



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo

Patrícia Ferreira de Almeida Monteiro

Rio de Janeiro
2014

PATRÍCIA FERREIRA DE ALMEIDA MONTEIRO

A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

Patrícia Ferreira de Almeida Monteiro

Graduada pela Universidade Gama Filho. Advogada. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito *Lato Sensu* pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho visa analisar o conceito, a origem e a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no ordenamento jurídico pátrio, em especial, às relações de consumo, por meio da ideia de que, diante da pluralidade de normas existentes, e da constante e acelerada modificação do cenário social atual, as fontes não mais se excluem, revogando-se mutuamente, pelo contrário, “falam” umas com as outras, coordenando-se entre si, uma vez que o sistema jurídico é uno.

Palavras-chave: Diálogo das fontes. Teoria alemã. Direito Civil-Constitucional. Proteção Constitucional dos Direitos Fundamentais do Consumidor. Antinomias Jurídicas. Microsistema. Complementação das normas. Funcionalidade. Pluralismo das fontes legislativas.

Sumário: Introdução. 1. Origem da Teoria do Diálogo das Fontes. 2. Ordenamento jurídico unitário. 3. Introdução da Teoria do Diálogo das Fontes no sistema jurídico brasileiro. 4. Aplicação da teoria às relações de consumo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho terá como objeto de análise a Teoria do Diálogo das Fontes no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque especial em sua aplicação às relações consumeristas.

Cuida-se de uma teoria idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela Dra. Claudia Lima Marques, professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

A aludida teoria revela a tendência futura de que o ordenamento jurídico pátrio deveria ser interpretado como um sistema único, harmônico e coordenado entre si, no qual a criação de uma norma não suplantaria a outra, como previu Norberto Bobbio por intermédio

dos critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas, mas estabeleceria uma relação de complementariedade.

Busca-se, assim, observar se o “diálogo” entre as fontes, seja em razão da aplicação conjunta de duas normas simultaneamente e para o mesmo fato, seja permitindo a opção pela fonte prevalente que, de fato, ensejará a adoção da melhor solução aos conflitos com os quais a sociedade brasileira, ante as transformações da vida cotidiana, das relações econômicas e interpessoais, se depara, principalmente, no que diz respeito às relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

Pretende-se despertar a atenção dos operadores do Direito para o pluralismo legislativo que se vive atualmente, de modo a demonstrar que somente o “diálogo” entre as normas, mormente quando possuem campos de aplicação convergentes, levará à coordenação das fontes jurídicas, imprescindível nesses tempos “pós-modernos”, como bem definiu Erik Jayme. De igual forma, busca-se afastar a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor é um “microsistema jurídico” totalmente isolado das demais normas e codificações.

Para tanto, serão estudadas a origem e a maneira como se desenvolveu a teoria no direito alienígena; a possibilidade de se solucionar as antinomias jurídicas pelos critérios clássicos, não obstante a tendência atual de coordenação e harmonização das normas do ordenamento jurídico, concebido com um sistema único; além da forma de se evitar que a inflação legislativa culmine em um estado de insegurança jurídica, sobretudo nas relações de consumo.

Assim, em síntese, o trabalho procura trazer à tona a discussão sobre a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, em especial nas relações de consumo, dentro de um contexto de explosão de leis que, vale dizer, tem deixado os operadores do Direito reticentes quanto à aplicação casuística de cada norma. Caminha-se, assim, rumo à era do solidarismo

constitucional, no qual a proteção à dignidade da pessoa humana deve estar sempre à frente das tendências imediatistas do mundo moderno.

Os objetivos específicos desse trabalho são discorrer acerca da origem e desenvolvimento da teoria no direito alemão, bem como demonstrar ao intérprete nova ferramenta hermenêutica no sentido de interpretar as normas de forma conjunta e de acordo com os preceitos, postulados e princípios constitucionais, operacionalizando, assim, a interpretação e aplicação das normas caso a caso.

A metodologia que se pretende adotar nesse trabalho é a do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. ORIGEM DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

De início, tem-se que a tese do Diálogo das Fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, na Universidade de Heldberg, apresentada em 1995 na cidade de Haia na Holanda, e importada para o território nacional por Claudia Lima Marques, doutora pela Universidade de Heldberg e professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

A base dessa teoria, segundo a qual as normas jurídicas não se excluem, mas, ao contrário, se complementam, é a ótica unitária do sistema jurídico.

Nota-se que as transformações socioeconômicas, a evolução tecnológica, as novas formas de compreensão do mundo, característicos dos tempos pós-modernos, traduzem a falta de compatibilidade entre o Direito Positivo e os fatos sociais, ratificando o que o civilista Gaston Morand¹ já denominara de “revolta dos fatos contra os códigos”.

¹ Recaséns Siches *apud* DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57. In: MELO, Liana Holanda de. *Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em: 23 abr. 2014.

O Direito tem como um de seus papéis principais a harmonização dos conflitos sociais, necessitando, assim, se adequar às necessidades e aspirações da sociedade que, repita-se, encontra-se em constante mutação, sob pena de se tornar obsoleto e ferir a segurança jurídica.

Com tal finalidade, o Direito procura acompanhar os novos fatos surgidos através da criação de leis, que apesar de regular os diversos setores da sociedade, formam um ordenamento jurídico inchado e não raras as vezes contraditório, o que culmina no fenômeno da inflação legislativa.

