

IV. DIÁLOGO DAS FONTES: HARMONIZAÇÃO SISTÊMICA, UNIDADE E PAPEL CONSTITUCIONAL

IV. DIALOGUE OF SOURCES: SYSTEMIC HARMONIZATION, UNIT AND CONSTITUTIONAL ROLE

Chrislayne Aparecida Pereira de Figueiredo¹

Elizio Lemes de Figueiredo²

Recebido em: 25/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

RESUMO: O presente estudo traz a discussão um novo olhar no conflito aparente de normas. Este novo olhar é a busca da harmonização, coerência e unificação das plurais fontes legislativas ofertadas pela teoria denominada “Diálogo das Fontes”. Esta teoria tem como precursor o jurista alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg e introduzida no Brasil através das lições de Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Visa sintonizar todas as normas aplicáveis ao mesmo caso, aplicando-se a mais compatível ao caso *sub judice*, preservando a unidade do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição Federal. Um passo além dos critérios da especialidade, hierarquia e cronológicos, fórmula clássica de solução das antinomias jurídicas. Valeu-se do método de abordagem dedutivo e do método de investigação bibliográfico, com acesso às legislações, as doutrinas e às jurisprudências Pátria referente ao tema. Tem-se a título de objetivo geral verificar a abordagem doutrinária da teoria denominada “Diálogo das Fontes” e como objetivos específicos verificar a ação da citada teoria na harmonização sistêmica e unidade da ordem jurídica, interpretar o papel da Constituição Federal frente ao “Diálogo das Fontes” e identificar a aplicação da citada teoria no âmbito jurídico pátrio. O intérprete do Direito pátrio já assimilou as bases jurídicas do “Diálogo das Fontes”, inclusive, a jurisprudência colhida dos Tribunais Superiores do Brasil indicam a massificação e consolidação da teoria, aplicada inicialmente nas relações consumeristas e depois alcançou as demais searas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo das fontes. Harmonização sistêmica. Unidade. Papel constitucional.

¹ Doutoranda no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestra em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Direito Civil e Direito Processual Civil” pelo ATAME; Graduada em Direito pela UNED – Diamantino (MT); Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil; Advogada.

² Doutorando no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Ciências Criminais com Ênfase em Direito Penal e em Processo Penal” pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Graduat em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Advogado.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

ABSTRACT: The article brings the discussion a new look at the apparent conflict of norms. This new look is the search for the harmonization, coherence and unification of the plural legislative sources offered by the theory called "dialogue of the sources". This theory has as its precursor the German jurist Erik Jayme of the University of Heidelberg and introduced in Brazil through the lessons of Cláudia Lima Marques, Federal University of Rio Grande do Sul. It aims to tune all the rules applicable to the same case, applying to more compatible to the sub judice case, preserving the unity of the juridical order and the supremacy of the Federal Constitution. A step beyond the criteria of specialty, hierarchy and chronological, classic formula of solution of legal antinomies. It relied on the method of deductive approach and method of bibliographic research, with access to the laws, doctrines and jurisprudence Homeland on the subject. It is a general objective to verify the doctrinal approach of the theory called "dialogue of the sources" and as specific objectives to verify the action of the said theory in the systemic harmonization and unity of the juridical order, to interpret the role of the Federal Constitution in relation to the "dialogue of the sources" and to identify the application of the aforementioned theory in the legal juridical field. The interpreter of the country law has already assimilated the legal bases of the "dialogue of the sources", including, the jurisprudence collected from the Superior Courts of Brazil indicate the massification and consolidation of the theory, applied initially in the consumerist relations and later reached the other legal fields.

KEYWORDS: DIALOGUE OF SOURCES. SYSTEMIC HARMONIZATION. UNITY. CONSTITUTIONAL ROLE.

INTRODUÇÃO

A aplicação da teoria denominada “Diálogo das Fontes”, que tem como precursor o jurista alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg e introduzida no Brasil através das lições de Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, já é uma realidade nos tribunais brasileiros. A riqueza da jurisprudência dá sinais de sua extensão além dos horizontes do direito consumerista.

O método clássico de solução das antinomias, com o isolamento da norma em microssistemas jurídicos e exclusão das demais normas jurídicas pelas vias do critério da especialidade, hierarquia e cronológico sofre uma reviravolta pragmática com a opção trazida pelo diálogo das fontes. A proposta é a preservação das normas convergentes em busca de uma harmonia e coordenação da ordem jurídica, para interpretá-las e aplicá-las de forma coordenada e sistêmica em sintonia com a força emanada dos preceitos constitucionais, especialmente a Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais, para dar um caráter humanista ao sistema jurídico.

