

REVISTA DE

DIREITO

DO

CONSUMIDOR

45

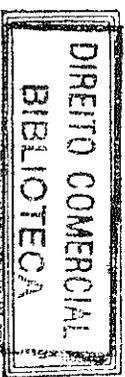
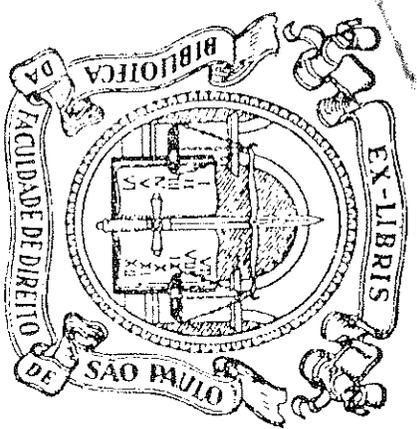
Ano 12 • Janeiro-março de 2003

Publicação oficial do

BRASILCON

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**



**BRASILEIRO DE POLÍTICA
DO CONSUMIDOR**

Trigadeiro Luiz Antônio, 22, sala 104-I,
(11) 3106-7411 – Fax (11) 3107-3821
:brasilcon.org.br
:brasilcon@uol.com.br

EDITIVA (2002-2004)

Adalberto Pasqualotto
Te: Roberto Sanise Lisboa
lente: Rosana Girnberg
: Edgar Moreira da Silva

Diretor da Região Sudeste: Antonio Joaquim
Fernandes Neto e Silvia Eduarda Ribeiro
Coelho

Diretor da Região Nordeste: Aurisvaldo Melo
Sampaio e Luiz Mano de Góes Moutinho

Diretor da Região Norte: Fábio Bastos Sica
Diretor da Região Centro-Oeste: Amilton Placido
da Rosa e Leonardo Roscoe Bessa

Diretora da Sede Administrativa: Silmara Juny de
Almeida Chinelato e Almeida
Diretora da Revista de Direito do Consumidor:
Claudia Lima Marques

CONSELHO CIENTIFICO

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman
Vasconcelos e Benjamin, Antônio Junqueira de
Azevedo, Claudia Lima Marques, Gustavo
Tepedino, João Bosco Leopoldino da Fonseca,
José Renaldo Lima Lopes, Paulo Luiz Neto
Lobo, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo
Mancuso, Ronaldo Porto Macedo, Sérgio
Cavaleri Filho e Sívio Luis Ferreira da Rocha.

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto do Amaral Junior, Antonio Guilherme
Tanger Jardim, Antônio Janyr Dall'Agnol Junior,
Cláudio Bonatto, Dulce Soares Pontes Lima,
Eládio Lecey, Eliana Caimon, Fátima Nancy
Andrighi, Gunter Spode, Marco Antonio
Zanellato, Maria Inês Fornazzaro, Marliena
Lazzarini, Newton de Lucca, Roberto Augusto
Castelanos Pfeiffer, Voltaire de Lima Moraes.

CONSELHO FISCAL

Titulares: Raimundo Gomes de Barros, Heloisa
Carpena Vieira de Mello e Francisco José
Moersch.
Suplentes: Fábio de Souza Trajano, Isaias Lins e
Maria Stella Gregori.

Diretor de Comunicação: Marius Venet Riani
Diretor de Assuntos Internacionais: Antonio
Herman Vasconcelos e Benjamin
Diretor de Assuntos Legislativos: João Batista de
Almeida
Diretor para o Mercosul: Geraldo de Faria Martins
da Costa
*Diretor de Apoio à Universidade, Pesquisa e
Projetos:* Cláudio Michelon Junior
Diretor de Apoio à Magistratura: Werson Franco
Pereira Rego
Diretor de Apoio ao Ministério Público: André de
Carvalho Ramos
Diretora de Apoio à Advocacia Pública: Marângela
Sarrubo
*Diretora de Apoio às Associações de Defesa do
Consumidor:* Andréa Lazzarini Salazar
Diretora de Apoio aos Procons: Maria Teresa
Morrillo
*Diretor da Comissão Permanente de Responsabili-
dade Civil do Fornecedor:* Paulo de Tarso
Sanseverino
*Diretor da Comissão Permanente do Consumidor
de Crédito:* Luis Renato Ferreira da Silva
*Diretor da Comissão Permanente de Controle das
Cláusulas Contratuais Abusivas:* Jorge Cesa
Ferreira da Silva
*Diretora da Comissão Permanente de Acesso à
Justiça:* Cristina Tereza Gaulia
*Diretor da Comissão Permanente de Meio
Ambiente e Consumidor:* Luiz Cláudio Carvalho
de Almeida
*Diretor da Comissão Permanente de Controle de
Marketing:* Paulo Jorge Scartezini Guimarães
*Diretor da Comissão Permanente de Concorrên-
cia:* Rodrigo Janet Monteiro de Barros
Diretor das Câmaras Técnicas: Paulo Valério Dal
Pal Moraes
Diretor da Região Sul: Paulo Antônio Locatelli e
Antonio Carlos Efring

posta pelo art. 83 do CDC, todas as outras medidas judiciais, de procedimento especial ou comum ordinário, são capazes de propiciar a tutela dos direitos dos consumidores.