Conforme brilhantemente citou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamin², no prefácio do livro *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*, parafraseando Erik Jayme:

Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não mais se excluem mutuamente; elas conversam uma com a outra. Os juízes são necessários para coordenar estas fontes, escutando o que elas dizem.

No Brasil, a teoria foi desenvolvida, *ab initio*, através da propositura da Dra. Cláudia Lima Marques de um diálogo entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, especialmente desde 2003, ante a clara similitude principiológica de tais sistemas, ganhando intenso relevo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, em 2006, que entendeu constitucional a aplicação do código consumerista às atividades bancárias, não obstante existisse lei complementar regulamentadora de tais relações.

Em seu voto, o Ministro da Suprema Corte, Joaquim Barbosa³, entendeu que o regramento do sistema financeiro e a disciplina da defesa do consumidor poderiam perfeitamente conviver.

² JAYME, Erick *apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2591/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=188&dataPublicacaoDj=29/09/2006&incidente=1990517&codCapitulo=5&numMateria=31&codMateria=1>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

Com efeito, com a chegada dos tempos “pós-modernos”,⁴ citado anteriormente, entendeu-se que os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, cronológico e de especialização), em parte inseridos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, não são mais suficientes, alertando o criador da tese em questão, que, diante desse novo cenário, não é mais possível esse modelo único de solução dos conflitos, devendo-se preservar a coerência do sistema.

Destaca-se, ainda, que essa preocupação não é exclusivamente do direito brasileiro, uma vez que a complexidade do ordenamento jurídico, seja nacional, seja internacional, *versus* as transformações sociais e a multiplicidade de leis decorrente de tais mutações, são desafios à atualidade das leis, assim como da coordenação, interpretação e aplicação das fontes normativas.

Como teve a oportunidade de afirmar o mestre Erik Jayme⁵, em relação à teoria, ora objeto desse estudo, “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*)”.

Nesse ponto, esclarece a Dra. Claudia Lima Marques⁶ que, o *diálogo das fontes*, no direito brasileiro, deve ser entendido como a aplicação, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, de origem internacional e nacional, que possuem campos de aplicação convergentes. Atente-se que é justamente a ausência da retromencionada coerência que enseja as antinomias e os conflitos de leis no tempo.

A professora, ainda, defende, na introdução de sua obra *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*, que mais uma vez aqui citamos, que o diálogo das fontes mais do que teoria é método, ou seja, trata-se de um dos instrumentos mais

4 JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999, p. 24 et seq.

5 Id. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003, p. 109.

6 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615 e ss.

importantes, já criados, aos desafios que se apresentam nos novos tempos, tendo em vista que sua profundidade é proporcional à sua utilidade e praticidade hodiernamente.

É importante ressaltar que a Teoria do Diálogo das Fontes de Erik Jayme não se funda unicamente em um debate sobre teorias positivas, pelo contrário, transcende. Não custa lembrar que Hans Kelsen⁷ chegou a afirmar que justo seria apenas um sinônimo de jurídico e, ainda, que para a ciência do Direito só existiria um direito, o positivo ou positivado. Nesse diapasão, tem-se que o Diálogo das Fontes não se limita à análise das antinomias de textos legais, mas também de costumes e princípios gerais.

Diálogo das Fontes, então, seria uma expressão simbólica de um novo paradigma de interpretação do sistema jurídico, tanto no âmbito nacional quanto internacional, sendo, como afirmou a Dra. Claudia Lima Marques⁸:

[...] “diálogo” em virtude das influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por ter uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.

Por derradeiro, conclui-se, como bem destacou o nobre professor Flávio Tartuce⁹, que a Teoria do Diálogo das Fontes nasceu para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas, retromencionados, sendo que, certamente, esse será o seu papel no futuro, já que não há sombra de dúvida que essa tese tenha sido aceita pelo ordenamento jurídico pátrio.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO UNITÁRIO

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

⁸ 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*, v. 45, jan.-mar. 2003, p. 71 e ss.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 66.

O ordenamento jurídico pátrio consiste em um conjunto de normas jurídicas que, embora complexas, compõem um sistema unitário. Para Norberto Bobbio¹⁰, a complexidade de um ordenamento jurídico não exclui a sua unidade. Com efeito, no território brasileiro, adotou-se a teoria de Hans Kelsen, segundo a qual as normas não estão todas no mesmo plano, devendo, para serem válidas, estarem em consonância com a imediatamente superior.

Atente-se que, para Kelsen¹¹, existem normas superiores e inferiores, derivando, cada norma inferior de uma superior, de maneira que se chegue até a norma suprema que não deriva de nenhuma outra, e sobre a qual repousa a unidade e coerência do sistema. Essa norma suprema é a norma fundamental, cujo papel primordial é conferir a unidade necessária para se formar um ordenamento jurídico.

É importante esclarecer que sem essa norma suprema, as demais normas formariam um amontoado de regras, dispersas entre si. Ou seja, a presença de normas superiores e inferiores dispostas em ordem hierárquica constitui a estrutura do ordenamento. Dessa forma, a unidade do ordenamento dá-se pela possibilidade constante de se reportar a uma norma fundamental.