O aplicador do Direito não está condenado a viver isolado em determinada seara jurídica ou a um determinado microssistema, pelo contrário, muitas respostas estão ao seu dispor na amplitude sistêmica do ordenamento jurídico. É preciso compreender que as normas não são inimigas uma das outras, fazem parte de um todo, o ordenamento jurídico,

comunicam-se e interagem para dizer o Direito ao caso concreto de forma mais justa e humana possível.

De início é preciso verificar o conceito doutrinário da teoria denominada “Diálogo das Fontes” e identificar a sua distinção com o método clássico de solução das antinomias. Concebida a admissibilidade fática e jurídica do “Diálogo das Fontes”, é preciso verificar a ação da mesma na harmonização sistêmica e unidade da ordem jurídica, bem como, interpretar o papel da Constituição Federal frente à teoria.

2 DIÁLOGO DAS FONTES

A Constituição Federal concebida como pilar da formação do Direito Público, reservada às relações estatais, já não encontra eco jurídico e social para as atuais necessidades. O diálogo entre a Norma Constitucional e as demais normas infraconstitucionais é intenso e no caso da legislação Pátria, o princípio da dignidade da pessoa humana é colocado no horizonte de todas as relações jurídicas.

Nem sempre foi assim, basta lembrar o papel da ordem constitucional do Estado Liberal, onde a Norma Constitucional era reservada à regular e estruturar o Estado, mantendo-se distante das relações privadas, como detalha José Joaquim Gomes Canotilho³:

O telos da constituição liberal é fundamentalmente a racionalização e limite de poder.

– A força normativa da constituição traduz-se na sua pretensão de regular juridicamente o estatuto organizatório dos órgãos do Estado separado da sociedade (dualismo Estado/sociedade).

– A estrutura da constituição do Estado de direito é essencialmente negativa, porque: (1) conforma a sociedade negativamente através do estabelecimento de limites ao poder estadual; (2) consagra direitos, liberdades e garantias essencialmente concebidos como direitos de defesa (direitos negativos) do cidadão perante o Estado. – A verdade da forma constitucional liberal tem de procurar-se no texto (expresso) e no contexto (oculto), isto é, a constituição embora fosse uma constituição ‘estadual’ pressupunha o modelo econômico-social burguês: autonomia privada, economia de mercado, valores fundamentais do individualismo possessivo (ideologia burguesa).

A leitura contemporânea projeta a Constituição Federal para o centro gravitacional da órbita jurídica, colocando-a como ponto de partida para qualquer interpretação a ser realizada,

³ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2008. p. 76.

independente da seara jurídica. A complexidade das relações jurídica é real, a pluralidade de fontes legislativas, a coexistência de várias normas aplicáveis ao mesmo fato, as inovações tecnológicas, os novos conflitos sociais, são pequenos exemplos da dificuldade de engessar a ordem jurídica apenas na subsunção fato à norma.

Com este cenário, ganha importância a teoria do diálogo das fontes, onde as variadas fontes do Direito devem ser utilizadas de forma coordenada, sem a ideia de monossolução e aplicando-se a norma melhor ajustável ao caso concreto. A diversidade do sistema de fontes não implica a exclusão da ideia de coerência e unidade do sistema de Direito. A constituição, estruturação e eficiência das regras jurídicas dependem da interatividade e comunicação entre as suas diversas fontes.

A teoria do diálogo das fontes foi concebida pelo jurista alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg⁴ e introduzida no Brasil através das lições de Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: a retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’, de uma só norma possível a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua ratio, finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada em ambas’⁵.

O diálogo das fontes é um método de interpretação, de integração e de aplicação das normas, que contempla os principais desafios de assegurar a coerência e a efetividade do direito a partir do projeto constitucional e o sistema de valores que impõe. Consiste no método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes do direito, assegurando a

⁴ MARQUES, Cláudia 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. n. 45, p. 70-93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71-72. Diz: “Em seu curso Geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plurímas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência de um sistema jurídico eficiente e justo”.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme.** In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

conformidade entre elas e a supremacia da Constituição e, mais ainda, dos seus valores e direitos fundamentais⁶.

A proposta da teoria é superar a noção de conflito normativo e buscar a solução das necessidades na coordenação e aplicação da lei em sintonia com a realidade emanada do caso concreto, orientado pelos valores axiológicos dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A antinomia normativa sempre foi ponto de preocupação na seara jurídica, a gama de normas forma uma teia complexa e torna-se terreno fértil para as plúrimas interpretações, tudo que a segurança jurídica visa evitar. Para a ordem jurídica Pátria, as fontes do Direito estão elencadas na Lei e dos princípios de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB, em seu artigo 4º que dispõe⁷: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Constatada a lacuna da lei, o operador deve integralizar a norma pelas vias da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Ao primeiro olhar, a operação é muito simplória, basta constatar a lacuna da lei e a resposta já está ao lado. O lado amargo da vida jurídica é que a simplicidade passa distante dos conflitos a serem enfrentados no cotidiano e nas respostas a serem dadas às complexas necessidades. As inovações tecnológicas e sociais exigem novos olhares para o sistema jurídico. O papel de harmonizador dos conflitos sociais a ser cumprido pelo Direito exige constantes atualizações e novas leis surgem no cenário jurídico, muitas conflitantes com as outras já existentes. Um dos novos olhares lançado para compreender e desatar os nós dos conflitos normativos é a "Teoria do Diálogo das Fontes" e a jurista Cláudia Lima Marques explica a razão do "diálogo":

'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo', porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitido a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matérias de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de

⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Prefácio**. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 6-7.

