

DIÁLOGO DAS FONTES: UMA REALIDADE CONTEMPORÂNEA

¹Jaime Pereira de Souza

²Ereni Piroli Baziqueto

RESUMO

As teorias argumentativas surgiram da necessidade que teve o intérprete jurídico em fazer com que o Direito chegasse de maneira efetiva e material a todos que batessem a porta do poder judiciário. Sendo assim, o instituto do Diálogo das Fontes se mostra efetivamente como ferramenta para uma maior elasticidade na aplicação das fontes normativas e do próprio dogma legal. Ao aplicar a lei ao caso concreto o interprete tem duas alternativas, se limitar a seu caráter meramente formal, ou se ater a sua essência, ou seja, sua materialidade. Assim, para que haja uma maior proteção jurídica faz-se necessário “dialogar” todas as fontes jurídicas, uma vez que o Direito tem como único primado, a justiça. O Diálogo das Fontes surgem da necessidade de uma maior abrangência e aplicação dos princípios constitucionais, onde a busca pela característica material da constituição se mostra como um dos seus objetivos principais.

Palavras chaves: Diálogo, Fontes, Justiça, Princípios.

ABSTRACT

The argumentative theories arose from the need that had the legal interpreter in making the law arrived effectively and material to all they hit the door of the judiciary. Thus, the sources of Dialogue Institute is effectively shows as a tool for greater elasticity in the application of normative sources and own legal dogma. In applying the law to the present case the interpreter has two alternatives, limited to merely formal character, or to stick to its essence, that is, its materiality. Therefore, so that there is greater legal protection it is necessary to 'talk' all legal sources, since the law is for the sole rule, justice. The sources of Dialogue arise from the need for greater scope and application of constitutional principles, where the search for material characteristic of the constitution shown as one of its main objectives.

Keywords: Dialogue, Sources, Justice, Principles.

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de fomentar uma maior discussão a respeito das teorias argumentativas, tais como a ponderação de princípios, a interpretação conforme a constituição, o instituto do Diálogo das Fontes, surge como uma alternativa efetiva e segura para uma maior estabilidade no raciocínio jurídico, pois ao se combinar leis que passaram por um processo legislativo que respeitou os parâmetros legais, o intérprete jurídico estaria mais apto a aplicar o Direito ao caso concreto.

¹ Pesquisador do Projeto de Iniciação Científica do Curso de Direito da Faculdade de Balsas – UNIBALSAS; Conciliador da Justiça Estadual do Maranhão – CEJUSC/BALSAS-MA.

² Professora Orientadora da Faculdade de Balsas – UNIBALSAS

O Diálogo das Fontes é um instituto jurídico criado pelo jurista Alemão Erik Jayme e disseminado no Brasil por Cláudia Lima Marques da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Tal instituto tem como objetivo principal sistematizar o Direito, ou, a teoria argumentativa fazendo parte tal instituto da teoria moderna do direito, ou seja, teoria moderna que de maneira efetiva conduz o operador da justiça a solucionar as antinomias normativas.

As antinomias normativas surgem do próprio desenvolvimento da sociedade, uma vez que, o corpo normativo por mais vasto que seja, discorrendo sobre um grande número de condutas humanas, não consegue prever todas estas condutas, sendo que uma norma em um dado momento pode ser mais prejudicial a um determinado caso concreto do que outrora.

As antinomias normativas segundo a teoria clássica doutrinária e como reza a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), prega que deverão ser utilizado três critérios básicos para a resolução dos conflitos entre as normas, a saber: a) critério cronológico que vem expresso no artigo 2º da referida lei explana que norma posterior prevalece sobre a anterior; b) o critério hierárquico versa que norma hierarquicamente superior irá prevalecer sobre a de hierarquia inferior e o terceiro e último; c) critério da especialidade, ou seja, para este critério a norma especial prevalecerá sobre a norma geral.

Para Cláudia Lima Marques o instituto Diálogo das Fontes não tem o objetivo de separar os critérios clássicos de interpretação ou afastá-lo, mas, complementar a norma jurídica quando normas forem incompatíveis entre si, e, os critérios cronológico, especial e hierárquico não forem suficientes para tal solução.

Assim sendo, tal instituto para ser efetivo deve se utilizar pelo intérprete jurídico a aplicação simultânea das duas leis, sendo que uma lei poderá servir de base para a outra, ser aplicado coordenadamente duas leis, podendo um ser completar a aplicação da outra a depender de seu campo de aplicação ao caso concreto e haver diálogo das influências recíprocas do sistema, que seria a aplicação da norma especial no geral, ou geral no especial.