Para Bobbio¹², o ordenamento deve além de representar uma unidade, ser dotado de coerência e completude. Por coerência, deve se entender a existência de uma certa ordem entre as normas, o que, contudo, não inibirá a ocorrência de antinomias, cujos critérios clássicos de solução nem sempre encontram um deslinde adequado para o caso concreto. Por completude, entende-se a previsão de normas para solucionar quaisquer conflitos.

Em relação à possível ocorrência de antinomias acima mencionadas, é mister tecer algumas considerações.

10 GASPERIN, Antonio Augusto Tams. *Síntese comentada à teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6953/sintese-comentada-a-teoria-do-ordenamento-juridico-de-norberto-bobbio>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

11 SILVA, Eduardo Almeida Pellerin da. *A unidade do ordenamento jurídico segundo Bobbio*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22291/a-unidade-do-ordenamento-juridico-segundo-bobbio/2>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

12 SILVA, op. cit. p. 2.

De início, destaca-se que, para o Professor Flávio Taturce¹³, antinomia consiste na “presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (lacunas de colisão)”. Por meio da Teoria do Ordenamento Jurídico, da pena de Norberto Bobbio, a solução desses choques se daria através de três critérios, quais sejam: cronológico, da especialidade e hierárquico.

O primeiro indica que a norma posterior prevalece sobre a norma anterior; o segundo, que a norma especial prevalece sobre a norma geral; e o terceiro, que a norma superior se sobrepõe à norma inferior. Fato é que o critério cronológico, a par de estar disposto no artigo 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹⁴ (“Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”), é o que possui menos força, sucumbindo diante dos demais.

Em relação ao critério da especialidade, cumpre destacar que também possui previsão legal, conforme ensina o autor Flávio Tartuce¹⁵, no *caput* do art. 5º da Carta Constitucional, em sua segunda parte, segundo a qual a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais, consoante o princípio da Isonomia, possuindo, assim, caráter intermediário.

Por fim, tem-se que o critério hierárquico é o de maior relevância, justamente pela importância do texto constitucional.

Pode-se, ainda, subdividir as formas de antinomias através de duas classificações básicas, a saber: antinomia de primeiro ou de segundo grau; e antinomia aparente ou real.

A primeira classificação é quanto ao número de critérios envolvidos para a solução, ao passo que o segundo é quanto à possibilidade ou não de solução de conflitos. Assim, a

¹³ TARTUCE, op. cit. p. 37.

¹⁴ BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2014.

¹⁵ TARTUCE, op. cit. p. 38.

antinomia pode ser de 1º grau, quando o conflito envolve apenas um dos critérios de solução, ou de 2º grau, nos casos em que o conflito envolve dois dos critérios apresentados.

Pode, ainda, ser uma antinomia aparente, em que o choque entre as normas é passível de deslinde pelos critérios de solução clássicos ou, uma antinomia real, na qual a solução não se encontrará nos metacritérios retromencionados. Nesse ponto, como bem expõe Maria Helena Diniz¹⁶:

No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma metarregra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derrogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *suum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que “o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente”. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente.

Por outro lado, não custa lembrar que a tendência atual é pelo diálogo das fontes, cujo primeiro pensamento diz respeito à essência dessa teoria, segundo a qual as normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, havendo nesse ponto, igualmente, “a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico”¹⁷.

Não se olvide, ainda, que a primeira tentativa de aplicação da tese do diálogo das fontes ocorreu por meio da subsunção ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil de determinadas relações jurídicas, de forma concomitante, por força da similitude da base principiológica dos sistemas em questão.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena *apud* TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 39-40.

¹⁷ TARTUCE, *op. cit.* p. 59.

A esse propósito, é interessante trazer à colação, três diálogos possíveis citados pela professora Claudia Lima Marques¹⁸:

- a) Em havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC).
- b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*). O exemplo típico 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 e ainda a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.
- c) Os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. Como afirma a própria Claudia Lima Marques, “é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)”.

Esclareça-se, por fim, que, embora os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas ainda sejam aplicados, o papel da Teoria do Diálogo das Fontes, no futuro, é de substituir e superar tais métodos de solução, possibilitando, assim, a concretização de um sistema unitário, “em que há mútuos diálogos e o reconhecimento de interdisciplinaridade”¹⁹.

3. INTRODUÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A evolução jurídica recente, como visto anteriormente, tem demonstrado que os critérios de solução de antinomias, mesmo para preenchimento das lacunas legais, se tornaram insuficientes. A jurisprudência aliada à identificação de valores jurídicos busca encontrar uma concepção valorativa dominante. Os princípios, por sua vez, embora não possam se submeter

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91. In: TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 61.

¹⁹ TARTUCE, op. cit. p. 67.

às situações fáticas, devem ser concretizados, de modo a fundamentar e nortear o sistema jurídico, os critérios de interpretação e a aplicação do Direito²⁰.

É justamente nesse ponto que a Teoria do Diálogo das Fontes encontra lugar para se desenvolver no direito brasileiro, conforme afirma o Dr. Bruno Miragem²¹, advogado, doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), no capítulo *Eppur si muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*.

Ressalte-se que a expressão diálogo das fontes foi cunhada no Direito Internacional pelo professor Erik Jayme, de nacionalidade alemã, em 1995. Com efeito, a coluna de sustentação dessa teoria é a necessidade de coordenação das normas pelo intérprete, em uma era de plúrimas fontes jurídico-normativas. Sob sua ótica, “um método que se destine a coordenar as fontes é preferível a uma solução hierárquica”²².