O mandado de segurança individual ou coletivo é um instituto processual apto a este fim, assim como o *habeas data* em situações envolvendo bancos de dados e cadastros de consumidores, a exemplo do que está previsto nos arts. 43 e 44 do CDC, ou até mesmo do mandado de injunção, desde que presentes as condições e os requisitos de cada ação.

Dar exegese ampla e útil ao instituto da ação civil pública, e de todas as garantias que possibilitem a cobertura aos interesses dos consumidores em juízo, é reconhecer o direito fundamental que a Constituição da República assegurou, de modo a impedir que interpretações e práticas reducionistas que afetam a atuação legislativa e jurisdicional, não contaminem o direito⁵³ que legamos às gerações futuras e à história, pois se a sentença em lide individual é página arrancada da vida de um ser humano, a sentença coletiva é página arrancada da história de um povo.⁵⁴

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

DIALOGO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO CIVIL: DO “DIALOGO DAS FONTES” NO COMBATE ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS¹

CLAUDIA LIMA MARQUES

SUMÁRIO: 1. Os três tipos diálogos possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Novo Código Civil de 2002 (NCC/2002) e a superação do “conflito” pelo diálogo entre fontes: 1.1 Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade: Entrada em vigor do NCC/2002 e a não-revogação do CDC pelo NCC/2002: 1.1.1 Da convergência de princípios e da divergência de campos de aplicação subjetivos: 1.1.2 Campo de aplicação coletivo do CDC e convergência no campo de aplicação material entre o CDC e o NCC/2002; 1.2 A não revogação expressa ou tácita do CDC pelo NCC/2002: proteção do consumidor como tema não incorporado e regras sobre a ordem subsidiária de aplicação das normas em “diálogo”: 1.2.1 Relações de consumo como tema não incorporado ao NCC/2002; 1.2.2 As novas normas específicas sobre a “ordem” subsidiária e complementar de aplicação do NCC/2002 – 2. Sistema geral central e micro-sistemas em diálogo: especialidade, coordenação e influências recíprocas: 2.1 Coordenação entre a especialidade teológica e hierárquica do CDC (*aequitas*) e a subsidiariedade do NCC/2002 (*aequalitas*): a função social dos contratos de consumo: 2.1.1 Relações entre “iguais” (entre civis e empresários) e entre “diferentes” (entre consumidores e fornecedores) em um compartilhado campo de aplicação material; 2.1.2 Função e releologia diferentes em um convergente campo de aplicação material: uma nova chance para a teoria finalista; 2.2 O CC/2002 como nova base conceitual do CDC e as influências recíprocas: 2.2.1 Boa-fé, abuso de direito, contratos de adesão e cláusulas abusivas no NCC/2002 e no CDC; 2.2.2 Um diálogo de duas vias: a possível transposição do *Richierrecht* – 3. Observações finais.

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

⁵³ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Esboço...*, cit., p. 113.

⁵⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito sindical – Principios gerais*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975. p. 257.

¹ Versão adaptada das palestras proferidas na Universidade de Erlangen/Nuremberg, dia 23.11.2002, a convite do Prof. Dr.Dr.h.c. mult. Erik Jayme, e na Escola Superior da Magistratura do Rio de Janeiro, dia 14.07.2002, no Seminário “EMERJ Debate o Novo Código Civil”, a convite do Des. Sérgio Cavaleri, a quem agradeço o convite e apoio para homenagear ambos os mestres.

com fontes legislativas plúrimas, ressurgir a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.² Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporânea. A expressão usada comumente era a de conflitos de leis no tempo,³ a significar que haveria uma “colisão” ou conflito entre os campos de aplicação destas leis. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e uma lei posterior, como o novo Código Civil brasileiro de 2002, estariam em “conflito”, daí a necessária “solução” do “conflito” através da prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão da outra do sistema (abrogação, derogação, revogação).