1 HISTORICIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Segundo Amilton França e Waldir Rocha (2010), a teoria pura do direito idealizado e fundamentada por Hans Kelsen foi o marco para a nova concepção jurídico-hermenêutico que se tem hodiernamente, uma vez que, as bases do direito se fundamenta uma ideologia

que se suscitaria as concepções psicológicas, éticas e políticas. Sendo assim, o intérprete se fundamentaria basicamente no legalismo jurídico, ou seja, o positivado seria a única ferramenta do aplicar da lei, e conseqüentemente o risco de se fazer injustiças seria muito maior.

A “Teoria Pura do Direito”, ou teoria do normativismo jurídico, é a concepção do Direito como sistema de normas escalonadas, que procura afastar o Direito da influencia jusnaturalista, de um lado, e sociologista, do outro. Kelsen pretendia definir a essência do Direito, eliminando todos os elementos estranhos (psicológicos, éticos, políticos, etc.), e considerando-o como pura norma. E é também chamada de Racionalismo Dogmático, por ser a expressão máxima do estrito positivismo jurídico e a repercussão ideológica de sua época, como consequência da decadência do mundo capitalista-liberal, marcada pela primeira Guerra Mundial. (FRANÇA; ROCHA; 2010.p. 250).

Nesta linha, França e Rocha (2010) disseminam que tal teoria foi de suma importância para a dogmática jurídica, uma vez que criou uma maior cientificidade na natureza da lei. Tal entendimento pregado por Kelsen tentou desassociar os elementares que de alguma forma influenciavam o aplicador da lei ao caso concreto na interpretação e subsunção da norma ao caso.

2 FORMA CLÁSSICA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITOS JURÍDICOS

No que se refere à aplicação do Direito, deve-se ter por base sempre o enquadramento da norma a um caso concreto, sendo que tal subsunção deverá ser juridicamente adequada. Sendo assim, cabe ressaltar que as diversas formas de interpretar o direito se valem de um pensamento comum, ou seja, dar maior eficiência e aplicabilidade ao entendimento jurídico.

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. (MAXIMILIANO; 2006.p.05).

Sendo assim, a aplicabilidade do Direito residiria em uma dogmática preconcebida pelo direito natural e direito positivo, que nada verdade nada mais é que uma derivação da conseqüente evolução do raciocínio humano e logicamente jurídico.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2013) a interpretação jurídica clássica se daria de cinco maneiras, ou seja, pelo seu caráter científico, onde toda a ciência jurídica fundamentaria diametralmente o conceito metafísico da doutrina legal; o emprego da lógica

formal, que seria o querer social sob uma lógica e racionalidade na aplicação do direito ao caso concreto; pretensão de completude, sendo que aqui a norma completaria a busca da justiça; pureza científica, sendo que tais normas estariam adstritas dos anseios meramente pessoais, e, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete, que nada mais é a imparcialidade do julgador, e o sentimento das punições severas pregado pelo sentimentalismo do ofendido.

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão da completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade. (BARROSO, 2013.p.109).

Nesta esteira, a aplicação do Direito ao caso concreto estaria resignada a um conjunto fechado de valores que na maior parte das vezes faz injustiças ao invés de justiça, pois o caráter criativo de uma sentença seria excluído por um método intrinsecamente clássico de interpretação da lei.

3 O DIÁLOGO DAS FONTES COMO INSTITUTO CONTEMPORÂNEO PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Segundo Cláudia Lima Marques (2004) três características firmaria as bases para o código civil de 1916, quais sejam, eticidade, socialidade, e operabilidade. Interessa-nos esta última, operabilidade, ou seja, para tal princípio a norma civilista deveria ser operacional de forma que a justiça se tornaria a consequência primeira da nova lei.

Já a diretriz ou princípio básico da ‘operabilidade’ visa facilitar a aplicação (uso, operação, interpretação ou efetividade) do novo texto legal. Nas palavras de Reale: “Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.”⁶⁴ Em outras palavras, visa “estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.”⁶⁵ Sendo assim especial cuidado foi dado às definições legais da Parte Geral, visando terminar com polêmicas, como as em relação aos casos de prescrição e de decadência, flexibilizar a aplicação, por exemplo, permitindo o arbitramento de aluguéis e usando o recurso legislativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁶⁶ para casos difíceis, que necessitam da concreção do juiz. (MARQUES, 2004.p.31).

No novo código civil de 2002 a ideia não foi diferente, ou seja, o postulados de efetividade e celeridade pautaram às diretrizes dos novos institutos e reformulação dos já existentes.

