V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

DIÁLOGO DAS FONTES: LINHAS PRELIMINARES SOBRE O ESTADO DA ARTE EM DEZ ANOS DE CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI

DIALOGO DE FUENTES: PRIMERAS LÍNEAS SOBRE EL ESTADO DEL ARTE EN DIEZ AÑOS DE CONGRESO NACIONAL DE CONPEDI

Marcelo Maduell Guimarães [1]
Ariane Perdomo [2]

Resumo

A pesquisa versa sobre a teoria do Diálogo das Fontes. Realiza a sua análise teórica e empírica, pretendendo diagnosticar como vem sendo enfrentada essa teoria no âmbito da produção científica brasileira em nível de pós-graduação, especificamente a produção havida nos últimos dez anos de edições de Encontros e Congressos nacionais do CONPEDI. O texto é dividido em duas partes. A primeira objetiva descrever as origens e o leitmotiv do método, bem como as suas regras de operacionalização. A segunda parte se destina a expor o desenvolvimento da pesquisa empírica com a análise de cada um dos artigos obtidos como resultado.

Palavras-chave: Diálogo das fontes, Teorias do direito, Produção científica, Método

Abstract/Resumen/Résumé

La investigación se ocupa del Diálogo de Fuentes. Desarrolla una análisis teórica y empírica con el objetivo de diagnosticar como se ha abordado en el contexto de la producción científica en el nivel de post-grado, específicamente la producción de la ultima década de los congressos nacionais del CONPEDI. El texto se divide en dos partes. La primera tiene el objetivo de describir los orígenes y el leitmotiv del método y sus reglas de aplicación. La segunda parte está destinada a exponer el desarrollo de la investigación empírica con el análisis de cada uno de los artículos científicos obtenidos como resultado.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dialogo de fuentes, Teorias del derecho, Investigación científica, Método

[1] Mestre em Direito e Sociedade - Unilasalle

[2] Mestranda em Direito e Sociedade - Unilasalle

INTRODUÇÃO

É certo que o paradigma da modernidade, cartesiano, reducionista, há muito se mostra insuficiente a atender as demandas jurídico-sociais contemporâneas, especialmente, quando face ao fenômeno da inflação legislativa que transborda a esfera pública e revela-se na hiper-regulação dos sistemas sociais ou juridicização das esferas sociais.

Observando a produção científica jurídica, mais especificamente aquela detida às teorias e à hermenêutica jurídica, é possível perceber de que o Direito vivencia uma crise e experimenta novos paradigmas extraordinários.

Assim, seja aproximados ao superado paradigma da modernidade, seja aproximados a um novo paradigma que, embora ainda insipiente, vem-se diferenciando pelo seu caráter complexo, holístico e relativista, modelos extraordinários estão se (re)produzindo[1], submetidos a testes cuja intenção é o seu estabelecimento como novo referencial jurídico-científico.

Sem adentrar em discussões acerca da filosofia das ciências, especialmente, às críticas ao modelo pensado por Thomas Kuhn (1996), o que se pretende é apenas demonstrar a riqueza do conflito atualmente existente no Direito.

É nessa realidade que, como uma proposta de solução ao conflito de normas – um dos principais problemas decorrentes da inflação legislativa –, especialmente por aqueles experimentados em decorrência da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, chega ao Brasil, no derradeiro suspiro do século XX, por volta do ano 2000[2], pelas mãos de Cláudia Lima Marques, titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a teoria do Diálogo das Fontes, de autoria de Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg.

Conforme se extrai de um fundamental texto sobre o tema, mais que uma teoria, o Diálogo das Fontes é método de conciliação de regras que permite a coerente aplicação do Direito contemporâneo (MARQUES, 2012, p. 22).

Esse método, passados quase quinze anos de sua chegada ao Brasil, ainda vem sendo efusivamente recepcionado tanto no meio acadêmico, quanto no meio judicial[3].

Eis uma das razões do interesse em analisar tal Teoria.

---

[1] Aqui se adota a ideia Luhmanniana de comunicação, que não se produz, mas se reproduz. Conferir. Sobre o tema, ver Luhmann (1993).

[2] Primeira publicação brasileira registrada na plataforma lattes: MARQUES, C. L. . Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'Diálogo das Fontes' no combate às Cláusulas Abusivas. Revista Direito do Consumidor, SÃO PAULO, v. 45, p. 71-99, 2003. Disponível em: http://lattes.cnpq.br/9823041159237981.

[3] Nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1483780/PE, do Superior Tribunal de Justiça.

Outras razões daí decorrentes são (a) a constante inquietação dos autores da presente pesquisa sobre o fenômeno da comunicação, bem como o seu caráter incontrolável de reprodução e transformação e (b) o interesse em verificar empiricamente que caminhos esse modelo teórico vem tomando pelas mãos dos pesquisadores do Direito.

Assim, o presente texto se desenvolverá com um viés mais descritivo, iniciando com breve análise sobre a ideia do Diálogo das Fontes segundo sua principal representante no Brasil, Cláudia Lima Marques, e, após, com a análise de artigos científicos apresentados nos últimos dez anos de edições do Encontro e do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, consolidados entre os maiores e mais bem avaliados eventos nacionais de produção científica em nível de pós-graduação em Direito.

1. O MÉTODO DO DIÁLOGO DAS FONTES

1.1. Origens e o Leitmotiv

Desenvolvido por Erik Jayme, no âmbito do Direito Internacional e por Cláudia Lima Marques, sua orientada em nível de doutoramento, no âmbito do Direito brasileiro, o método do Diálogo das Fontes propõe-se como uma teoria jurídica pós-positivista que se insere na "[...] grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do Direito e uma nova perspectiva mais humanista sobre a relação entre as normas [...]" (MARQUES, 2012, p. 23 e 24).

Partem ambos professores das ideias(a) de que o Direito deve exprimir previsibilidade – deve ser coerente –, (b) de que "[...] as leis hoje não são mais 'castelos' estanques e compartimentados 'feudos' de uma só lei [...]", fazem, agora, parte de um sistema de valores constitucionais que devem ser observados e (c) de que a racionalidade positivista kelseniana e os métodos clássicos de solução de conflitos entre normas – anterioridade, especialidade e hierarquia – se mostram insuficientes para dar solução às demandas sociais contemporâneas adequadas aos referidos valores constitucionais, dado o crescente pluralismo de fontes que compõe esse sistema jurídico.

Nesse sentido, o método tem como adjetivo ser uma "[..] teoria humanista e humanizadora, pois utiliza o sistema de valores, para ter em conta em sua coordenação ou a restaurar a coerência abalada pelo conflito de leis, o ponto de vista concreto e material das fontes em 'colisão'", depreendendo-se daí possuir "um componente de politica de aplicação e

interpretação do sistema" (MARQUES, p. 25), o que, ao lado de tantos outros modelos jurídicos contemporâneos, suplanta aquela ideia de pureza do Direito.