A repercussão dessa teoria alemã no direito brasileiro ocorreu através dos trabalhos da Dra. Cláudia Lima Marques, nos quais foi desenvolvido um método de interpretação baseado na coordenação de diversas fontes normativas, cujo início se deu com a tentativa de solução de eventuais antinomias entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Atente-se que essa tese visa não só eliminar as possíveis antinomias entre as normas, mas também fundamentar a possibilidade de influências recíprocas entre as duas leis, geral (Código Civil) e especial (Código de Defesa do Consumidor).

O método, ora em análise, admite três espécies de diálogos entre as normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: (a) diálogo sistemático de

²⁰ TARTUCE, op. cit. p. 73-74.

²¹ TARTUCE, op. cit. p. 74.

²² JAYME, Erick. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale prive postmoderne. *Cours general de droit international prive (Tiré à part Du Recueil ds Cours, tome 251)*. Hague: Nijhoff, 1995. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 74.

coerência; (b) diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade; e (c) diálogo de coordenação e adaptação sistemática. A esse respeito, percebe-se que²³:

(a) no caso do diálogo sistemático de coerência, preserva-se o âmbito de aplicação de ambas as leis, evitando a sobreposição, utilizando como critério o fundamento teleológico das normas (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). Portanto, uma divergência quanto ao seu campo de aplicação, a fomentar, inclusive, interpretação mais restrita de consumidor (denominada interpretação finalista), e conseqüente redução do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações em que presente a vulnerabilidade do sujeito a ser protegido.

Já no caso (b) diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, resulta, primeiro, a conclusão sobre a não revogação do Código de Defesa do Consumidor de 1990 pelo Código Civil de 2002, ademais pelo fato de não dispor sobre relações de consumo. Mas, para além dessa conclusão, sustenta a possibilidade de aplicação de normas do Código Civil às relações de consumo, hipótese esta que, aliás, é expressamente admitida pelo art. 7.º, *caput*, do CDC, ao dispor: 'Art. 7.º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade'. A compatibilidade entre a lei geral posterior e a lei especial anterior reconhecia-se mediante o critério da *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, já mencionado. A possibilidade de aplicação das duas normas é que se revela, contudo, distinta dos critérios tradicionais de solução de antinomias. Assim, nas situações em que a aplicação de norma do Código Civil se revelar mais benéfica ao consumidor tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, pode afastar topicamente a norma originalmente prevista, mediante aplicação daquela prevista no sistema geral. É o que ocorreu, por exemplo, em matéria de prescrição, em caso no qual o Superior Tribunal de Justiça afastou o prazo prescricional no art. 27 do CDC, para fazer incidir regra do Código Civil vigente à data do nascimento da pretensão, prevendo o prazo prescricional de vinte anos.

Por fim, (c) o diálogo de coordenação e adaptação sistemática pressupõe o Código Civil e suas normas com base conceitual para interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, ao tratar da prescrição, ou de domicílio, ou de indenização, a interpretação das normas da lei especial depende do sentido que se retira desses conceitos na lei geral (Código Civil). Todavia, esta coordenação de fontes se realiza não apenas mediante a influência da lei geral sobre a lei especial, mas mediante *influências recíprocas* – o que, na relação entre essas normas, se realiza com destaque para o desenvolvimento do sentido e alcance das normas do Código de Defesa do Consumidor, mediante sua crescente interpretação jurisprudencial no período que precede a promulgação do Código Civil, estendendo-se aos dias atuais. Assim, a precisão conceitual definida pela jurisprudência, para princípios ou institutos comuns dos dois sistemas normativos, pode se aplicar em ambos, sem prejuízo da autoridade da lei. É o que Claudia Lima Marques denomina de *transposição do Richtrecht*, ou seja, da jurisprudência que, produzida a partir das normas de proteção do consumidor, serve igualmente à interpretação e aplicação das normas civis. São exemplos, sempre mencionados neste caso, o sentido e efeitos do princípio da boa-fé no direito das obrigações, o abuso do direito e a compreensão contemporânea que lhe dá o Código de Defesa do Consumidor.

²³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34/35. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 75-77.

Vive-se, hodiernamente, um momento de crise de confiança no direito como instrumento de pacificação e solução de conflitos, que, vale dizer, não se trata de mero senso comum, pelo contrário, tem integrado o cerne de preocupação de inúmeros teóricos.

Nesse diapasão, o advento de um método de interpretação e aplicação de normas jurídicas, que alia a visão sistemática de um ordenamento jurídico, mediante coordenação de inúmeras fontes normativas, contribui não apenas para a afirmação de uma unidade lógica do sistema jurídico, mas também para a reconstrução da confiança em sua autoridade.

Como bem ressalta a Dra. Claudia Lima Marques²⁴, “a doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que a exclusão”, embora antes essa fosse apresentada como única solução dos conflitos entre normas, de sorte a conferir clareza e certeza ao ordenamento jurídico.

Não custa lembrar, por oportuno, que o professor Erik Jayme²⁵ buscou observar na Carta Constitucional as antinomias jurídicas modernas e a complexidade dos sistemas legais descodificados, exatamente como no caso brasileiro, em que a Magna Carta²⁶ preocupou-se em elencar os direitos fundamentais, entre eles, a defesa do consumidor, em seu art. 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”.