Em outras palavras, nesta visão “perfeita” ou “moderna”, teríamos a “Tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a consequente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam assim apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se, segundo Bobbio, a hierarquia.⁴ A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema),⁵ do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”),⁶ que em um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-reodificação,⁷ procura uma eficiência não só hierárquica,⁸ mas funcional⁹ do sistema plural e complexo de

nosso direito contemporâneo,¹⁰ a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.¹¹

Costumava-se afirmar, quanto ao tipo de conflitos de leis no tempo, que poderiam existir: “conflitos de princípios” (diferentes princípios presentes em diferentes leis em conflito), “conflitos de normas” (conflitos entre normas de duas leis, conflitos “reais” ou “aparentes”, conforme o resultado da interpretação que o aplicador das leis retraxesse), e “antinomias” (conflitos “pontuais” da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto).¹²

Erik Jayme¹³ alerta-nos que os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *droit à la différence* (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser “igual” aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de “mono-solução”. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*,¹⁴ a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja art. 2.043 do novo CC), há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluído, mutável e complexo.¹⁵ Não deixa de ser um paradoxo que o “sistema”, o todo construído, seja agora plural...¹⁶

- (2) JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, p. 60 e p. 251 et seq.
- (3) Preferível é a expressão neutra Direito intertemporal, já usada por FRANÇA, R. Limogi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968, p. 9 et seq.
- (4) Veja BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo-Brasília: Polis-UnB, 1990, p. 92 e BOBBIO, Norberto. “Des critères pour résoudre les antinomies”, in PERELMAN, CH. (Coord.), *Les antinomies en Droit*. Bruxelles: Bruylant, 1965, p. 255.
- (5) Veja SAUPPHANOR, Nathalie. *L'influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 23-32.
- (6) Expressão de SAUPPHANOR, p. 32.
- (7) Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de Sistema do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, constrói sua idéia de sistema justamente criticando a tópica, p. 255 et seq. sobre tópica veja WIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.
- (8) Veja sobre a crise ou neutralização do critério da hierarquia e a utilização de outros critérios, GANNAGÉ, Léna. *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*. Paris: LGDJ, 2001, p. 25-26.
- (9) SAUPPHANOR, p. 30.
- (10) Veja sobre a necessidade de “coordinamento con altre disposizioni” do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor, ALPA, Guido et alii. *La disciplina generale dei contratti*. 8. ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 613 et seq.
- (11) SAUPPHANOR, p. 31.
- (12) Veja detalhes em meu livro, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2002, p. 515 et seq.
- (13) JAYME. *Recueil des Cours*, p. 60 e 251.
- (14) GANNAGÉ, p. 17.
- (15) Do grande mestre da USP, vem a expressão *sistema hiper-complexo*; veja AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “O direito pós-moderno e a codificação”. *Revista de Direito do Consumidor* 33/124 et seq., 2000.
- (16) Veja a favor do pluralismo jurídico a bela análise de BELLEY, Jean-guy. “Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit”. *Pour un Droit Pluriel-Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin*. Geneva: Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135 et seq. O autor constata a pouca tolerância que temos para o plural e cita expressamente Perrin (Les relations entre la loi et les règles de la bonne foi: collaboration ou conflit internormatif?, p. 42, nota 4), BELLEY, p. 136: “La théorie du droit doit assumer souvent la délicate mission d'exprimer en termes généraux ce qui se pratique déjà légitimement mais silencieusement. Le discours pluraliste n'est pas encore maîtrisé. Le dire fait plus peur que le faire”. No Brasil, veja FACHIN, Luiz Edson. “Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo”. *Diálogos sobre direito civil-construindo a racionalidade contemporânea*. Org. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes.¹⁷ Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível à “comunicação” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário “diálogo das fontes” (*dialogue de sources*),¹⁸ a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes.¹⁹ “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementariamente,²⁰ seja subsidiariamente,²¹ seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente

(17) JAYME, *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 60.

(18) JAYME, *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 259: “Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles parlent l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent”.

(19) Como ensina SAUPHANOR, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto. No original: “En droit, l'absence de cohérence consiste dans la constatation d'une antinomie, définie comme l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet”.

(20) Veja sobre a aplicação simultânea de várias leis, o CC, o CDC e inclusive as leis administrativas sobre o SFH, duas recentes decisões do STJ. Na bela decisão no Resp 436.815-DF, Ministra Nancy Andrigli, j. 17.12.2002, DJ 28.10.2002, a ementa ensina: “Processual. Civil (...). Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. empréstimo concedido por associação ao associado. Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário...” E a igualmente bela decisão do Resp 387.581-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.05.2002, cuja ementa ensina: “Cartão de crédito. Prestação de contas. Mandato. A administradora deve prestar contas sobre o modo pelo qual exerce o mandato que lhe concedeu o usuário para obter financiamento no mercado a fim de financiar as vendas a prazo. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor”.