A proteção e defesa do hipossuficiente na figura do consumidor tem como base principal a constituição da república de 1988 que em seu artigo 5^a, XXXII, proclama:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Sendo assim, de acordo com Cláudia Lima Marques (2004) tal proteção ao vulnerável se dá em seu caráter técnico e financeiro, uma vez que o consumidor não dispõe dos mesmos recursos que o fornecedor para arcar com os conhecimentos necessários para um bom uso das mercadorias adquiridas.

Como afirmamos anteriormente, do “seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para o consumidor “surgir” como figura legislativa no Brasil. Daí a importância da Constituição de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, assegurado sua proteção (Art. 5, XXXII e Art. 170, inciso V da CF/88) e mandado (Gebot) legislar sobre seus direitos (Art. 48 dos ADCT). A Constituição de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil. Interessante observar que também Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados. É o que parece acontecer no Brasil, onde a Constituição de 1988 prima pela lista de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o definido pelo inciso XXXII do art. 5: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.” O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em plena era da descodificação. Assim, desta lista de direitos fundamentais nascerá a legislação infraconstitucional, os novos códigos, uma codificação já diferente. (MARQUES, 2004.p.33).

Para Samuel Alvarenga Gonçalves (2006) com as constantes mutações constitucionais, e a introdução cada vez maior de novas leis criando ou reformulando institutos jurídicos, se faz necessário o intérprete jurídico dispor de um método que ao passo que cria segurança jurídica possa também dar uma maior efetividade a tutela legal, pois o “diálogo” entre as diversas fontes jurídicas em sua concepção é o que de mais moderno pode ter como ferramenta para o aplicador do Direito.

Surge, então, o diálogo das fontes, uma coordenação flexível e útil das normas em conflito a fim de restabelecer o sistema com a sua antiga e desejada coerência. Uma determinada situação, tendo em vista as suas peculiaridades, pode exigir uma solução mais complexa e elaborada do sistema jurídico como, por exemplo, no campo dos direitos difusos e coletivos, notadamente marcados pela alta conflituosidade corrente das escolhas políticas que singularizam os referidos

interesses, como bem lembra Lenza (2005, p. 91). Ob cit. (GONÇALVES, 2006, p.319).

Assim sendo, o ordenamento jurídico seria entendido como uma ferramenta única, onde seu corpo normativo quando não entrasse em conflito poderia ser coordenado afim de que a busca pela justiça e daquele que bate as portas do poder judiciário obtivesse o maior respaldo possível.

4 APLICABILIDADE DO INSTITUTO DIÁLOGO DAS FONTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

De acordo com Alvarenga (2006) não é outro o entendimento dos tribunais superiores, uma vez que, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 194, *verbis: Prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra*. Assim sendo, tanto para Alvarenga, e neste citando Nery Júnior, o instituto do diálogo das fontes é uma realidade contemporânea que merece toda a tutela daquele que aplicará o direito ao caso concreto.

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 do 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 têm aplicado o prazo geral do CC (CC 205- dez anos; CC/1916 177 vinte anos) à relação jurídica de consumo, nas situações que especifica. (ALVARENGA, 2006, p.320).

Assim sendo, o referido instituto traz como consequência uma maior aplicabilidade do direito, na medida em que, fomenta a aplicação das normas.

Para Nadialice (2014) tal teoria tem como objetivo principal e fundamento maior aplicar todo corpo normativo sem excluir uma pelas outras tal como ocorre na poderão de princípios e outros institutos “dialogativos”.

O **fundamento da teoria do diálogo das fontes** está no fato de que as normas surgem para serem aplicadas como um todo e não para serem excluídas umas pelas outras, principalmente quando há um campo convergente. O aplicador do direito ao se deparar com uma enorme quantidade de normas jurídicas deve verificar dentro do ordenamento como um todo qual ou quais se aplicam ao caso, não somente dentro dos microssistemas jurídicos apreciados.

Verifica-se que, a **teoria do diálogo das fontes**, veio permitir que o jurista não fique preso ao **microssistema jurídico** para o qual a norma inicialmente foi imaginada. O ordenamento é um todo unitário e deve ser assim aplicado, diferentemente da concepção clássica de solução de antinomia jurídica. (NADIALICE, 2014).

Neste diapasão, Nadialice (2014), explana sobre a necessidade da aplicação do instituto pelo intérprete jurídico uma vez que este coordena e firma uma maior segurança jurídica, pois se valerá de leis pré-constituídas e que, se válidas passaram por um devido

processo legislativo e assim não ocasionando uma não efetividade da sentença ou do pronunciamento por parte daquele que emanou a decisão em cima do entendimento extraído do texto jurídico.