A esse propósito, importante transcrever as palavras de Marco Fábio Morsello²⁷, segundo o qual:

24 MARQUES, Cláudia Lima. *Três tipos de diálogos entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”*. Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias. Roberto A.C. Pfeiffer; Adalberto Pasqualotto (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13.

25 MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ClaudiaLM.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2014.

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 mar. 2014.

27 VIANNA, José Ricardo Alvarez. *A Teoria do Diálogo das Fontes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/18279/a-teoria-do-dialogo-das-fontes>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Sob a ótica constitucional, a defesa do consumidor foi considerada direito fundamental (art. 5º, XXXII), de modo que a existência de norma em antinomia com aquelas que tenham implementado a mencionada defesa naturalmente não poderá prevalecer, levando-se em conta a força normativa que promana da Constituição Federal, ensejando, pois, preponderância, inclusive sob o critério hierárquico.

Nesse sentido, seguindo o caminho mental exposto, considerando uma relação jurídica sobre a qual incidam tanto normas consumeristas, quanto normas civilistas, com igual força, a solução adequada será a prevalência da norma mais favorável ao consumidor, ainda que esta esteja prevista formalmente no Código Civil ou outros diplomas legais, pois somente assim estará atendido o comando constitucional.

Atente-se, por outro lado, que, embora pareça ter sido violado o princípio da Especialidade, aqui se encontra a essência do Diálogo das Fontes, já que foi atendida a tutela do bem jurídico, de forma eficaz e efetiva, em consonância com os postulados constitucionais, não contrariando o princípio retromencionado, pelo contrário, implementando-o, apesar de não no modelo clássico.

Dessa feita, extrai-se que a Teoria do Diálogo das Fontes se revela como instrumento para a boa aplicação do Direito, não sendo, contudo, o único método e tampouco infalível, considerando-se, inclusive, que se trata de fruto de atividade humana, porém, como esclareceu José Ricardo Alvarez Vianna²⁸, “seguramente, de utilidade inquestionável, ao permitir e viabilizar um olhar mais afiado para a realidade dos casos concretos como mais um instrumento de Justiça, objetivo, por excelência, da atividade judiciária”.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

No capítulo que ora se inicia, serão tecidas considerações acerca do significado e da importância da Teoria do Diálogo das Fontes para a aplicação das normas insertas no Código

28 VIANNA, op. cit. p. 1.

de Defesa do Consumidor em conjunto com outros diplomas normativos, com análise crítica sobre as decisões do egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, ao final, considerando-se que, apesar de já decorridos 14 (quatorze) anos de sua edição – Lei n. 8.078/1990 –, a lei consumerista ainda apresenta divergências quanto ao seu âmbito de incidência.

Antes de adentrar no cerne da questão, contudo, cumpre apresentar breves considerações históricas acerca da defesa do consumidor.

Historicamente, a defesa do consumidor se dava no âmbito econômico, mas a necessidade de proteção da parte vulnerável ou hipossuficiente, somada à efetiva necessidade de regulação do mercado, especialmente, no que se refere aos contratos de adesão, fez nascer o desejo por um código específico para tal fim, de sorte a estabelecer um equilíbrio entre as partes contratantes, incentivando, desta feita, o consumo.

Nesse prumo, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que previu dentre os direitos fundamentais, a defesa do consumidor, e determinou no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a elaboração de uma microcodificação, adveio o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990.

Com efeito, a partir do século XX, tem-se que, com a perda da centralização de normas do Código Civil aliada à crescente edição de fontes legislativas, a Constituição Federal passou a exercer um papel unificador do sistema, de modo a conferir coerência e harmonia a essa multiplicidade de fontes normativas.

O Código de Defesa do Consumidor é norma especial em relação ao Código Civil de 2002, não obstante o *caput* do artigo 7º da Lei n. 8.078/90²⁹ seja expresso no sentido de que não cuida com exclusividade dos direitos do consumidor, podendo, desta forma, outras

29 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 21 abr. 2014.

normas serem invocadas e aplicadas, quando mais vantajosas ao consumidor, buscando-se sempre, repita-se: coerência e harmonia nas conclusões.

A esse propósito, Gustavo Tepedino³⁰ teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que “o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes, senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais”.

Nesse ponto, aduzem Nelson Júnior e Nery³¹:

Diálogo das fontes. O CC aplica-se às relações de consumo, naquilo em que suas normas não conflituarem com as do CDC. É possível, por exemplo, aplicarem-se às relações de consumo as cláusulas gerais, notadamente as contidas no CC 421 (função social no contrato), no CC 422 (boa-fé objetiva), no CC 187 (abuso de direito) etc. Quanto à prescrição, nada obstante clara a regra clara do CDC 27 sobre a prescrição quinquenal, o STJ tem aplicado o prazo geral do CC (CC 205 – dez anos; CC/1916 177 vinte anos) à relação jurídica de consumo, nas situações que especifica.

Assim, entende-se que a incidência do CDC não afasta a aplicação de outras normas especiais quanto ao objeto, tais como: planos de saúde, mensalidades escolares, incorporações imobiliárias, advocacia, atividades bancárias, transporte aéreo, locação de imóveis, consórcios, serviços públicos, que convivem harmonicamente com a lei consumerista.

O Pretório Excelso, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591³², em 7/6/2006, já reconheceu a importância e necessidade atuais do diálogo das fontes, conforme se extrai de trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

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.