Obedece o método do Professor de Heidelberg, portanto, a uma ideia mais complexa do sistema jurídico, ao considerar que "aplicar a lei, com olhos de afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje [...]" (MARQUES, 2012, p. 26), propondo que

> [...] a solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas. Os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, "estas fontes todas não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrario, elas 'falam' uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes 'escutando' o que as fontes 'dizem'. (JAYME apud MARQUES, 2012, p. 18-19).
> [...] significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.

Assim, como um método que se apresenta, "[...] é o caminho para se obter um conhecimento e ao mesmo tempo é um procedimento a validar e legitimar o resultado cientifico de um instrumento" (MARQUES, 2012, p. 26). Veja, pois, como se dá a construção prática dessa metodologia que busca, pela técnica, "avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa" (MARQUES, 2012, p. 21).

Dado à complexidade do sistema jurídico gerada pelas demandas sociais que impuseram a sua fragmentação em microssistemas[4], propõe o método que, diante de um aparente conflito de lógicas diversas decorrentes de uma pluralidade de fontes incidentes para a solução do caso concreto, não comportará um mono-logo, não prevalecerá a lógica de uma lei em detrimento das demais; deverá construir-se um di-a-logo, em que ambas as fontes (ou mais fontes), conjunta e harmoniosamente, comporão a solução do caso posto, marcando a transição do conflito à coordenação de fontes das mais diversas naturezas – tratados, normas constitucionais, infraconstitucionais, infralegais, etc. (MARQUES, 2012, p. 26 e 27).

"Em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erik Jayme ensinava que diante do 'pluralismo pós-moderno' de fontes legislativas, a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico, é exigência de um sistema eficiente e justo" (MARQUES, 2012, p. 27).

Assim, dado à pouca clareza e por vezes, à total desordem do sistema jurídico que dificulta e até impossibilita a identificação das fontes legais da sua posição hierárquica no

[4] Cumpre esclarecer o não alinhamento deste autor à ideia de microssistema, mas adota no texto tal terminologia na tentativa de não corromper a ideia em descrição.

sistema, o método pressupõe apenas a hierarquia, no plano interno, dos valores constitucionais, propondo que a construção daquele referido diálogo deva ser construído voltado à promoção desses valores, sem deixar de lado, dado a própria abertura constitucional, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Com o domínio dessa metodologia de aplicação de leis, pode-se evitar

> [...] um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, pois a aplicação conjunta e coordenada das fontes tem como consequência a inexistência de lacunas, onde o direito do consumidor pode ser complementado por outras leis e princípios, sempre favor do sujeito tutelado [...]" (MARQUES, 2012, p. 30),

Vê-se, portanto, que a teoria do Diálogo das Fontes, ou, como propõem seus mestres, o Método, presta-se não somente à realização do projeto constitucional, mas também do projeto internacional de defesa, proteção e promoção dos direitos humanos.

É uma ferramenta eficaz para concretização do princípio *pro homine* não só nas relações verticais – Estado *versus* particular –, mas especialmente nas relações horizontais – particular *versus* particular, e, mais especialmente ainda, nessas relações horizontais em que se revela um elevado grau de desigualdade entre as partes; em outras palavras, é dizer que tal metodologia mostra-se concretizadora da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois estes são o *Leitmotiv* da teoria de Erik Jayme (MARQUES, 2012, p. 29).

1.2. A materialização

> A regra no direito brasileiro é, pois, como desejamos frisar, a da continuidade das leis, forçando o intérprete, sempre e novamente, a decidir-se pela aplicação de uma das normas. Iludem-se os que consideram que a solução pelo conflito de leis viria somente do próprio legislador, sem a necessidade de uma maior atuação do intérprete. (MARQUES, 2012, p. 34)

Nesse sentido, em busca dessa necessária maior atuação do intérprete, é que a Profa. Claudia Lima Marques, na seara dos direitos dos consumidores, traz as primeiras propostas de utilização do Diálogo das Fontes para o Direito Brasileiro.

Inicia-se o *iter* metodológico não a partir da lei, mas do caso concreto.

A análise do caso posto deve se dar por uma lente holística da relação jurídica ali percebida, ou seja, por uma visão finalística e total (MARQUES, 2012, p. 30). É dessa forma que se perceberá a pluralidade de fontes possivelmente incidentes no caso e se iniciará o processo de diálogo que poderá se apresentar de três formas: por coerência[5], subsidiariedade (complementariedade)[6] ou adaptação e coordenação[7].

---

[5] A coerência corresponderia à antiga hierarquia – é dado pelos valores constitucionais e a supremacia dos direitos humanos. Assim, "uma lei pode servir de base conceituai para outra (diálogo sistemático de coerência),

Pelas linhas até aqui traçadas é possível perceber que o método descrito potencializa o Direito pelo próprio Direito, na medida em que atende aquela regra incialmente referida nesse subcapítulo – acerca da presunção de continuidade das leis – mas sem impor ao intérprete que se utilize de apenas uma fonte; pelo contrário, possibilita que se utilize de quantas fontes se mostrarem atinentes ao caso concreto para a construção da sua solução de forma adequada aos valores constitucionais.

Além disso, importante esclarecer que tal modelo fora construído a partir do *leitmotiv* dos direitos humanos, por isso, ainda que, "[...] os métodos podem ser usados para 'o bem e para o mal' [...]", defende-se que este não pode ser utilizado para prejudicar o homem (MARQUES, 2012, p. 62),.

Daí a construção no sentido de transformar a proteção do consumidor em vetor hermenêutico na construção de soluções para as antinomias do sistema jurídico.

Tendo como caso uma relação de consumo, a partir de uma visão finalística, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor, além das regras – mais densas – que nele traz, possui normas de alto teor valorativo – mais abstratas –, donde se extrai, inclusive, seu princípio-chave: a ideia de vulnerabilidade e consequentemente seu fim, a proteção do consumidor. Nesse passo, sendo a tutela do consumidor um mandamento constitucional, infere-se que, diante de antinomias entre o Código de Defesa do Consumidor e outras fontes, a lógica deverá prevalecer, sem afastar as demais, apenas sendo o diálogo orientado com estas, pelo referido Código.

É nessa racionalidade que "[...] eleva a visão do intérprete para o *telos* do conjunto sistemático de normas e dos valores constitucionais" (MARQUES, 2012, p. 66).