⁷⁷ BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

A “Teoria do Diálogo das Fontes” é muito fluente na seara do Direito do Consumidor, onde permite o diálogo do Código do Consumidor com o Código Civil, em sintonia com a Constituição Federal, tudo em prol da proteção da relação de consumo. Três exemplos práticos da aplicação do diálogo das fontes podem ser extraídos de decisões dos Tribunais Superiores Pátrios.

O primeiro exemplo é encontrado no Recurso Extraordinário nº 351750⁸, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal afastou as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia para assegurar direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.

O segundo exemplo vem do Superior Tribunal de Justiça, no caso de indenização por danos morais, para afastar a limitação de tarifa prevista no Código Brasileiro da Aeronáutica, em prestígio ao Código de Defesa do Consumidor⁹.

O terceiro exemplo é colhido do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1483780/PE, conforme ementa do acórdão¹⁰:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADUANEIRO. AUTOMÓVEL FABRICADO NO EXTERIOR E ADQUIRIDO NO MERCADO INTERNO, COM NOTA FISCAL DA EMPRESA IMPORTADORA, DESEMBARÇO ADUANEIRO E REGISTRO NO DETRAN. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO

⁸ BRASIL. STF. Primeira Turma. RE 351750. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Carlos Britto. DJe 25.09.2009, RJSP v. 57, n. 384, 2009, pp. 137-143. “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido”.

⁹ BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 245465/MG. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. DJ: 23.05.2005. RSTJ vol. 194 p. 353. “[...]. II - A garantia de reparação do dano moral tem estatura constitucional. Assim, a aplicação de indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica se refere a danos materiais, não excluindo aquela relativa a danos morais. Ademais, esta Corte também tem admitido a indenização por danos morais e afastado a limitação de tarifa prevista no Código Brasileiro do Ar, tendo em vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor. III [...]”.

¹⁰ BRASIL. STJ. Primeira Turma. AgRg no REsp 1483780/PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 23/06/2015. DJe 05/08/2015.

CONSUMIDOR QUE NÃO FOI AFASTADA. ILEGITIMIDADE DA PENA DE PERDIMENTO DO BEM. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça. 2. A pena de perdimento, fundada em importação supostamente irregular de bem de consumo usado, não pode ser aplicada quando não se afasta categoricamente a presunção de boa-fé do consumidor, que adquiriu o bem de empresa brasileira, no mercado interno. [...].

A incidência da teoria do diálogo não se restringe à órbita consumerista, em decisão proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 49370/MT¹¹, o Superior Tribunal de Justiça promoveu o diálogo entre o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais - LC Estadual 4/1990 e o Código Disciplinar do Servidor Público Civil do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso - LC Estadual 207/2004 e manteve a demissão do servidor público, sob o fundamento de que "Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime".

Não é pretensão da teoria a exclusão de qualquer norma, o simples descarte jurídico, colocando em risco o sistema jurídico, pelo contrário, a tutela dos bens jurídicos é mais eficaz e condizente com os valores axiológicos da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais, implementando-se a harmonização sistêmica mais próxima da realidade vivida pelos destinatários da ordem jurídica.

2 HARMONIZAÇÃO SISTÊMICA

O Direito não é um encontro acidental de regras desordenadas e avulsas, lançadas aleatoriamente ao sabor das necessidades. O Direito implica em uma ordem coerente e consistente, com unidade de sentido, como leciona Jorge Miranda¹²:

O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O

¹¹ BRASIL. STJ. Segunda Turma. RMS 49.370/MT. Relator ministro Herman Benjamin. Julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016.

¹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3 ed. ver.. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 293.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea, implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência, projeta-se em sistema, é unidade de sentido, é valor incorporado à norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Segundo José Afonso da Silva, “o Direito é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num *sistema normativo*”¹³. Celso Lafer traça um panorama da ideia de sistema para o Direito:

A idéia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência europeia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa. Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico no mundo moderno¹⁴.