30 TEPEDINO, Gustavo. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. Rio de Janeiro: Padua, 2005 (Editorial).

31 REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Minas Gerais: DE JURE, v. 6, 26/5/2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/295/dialogo%20das%20fontes_Gon%C3%A7alves.pdf?sequence=1>. Acesso em 27 abr. 2014.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2591/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=188&dataPublicacaoDj=29/09/2006&incidente=1990517&codCapitulo=5&numMateria=31&codMateria=1>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem procurado soluções hermenêuticas para solução de determinados conflitos entre as normas que, muito embora sejam denominadas com outro *nomen iuris*, nada mais são do que um verdadeiro diálogo das fontes. Neste particular, entre as ocasiões em que se utilizou a expressão de forma expressa, tem-se a seguinte passagem do voto da Ministra Nancy Andrighi³³:

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema, em *diálogo das fontes*, e não somente por intermédio do CDC. O denominado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico. Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7.º, 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 se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. (...) Nesse contexto, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e ajuda 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, mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo. Na espécie, não cabe dúvida que o prazo mais favorável ao consumidor é aquele do art. 117 do CC/1916, que fixa um prazo prescricional de 20 (vinte) anos, devendo, também por esse motivo, prevalecer sobre o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC.

Recorreu, ainda, a Ministra Nancy Andrighi³⁴ ao diálogo das fontes para aplicação simultânea da Carta Constitucional, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, de sorte a assegurar a proteção dos direitos da personalidade de uma criança de apenas 3 (três) anos de idade. Confira-se trecho do *decisum*:

As crianças, mesmo de mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5.º, X, *in fine*, da CF e 12, *caput*, do CC/2002. Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6.º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7.º da Lei 8.078/1990 fixa o chamado *diálogo das fontes*, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC,

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 782.433/MG. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501548507&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.037.759/RJ. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8491685&num_registro=200800510315&data=20100305&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe, tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido.

Na mesma linha de raciocínio, o STJ³⁵ já teve oportunidade de decidir que a legislação relativa à incorporação imobiliária – Lei n. 4.591/1964 –, deve ser aplicada em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, no que toca aos negócios relativos à compra de imóvel durante a construção, embora não faça, na maioria dos julgados, referência expressa à Teoria do Diálogo das Fontes, ora em estudo. Confira-se parte da ementa de um julgado:

Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei 4.591/1964, admite-se, outrossim, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva e vedam o locupletamento ilícito.

Em relação às questões relacionadas a plano de saúde, outra não tem sido a posição do Tribunal da Cidadania, entendendo que ao lado da legislação especial – Lei n. 9.656/1998 –, deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se que o próprio enunciado de súmula 302 do STJ, segundo o qual “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”, baseou-se na redação do artigo 51, inciso IV da Lei n. 8.078/1990³⁶, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 747.768/PR. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6614214&num_registro=200500746456&data=20091019&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

36 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 21 abr. 2014.

Em maio de 2004, o STJ editou o enunciado de súmula 297, que reza que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, o que indica a forte tendência deste Tribunal em conciliar as normas relativas às atividades bancárias, de um modo geral, como, por exemplo, aquelas que estejam ligadas ao setor de financiamento habitacional (SFH), com as disposições do CDC.

Apesar de a postura contemporânea ser a de conciliar os diversos diplomas legais existentes, nas hipóteses em que não for possível encontrar uma interpretação harmônica entre eles, pensar-se-á em conferir prevalência a um deles.

Questão relevante a ser abordada no que diz respeito a essa dificuldade de diálogo é a autorização de indenização limitada constante no Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei n. 7.565/1986 –, e na Convenção de Varsóvia, em que pese o princípio da indenização integral inserto no bojo do Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, VI; 24; 25; e 51, I), em que, após inúmeras discussões, o STJ terminou por dar prevalência à Lei n. 8.078/1990, considerando-se a previsão constitucional de necessidade de defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII, CRFB/1988).

Nesse mesmo enfoque, tem-se os serviços de advocacia e a locação imobiliária. Quanto às relações entre cliente e advogado, em que pese haja decisões para todos os lados, infere-se que a tendência maior da Corte Superior³⁷ é no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor a tais serviços, seja porque incide norma específica – no caso a Lei n. 8.906/1994 –, seja porque não se trata de atividade fornecida no mercado de consumo.

Em relação à locação predial urbana, o STJ manifesta-se pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sob o argumento de existência de lei específica – Lei n.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 532.377/RJ. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=846311&num_registro=200300835271&data=20031013&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

8.245/1991 –, em clara dissonância com a linha do *diálogo das fontes* adotada em outras situações. A esse propósito, recente decisão³⁸, *in verbis*:

DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO FIRMADO POR SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. INAPLICABILIDADE DO CDC. 1. A jurisprudência do STJ é firme ao negar a aplicação das normas do CDC aos contratos de locação, uma vez que estes são regulados por lei própria, a Lei n. 8.245/1991. 2. No caso em questão, tem-se um contrato locatício firmado por duas sociedades empresárias, cujo objeto era o aluguel de um espaço que seria usado pela locatária para exercício de sua atividade-fim - realização de eventos. Não há, definitivamente, como enquadrar tal contrato no conceito de relação de consumo. 3. A decisão agravada não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o conjunto fático-probatório dos autos, mas apenas reconheceu, apoiada em vários precedentes do STJ, a tese jurídica de que o CDC não se aplica a contratos de locação. 4. Agravo regimental desprovido.