(21) Veja aplicação simultânea e subsidiária do CDC, como lei geral, face à existência de lei especial sobre prêmios, na jurisprudência do STJ: “Publicidade. Concurso. Prêmio.

(especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos)²² ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.²³ Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Nesse sentido, gostaria de dividir minha exposição em duas partes, uma primeira, mais teórica, visando detalhar os tipos de diálogos e esta superação do “conflito” pelo diálogo entre fontes, em que analisarei as convergências e divergências do campo de aplicação do CDC e do NCC/2002. E, em uma segunda parte, onde analisarei alguns dos “diálogos” entre o CDC e o NCC, e as normas sobre os “conflitos” ou sobre “coerência” presentes no próprio NCC/2002, centrando-me no diálogo das fontes para o combate às cláusulas abusivas.

1. Os três tipos diálogos possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Novo Código Civil de 2002 (NCC/2002) e a superação do “conflito” pelo diálogo entre fontes

Segundo os ensinamentos de meu caro mestre alemão, Erik Jayme, cabe agora refletir quais seriam os “diálogos” possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor – CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (veja mandamento expresso sobre sua criação no sistema jurídico brasileiro no art. 48 ADCT/CF 1988 e como incluído entre os direitos fundamentais, art. 5.º, XXXII, da CF/88)²⁴ e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública, que a lei nova mesma considerava de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (veja art. 2.035, par. ún. da Lei 10.406/2002).

Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor (...). O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora que se beneficie com a publicidade – exonerar-se do cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa. A regra do art. 17 do Dec. 70.951/72 apenas regula a hipótese em que o defeito tiver sido comprovadamente causado pelo consumidor” (STJ, Resp 396.943-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2002, DJ 05.08.2002).

(22) Veja por exemplo o Artigo 1 do Tratado de Olivos do Mercosul, o qual prevê a opção possível pelo sistema de solução de controvérsias do Mercosur ou de outro *forum* internacional (como a OMC etc.) e a prevalência da fonte escolhida pelas partes em conflito. Veja ARAÚJO, Nádia, “Dispute resolution in Mercosur: the Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court”. *Inter-american Law Review* (University of Miami), Winter-Spring 2001, vol. 32, n. 1, p. 25-56.

(23) Veja sobre o tema a obra de BRIERE, Carine. *Les conflits de conventions internationales en droit privé*. Paris: LGDJ, 2001, em especial, p. 266 et seq.

(24) Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 et seq, conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como

Em minha visão atual, três são os tipos de “diálogo” possíveis entre estas duas importantes leis da vida privada:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema²⁵ e a outra um micro-sistema específico,²⁶ não-completo materialmente, apenas com plenitude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos arts. 2.º, 17, 29 e 3.º do CDC), terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do NCC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este “diálogo” é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era “superada” e “retrada” do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja os arts. 777, 771²⁷ e 732²⁸ da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis* do art. 7.º do CDC) daquela que vai “complementar” a *ratio* da outra (veja também o art. 729³⁰ da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

(25) Veja detalhes in PASQUALOTTO, Adalberto. “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, *Revista de Direito do Consumidor* 43/106, jul.-dez. 2002.

(26) Veja detalhes sobre o CDC como micro-sistema, in PASQUALOTTO, p. 106 et seq.

(27) O texto é o seguinte: “Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”.

(28) O texto é o seguinte: “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.

(29) O texto é o seguinte: “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.

(30) O texto é o seguinte: “Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial”.

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juizes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sensu*³¹ (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

Assim, em resumo, haveria o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*. Como é impossível neste estudo limitado analisar todos os possíveis “diálogos” entre todas as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e todas as do novo Código Civil de 2002 (NCC), restringirei minha análise agora apenas às normas contratuais, e nas normas obrigacionais, mais especificamente àquelas que são consideradas cláusulas abusivas, seja pelo CDC ou pela jurisprudência oriunda do Código de Defesa do Consumidor, até porque alguns já previram a diminuição de efeitos do sistema do CDC, de combate aos abusos com a entrada em vigor das cláusulas gerais do NCC/2002³²

1.1 Diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade: Entrada em vigor do NCC/2002 e a não-revogação do CDC pelo NCC/2002

Aceitaremos neste trabalho a definição de sistema de direito, consolidada por Natalie Sauphanor, como “um todo estruturado hierarquicamente”³³ e funcionalmente,³⁴ visto hoje como “um complexo de elementos em interação”³⁵ “coerentes” ou “orgânicos”,³⁶ de “normas, princípios e jurisprudência”,³⁷ “conjunto de elementos diversos cuja organização e interação fornece a todo a ordem jurídica positiva reconhecida como tal os meios para alcançar sua coerência e seu funcionamento”.³⁸

(31) Veja a obra de SAUPHANOR, p. 32.