Dentro desta concepção sistemática, o Direito está estruturado em normas, no caso da ordem jurídica brasileira, em leis e tem a Constituição Federal como elemento central e ponto de partida para a harmonização sistêmica, como lecionam Francisco Pedro Jucá e Lauro Ishikawa:

É decorrência destas concepções que a unificação sistêmica da ordem jurídica de maneira clara tem como ponto de partida a Constituição, em nosso ver, ela ganha papel maior porque, além de ser a “norma de cúpula”, que coroa o ordenamento, de ser a norma de produção de normas, passa a ser também a norma de base, que não apenas empresta legitimação formal à normatividade, mas, bem mais, aponta o caminho da validade social, da efetividade da ordem estabelecida e em caráter de unificação¹⁵.

¹³ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 33.

¹⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988. p. 39.

¹⁵ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do Direito: uma função social do direito. In, _____; _____ (Org.). **A constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2015. p. 92.

Não podia ser diferente, a ausência de uma viga mestre, no caso a Constituição Federal, a conclusão do processo legislativo lançaria o seu fruto, uma nova lei, em uma órbita jurídica desordenada e fadada às constantes colisões normativas. As normas infraconstitucionais estão conectadas à norma constitucional, para que haja harmonia e coerência no sistema jurídico, em face do rol de princípios e valores jurídicos constitucionais a serem prestigiadas pelas leis ordinárias. A harmonização sistêmica coloca a Constituição Federal como a norma fundamental do sistema jurídico e para Riccardo Guastini, do ponto de vista do positivismo científico, a locução “norma fundamental” pode ser compreendida em um ou outro dois modos:

(a) Em primeiro lugar, pode-se falar em uma norma fundamental para referir-se à norma “suprema” de um dado sistema jurídico. Por outro lado, a locução “norma suprema” pode designar, conforme os casos, ou a norma mais elevada do ponto de vista lógico, ou a norma mais elevada do ponto de vista hierárquico (entre uma e outra, evidentemente, não ocorre coincidência). [...].

(b) Em segundo lugar, pode-se falar de uma norma fundamental para referir-se ao que alguns chamam de *rule of recognition*, ou norma de reconhecimento, isto é, a meta-norma que rege a identificação de toda outra norma enquanto membro do sistema jurídico de que se trata. Deste ponto de vista, em todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, a norma fundamental não uma norma única, mas antes um conjunto de normas: precisamente, o conjunto de meta-normas sobre fontes do direito¹⁶.

É preciso destacar, a existência do alicerce constitucional não implica em absoluta ausência de conflitos normativos. Os conflitos normativos existem, todavia, em uma ordem jurídica centrada na unidade do sistema e em valores conduzidos pela norma constitucional, não se concebe a ideia de ignorá-los, o enfrentamento e dissolução das antinomias surgem como medida natural. A doutrina sempre aceitou basicamente três critérios para a solução dos conflitos: hierárquico, especialidade e cronológico.

Pelo critério hierárquico, as normas jurídicas são escalonadas em diferentes níveis, em ordem hierárquica e havendo conflito entre duas normas incompatíveis, a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior. Neste âmbito, a norma constitucional está em um plano superior às leis infraconstitucionais e quando há colisão entre as citadas normas deve prevalecer o primado constitucional. Um exemplo pode ser extraído do Art. 21,

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 361.

do Código de Processo Penal¹⁷, segundo o qual, “a incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”. Em um olhar sistêmico, conclui-se pela inconstitucionalidade do artigo em comento, apesar da atual Constituição Federal não proibir expressamente a incomunicabilidade do preso, a medida é proibida em caso de decretação de Estado de Defesa, na forma do Art. 136, § 3º, IV, da Constituição Federal¹⁸.

O critério cronológico é expresso pelo brocardo *lex posterior derogat legi priori*, neste caso as duas normas conflitantes estão no mesmo nível hierárquico e foram postas pelo mesmo órgão ou poder competente e a norma mais nova deve prevalecer sobre a mais antiga. Este conflito é de difícil concretude, em face do Art. 2º, da Lei e dos Princípios de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB, em seu artigo 2º, §1º, que dispõe¹⁹: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º [...]”.

Já o critério da especialidade prima pela superioridade da legislação especial em face da norma de caráter geral. A norma geral é vértice de um determinado ramo do Direito, como ocorre com o Código Civil nas relações de Direito Civil. As normas especiais tem pretensão de reger uma matéria de forma mais peculiar, com regras detalhadas e específicas, como ocorre com a Lei 9.099/95, aplicável às causas cíveis de menor complexidade. Entretanto, a norma geral não é absolutamente afastada, no silêncio da lei especial, esta entra em cena para regular a matéria negligenciada.