No mesmo sentido pena Paulo Nader (2006) onde prega que o ordenamento prega quando não houver norma expressa escrita poderá o intérprete jurídico se valer dos mecanismos existentes como os costumes e neste sentido estaria autorizado a característica criativa de uma sentença.

É um pouco relativa a ideia de que o direito-escrito conduz ao saber a que se ater, porque, inicialmente, em sua abstratividade, geralmente a lei não explicita todas as hipóteses de sua aplicação, isto é, dispõe apenas sobre um conjunto de situações, deixando de se referir a outro conjunto que se ache presente apenas potencialmente. Acresce, ainda, que a interpretação dos textos não gera, via de regra, interpretação uniforme, carecendo de mecanismos complexos de uniformização de entendimento de que são exemplos as súmulas dos tribunais e o denominado recurso especial, para cuja apreciação a competência é do Superior Tribunal de Justiça. (NADER, 2006.p. 52).

De acordo com o nobre civilista, a construção do direito e da luta por uma justiça célere, efetiva e de que de fato atenda a sociedade para qual foi produzida, se consubstancia na elasticidade do intérprete jurídico.

Para José Geraldo Brito Filomeno (2007) as fontes devem interagir no sentido em que poderá ser utilizado em uma solução envolvendo o Direito do Consumidor se valer o intérprete, dos costumes, da analogia e dos princípios gerais do direito, além dos institutos que amparam o consumidor e respeita assim sua vulnerabilidade.

E isto se fazia absolutamente necessário, porquanto a evolução do processo tecnológico e a complexidade das próprias relações de consumo fazem com que as relações jurídicas delas advindas necessitem de substrato obrigacional para a devida solução, ou então dos princípios da equidade, analogia, costumes etc., o que, aliás, não é qualquer novidade, sobretudo à vista do previsto pelo art. 4º, inc. I, da “Lei de Introdução ao Código Civil”³. Mesmo porque as relações civis e comerciais, como ressabido, baseiam-se em grande escala na práxis do dia-a-dia, sendo certo, por exemplo, que todos os institutos do direito privado, notadamente de mercancia (proposta, contratos, títulos de crédito, arrendamentos mercantis etc.), foram gerados antes pela prática e somente depois de muito tempo, agasalhados por diploma legal. (FILOMENO, 2007, p.58).

Tendo nesta mesma linha, Eros Roberto Grau (2008) proclamado que tal vulnerabilidade do consumidor é presumida, e, como prega a Constituição de 1988 ser resguarda por todos os operadores do direito.

³ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

CONCLUSÃO

O instituto denominado Diálogo das Fontes, tem como maior primado a busca por uma tutela jurídica efetiva, sólida e que vá de encontro aos anseios sociais, pois, na medida em que uma sociedade evolui seu conceito de justiça e sua busca por justiça evolui junto.

O instituto disseminado pela jurista Cláudia Lima Marques é de suma importância, uma vez que, os esforços dispensando pela nobre doutrinadora teve o condão de incentivar um novo pensar jurídico, um pensar sob uma ótica mais ampla do da interpretação do direito, e uma forma mais objetiva e segura de se fazer justiça.

As bases para construção de um direito moderno, contemporâneo, fundado no bem comum é a solução para as diversas antinomias normativas que ao longo dos anos se desenvolvem como verdadeiros obstáculos para construção jurisprudencial , mas que também se torna uma fator decisivo para o aprimoramento do direito.

Neste mesmo sentido, vale ressaltar institutos correlatos, tais como a ponderação de princípios, a interpretação conforme a constituição, que também traz em seu bojo a ferramenta argumentativa.

Sendo assim, o instituto em tela veio para somar com institutos argumentativos que a cada dia fazem com que a jurisprudência brasileira crie ferramentas eficazes de se deliberar novas formas dos advogados, juízes e tribunais dizerem o direito ao caso concreto, sempre tendo como base a busca incessante pela justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FRANSCICHINI, Nadialice. **Revista Direito**. Disponível em: <http://revistadireito.com/teoria-do-dialogo-das-fontes-uma-nova-forma-de-solucionar-as-antinomias-juridicas/>. Acesso em 19 jan. 2015, 18:28:20.
- GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **Diálogo das Fontes**. Minas Gerais, ano 2006, n. 06.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MARQUES, Cláudia 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**. Sergipe, ano 2004, n. 07.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROCHA, Walmir Rodrigues; FRANÇA, Amilton de. **A Justiça e o Direito na História da Filosofia e do Direito**. São Paulo: Anhanguera Editora, 2010.