Uma experiência real dessa construção – realizada pelo Superior Tribunal de Justiça– que bem demonstra a riqueza e potencialidade do método do Diálogo das Fontes, é trazido por Claudia Lima Marques (2012, p. 36):

---

especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema especifico" (MARQUES, 2012, p. 32).

[6] A subsidiariedade ou complementaridade corresponderia à antiga especialidade, dado pelo papel complementar das normas especiais, devendo prevalecer a mais valorativa para, após, terem lugar as menos valorativas - nunca havendo exclusão! Exemplificando: "uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação, [...] tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, 'diálogo' este exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas[...]" (MARQUES, 2012, p. 32).

[7] A adaptação e coordenação – que corresponderia à antiga anterioridade – deriva-se da necessidade de acomodação do sistema sempre que inserida pelo legislador uma nova fonte. Nesse caso, "há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do [Direito dos Juízes] alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial [...]" (MARQUES, 2012, p. 32).

> Um bom exemplo é o transporte aéreo, em que havia lei especial (Código Brasileiro de Aeronáutica) e tratados especiais limitando as indenizações (em especial, o sistema da Convenção de Varsóvia, que é de 1928). Assim, o Superior Tribunal de Justiça aplica o CDC em caso de transporte nacional prevalentemente em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica (dialogo de subsidiariedade) e aplica, em caso de transporte internacional aéreo, o sistema especial do transporte aéreo previsto no Tratado para determinar a responsabilidade (limitada) de danos materiais, mas aplica simultaneamente o CDC para uma reparação integral de danos morais, em caso de perda de bagagem.

Como se vê, trata-se de uma "[...] solução sistemática pós-moderna; chega em um momento posterior à decodificação, à tópica e à microrrecodificação, e procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso Direito contemporâneo [...]" (MARQUES, 2012, p. 33).

Mais! Assenta-se como um modelo cientifico apto para solução de antinomias não só do Direito Internacional, em que foi inicialmente proposto, pelo seu autor Prof. Erik Jayme, nem tampouco só do Direito dos consumidores, como fez de forma louvável a Profa. Claudia Lima Marques, aqui no Brasil, mas apto a permear todos outros recantos do Direito.

E a prova disso já é bem perceptível no meio jurídico brasileiro como um todo, o qual vem bem aceitando esse novo método científico.

2. O ESTADO DA ARTE DA TEORIA[8]

[8] Sobre os recortes realizados para o desenvolvimento da pesquisa empírica: (a) para fazer um primeiro diagnóstico da teoria do Diálogo das Fontes, no campo científico de produção do Direito, optou-se por analisar as investigações publicadas decorrentes das últimas vinte edições , ocorridas nos últimos dez anos, do Encontro Nacional e do Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito);
(b) a definição pela análise das pesquisas publicadas nos encontros e congressos do CONPEDI, justifica-se pela importante contribuição que este conselho vem dando à comunidade científica do Direito, colocando-se hoje como o maior evento acadêmico nacional, congregando pesquisadores de pós-graduação de todos os estados da federação, que bianualmente tem a oportunidade de apresentarem inéditas pesquisas;
(c) com relação ao recorte temporal, foram pesquisados os artigos publicados entre o XIV Congresso Nacional, realizado em Fortaleza, CE, no segundo semestre de 2005, e o XXIII Congresso Nacional, realizado em João Pessoa, PB, no segundo semestre de 2014. Tal delimitação, justifica-se em razão de que os anais anteriores à edição do décimo quarto congresso não é disponibilizado eletronicamente pelo CONPEDI e, mesmo após solicitação formal do autor ao referido Conselho, não foi possível a disponibilização de tais documentos. Além disso, não integra a presente pesquisa eventuais investigações apresentadas no XXIV Encontro Nacional, ocorrido nesse primeiro semestre de 2015, eis que ainda não publicados os respectivos anais;
(d) um último recorte realizado diz respeito a forma de identificação dos artigos publicados versando sobre a teoria do Diálogo das Fontes; (e) assim, pretendendo essa pesquisa traçar as primeiras linhas sobre o estado da arte da referida teoria, optou-se, nesse primeiro momento em identificar as pesquisas publicadas que tivessem como tema central o Diálogo das Fontes. Para tanto, elegeu-se como um critério razoável para tal identificação a busca por pesquisas contivessem em seu título, subtítulo ou palavras-chave expressões atinentes à teoria em questão; (f) por conseguinte, foram pesquisadas as seguintes expressões: diálogo, diálogos, Cláudia – e suas variações sem acento gráfico –, fonte, fontes, Marques, Erik, Jayme – e a variação deste último como "Jaime".
Gize-se que essa busca, na intenção de captar a totalidade das pesquisas publicadas segundo os critérios apontados, foi realizada de duas formas: (a) diretamente nos anais disponibilizados na página eletrônica do CONEPDI e (b) por meio de busca no Google mediante os seguintes parâmetros de pesquisa: <"diálogo" site:conpedi.org.br> e <"diálogo" site:publicadireito.com.br>. Observe-se que foram utilizados dois parâmetros, pois os documentos do CONPEDI estão vinculados a dois URL distintos; (g) logo, como resultado, dentre os diversos artigos científicos encontrados, foram identificados como relacionados ao tema seis produções.

2.1 A análise da produção científica

Do levantamento realizado no banco de dados do CONPEDI, foram identificados sete artigos científicos. Eles se observa o seguinte:[9]: (a) ano das publicações: 2007, CASTRO; 2012, ALBUQUERQUE; 2013, LOUREIRO e MARTOS; e 2014 HORN e MELO; (b) área específica do conhecimento em que se deu a publicação: direito do consumidor, CASTRO, HORN e MARTOS; direito internacional, ALBUQUERQUE; acesso à justiça, LOUREIRO; direito empresarial, MELO.

Desses dados, percebe-se um considerável lapso temporal entre o surgimento do método do Diálogo das Fontes no Brasil – ocorrido em 2003 – e o primeiro artigo científico publicado – CASTRO, em 2007.

Verifica-se que, dos sete artigos colhidos, quatro deles versam sobre direito do consumidor – CASTRO, HORN, MARTOS e MELO – e um sobre direito internacional – ALBUQUERQUE. Note-se que MELO, apesar de ter sido publicado na área de direito empresarial, como se depreende de seu título, versa sobre direito do consumidor[10]. O artigo LOUREIRO, em que pese ter sido publicado na área de acesso à justiça, versa sobre a proteção do patrimônio público e processo civil coletivo[11]; publicado em 2013, trata-se, portanto, do único artigo científico colhido que não trata sobre os temas que influenciaram diretamente a construção do método do Diálogo das Fontes, quais sejam, o direito internacional, por Erik Jayme, e o direito do consumidor, por Cláudia Lima Marques.