Sucedem que os citados critérios de solução das antinomias jurídicas, embora dotados de rigor, podem não propiciar soluções jurídicas que se revelem adequadas, sobretudo se cotejada com as premissas Constitucionais. Podem, inclusive, levar a resultados que criem um sentimento de que algo está errado; de que não se traduziu aquilo que o senso comum ou mesmo o senso crítico, vigentes em determinado tempo e local, reputam como corretos, apropriados, razoáveis, viáveis ou justos. É neste cenário, de vazio de sentido, apesar de

¹⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

¹⁹ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

várias leis incidindo na espécie, que irá emergir a Teoria do Diálogo das Fontes, a qual vem acenando como novo método de solução de supostas contradições, restabelecendo a coerência e unidade do sistema, eventualmente abaladas²⁰. Sobre o tema, justifica Cláudia Lima Marques:

Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do "diálogo das fontes", para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002²¹.

Na perspectiva da teoria, a ideia de “microssistemas jurídicos” é abandonada, despreza-se o isolamento jurídico, com a proposta de uma comunicação entre as leis, um diálogo, em prol da efetivação dos valores axiológicos emanados da ordem jurídica. O “microssistema jurídico” Direito do Consumidor deve conectar-se ao Código Civil e ambos sintonizarem à Constituição Federal. Cláudia Lima Marques vê a possibilidade de três formas de diálogo.

- a) Havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. Exemplo: os conceitos dos contratos em espécie podem ser retirados do Código Civil mesmo sendo o contrato de consumo, caso de 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 também a proteção dos aderentes do art. 424 do CC.
- c) Os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências de outra.

²⁰ VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A teoria do diálogo das fontes**. Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18279>>. Acesso em: 21/04/2018.

²¹ 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**. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004. p. 28.

Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil²².

Como se vê, a proposta do diálogo das fontes é sintonizar todas as normas aplicáveis ao mesmo caso, aplicando-se a mais compatível ao caso *sub judice*, preservando a unidade do ordenamento jurídico, a supremacia da Constituição Federal, com a consequente tutela da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais.

3 UNIDADE

A unicidade da ordem jurídica não é algo imposto pela norma, com um caráter cogente, é uma intenção a ser alcançada em um franco diálogo entre as diversas fontes do Direito e a realidade a ser alcançada e é no nível dos princípios, e enquanto são eles a direta expressão regulativo do diálogo normativo com a realidade histórico-social, que se deverá intencionar a unidade de ordem que aquele diálogo pretende instituir.

Para Jorge Miranda, os princípios não se colocam acima do Direito, fazem parte do complexo ordenamental, não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente às regras, as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-regras. Segundo o citado jurista²³, os princípios apresentam as seguintes características:

- a) A maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) A amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras;
- c) A irradiação ou projeção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;
- d) A adstrição a fins, não a meios ou à regulação de comportamentos;
- e) A versatilidade, a suscetibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias;
- f) A abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva ou em plenitude, de todos os casos;
- g) A expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- h) A virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidações recíprocas;
- i) A virtualidade de oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas²⁴.

²² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman e MIRAGEM, Bruno. **Manual de direito do consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: RT, 2007. p. 91.

²³ MIRANDA, Jorge. Op. cit. 2003. p. 294.

²⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit. 2003. p. 294.

A unicidade do Direito somente é possível pela versatilidade dos princípios, sem o engessamento esgotável das regras, atuando como vetores de interpretação e integração, para dar coerência ao sistema jurídico. Apesar da importância das normas-princípios, não pode perder de vistas a necessidade das normas-regras, a bem da verdade, da integração e comunicação entre estas duas espécies de normas e cada uma exercendo, ao seu modo, papel vital para os objetivos traçados para e pelo Direito. José Joaquim Gomes Canotilho apresenta interessantes critérios de distinção entre princípios e regras:

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante²⁵.

A coexistência entre regras e princípios na seara jurídica é natural, são fontes do Direito oriundo do poder legislativo. Cabe ao interprete a sensibilidade de extrair as ordens emanadas de cada instrumento jurídico e aplicá-las ao caso concreto e no momento oportuno. O caráter normativo dos princípios é defendido por Norberto Bobbio:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função da qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 166-167.

que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?²⁶

O Direito Constitucional vale-se das duas espécies de normas jurídicas, por essa razão a Constituição Federal de 1988 passa a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, receptivas a valores jurídicos suprapositivos, nos quais as ideias de justiça e de realização dos Direitos Fundamentais vêm a desempenhar um papel central. Os princípios têm três funções de extrema importância. A função fundamentadora da ordem jurídica, com a prevalência dos princípios em relação às regras que lhe sejam incompatíveis. A função interpretativa, onde os princípios orientam os intérpretes a buscar soluções para os conflitos sociais com a atenção voltada para os ditames da Constituição Federal. Finalmente, cumprindo a tarefa de integração do Direito, os princípios tem função supletiva, para suprir as lacunas da ordem jurídica.

A generalidade dos princípios, essência extraída do alto nível de abstração e indeterminabilidade²⁷, permite a sobrevivência do próprio ordenamento jurídico. As regras são construídas a partir das experiências cotidianas, a vida e sua complexidade não permite o engessamento de todas as condutas nos limites rígidos das regras e a sua própria criação antes da ocorrência de um fato. As lacunas são inevitáveis e neste momento, entram em cena os princípios e sua força integrativa.