(32) Veja LOBO, Paulo Luiz Netto. “Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil”. *Revista de Direito do Consumidor* 42/195, abr.-jun. 2002.

(33) SAUPHANOR, p. 23.

(34) SAUPHANOR, p. 30.

(35) SAUPHANOR, p. 24.

(36) SAUPHANOR, p. 27.

(37) SAUPHANOR, p. 28.

(38) SAUPHANOR, p. 32.

1.1.1 Da convergência de princípios e da divergência de campos de aplicação subjetivos

Inicialmente, mister frisar que o novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406 de 10.01.2002 (a seguir NCC/2002), traz ao direito privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos,³⁹ a boa-fé objetiva⁴⁰ etc.). Realmente, a convergência de princípios entre o CDC e o NCC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam a harmonia nas relações, civis em geral e nas de consumo ou especiais. Como ensina a Ministra Eliana Calmon: “O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como, boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações”.⁴¹

Não haveria, pois, entre estas duas leis possibilidade de conflito de “princípios”, somente de conflitos de “normas” ou antinormas. Decisivo é, pois, o campo de aplicação de ambas as normas, uma vez que só há conflito de “normas” quando o campo de aplicação das leis é o mesmo naquele caso concreto. A convergência de campos de aplicação pode levar ao “conflito”, já convergência de princípios é o caminho para o “diálogo” entre fontes. Mesmo considerando que princípios também são “normas”,⁴² aqui a eficácia maior é sua teleologia ou função no sistema visto como um todo.

A convergência de princípios é vista hoje como um fato bastante positivo para a co-habitação (ou diálogo) das leis novas e antigas no mesmo sistema jurídico. E o que ocorrerá com o CDC e NCC/2002. A determinação do campo de aplicação do CDC já foi tema de muitos trabalhos doutrinários e polêmicas e não nos cabe agora repetir.⁴³ Mister trabalhar hoje com uma visão plural de um possível campo de aplicação do CDC, revisitado em face da entrada em vigor do NCC/2002.

Segundo o § 2.º do art. 2.º da LICC, a lei nova, que estabeleça disposições gerais “a par das já existentes”, como o NCC/2002, “não revoga nem modifica a lei anterior”, no caso, o CDC. Segundo o § 1.º do art. 2.º da LICC, a lei posterior revogará a anterior quando: 1) expressamente o declarar; 2) regule inteiramente a

⁽³⁹⁾ Assim o texto aprovado: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁽⁴⁰⁾ Assim o texto aprovado: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁽⁴¹⁾ CALMON, Eliana. “As gerações dos direitos e as novas tendências”. *Revista de Direito do Consumidor* 39/45, jul.-set. 2001.

⁽⁴²⁾ Veja usando a teoria de Alexy, Neves, Gustavo Kloh. “Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional”, in RAMOS/TEPEDINO, p. 11 et seq.

⁽⁴³⁾ Veja a polémica entre finalistas e maximalistas, sobre o campo de aplicação subjetivo do CDC e a jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da lei em meu livro, *Contratos*, p. 252-500.

matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível. Os dois primeiros casos não parecem ocorrer na prática; nem o NCC/2002 revogou expressamente o CDC, nem tratou da relação de consumo, mesmo assim cabe aqui examinar os detalhes desta divergência fundamental entre o campo de aplicação do NCC/2002, como lei geral posterior, e do CDC, como lei especial para regular a relação de consumo.

Subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumidor (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 17 e 29 do CDC) ou relação de consumo (arts. 4.º e 5.º do CDC), já o campo de aplicação do NCC/2002 é geral, regula toda a relação privada não privilegiada por uma lei especial. Um, o CDC, é um micro-sistema especial, um Código para agentes “diferentes” da sociedade ou consumidores, em relações entre “vulnerável, o consumidor e um fornecedor”. O outro, o NCC/2002, é um Código geral, um Código para os iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais puras. Logo, não haveria colisão possível entre estas duas leis, como expressamente prevê o art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC/42, que continua em vigor).