Feitas essas breves considerações de caráter mais quantitativo, passa-se a analisar qualitativamente o material colhido.

2.1.1 CASTRO – "O diálogo entre as fontes no direito marítimo: código civil e código de defesa do consumidor"

Passa-se agora a suas análises.

[9] O material analisado será identificado pelo sobrenome do seu autor e em caso de coautoria, pelo sobrenome do seu primeiro autor.

[10] Título: "Aplicação de princípios constitucionais: um diálogo das fontes entre os direitos da empresa e os direitos do consumidor".

[11] Título: "*O diálogo das fontes como método integrativo do microssistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*".

Bibliografia e citações. Sobre o método do Diálogo das Fontes, foram utilizadas duas obras[12]: uma do Prof Erik Jayme e outra da Prof. Cláudia Lima Marques. Não há citações indiretas, apenas duas diretas: uma de cada um dos professores referidos.

Resumo. Apresentando como problema as antinomias decorrentes da existência das plúrimas fontes acerca dos contratos de transporte marítimo, esse artigo propõe o diálogo entre tratados internacionais, o Código Civil de 2002 e a antiga Lei de Introdução, o Código Comercial e do Código de Defesa do Consumidor, para ao final testar a hipótese de aplicação deste último ao contrato de transporte marítimo (CASTRO JR., 2007).

Construção. No desenvolvimento da pesquisa, verifica-se a adoção de ideias aparentemente incoerentes com aquelas desenvolvidas pelos mestres do Diálogo das Fontes, Profa. Cláudia Lima Marques e Prof. Erik Jayme[13].

Sobre a posição de centralidade do Código Civil no sistema jurídico, tal visão já fora suplantada por Nataliano Irti.

Seguindo o mestre italiano, inclusive, a Profa. Cláudia Lima Marques discorrendo sobre o Diálogo das Fontes já pontuou:

> Ao analisar o diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consunudor e o Código Civil de 2002, concluí que o modelo brasileiro de ter um código para iguais, um Código "geral ' (e não mais central ou total!), como o Código Civil de 2002, e um código para diferentes, um microssistema, subjetivamente especial e materialmente geral para todas as relações de consumo [...]. (MARQUES, 2012, p. 31).

Ademais, não parece se utilizar o autor dos conceitos de especialidade, generalidade e subsidiariedade segundo a visão contemporânea proposta pelos pais do método do Diálogo das Fontes, tanto que não é perceptível na pesquisa a construção de um real diálogo como proposto pela metodologia em em análise.

Conclusão. Nesse ponto, fica mais claro um possível equívoco na utilização da metodologia da Prof. Cláudia Lima Marques, pois ainda que encerre o autor afirmando a

---

[12] Obras: JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. Cours General de Droit International Privé. Recueil des Cours – Collected Cours of the Hague Academy of International Law. Tome 282 de la collection. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000; 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". In: Revista de Direito do Consumidor. n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.mar/2003, p. 71-99.

[13] Veja, por exemplo, a seguinte passagem: "O que se deve ressaltar é o que Código Civil, possui posição de centralidade no sistema jurídico brasileiro, sendo, portanto, um macrosistema de origem romano-germânica, com repercussões nas relações de consumo, inclusive no transporte marítimo. O CDC, nesse contexto, é lei especial das relações de consumo, um microsistema, e o que justifica a sua existência é a desigualdade provocada pelo mercado, onde um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte mais fraca. Esse desequilíbrio decorre da organização inerente às empresas e da concomitante desorganização própria dos consumidores individuais [...]. (CASTRO JR., 2007).

possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de transporte marítimo, tal ocorreria de forma condicionada. Vejamos:

> Por sua vez, o CDC é uma norma especial, por isso, naquilo que não contrariar o CC2002 terá plena aplicação, com base no art. 732 deste, inclusive em matéria de contrato de transportes em geral pela vulnerabilidade do consumidor nos contratos de adesão e nas relações de consumo. O fato do CC/2002 ter sido promulgado depois do CDC não lhe retira a condição de norma geral em relação às normas de proteção de consumo. (CASTRO JR., 2007).
>
> Por outro lado, há possibilidade de diálogo das fontes, vez que, identificados os princípios do destinatário final e da vulnerabilidade na relação contratual, aplica-se o CDC, embora de forma subsidiária, tal como preceitua o art. 732 já citado. (CASTRO JR., 2007).

2.1.2 ALBUQUERQUE – "Diálogo entre as fontes do direito como meio de expansão dos direitos humanos no contexto da integração interestatal"

Bibliografia e citações. Atinente ao Diálogo das Fontes, foram utilizadas duas obras[14]: uma da Prof. Cláudia Lima e outra do Prof. Valério Mazzuoli. Entre citações diretas e indiretas, faz seis referências aos professores.

Resumo. Apresenta como problema os conflitos, especialmente aqueles verificados no plano internacional, decorrentes da coexistência de diversos sistemas normativos – constitucional, internacional e comunitário. Faz referências também à "força hegemônica avassaladora da globalização do capital" (ALBUQUERQUE; AGUIAR, 2012) que de certo modo propicia essa aproximação de economias e ao concorrente processo de "internacionalização dos direitos humanos [que] pode ser o contraponto importante a ser utilizado como instrumento de crítica ao [primeiro processo]." (ALBUQUERQUE; AGUIAR, 2012). Nesse sentido, tentando responder que fonte deveria prevalecer, quando verificado um conflito entre o direito interno e o externo, propõe "[...] uma nova hermenêutica dos direitos fundamentais baseada no diálogo entre as diversas fontes de direitos humanos" (ALBUQUERQUE; AGUIAR, 2012).

Construção. Ainda que não figure na bibliografia, o pensamento do Prof. Erik Jayme permeia toda construção da pesquisa. Mereceu destaque no artigo e, consequentemente, cabe aqui o "destaque", às referências ao leitmotiv do método do Diálogo das Fontes, ou seja, o princípio *pro homine.*

---

[14] Obras: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno. São Paulo: Saraiva, 2010.

> [...] não mais o homem ideal da modernidade, mas o homem concreto, inserido em uma realidade de vida que é a matéria-prima para o seu o desenvolvimento integral, para a plena realização do sentido de sua vida. (ALBUQUERQUE; AGUIAR, 2012)

Além disso, o desenvolvimento do texto embora se proponha a analisar em tese o problema colocado, mostra-se bem coerente tanto em relação à ideia construída, quanto à metodologia do Diálogo das Fontes.

Um ponto que parece não ter ficado claro no artigo, diz respeito as distintas fontes de direito, pois os autores dão a entender que tal distinção se resumiria à ordem jurídica – interna, externa ou comunitária – enquanto que, segundo ao método do Diálogo essa distinção é finalística, ou seja, diz respeito aos objetivos da fonte, por exemplo tutela da economia, do consumidor, do meio ambiente, etc. Uma das passagens em que é possível realizar tal diagnóstico encontra-se no final da introdução[15].

