pelo jurista alemão Erik Jaime. Parte-se do artigo “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002”, de autoria da referida professora, para o desenvolvimento das idéias a seguir apresentadas.

Neste sentido, os contornos dados pelo Idealizador da Teoria são os seguintes: [\[1\]](#)

“... nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do „*droit à la différence*“ (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas.

Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de ‘incorporação’, como bem expressa o artigo 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.”

Trata-se, pois, de cotejo entre as diversas normas existentes que, aplicadas ao caso concreto, necessitam de interpretações pontuais (tópicas) construídas por meio de abordagem sistemática. Não há anulação, aniquilação, de uma norma pela outra, mas coexistência, predominância de uma em relação à outra no caso individualmente considerado.

A apreensão da Teoria do Diálogo das Fontes necessita, contudo, de conhecimento do arcabouço teórico que viabilizou sua aplicação no Brasil. Deste modo, antes de apontar casos concretos em que a indigitada teoria foi adotada, cumpre tratar, ainda que de modo sucinto, o ambiente histórico que lhe serviu de pano de fundo.

Constituição como fonte primária

Com a devida advertência de que esta abordagem busca apenas fundamentar a aplicação da Teoria do



Diálogo das Fontes em nosso ordenamento jurídico, é preciso distinguir as duas fontes primárias informadoras do Direito Civil brasileiro, quais sejam, o Código Civil e a Constituição Federal de 1988.

1 – O Código Civil de 1916, inspirado no Código Civil Francês, tinha caráter patrimonialista e garantia a liberdade e o direito de propriedade. Nas palavras de Gustavo Tepedino^[2]:

“A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas.”

Por muito tempo entendeu-se que o Código Civil era a Constituição Privada a regular as relações patrimoniais entre os indivíduos, as quais não eram regidas pelo Estado.

Esta idéia foi bem desenvolvida por Paulo Luiz Netto Lôbo^[3]:

“Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social. Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade.

Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens.”

É de se afirmar que o direito civil protegia o interesse patrimonial de forma asséptica, pouco importando



se esta proteção sobrepujasse valores sociais que enaltecessem a dignidade da pessoa humana.

2 – A Constituição Federal de 1988, por sua vez, de forma inédita, tratou de temas que até então eram restritos ao direito privado, impingindo observância de todo ordenamento infraconstitucional a seus preceitos.

Ocorreu a chamada constitucionalização do direito civil, entendida tal como a necessidade de interpretação dos institutos sob a égide da Constituição Federal. O eixo de todo ordenamento passou a ser a Constituição Federal.

Infere-se daí que a Carta Magna trouxe nova tábua axiológica prestigiando: a dignidade da pessoa humana; a solidariedade social e erradicação da pobreza; a liberdade e a igualdade substancial.

Houve também a publicização do Direito Civil, sendo esta compreendida como a intervenção estatal nas relações privadas como modo de garantir o equilíbrio e a igualdade material nas relações formadas por sujeitos substancialmente diferentes.

Assim, neste novo cenário,

“configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o artigo 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O artigo 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os artigos 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.” [\[4\]](#)

Celina B. de Moraes [\[5\]](#), conclui que

“Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.”

É clarividente que a prevalência constitucional traz em seu bojo alterações significativas relacionadas aos sistemas interpretativos. Não cabe, atualmente, de modo absoluto, conforme já escrito, a dicotomia generalidade/especialidade, anterioridade/ulterioridade.

Isto porque as normas coabitam o ordenamento jurídico sem que com isso necessitem se anularem. Espera-se do intérprete, ante vasto campo normativo (in)formado por cláusulas abertas, concretizar — concreção em detrimento da subsunção — a solução individualizada do caso trazido a deslinde.

Feitas estas considerações, passa-se a analisar a jurisprudência existente sobre o tema bem como breve exposição de suas aplicações.

Aplicação da teoria

A teoria do Diálogo das Fontes tem sido aplicada em nossos tribunais em diversas oportunidades. Assim ocorreu na Apelação nº 991.08.042441-6/SP, na qual uma relação consumerista teve afastado o prazo prescricional previsto no Código de Defesa do Consumidor para aplicar as normas do Direito Civil por serem mais favoráveis ao consumidor.

Apelação 991.08.042441-6 — Tribunal de Justiça de São Paulo

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos bancários, tanto que, nesse sentido, foi formulada a Súmula 297 do C. Superior Tribunal de Justiça a respeito: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Entretanto, não incide o prazo prescricional quinquenal do Código de Defesa do Consumidor, pois, de acordo com o desembargador Windor Santos, nas Apelações 7.309.933-3 e 7.206.571-9, aplica-se a Teoria do Diálogo das Fontes: "Também não é caso de prescrição ou decadência pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a jurisprudência praticamente unânime aplica à matéria as normas do Direito Civil, por serem mais favoráveis ao consumidor efetuando o chamado "diálogo das fontes".