1.1.2 Campo de aplicação coletivo do CDC e convergência no campo de aplicação material entre o CDC e o NCC/2002

Mister hoje destacar a importância da análise do campo de aplicação subjetivo de uma lei especial. A concentração no sujeito de direitos é hoje característica de nosso direito privado, é para proteger este sujeito que leis especiais são criadas, micro-sistemas como o CDC, que ajudam a formar o complexo novo sistema do direito privado atual.⁴⁴ O aplicador da lei deve examinar o conflito com olhos plurais, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural,⁴⁵ como o é o grupo dos consumidores. Se a lei é feita para protegê-los, seu campo de aplicação subjetivo não pode ser mais somente “individual” e sim, necessariamente, também coletivo ou plural. Em outras palavras, quando o CDC assegura um novo direito ao consumidor, no sistema jurídico, este se reflete de forma plural, com a criação de direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos. Assim atesta a parte processual do CDC (arts. 81 e seguintes do CDC), podendo o Ministério Público e os outros legitimados agir no sentido da eficácia destes direitos no mercado brasileiro, valendo-se das normas materiais do CDC.

Sendo assim, mesmo que um direito do consumidor, assegurado por norma do CDC, fosse diametralmente conflitual com uma norma do NCC/2002 e o seu campo de aplicação individual fosse o mesmo da nova lei (identidade de campos de aplicação individual), não poderia haver revogação ou retirada da norma especial do sistema, pois seu campo subjetivo coletivo sempre seria maior ou plural. Isto porque o CDC tem uma dimensão coletiva expressa (mesmo sem perder a dimen-

⁽⁴⁴⁾ Veja meu livro, *Contratos*, p. 503.

⁽⁴⁵⁾ Veja ZIMA, Peter. *Theorie des Subjekts*. Tübingen: Francke, 2000. p. 216 et seq.

são individual). O sujeito de direitos que protege é individual, mas também é abstratamente plural, ao mesmo tempo e protegido pelas mesmas normas (todas também de ordem pública, segundo o art. 1.º do CDC). Já, nas normas do NCC/2002, prevalece a dimensão individual, pois regulamentar o caso privado entre iguais e os direitos daí resultantes é a sua finalidade principal.

Interessante observar a evolução, de uma lei que protege “direitos”, para uma microlei que protege um grupo, um papel na sociedade, uma *status*, protege os indivíduos novos, fragmentados e plurais. No direito intertemporal também se observa a mesma evolução: dos direitos adquiridos, ao direito de ser tratado como diferente e como grupo. Segundo alguns autores, o conflito de leis seria um conflito de competências,⁴⁶ conflito de competências para regular uma situação da vida, sem esquecer o respeito aos direitos adquiridos. Neste sentido, vale lembrar os ensinamentos de Savigny, que em sua genialidade invertiu a lógica dos conflitos de leis no espaço: não mais perguntar qual o campo de aplicação (territorial ou extraterritorial) das leis em conflito, concentrar-se na relação da vida privada a ser regulada e perguntar-se qual a “sede” desta relação da vida privada... qual sua lei, qual a localização no sistema. Transpondo esta inversão para os conflitos de leis no tempo, as leis especiais e gerais têm um campo de aplicação estático, que é o material, e um campo de aplicação dinâmico, casuístico, que é o subjetivo. O conjunto da relação (ato/finalidade) e dos atores (agentes/sujeitos) no caso concreto é tão decisivo para localizar esta relação jurídica no sistema, quanto saber o campo de aplicação abstrato das leis em convergência ou aparente conflito.

Sendo assim, só com ambas as análises é que poderemos estabelecer a “sede”/localização da relação jurídica. A primeira concentração é no sujeito de direitos, logo, no campo de aplicação subjetivo de ambas as leis, mas uma análise no caso concreto, na relação da vida concreta e necessária (trata-se ou não de um consumidor frente a um fornecedor?). A segunda concentração é no tipo de relação jurídica, se materialmente também incluída ou excluída do campo de aplicação daquela lei, nova ou antiga (trata-se ou não de uma relação de consumo?). E, por fim, a visão plural que une os dois campos: trata-se ou não de um direito subjetivo coletivo típico de consumo frente a um ou mais fornecedores?

Observe-se, pois, que o campo de aplicação material também tem um viés plural. O NCC/2002 unifica o direito comercial e civil no que se refere às obrigações e muitos contratos que estão presentes no sistema do direito privado geral, e são expressamente regulados pelo NCC/2002, também podem ser contratos de consumo. Assim temos que um mesmo contrato, regulado em abstrato (ou por normas de conduta) tanto no CDC como no NCC/2002, como a compra e venda, o transporte ou o seguro, pode ser civil (se entre dois consumidores, por exemplo, dois proprietários em um condomínio etc.), pode ser empresarial (se entre dois empresários) e pode ser de consumo (se entre um consumidor e um fornecedor ou empresário na terminologia do NCC/2002).