Conclusão. Seguindo na mesma coerente construção, tornam os autores a afirmar a primazia dos valores expressos pelos direitos humanos, especialmente quando confrontados a valores econômicos. Nesse sentido:

> [...] não se pode perder de vista que a proteção e promoção destes direitos são essenciais no processo de integração entre os Estados, como valores fundamentais deste processo, para se evitar que outros valores, especialmente os de cunho econômico venham causar um efeito contrário, de afastamento dos povos, e porque não, de destruição. (ALBUQUERQUE; AGUIAR, 2012).

2.1.3 LOUREIRO – "O diálogo das fontes como método integrativo do microssistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público"

Bibliografia e citações. Sobre a temática da metodologia ora analisada, foram utilizadas seis obras[16]. Entre diversas citações diretas e indiretas, faz seis referências à Profa.

---

[15] "Este trabalho mostra ainda a relação entre a globalização e a integração entre os Estados, colocando como principal fundamento para a concretização deste processo comunitário, a proteção e a promoção dos direitos humanos através do diálogo normativo entre fontes de direito distintas; proteção dos direitos humanos que requer uma fina sintonia entre a defesa das prerrogativas ainda necessárias da soberania como instrumento de salvaguarda do país, de sua indústria nacional e da identidade cultural e linguística que se lhe constitui, ao mesmo tempo que alberga abertura aos influxos cosmopolitas da tutela da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade tão relevantes para consecução de uma ordem interna e externa inequivocamente democráticas" (ALBUQUERQUE; AGUIAR, 2012).

[16] Obras: 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 ESMESE, No 07, 2004; _____. O "Diálogo das Fontes" como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jaime.In: Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p.18 e ss.; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.p.34-37; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno. São Paulo: Saraiva, 2010, p.130.

Cláudia Lima Marques e aos Profs. Antonio Hemran Benjamin, Bruno Miragem e Valério Mazzuoli, uma citação a cada um.

Ainda que não se utilize da metodologia do Diálogo, mas por conta de uma sensível proximidade de seus estudos ao método, merece destaque o nessa análise o Prof. Rodrigo Reis Mazzei, cuja uma de suas pesquisas se fez constantemente presente no artigo *sub examine.*

Resumo. A partir da realidade de uma pluralidade de fontes acerca do direito coletivo e em especial aquelas voltadas para proteção do patrimônio público, percebe Loureiro (2013) que elas "[...] não podem ser aplicadas de forma isolada, sob pena de esvaziarmos o direito fundamental de defesa do patrimônio público, portanto, se faz necessário à superação dos clássicos critérios de solução de conflitos entre normas". Nesse sentido, propõe que o "o instrumento teórico mais adequado para permitir a coordenação entre as diversas leis que formam o microssistema coletivo, em especial o direito difuso de tutela do patrimônio público é a 'teoria do diálogo das fontes'" (LOUREIRO, 2013).

Construção. Inicia o autor demonstrando – coerentemente à metodologia – "[...] a superação do sistema jurídico pautado na codificação, em que o código era considerado o epicentro do sistema jurídico [...]" (LOUREIRO, 2013), bem como demonstrando a ineficiência dos critérios clássicos de resolução de conflitos de lei, trazendo as propostas de coerência subsidiariedade e adaptação direcionadas ao atendimento dos valores constitucionais como informa o método do Diálogo das Fontes.

Após, a partir dos estudos do Prof. Mazzei e elencando uma miríade de leis, conclui

> [...] ser inegável a existência de um microssistema coletivo, [...que] tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioriados 'microssistemas' que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo razoável influência de normas gerais. (LOUREIRO, 2013).

Nesse passo, constroi a ideia de que esse sistema conseguiria afastar a incidência do Código de Processo Civil – ou pelo menos permitir sua aplicação em última hipótese –, já que marcado pela individualidade.

Nessa *ratio*, o autor traz estudo do Prof. Ricardo de Barrol Leonel que defende a possiblidade de afastamento da impenhorabilidade do salário em casos envolvendo a proteção do patrimônio público.

Conclusão. Pela construção exposada, parece não ter seguido o artigo em questão o método científico do Diálogo das Fontes. Tal afastamento, ainda é perceptível em trechos da conclusão[17].

[17] Por exemplo: "O diálogo das fontes se mostra como método adequado para interpretação e integração do microssistema coletivo, pois a partir do diálogo das leis se busca a solução mais adequada ao caso concreto, ou

Assim, embora louvável a construção de um sistema de proteção coletiva e do patrimônio público a partir do diálogo entre fontes, diante de uma aparente confusão entre direitos fundamentais, valores, normas e regras constitucionais, somada a não consideração no *iter* científico do *leitmotiv* da metodologia – princípio *pro homine* – afastasse do que fora incialmente proposto pelo Prof. Erik Jayme.

Tomado os devidos cuidados, o exemplo da penhorabilidade de salário, ao que tudo indica, não poderia ser trazido.

2.1.4 MARTOS – "O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça"

Bibliografia e citações. Na temática do Diálogo das Fontes, foram utilizadas duas obras da Profa. Cláudia Lima Marques e uma do Prof. Bruno Miragem, havendo oito e duas citações, respectivamente. Além disso, também compôs a bibliografia do artigo obra conjunta de Marques, Benjamin e Bessa.[18]

Resumo. O artigo possui um caráter descritivo e se detém mais a descrever a metodologia do Diálogo das Fontes, pontuar alguns possíveis diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor e a referenciar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que foi adotado o método.

Construção. Admitindo Marcos e Tartuce (2013) a "abundância de sujeitos de direito e um verdadeiro caos legislativo" como elemento caracterizador da sociedade contemporânea preocupada em tutelar vulneráveis, nota o surgimento de colisão entre direitos. Assim, contextualiza o direito do consumidor na pós-modernidade, passando à análise da teoria do Diálogo das Fontes, para depois, em dois capítulos trazer decisões, especialmente do STJ acerca do método do Diálogo e da hermenêutica consumerista como um todo.

Chama a atenção que no desenvolvimento do texto são colocado ao lado dos referenciais teóricos da metodologia do Diálogo das Fontes, autores – de grande importância no cenário civilístico nacional – que possuem uma construção científica não identificada ao

---

seja, a solução do problema a partir da coordenação entre as leis, de maneira que se permita a concretização dos princípios informadores da tutela do patrimônio público, que inclusive tem previsão constitucional. Portanto, os direitos fundamentais a serem protegidos seriam o da conservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, que constituem em suma, o direito fundamental à boa administração pública."