A proposta da teoria do diálogo das fontes visa exatamente à preservação da conexão normativa entre os princípios e as regras, atentando-se para os valores consagrados na Constituição Federal, de humanidade, de dignidade e de proteção dos Direitos Fundamentais.

4 PAPEL CONSTITUCIONAL.

Segundo Pablo Lucas Verdú²⁸, a norma constitucional é um mandado legislativo, fundamental, supremo, que procede de um poder extraordinário, originário, soberano, com eficácia social organizadora e transformadora. Em geral, é dificilmente reformável, ajustando-se a uma fórmula política que configura as instituições do Estado-administração e do Estado-comunidade. A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 158.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 1988. p. 90-91.

²⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 125.

própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral, a vontade de Constituição²⁹. Indiscutível a importância da Constituição Federal para estruturar a ordem jurídica, entretanto, na travessia do tempo, nem sempre ela exerceu o papel democrático de reger a vida pública e a vida privada com o mesmo tom normativo.

Até a idade média, o poder do rei era quase ilimitado e fundado em poderes divinos, com possibilidade de condutas desumanas contra os seus súditos. A Revolução Francesa encerra o absolutismo e traz como legado o Estado Liberal, com lemas de liberdade, igualdade e fraternidade, para fins de assegurar as bandeiras, surge o interesse de proteção dos direitos fundamentais, levado a efeito com a Declaração Universal dos Direitos do Cidadão, de 1789, preâmbulo do primeiro texto constitucional³⁰. Ainda há uma visão utópica dos lemas da Revolução Francesa, a bem da verdade, os gritos de liberdade, igualdade fraternidade eram ecoados na medida dos interesses da burguesia, especialmente para proteção de suas propriedades e aniquilar qualquer tentativa de resuscitar o absolutismo.

A crença racionalista na lei fez redimensionar-se o conceito de Constituição, agora entendido como texto legal, redigido e votado como um todo para definir o arcabouço jurídico do Estado³¹. Entretanto, os debates em torno do poder constituinte, dos poderes e das garantias não chegaram de pronto a formar um corpo temático unitário. Para o Estado Liberal, a promoção da liberdade jurídica colocava o Estado à margem das relações jurídicas, a autonomia individual era suficiente para regular os interesses do indivíduo e da sociedade, onde todos os indivíduos eram iguais perante a lei. Francisco Pedro Jucá e Lauro Ishikawa retratam o papel constitucional neste momento histórico:

Nesta concepção, cabe ao Direito Constitucional organizar e disciplinar a organização, acesso e exercício do poder político, remetendo todo o universo restante das relações sociais ao direito infra constitucional, oferecendo a tutela constitucional apenas ao estabelecer a separação dos poderes,

²⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991. p. 38.

³⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34. Diz: “A constituição escrita, de outra parte, em sua origem, como se nota, teve cunho acentuadamente revolucionário, tanto por força do processo desencadeado nos Estados Unidos como também pela ocorrência na França. Essa nota acaba por se projetar como uma das grandes características das Constituições, que é o rompimento com a ordem jurídica até então vigente”.

³¹ SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000. p. 195.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

disciplinando, assim, a produção normativa; daí a constituição desempenhar o papel de norma de produção de normas³².

Em linhas marcantes, a Constituição Federal frente ao Estado Liberal assume papel de Lei Fundamental, instrumento de organização e limitação do poder e inclui a necessidade de ser um documento escrito, ingredientes resumidos no artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1.789, segundo o qual, “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos (do Homem) não esta assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”.

O final do século XIX vive dias de progresso, com a força da revolução industrial, a produção de bens abandona as clássicas produções artesanais e passa por processo de automação, com adesão de novas tecnologias, o emprego do aço, a utilização da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo, a invenção do motor a explosão, da locomotiva a vapor e o desenvolvimento de produtos químicos. Diante do novo cenário, torna-se insustentável o modelo liberal, o desnível social impedia os indivíduos desafortunados a viver as delícias dos direitos conquistados pela Revolução Francesa. No início do século XX percebeu-se que a garantia dos direitos individuais não bastava. Havia necessidade de garantir também o seu exercício³³. Paulo Bonavides faz interessante reflexão sobre a linha limítrofe entre o Estado Liberal e o Estado Social.

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado Social³⁴.

Na medida em que as turbulências e transformações agitavam o meio social, abalando as estruturas do Estado Liberal, a seara jurídica não estava imune e novos olhares foram lançados para redimensionar o papel da constituição. A densa obra de Hans Kelsen é um

³² JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. Op. cit., 2.015. p. 93.