A lei que regulará a relação, depende assim não só do tipo de relação (serviço, seguro, compra e venda), mas também dos atores presentes ou de presença coletiva possível.⁴⁷ Nos dois primeiros casos, se contratos civis puros e empresariais puros, o NCC/2002 os regula prioritariamente. No último caso, se contrato de consumo, o CDC o regula prioritariamente e só subsidiariamente o NCC/2002. Nota-se logo que conflitos e/ou diálogos podem existir. A própria subsidiariedade é um diálogo, um diálogo de complementaridade, pois até para saber qual das leis se aplica prioritariamente já aplicamos as duas leis conjuntamente, a descobrir qual deverá ter aplicação subsidiária. Há um diálogo de complementaridade no tempo da aplicação: primeiro esgota-se a aplicação de uma lei, depois, no que couber, aplica-se conjuntamente (e subsidiariamente) a outra.⁴⁸

Observe-se que aplicação subsidiária significa *tempo* e *ordem*.⁴⁹ Uma lei é aplicada totalmente (ordem de aplicação) e só depois (tempo), no que for necessário e complementar, a outra é chamada a aplicar-se no que couber. Mas mesmo aqui a finalidade ou função das normas no sistema pode ser decisiva. Observando-se o texto do art. 7.º do CDC conclui-se que representa uma cláusula de abertura uma *interface* com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis e não só no CDC. Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio CDC e da Constituição Federal há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor. Sendo assim, parece-me que o NCC/2002 trará também novos direitos aos consumidores. Também suas cláusulas gerais, de responsabilidade sem culpa pela atividade de risco (art. 927, par. ún.), responsabilidade sem culpa das empresas e empresários individuais pelo fato do produto (art. 931), de redução da prestação ou alteração da forma de execução do contrato de mútuo por onerosidade excessiva (art. 480), de redução da cláusula penal (art. 413) poderão complementar a aplicação do CDC ou mesmo superá-la se forem mais favoráveis aos consumidores (imagino, por exemplo, o caso de prescrição da ação ou de excludente específica do CDC, que não esteja presente no sistema geral do NCC/2002 e uso, pois do NCC/2002 como lei mais favorável). Assim, neste diálogo de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais entre o CDC e o NCC/

(47) Veja, nesse sentido, também PASQUALOTTO, p. 107, destacando que a definição ampla de empresário do art. 966 do NCC/2002 pode servir para ajudar a diminuir o campo de aplicação do CDC e a interpretação hoje dada ao art. 29 do CDC, idem, p. 108.

(48) Veja a história da subsidiariedade em direito, em minha tese doutoral publicada na Alemanha: “Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts – Eine Analyse des Haager Adoptions-übereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht”, Frankfurt-Berlin: Verlag für Standamtwesen GmbH, 1997, p. 38 et seq.

(49) Veja documento da Comissão Europeia sobre o Princípio da Subsidiariedade, in Bull. EG 10-1992, 1.1.4, p. 121 et seq. e sobre a doutrina social da Igreja e o princípio da subsidiariedade, ERMECKE, Gustav. “Zehn Thesen zur sozial-wissenschaftlichen Grundlegung und sozial-ethischen Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips”, in KIMMINICH, Otto (Ed.), *Subsidiarität und Demokratie*, Düsseldorf, 1981, p. 62-67.

(46) Veja expressão de Vicente Ráo, citado por BATALHA, Wilson de Souza. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 187.

2002, as cláusulas gerais do NCC/2002 podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pelo CDC, se mais favoráveis ao consumidor. O juiz, no caso concreto, irá, pois, concretizar o *favor debilis* expressamente permitido no art. 7.º do CDC, que menciona inclusive a equidade, sua *ratio maior*.

1.2 A não revogação expressa ou tácita do CDC pelo NCC/2002: proteção do consumidor como tema não incorporado e regras sobre a ordem subsidiária de aplicação das normas em “diálogo”

1.2.1 Relações de consumo como tema não incorporado ao NCC/2002

Como já escrevi,⁵⁰ a revogação do CDC pelo NCC/2002 como lei geral mais nova não ocorrerá. A lei geral mais nova geralmente preserva as leis especiais e regula expressamente os conflitos e sua hierarquia. Note-se, em primeiro lugar, que o NCC/2002, na sua versão aprovada em janeiro de 2001, não possui uma norma de revogação geral tácita, mas sim revoga expressamente o próprio Código Civil de 1917 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas: “Art. 2.045. Revogam-se a Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850”.

O art. 2.043 preserva apenas as normas penais, processuais e administrativas, indicia a existência de uma revogação tácita, mas revogação somente das leis especiais incorporadas expressamente no texto do NCC/2002, afirmando: “Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”.