[18] Obras: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2008. p.89; MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1998, p.224; _____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. RDC 45/071. jan./mar. 2003; MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a ed. 2010, p.55.

método em questão. Fato que, obviamente, prejudica a pesquisa apresentada no artigo, pois parece levar os autores a conclusões destoantes do modelo metodológico aperfeiçoado pela Profa. Claudia Lima Marques[19].

Note-se que o exemplo referido pelos autores, também já foi trazido pela Profa. Cláudia Lima Marques num de seus textos[20], contudo o tratamento dado foi bem diverso, na medida em que o modelo kelseniano, não só não está contido, como possui uma racionalidade contrária à proposta metodológica da teoria do Diálogo da Fontes.

Cabe destaque aqui a referência no artigo à teoria do Finalismo Aprofundado e sua recepção pelo STJ. Importante tal referência a essa teoria, na medida em que pode-se considera-la, ainda que tal entender não faça parte do artigo analisado, como desdobramento ou aperfeiçoamento empírico do Diálogo das Fontes.

Conclusão. Ainda que com um caráter mais descritivo da teoria e do seu enfrentamento pelo Superior Tribunal de Justiça, os autores concluem validadamente tratar-se o Diálogo das Fontes como "a melhor perspectiva hermenêutica para vencer as antinomias entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor [...]". (MARTOS; TARTUCE, 2013).

2.1.5 HORN – "O diálogo entre o marco civil da internet e o código de proteção e defesa do consumidor: uma convivência legislativa em prol de um elevado nível de proteção aos dados pessoais"

Bibliografia e citações. No que se refere à temática do Diálogo das Fontes foram utilizadas três obras da Profa. Cláudia Lima Marques publicadas em coautoria, havendo dez citações aos referidos textos[21]. Além disso, imprescindível referir, ainda que as citações feitas no texto não sejam especificamente sobre o método, a utilização de obras de autores que

---

[19] Isso é bem perceptível nas duas seguintes passagens: "O Código de Defesa do Consumidor é um sistema próprio, que tem autonomia em relação às demais normas. Assim sendo, deve prevalecer sobre todas as normas que tratem de relações de consumo e proteção ao consumidor e estas normas só terão prevalência se houver lacuna na legislação consumerista. (MARTOS; TARTUCE, 2013) e "Para entender a posição do Código de Defesa do Consumidor na pirâmide de hierarquia das normas idealizada por Hans Kelsen, pode-se citar um julgado no qual houve a prevalência do Código de Defesa do Consumidor em face da Convenção de Varsóvia" (MARTOS; TARTUCE, 2013).

[20] Nesse sentido Marques (2012, p. 36)

[21] Obras: MARQUES, Claudia Lima. In: _____; BENJAMIN, Antonio Herman V. et. al. Comentários do Código de Defesa do Consumidor. 4a Ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; MARQUES, Claudia Lima. In: _____; BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. Manual de direito do consumidor. 3. São Paulo: Ed. RT, 2011; MARQUES, Claudia Lima. In: _____ (Coord.) et al. Diálogo das Fontes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

sabidamente de adotam o Diálogo das Fontes na construção de suas pesquisas. São eles: Antônio Herman Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa, Paulo Valério Dal Pai Moraes e Cristiano Heineck Schmitt. Tal fato, inegavelmente enriquece a construção da pesquisa científica que se mostra coerente na relação do autor do artigo com seus referencias teóricos e na relação entre referenciais teóricos.

Resumo. O artigo se propõe a analisar o Marco Civil da Internet (MCI), o contexto da realidade em que se insere, bem como as suas inovações, defeitos e inovações, dando um enfoque maior à questão da proteção de dados Além disso, propõe uma necessária conciliação por meio do Diálogo das Fontes com o sistema jurídico, em especial com o Código de Defesa do Consumidor, ensejando, assim, uma coerente e integrativa aplicação do direito (HORN; LIMBERGER, 2014).

Construção. Os autores iniciam analisando o contexto social e jurídico de construção do MCI, passando ao enfrentamento do direito à proteção de dados e sua previsão legal (HORN; LIMBERGER, 2014).

Nesse sentido, posiciona o direito de proteção de dados pessoais como extensão do direito da privacidade e, consequentemente, atrelado ao direito da dignidade humana (HORN; LIMBERGER, 2014), visando a

> [...] proteção do titular dos dados pessoais quando considerado o alcance do moderno processamento de informações, tanto no que condiz ao armazenamento como sua utilização direta ou combinada, em operações de trânsito informativo com ou sem consentimento das pessoas envolvidas. (HORN; LIMBERGER, 2014).

Importante, ainda, a referência de Horn e Limberger (2014) no que diz respeito a publicização do das informações pessoais, os dados; inicialmente revestidos como típico direito de propriedade, hoje ultrapassam a origem negativa e individualista para o exercício de um controle de de interesse coletivo.

Após, passam os autores a discorrer sobre as interações do MCI com o direito do consumidor brasileiro em prol da proteção dos dados pessoais.

Identificam Horn e Limberger (2014) pelo menos três momentos de ocorrência dessas interações:

> [...] quando qualifica a defesa do consumidor como uma dentre os fundamentos da Internet expressamente previstos (art. 2o, V); ao estabelecer respeito a outros princípios expressos previstos na ordem jurídica nacional e internacional quando o país seja signatário (art. 3o, parágrafo único); e, ainda, nos direitos e garantias dos usuários (art. 7o, XIII), à medida que prevê a '[...] aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. (HORN; LIMBERGER, 2014).

A partir daí, propõem Horn e Limberger (2014) uma potencialização do MCI a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC) por meio da metodologia do Diálogo das Fontes.

Para tanto, descrevem muito corretamente o método chamando a atenção tratar-se de um método que pode ser aplicado em diversas áreas do direito. Para isso, fazem os autores diversas citações dos Profs. Erik Jayme e Cláudia Lima Marques, bem como a julgados pelos tribunais superiores em que se verificou a adoção da teoria.

Após, efetivamente utilizam-se do método para construção da coordenação entre o MCI e o CDC para casos específicos de proteção de dados[22].

Na construção do artigo, também realizam os autores uma análise finalística das fontes em questão – MCI e CDC[23].

No último capítulo do artigo, os autores se detém a apontar de forma crítica três aspectos envolvendo a proteção de dados que, embora a demanda social pela regulação, não foram previstos pelo Marco Civil da Internet.

Conclusão. Verificam os autores, que a partir do estabelecimento dos sentidos interpretativos decorrentes do diálogo sistemático proposto entre o MCI e o CDC, pode-se "[...] obter o mais alto nível de proteção para aquele que se insere numa nova categoria de consumidor hipervulnerável: o usuário-consumidor ou consumidor virtual e seus dados privados" (HORN; LIMBERGER, 2014). E com relação às omissões temáticas verificadas no MCI, pontuam os autores, não haver solução solução mesmo nesse estreitamento com o CDC.