³³ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídicos das expressões**. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2002. p. 12.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 44.

marco sobre questões centrais da Teoria do Estado e do Direito, colocando o papel constitucional em um novo patamar. Nelson Saldanha retrata a contribuição de Hans Kelsen:

Partindo da imagem do direito (e do jurídico) como norma, ou como conjunto de normas, e do suposto de que a angulação metodológica “constrói” gnosiologicamente o objeto, Kelsen buscou subordinar os temas da teoria do Estado ao prisma jurídico, incluindo-se aí obviamente o tema da constituição. Prisma jurídico, prisma normativo: redução do Estado ao direito e do direito a uma estrutura normativa. Ao entender a figura do Estado como “juridicamente” equivalente ao direito (bem que Hegel dizia que todo formalismo leva à tautologia), o autor da *Reine Rechtslehre* transformou os problemas políticos envolvidos na experiência constitucional em problemas jurídico-formais (quando não os cancelou); descartou o tema do poder – como descartaria da problemática jurídica o tema dos valores –, substituindo-o pelo da competência, que em seu pensamento deveria ser estudado dentro da estrutura normativa do ordenamento. Ou seja, em função da relação entre normas primárias e normas secundárias³⁵.

O papel marcante da Constituição no Estado Liberal de Lei Fundamental, instrumento de organização e limitação do poder é redimensionado pelas necessidades surgidas da relação trabalho e capital típica do Estado Social, com a inserção de normas e o estabelecimento de princípios de valorização do trabalho e da dimensão social da economia e das riquezas, em clara tentativa de estabelecer conexão entre o econômico e o social, marcada pela redistribuição das riquezas, diminuição das distâncias sociais e econômicas entre os indivíduos, e, no curso do processo evolutivo, a expansão, também progressiva, do universo dos direitos humanos fundamentais, sendo possível perceber a tendência é a de reposicionamento do tratamento jurídico do ser humano, atribuindo-lhe mais centralidade³⁶.

A Segunda Guerra Mundial obriga uma reflexão a respeito da proteção jurídica do homem, especialmente os Direitos Fundamentais. A fúria nazista destruiu os valores enaltecidos pela dignidade humana e com restabelecimento da paz torna-se imprescindível adotar medidas para evitar uma reprise da maldade. Em resposta ao massacre nazista tem-se uma reação jurídica universal, com positivações do princípio da dignidade humana em diversas normas, com destaque para a Declaração dos Direitos Humanos (1948), a Lei Fundamental De Bonn (1949), a Constituição Italiana (1947) e mais tarde outros países

³⁵ SALDANHA, Nelson. Op. cit., 2.000. p. 198.

³⁶ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. Op. cit., 2.015. p. 86.

aderem à codificação, como Portugal (1976) e Espanha (1978), culminando, no Brasil, com a “Constituição Cidadã”, de 1988.

O constitucionalismo moderno sustenta-se na ideia de conceber a constituição como uma lei suprema, estabelecida pelo povo em um documento solene, escrito para ser conhecido de todos, que é ao mesmo tempo, condição de validade de todos os atos emanados do Estado e cúpula da ordem jurídica³⁷. Acompanhando a historicidade e a evolução social, o papel da Constituição Federal vem se ajustando ao momento vivido, continua com as mesmas bases lançadas pela Revolução Francesa, alimentado pelo foco social emanado do Estado Social e com o interesse focado cada vez mais na proteção do homem, elemento central da órbita jurídica. Pietro Perlingieri apresenta os parâmetros hermenêuticos constitucionais essenciais para definir o papel da Constituição Federal contemporânea:

- a) em reconhecer que a Constituição, como qualquer outra lei, é sempre e antes de tudo um ato normativo, que contém disposições preceptivas, e que tanto os juízes comuns ao julgar as controvérsias que lhe são submetidas com base nas normas constitucionais, quanto aos juízes constitucionais, operando como intérpretes “autorizados” da Constituição e como juízes de constitucionalidade das leis, se encontram vinculados aos textos constitucionais.
- b) em argumentar sobre normas-princípios, cuja aplicação não assume forma silogística da subsunção, mas aquela otimização ao realizar o preceito, segundo sua hierarquia, mas também segundo sua razoável ponderação em relação ao caso concreto a ser decidido.
- c) Em ter consciência de que a ideia de sociedade e de ética pressuposta na Constituição deve ser relevante e que, dessa forma, no ordenamento positivo penetram “valores e princípios historicamente caracterizados”³⁸.