Outra questão polêmica e que, portanto, merece destaque diz respeito à legalidade da suspensão de fornecimento de serviços públicos, notadamente energia elétrica e água, face o inadimplemento do consumidor. De um lado, o Código de Defesa do Consumidor, que trata da importância da dignidade humana, cujo assento também é constitucional; dos direitos existenciais; da continuidade dos serviços essenciais; e da exigência de que o consumidor não seja submetido a constrangimentos por ocasião da cobrança de débitos.

De outro lado, o art. 6.º, § 3º da Lei n. 8.987/1995³⁹ que prevê, “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

Para o deslinde da controvérsia, no caso concreto, será necessário aferir se há ofensa à dignidade da pessoa humana, não se baseando o critério unicamente no fato de se tratar de consumidor pessoa jurídica ou física, considerando-se que, a depender da hipótese, o corte do fornecimento do serviço a uma pessoa jurídica pode trazer graves consequências, como, por exemplo, no caso de um hospital.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 41.062/GO. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28678256&num_registro=201102054879&data=20130513&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

39 BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 21 abr. 2014.

Outro argumento é que o não pagamento ou atraso das contas relativas à água ou luz enseja seus próprios encargos, além da possibilidade de inscrição do nome do devedor nos bancos de proteção ao crédito, tudo, de modo, a não ver permitido a frustração do mínimo existencial. Assim, o diálogo das fontes, a partir da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, autorizará a continuidade do serviço - Lei n. 8.078/1990 -, ou a possibilidade do corte - Lei n. 8.987/1995 -, quando não houver violação a este postulado constitucional.

Outra questão controvertida é a que surgiu com a edição da súmula 194, STJ.

Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, o STJ editou o retromencionado enunciado de súmula, segundo o qual “prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra”, sendo que, com o advento da legislação consumerista - Lei n. 8.078/1990 -, o art. 27 passou a regular que, em relação à idêntica pretensão reparatória, “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

Como ponto de partida, deve-se ter em mente que o objetivo do enunciado de súmula, ora em estudo, é favorecer o consumidor com a norma de campo de aplicação material mais benéfico, o que revela um autêntico diálogo das fontes entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, assevera a Dra. Cláudia Lima Marques⁴⁰:

Observando-se o texto do art. 7º do CDC conclui-se que representa uma cláusula de abertura uma *interface* com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis que e não só no CDC. *Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio CDC e da Constituição Federal há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor.* Sendo assim, parece-me que o NCC/2002 trará também novos direitos aos consumidores. Também suas cláusulas gerais, de responsabilidade sem culpa pela atividade do risco (art. 927, par. ún.), responsabilidade sem culpa das empresas empresários individuais pelo fato do produto (art. 931), da redução da prestação ou alteração da forma de execução do contrato de mútuo por onerosidade excessiva (art. 480), de redução da cláusula penal (art. 413) *poderão complementar a aplicação do CDC ou mesmo superá-la se forem mais favoráveis aos*

40 REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, op. cit. p. 321.

consumidores (imagino, por exemplo, o caso de prescrição da ação ou de excludente específica do CDC, que não esteja presente no sistema geral do NCC/2002 e uso, pois do NCC/2002 como lei mais favorável.

Dessa forma, o STJ adotou o entendimento mais favorável ao consumidor, ao editar a súmula 194, prevendo o prazo prescricional de 20 (vinte) anos para a ação reparatória, em claro abandono ao que dispõe o art. 27, CDC. Trata-se, pois, de legítimo diálogo das fontes. Isso também se deve ao fato de que a Lei n. 8.078/1990 não é uma lei geral nem uma lei específica, mas sim uma lei principiológica, com base na qual o próprio diploma legal admite a coordenação de outras fontes legislativas.

Nesse diapasão, acertadamente, a Dra. Cláudia Lima Marques⁴¹ sustenta que o diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor é um diálogo de duas vias, “onde a transposição entre si das conquistas que um e outro diploma alcançaram no sistema só faz fortalecer a finalidade para a qual o microssistema foi concebido”.

Outro ponto que merece especial atenção nessa discussão é a adoção da Teoria da Imprevisão no âmbito das relações de consumo.

A Teoria da Imprevisão tem aplicação quando uma situação nova e extraordinária surge durante a vigência do contrato, colocando uma das partes em extrema dificuldade que, se conhecida a possibilidade de sua ocorrência antes da celebração do pacto, não teria levado a efeito. O amparo legal dessa teoria está nos art. 478 e 317, ambos do Código Civil.

Ou seja, a revisão dos contratos só encontra guarida nos casos em que o fato ocorrido foge totalmente à esfera de previsibilidade, com o conseqüente abrandamento do princípio *pacta sunt servanda* que, em linhas gerais, quer significar que o contrato é a lei entre as partes. Some-se a isso, a necessidade de que tal fato desencadeie uma situação de desequilíbrio econômico entre os contratantes.

41 Ibid., p. 322.

A esse propósito, importante transcrever as lições de Silvio Venosa⁴²:

O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade.