Portanto, digno de registro nesse artigo a observação coerente do método do Diálogo das Fontes para construção da coordenação entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor na intenção de uma integral proteção dos dados do usuário-consumidor.

2.1.6 MELO – "Aplicação de princípios constitucionais: um diálogo das fontes entre os direitos da empresa e os direitos do consumidor"

---

[22] Veja, por exemplo, a seguinte passagem: "Portanto, o estreitamento dos dois diplomas não é apenas possível, mas recomendado por força do art. 2o, V, art. 3o no seu parágrafo único c/c o art. 7o, XIII, todos do MCI, conjugado com o art. 7o do CDC, o qual prescreve uma coexistência das normas da Lei no 8.078/1990 as demais vigentes, inclusive para com aquelas da legislação interna ordinária"(HORN; LIMBERGER, 2014).

[23] Nesse sentido, por exemplo: "Tanto o MCI como o CDC compartilham finalidades e razão, mas conservam propósitos próprios. Explica-se: dividem preocupação com o consumidor e procuram servir de meio para uma maior efetividade aos mandamentos constitucionais, mas o primeiro visa regulamentar um novo palco que é a Internet com disposições múltiplas e não restritas à matéria consumerista, e o outro foca para seu princípio-alicerce espelhado na vulnerabilidade do consumidor (art. 4o, I, CDC). Por conseguinte, o diálogo entre as duas leis permite que o MCI seja adequadamente interpretado a luz dessa vulnerabilidade presumida do consumidor pessoa física, quando se tratar de usuários da Internet em ato de consumo ou potencial consumo e estejam em pauta seus dados pessoais" (HORN; LIMBERGER, 2014).

Bibliografia e citações. Utiliza-se o autor de apenas uma referência bibliográfica atinente ao Diálogo das Fontes. Trata-se de obra[24] em coautoria entre os Profs. Antonio Herman Benjamin, Bruno Miragem e a Profa. Cláudia Lima Marques. Quanto às citações, verifica-se uma referência relativa à metodologia.

Resumo. O artigo dispõe-se a analisar "[...] a tensão de princípios entre os direitos da empresa e os direitos do consumidor frente à Constituição brasileira a partir de um diálogo das fontes estabelecido entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor" (MELO, 2014), Assim, propondo a necessidade de equilíbrio entre a liberdade da atividade econômica e a busca pelo bem estar social, desenvolve a pesquisa discorrendo inicialmente sobre os pressupostos constitucionais da empresa e a proteção do consumidor na sociedade de consumo para, ao final enfrentar a análise do binômio: liberdade da atividade econômica e bem estar social.

Construção. Após discorrer basicamente sobre o princípio constitucional da livre concorrência, qualifica a empresa como "um vetor eficaz para a preservação da dignidade humana" (MELO, 2014) e, na medida em que respeitado o princípio da preservação da empresa para que ela cumpra a sua função social, impedindo o encerramento das suas atividades, que importaria em demissão de funcionários e redução de negócios, respeitaria-se aquele princípio.

Iniciando as incursões pelo direito do consumidor e a análise do binômio proposto, o autor destaca a importância do Código de Defesa do Consumidor como a realização de um mandamento constitucional. Após, ao que parece sem a aplicação do método do Diálogo, colaciona julgados para dar suporte a seguinte colocação:

> [...] o diálogo estabelecido entre os direitos da empresa e os direitos do consumidor ficam bem evidentes a partir dos preceitos constitucionais, uma vez que a defesa do consumidor é um direito fundamental, encontra-se dentro dos princípios gerais da atividade econômica. (MELO, 2014).

E arremata o trecho:

> Para que se possa fazer uma análise detalhada sobre os desdobramentos do direito da empresa e do consumidor é necessário remontar as bases para que a relação empresário/consumidor se encontrasse no caminho do fim social da empresa,7 buscando efetivo equilíbrio entre os poderosos e os mais fracos, ajustando as diferenças por meio do catalisador legal. (MELO, 2014).

Conclusão. Finaliza o autor, sem muita clareza sobre de que modo se dará operacionalização da ideia, afirmando sobre a necessidade de

[24] MARQUES, Claudia Lima, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2006.

> "[...] haver uma correta aplicação dos princípios de modo a equilibrar o binômio da liberdade da atividade econômica e a busca pelo bem estar social, pois o direito do consumidor também é preservado quando se preserva a empresa. A soberania do consumidor depende de condições decisivas porque fica entre a concorrência no mercado e a racional liberdade de escolha" (MELO, 2014).

Portanto, resta claro não ter havido no artigo abordagem do problema colocado com a utilização do modelo do Diálogo das Fontes.

2.1.7 GOMES – "O princípio da dignidade da pessoa humana: um diálogo entre fontes e o hc 91.952 (SP)"

Bibliografia e citações. Nenhuma bibliografia sobre Diálogo das Fontes foi utilizada na construção do artigo.

Resumo. O artigo, a partir de uma análise da interpretação e da aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico brasileiro, somado ao enfrentamento do artigo 11 do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Estado brasileiro, tem o propósito de demonstrar a relevância desse tratado dentor do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a necessidade do Supremo Tribunal Federal garantir a sua correta aplicação (GOMES; SCHMIDT, 2014).

Construção. O artigo é bem estruturado. Inicia por uma analise do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental constitucional, passando ao seu enfrentamento perante o Pacto de San José da Costa Rica com análise dos procedimentos internos de petições individuais junto à Comissão Interamericana, bem como suas instituições que regulam a vinculação das suas decisões e jurisprudência perante Estados signatários. Contudo, além de não se utilizar de nenhuma bibliografia sobre a metodologia do Diálogo, só refere o método uma única vez no texto, na conclusão[25][26].

Conclusão. Esse artigo sequer precisaria ser enfrento, pois fala em "diálogo entre fontes". Contudo tece uma análise do HC 91.952 em que, ao nosso ver, em que pese poder não ter sido utilizado o método do diálogo das fontes (conferir), realizou a metodologia, tratou do próprio *leitmotiv* da teoria do Diálogo das Fontes. Assim, cremos poderia a autora ter

---

[25] Título da conclusão: "Considerações Finais. Um ponto para reflexão: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o caso do uso de algemas (HC 91.952/SP)" (GOMES; SCHMIDT, 2014).