A barreira intransponível entre Direito Público e Direito Privado, como nos tempos da Revolução Francesa não encontra mais eco na contemporaneidade, o papel da Constituição Federal foi redimensionado. Não basta edificar e organizar o Estado e suas relações jurídicas, é preciso vivenciar o cotidiano, alargar o texto constitucional, em uma maior dialeticidade entre Estado/sociedade e na mesma proporção trilhar o caminho inverso. Nesta caminhada, a teoria do diálogo das fontes, método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 106-107.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2.008. p. 595-596.

do direito, assegurando a conformidade entre elas e a supremacia da Constituição³⁹, é mais um instrumento disponível para propiciar a integração, aplicação e interpretação das normas em plena sintonia com os valores constitucionais, especialmente a dignidade humana e os Direitos Fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução científica do Direito já permite concebê-lo como um sistema de direito, estruturado em uma unidade hierárquica, coerente e funcional, cuja força é exteriorizada nas normas jurídicas, em geral, regras e princípios, agindo sistematicamente em prol da proteção do homem. O universo jurídico, denominado ordenamento jurídico, tem como centro gravitacional a Constituição Federal, a sua força e seus valores axiológicos são irradiados para toda a ordem jurídica. Em um piso inferior, tem-se o emaranhado das normas infraconstitucionais, a riqueza da fonte é impressionante, são leis estaduais, leis municipais, leis federais, leis complementares, leis ordinárias. Não é tarefa fácil moldar a harmonia jurídica em um rico manancial legislativo.

A compreensão de unidade e harmonia sistêmica do Direito implica em buscar uma resposta satisfatória aos casos concretos, em sintonia com os valores e princípios tutelados juridicamente. Deixar de solucionar o conflito sustentado na impossibilidade de uma resposta jurídica não é e não pode ser uma opção, ainda que haja lacuna na lei ou um conflito de normas, a resposta deve ser construída sob a luz da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais. A resposta deve ser dada, este é o único caminho. Tradicionalmente estes conflitos e suas respostas tinham os critérios da especialidade, da hierarquia e o cronológico como bússolas de orientação.

A modernidade e suas galopantes evoluções exige um novo olhar a cada momento, uma nova reflexão a cada conquista, o modelo padronizado de ontem já não se ajusta às necessidades e realidades de hoje e esta mutação social, tecnológica, econômica, cultural ecoa na seara jurídica. O próprio papel da Constituição Federal pode testemunhar estas evoluções. Ontem, no período da Revolução Francesa, o papel da Constituição Federal era de tutor das ações do Estado, formatando sua disciplina e organização, preservando a separação dos poderes e regendo a produção normativa, sem imiscuir nas relações privadas, âmbito restrito

³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Op. cit., 2012. p. 6-7.

ao direito infraconstitucional, principalmente o Direito Civil e o Direito Penal. Hoje, após as contribuições das grandes revoluções sociais, especialmente a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, digerido parcialmente as agruras de duas Grandes Guerras Mundiais, o papel da Constituição Federal, não pode ser o mesmo marcante do Estado Liberal. Hodiernamente, não basta edificar e organizar o Estado e suas relações jurídicas, é preciso vivenciar o cotidiano, alargar o texto constitucional, em uma maior dialeticidade entre Estado/sociedade e na mesma proporção trilhar o caminho inverso. Neste cenário de mutações e evoluções surge a Teoria do Diálogo das Fontes como um novo olhar na interpretação e aplicação das plurais e complexas fontes legislativas.

A Teoria do Diálogo das Fontes, método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes do direito, assegura a conformidade entre elas e preserva a supremacia da Constituição. A ordem jurídica é um organismo vivo, flexível e fluí em destino à solução dos conflitos concretos e reais. Concebê-la de outra forma, engessando-a em fórmulas e padrões rígidos certamente limitará o seu papel social. A proposta do diálogo das fontes é sintonizar todas as normas aplicáveis ao mesmo caso, aplicando-se a mais compatível ao caso *sub judice*, preservando a unidade do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição Federal. Em suma, visa à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes e, em geral, divergentes, na perspectiva de conceber ao homem a possibilidade de experimentar o gozo dos valores axiológicos emanados da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Prefácio**. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

_____. STJ. Primeira Turma. **AgRg no REsp 1483780/PE**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 23/06/2015. DJe 05/08/2015.

_____. STJ. Segunda Turma. **RMS 49.370/MT**. Relator ministro Herman Benjamin. Julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016.

_____. STJ. Terceira Turma. **REsp 245465/MG**. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. DJ: 23.05.2005. RSTJ vol. 194 p. 353.

_____. STF. Primeira Turma. **RE 351750**. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Carlos Britto. DJe 25.09.2009, RJSP v. 57, n. 384, 2009, pp. 137-143.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídicos das expressões**. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do Direito: uma função social do direito. In, _____; _____ (Org.). **A constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das letras, 1988.

MARQUES, Cláudia 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. n. 45, p. 70-93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman e MIRAGEM, Bruno. **Manual de Direito do Consumidor.** In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: RT, 2007.

_____. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme.** In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **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.** Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3 ed. ver.. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** 2 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A teoria do diálogo das fontes.** Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18279>>. Acesso em: 21 abr. 2018.