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFEITO EM CONSTRUÇÃO – PRAZO DECADENCIAL A SER OBSERVADO, NO CASO, É O DO ARTIGO 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, PORQUE MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR DO QUE O ESTATUÍDO NO ARTIGO 26, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DIÁLOGO DAS FONTES – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 7º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DECADÊNCIA AFASTADA – VÍCIOS SOBEJAMENTE COMPROVADOS PELAPERÍCIA – IRRELEVÂNCIA, NO CASO, DE SE TRATAR DE DEFEITOS, APARENTES OU OCULTOS, POR CONTA DO PRAZO DECADENCIAL VINTENÁRIO – PEDIDOS PROCEDENTES – RECURSO PROVIDO". (TJ-SP -Apelação Cível 318.479.4/3-00 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Privado -Rei. Des. A.C.Mathias Coltro – Julgamento em 30.01.2008); "RESPONSABILIDADE CIVIL POR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO – Desconformidade entre o projeto e a obra – Paredes de espessura inferior às constantes do projeto, que provocam alterações acústicas e de temperatura nas unidades autônomas – Responsabilidade da incorporadora e construtora pela correta execução do empreendimento – Vinculação da incorporadora e construtora à execução das benfeitorias prometidas, que integram o preço – Desvalorização do empreendimento – Indenização pelos vícios de construção e pelas desconformidades com o projeto original e a oferta aos adquirentes das unidades -, Inocorrência de prescrição ou decadência da pretensão ou direito à indenização – Incidência do prazo prescricional de solidez da obra do Código Civil – Diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor

– Ação procedente – Recurso improvido." (TJ-SP – Apelação Cível 407.157.4/8-00 – Piracicaba – 4ª Câmara de Direito Privado – relator desembargador Francisco Loureiro – Julgamento em 29 de maio de 2008).

Ocorre que o tema chegou à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 489.895-SP e este entendeu dever prevalecer o prazo prescricional previsto no Código de Defesa do Consumidor, qual seja, cinco anos, sem, sequer fazer referência à aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes.

Em julgamento posterior, a ministra Nancy Andrighi, na relatoria do Recurso Especial 1.009.591-RS acompanhou a 2ª Seção do STJ, sem, contudo, deixar de fazer a seguinte ressalva merecedora de reprodução:

"Por outro lado, as regras de autonomia e especificidade do CDC merecem temperamento, sobretudo em virtude do próprio teor do seu artigo 7º, que admite expressamente a possibilidade de justaposição da lei consumerista com outras normas compreendidas no sistema geral de defesa do consumidor.

Com efeito, o mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio de uma ou de outra norma. O denominado “direito do consumidor” tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico.

Ciente disso, o legislador inseriu o artigo 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor.

Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá ser acrescida ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Conforme ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, “o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o artigo 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 185).

Nesse contexto, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e complementa o CDC, de modo que se aquele for mais favorável ao consumidor do que este, não será a lei especial que limitará a aplicação da lei geral; estas dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo.

No particular, o prazo mais favorável ao consumidor é aquele do art. 177 do CC/16, que fixa um prazo prescricional de 20 anos, devendo, por esse motivo, prevalecer sobre o prazo de 05 anos previsto no art. 27 do CDC. Note-se que, ao contrário do que afirma a Philip Morris, inexistiu renúncia ao prazo prescricional, o que implicaria em ofensa ao artigo 161 do CC/16. Houve tão-somente a prevalência, autorizada pelo referido diálogo de fontes, do prazo que melhor cumpre os ditames constitucionais de

proteção ao consumidor.

Em que pese a prevalência da tese diversa, parece-me que o entendimento da ministra Nancy Andrighi abarca a compreensão correta do microssistema criado para a defesa do consumidor, o qual não se esgota em si mesmo, mas se completa, dialoga com as diversas leis que possibilitam a maior proteção ao consumidor.

Por fim, vale trazer a este artigo aplicação já pacificada no STJ da Teoria do Diálogo das Fontes no que se refere à incidência de normas do Código de Processo Civil que tornam a as execuções fiscais mais céleres, ainda que haja Lei especial a tratar da matéria.

É o que está disposto nos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ARTIGO 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. "DIÁLOGO DAS FONTES". AgRg no REsp 1030569 / RS. Ministro HERMAN BENJAMIN – 2ª Turma.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. PRECEDENTES. REsp 1065668 / SC. Relator Ministro LUIZ FUX. 1ª Turma.

Sistema protetor

A Constituição Federal de 1988 inseriu viés principiológico no ordenamento jurídico brasileiro que culminou, em sede infraconstitucional, na formulação de cláusulas abertas, as quais devem ser preenchidas segundo a particularidade de cada caso levado ao Poder Judiciário. Além disso, a observância vertical à Constituição, bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exigiram do legislador criatividade ímpar a buscar a plenitude da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor, salvo melhor juízo, é expressão maior desse esforço legislativo, pois possibilitou, por meio de suas normas, a configuração de um intrincado sistema protetor formado por diversas leis que subsistem e dialogam constantemente.

É neste universo que os operadores do Direito devemos construir nossas teses: conjugando normas sem eliminá-las, relativizando sua incidência, mas garantindo a coexistência dentro do sistema, pois não há especialidade ou generalidade normativa que, sozinha, possa, neste mundo de relações extremamente complexas, abranger todos os conflitos que nos são apresentados.

Referências

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. Revista da ESMESE, número 07, 2004.



TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em:<
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em 29 de agosto de 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 489.895, Brasília, DF, 10 de março de 2010. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200201599500&dt_publicacao=23/04/2010.
Acesso em: 7 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.009.591, Brasília, DF, 13 de abril de 2010. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702787248&dt_publicacao=23/08/2010.
Acesso em: 07 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.030.569, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2009. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200800336810&dt_publicacao=23/04/2010.
Acesso em: 07 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.065.668, Brasília, DF, 25 de agosto de 2009. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801228375&dt_publicacao=21/09/2009.
Acesso em 07 de setembro de 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº. 991.08.042441-6, São Paulo, 27 de julho de 2010. Disponível em:<

<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4632175&v1Captcha=rfsaa>. Acesso em 07 de setembro de 2010.



[1] MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. Revista da ESMESE, nº07, 2004.

[2] TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2004, página 217.

[3] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível na Internet. Acesso em 29 de agosto de 2010.

[4] MORAES, Maria Celina Bodin. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

[5] Idem.

Meta Fields