[26] Importante destacar que foi através do referido julgado, que o Supremo Tribunal Federal adotou a Súmula Vinculante n. 11. Do exposto, verifica-se que no caso em concreto, a leitura e o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, foi exatamente no sentido de atribuir vigência do contido no Pacto de San José da Costa Rica, compatibilizando-o ao disposto em nosso ordenamento jurídico constitucional, permitindo a realização do diálogo entre as fontes" (GOMES; SCHMIDT, 2014).

enfrentado melhor o tema trazendo a Toeria do Dialogo das fontes ou, se preferisse, não chamasse de diálogo entre fontes, nome muito similar ao modelo metodológico.

Considerações finais

Não obstante as considerações feitas a cada artigo individualmente, o conjunto do material pesquisado, optando-se por deixar a critério do leitor análises mais profundas dada a abertura cognitiva que se propõe a presente pesquisa, demonstra a massiva utilização de Claudia Lima Marques como referencial teórico, não havendo maior aprofundamento ou diversificação com outros autores, já que, sabe-se, já há uma considerável produção sobre o tema. Por exemplo a densa produção da Revista de Direito do Consumidor.

Outro ponto, agora em relação às construções é a falta de rigor metodológico, especialmente no que diz respeito à construção dos artigos analisados.

A mesma falta de rigor é verificada em relação a utilização da teoria do Diálogo das Fontes como método para enfrentamento de um problema científico.

Se a proposta é a utilização de um método, deve ele permear todo o *iter* da construção científica.

Gize-se que esse "rigor" que se fala, é atenção e cuidado, não um cartesianismo positivista.

Nesse sentido, no âmbito dos dez últimos anos de Encontros e Congressos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, pode-se perceber que o estado da arte do método do Diálogo das Fontes ainda é bastante insipiente. Tal percepção somada às características – recortes metodológicos –desse breve estudo empírico ora apresentado, faz surgir algumas inquietações sobre o porquê desse estado da arte. Seria por uma provável baixa qualidade do ensino jurídico em nível de pós-graduação no Brasil? Seria por conta da conhecida alta exigência quantitativa de produção bibliográfica no País? Seria, ainda, porque, talvez, o Direito não tenha experimentado seu giro copernicado no sentido de libertar-se de uma vez por todas das amarras do pensamento moderno. Ou, seria por conta da difícil relação do Direito com o tempo[27], na medida em que se propõe a controlar o futuro com vistas ao passado? E porque não ser essa insipiência no enfrentamento do Diálogo das Fontes um fato pontual da produção científica havida no CONPEDI? Um tanto de inquietações. Centenas de hipóteses serem testadas.

[27] Sobre essa relação ver Ost (1992), o tempo e o Direito.

De qualquer modo, é fato que o pensar científico proposto pelo Diálogo das Fontes e tantos outros modelos pós-positivistas, insere uma complexidade na forma de pensar e construir o Direito nunca antes experimentada pela modernidade – cuja *ratio* ainda permeia alguns discursos –, em que o esforço racional estava direcionado tão somente a desvelar o sentido da fonte, a *mens legis,* dentro de um sistema fechado e construído aprioristicamente.

O que eram brisas, hoje já são fortes ventos no meio ambiente jurídico. Ventos esses muito bem direcionados, como ocorre com a proposta do Diálogo das Fontes – a imprimir essa nova *ratio*, que coloca o cientista do Direito – hermeneuta – numa posição de destaque, ainda que inglória, como a de sísifo[28], pois deixa o trabalho de desvelar o Direito, para uma nova missão: a da diuturna e interminável construção do Direito.

Loas a Erik Jayme e sua aluna, Claudia Lima Marques.

Trabalho, muito trabalho, para os pesquisadores, sempre inquietos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; AGUIAR, Marcus Pinto. *Diálogo entre as fontes do direito como meio de expansão dos direitos humanos no contexto da integração interestatal*. Encontro Nacional do CONPEDI (21.: 2012: Uberlândia, MG) Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em anais dos eventos. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85-7840-081-1.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *O diálogo entre as fontes no direito marítimo: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.* Direito do consumidor [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/FDC; Coordenadores: Leonardo do Greco, Orides Mezzaroba, Raymundo Juliano Feitosa. Florianópolis: CONPEDI, 2007. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em anais de evento. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85-87995-89-6.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; ENGELMANN, Wilson. *O diálogo entre (todas) as fontes do direito e a hermenêutica filosófica: em busca de alternativas à (re)leitura da teoria do fato jurídico frente aos novos direitos/deveres gerados pelas nanotecnologias.* Congresso Nacional do CONPEDI (20.: 2011: Vitória, ES). Anais do [Recurso eletrônico] / XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em anais de evento. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85-7840-070-5.

GOMES, Eduardo Biacchi; SCHMIDT, Ayeza. *O princípio da dignidade da pessoa humana: un diálogo entre fontes e o hc 91.952 (SP).* Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin, Florisbal de Souza Del'Olmo, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa.

[28] Sobre o tema, imprescindível a obra "O mito de sísifo", *in: CAMUS, Albert. El mito de Sísifo: ensayo sobre el absurdo. 11ª ed. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, 1982.* O autor discorre sobre a filosofia do absurdo e o dilemma do suicídio diante de um mundo ininteligível.

Florianópolis: CONPEDI, 2014. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em publicações. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85-68147-15-3.

HORN, Luiz Fernando Del Rio; LIMBERGER, Têmis. *O diálogo entre o marco civil da internet e o código de proteção e defesa do consumidor: uma convivência legislativa em prol de um elevado nível de proteção aos dados pessoais*. Direito do consumidor I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Fernando Antônio de Vasconcelos, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Fernando Rodrigues Martins. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em publicações. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85- 68147-65-8.

KUHN, Thomas S.. *A estrutura das revoluções científicas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996.

LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Editora Vega, 1993.

LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes como método integrativo do microssistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*. Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNINOVE; coordenadores: Adriana Silva Maillart, Suzana Henriques da Costa. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em publicações. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85- 7840-189-4.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *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.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTOS, José Antonio de Faria; TARTUCE, Flávio. *O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no superior tribunal de justiça.* Direito do consumidor [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Frederico da Costa Carvalho Neto, Ronaldo Alves de Andrade. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em publicações. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85- 7840-222-8.

MELO, Auricélia do Nascimento. *Aplicação de princípios constitucionais: um diálogo das fontes entre os direitos da empresa e os direitos do consumidor*. Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: José Barros Correia Júnior, Luiza Rosa Barbosa de Lima, Paulo Coimbra Silva. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. Modo de acesso: http://www.conpedi.org.br em publicações. Acesso em 27 jul. 2015. ISBN: 978-85-68147-82-5.

OST, François. *O tempo do direito*. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

TEUBNER, Gunther. *Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais*. In: SCHWARTZ, Germano Deoderlein. (Org.). Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9-28.