No que toca ao Código de Defesa do Consumidor, diz-se que a Teoria de Imprevisão está inserta no art. 6.º, inciso V, Lei n. 8.078/1990, a saber, “São direitos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Neste particular, há quem entenda que a exigência da imprevisibilidade dos acontecimentos é dispensada no âmbito das relações consumeristas. *Data venia*, não é esse o melhor entendimento a ser adotado. Isso porque se infere da leitura do dispositivo legal retrotranscrito que a adoção da teoria, ora em análise, ocorreu na segunda parte do artigo, na qual a exigência da ocorrência de fatos supervenientes é expressa.

Nesse sentido, Arruda Alvim⁴³ sintetiza:

[...] conhecida como teoria da imprevisão (artigo 6º, V, segunda fase), ou ainda, no brocardo latino, denominada cláusula *rebus sic stantibus*, que é a superveniência de onerosidade excessiva, vindo a sobrecarregar o consumidor, decorrente de acontecimentos sucessivos à contratação. Insusceptíveis de haverem sido previstos.

Não se olvide, por oportuno, que o legislador pátrio, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, acolheu a Teoria da Imprevisão, com o escopo de atingir uma maior equidade entre os contratantes, de sorte a evitar desequilíbrios, injustiças sociais e alcançar o almejado bem comum.

Por outro lado, não obstante os casos concretos apresentados e comentados nesse trabalho científico, não custa lembrar que aqueles que são contrários à adoção da Teoria do

42 VENOSA, Silvio Sálvio. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 462.

43 ALVIM, Arruda *apud* CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. *O Código de Defesa do Consumidor e a teoria da imprevisão*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7770>. Acesso em: 22 abr. 2014.

Diálogo das Fontes, argumentam que a aplicação simultânea e coordenada do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da legislação especial confere ao magistrado o poder de criar o Direito, o que levaria a sociedade a um estado de absoluta insegurança jurídica.

Em sentido diametralmente oposto, tem-se que, apesar de essa tese ampliar, de certa forma, a margem da atividade jurisdicional, a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, CRFB/1988), com a exposição do raciocínio jurídico percorrido para a tomada dessa ou daquela decisão, coloca uma pá de cal sobre o receio do qual lança mão a corrente contrária à adoção da Teoria do Diálogo das Fontes pelo ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Em tempos pós-modernos, o operador do Direito encontra sérias dificuldades para interpretar o ordenamento jurídico, considerando-se as plúrimas fontes legislativas, de modo que o diálogo das fontes se propõe justamente a auxiliá-lo na busca por uma interpretação harmônica e coordenada das normas que informam a unidade do sistema.

Dessa forma, ao invés de simplesmente retirar do sistema leis que, em tese, não podem conviver por tratarem de temas idênticos de forma diversa, busca-se a convivência de tais paradigmas, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 7.º, ao viabilizar a aplicação de outros diplomas legais às relações de consumo, desde que guardem relação com o espírito de proteção da lei e com a ordem principiológica do microssistema.

Destaca-se, assim, que a Teoria do Diálogo das Fontes não se confunde com os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas, em especial, no que toca às relações consumeristas, na medida em que o próprio estatuto protetivo autoriza a aplicação de outras normas quando mais benéficas ao consumidor.

Ademais, por se tratar de um tema relativamente novo, ainda há muito a ser desenvolvido, não sendo cedo, entretanto, para afirmar que a jurisprudência pátria se inclina à tendência de conjugação das normas, ao invés de excluí-las, de sorte a viabilizar a coexistência delas no sistema, tudo em prol de melhor defender o consumidor.

Por fim, não custa lembrar que a melhor solução para o caso concreto deverá ser aquela na qual se considere o núcleo de proteção que reveste e caracteriza o bem jurídico em conflito, sempre com amparo nos mandamentos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 mar. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 21 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 41.062/GO. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28678256&num_registro=201102054879&data=20130513&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 532.377/RJ. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=846311&num_registro=200300835271&data=20031013&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 747.768/PR. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6614214&num_registro=200500746456&data=20091019&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 782.433/MG. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andriahi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501548507&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.037.759/RJ. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andriahi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8491685&num_registro=200800510315&data=20100305&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2591/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=188&dataPublicacaoDj=29/09/2006&incidente=1990517&codCapitulo=5&numMateria=31&codMateria=1>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. *O Código de Defesa do Consumidor e a teoria da imprevisão*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7770>. Acesso em: 22 abr. 2014.

GASPERIN, Antonio Augusto Tams. *Síntese comentada à teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6953/sintese-comentada-a-teoria-do-ordenamento-juridico-de-norberto-bobbio>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

JAYME, Erick. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.

JAYME, Erick. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. Revista dos Tribunais, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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, v. 45, jan.-mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ClaudiaLM.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Três tipos de diálogos entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”*. Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias. Roberto A.C. Pfeiffer; Adalberto Pasqualotto (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, Liana Holanda de. *Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em: 23 abr. 2014.

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Minas Gerais: DE JURE, v. 6, 26/5/2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/295/dialogo%20das%20fontes_Gon%C3%A7alves.pdf?sequence=1>. Acesso em 27 abr. 2014.

SILVA, Eduardo Almeida Pellerin da. *A unidade do ordenamento jurídico segundo Bobbio*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22291/a-unidade-do-ordenamento-juridico-segundo-bobbio/2>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. Rio de Janeiro: Padma, 2005 (Editorial).

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *A Teoria do Diálogo das Fontes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/18279/a-teoria-do-dialogo-das-fontes>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

VENOSA, Silvio Sálvio. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2