Note-se, porém, que o novo Código Civil brasileiro, a contrário do Código Civil alemão reformado em 2000,⁵¹ nada menciona sobre “consumidores”. Esta expressão constitucional (art. 170, V, da CF/88) não mencionada em 2.045 normas⁵² do NCC/2002 (são mencionadas apenas as expressões “consumo”, em seu sentido clássico de destruição, nos arts. 86, 307, 1290 e 1392, bens “destinados à consumo”, nos arts. 206 e 592 e crimes “contra as relações de consumo”, no § 1.º

(50) Repetiremos aqui parte do texto de meu livro, *Contratos*, p. 552-559.

(51) Veja meu artigo com Ulrich Wehner, “Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor” sobre o tema in *RDC* 34/50-53.

(52) Note-se que o inc. I do art. 1467 menciona a palavra “consumidores”, como sinônimo de “fregueses” dos hospedeiros e dos fornecedores de alimentos e pousada ao regular o penhor legal. O texto é o seguinte: “I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus *consumidores* ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito”.

do art. 1.011). Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do art. 2.043 do NCC/2002. Em outras palavras, podemos concluir que o CDC e o tema de defesa do consumidor não foi “incorporado” ao NCC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio NCC/2002 como um tema a ser regulado por lei “especial” (como expressamente prevê a Constituição Federal, art. 48 do ADCT).

Igualmente, destaque-se que até mesmo as normas sobre função social do contrato (art. 421), sobre o princípio da boa-fé (art. 422) e contratos de adesão (art. 424) nada mencionam sobre consumidores, pois são normas gerais e genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais. Daí se retira, que as leis especiais (não incorporadas ao CCB/2002) ficaram preservadas e são prevalentes em relação a lei civil geral subsidiária.

Também da história legislativa do projeto podemos retirar esta conclusão. A redação anterior do artigo final do Código (antigo art. 2.040) era mais abrangente e afirmava que ficariam: “revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...” (grifo nosso). Mas, como explica o relator, Deputado Fiuza, a “boa técnica legislativa” o levou a Câmara a determinar quais as leis que o NCC/2002 revogaria.⁵³

Sendo assim, se a mensagem de 1975 pretendia “incluir na sistemática do Código (...) a matéria contida em leis especiais promulgadas depois de 1916”.⁵⁴ A verdade é que, face ao mandamento constitucional de elaborar um Código (art. 48 ADCT/CF), uma lei especial voltada para a defesa só do consumidor, o NCC/2002 restringiu-se a incorporar leis anteriores à de 1975, em matéria obrigacional, com algumas adaptações nos anos 90. Conclui-se que os revisores do NCC/2002 não tiveram a pretensão de “incorporar” o CDC ou qualquer norma de proteção específica do consumidor ao Código Civil de 2002. A proteção assegurada é geral, respeitando a lei especial de tutela dos direitos dos consumidores.

O próprio Deputado Fiuza, conclui em seu Relatório final que ambas as leis conviverão e que o novo NCC/2002 expande para todo o direito privado tendências presentes no próprio CDC, afirmando: “(...) no que tange à disciplina dos contratos, o projeto acompanha a tendência já assente tanto na jurisprudência como no Código de Defesa do Consumidor de restringir os efeitos do contrato de adesão, considerando nulas as cláusulas em que o aderente antecipadamente renuncia a direitos resultantes da natureza do negócio, bem como determinando que as cláusulas ambíguas ou contraditórias sejam interpretadas em seu favor”.⁵⁵

(53) Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do relator Deputado Ricardo Fiuza, *Código Civil*, Brasília, 2000, p. 115.

(54) Mensagem 160, de 1975, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O novo Código Civil*, Del Rey, 2001, p. 322.

(55) Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do relator Deputado Ricardo Fiuza, *Código Civil*, Brasília, 2000, p. 29.

1.2.2 As novas normas específicas sobre a “ordem” subsidiária e complementar de aplicação do NCC/2002

Destaque-se que se subjetivamente a relação de consumo continua totalmente regulada pelo CDC, como sua lei especial preservada pela lei geral mais nova, materialmente a convergência poderia existir, daí porque as normas sobre os contratos do NCC/2002 regulamentam sua aplicação subsidiária em relação às leis especiais. Assim, por exemplo, o art. 593 do NCC/2002, que menciona a expressão “serviços” e prestação de serviços tão presentes e definidas de forma especial no CDC, bem esclarece que a regulação do Código Civil é geral e subsidiária, incidindo somente naqueles contratos que não forem trabalhistas e não forem regulados por leis especiais, como os de consumo. Dispõe expressamente este artigo: “Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo”. Em outras palavras, a “prestação de serviço de consumo” continua regulada pelo CDC e as trabalhistas, pelas leishalistas.

Da mesma forma, os art. 777 em matéria de seguros, o art. 729 em matéria de corretagem, o art. 692 sobre mandato, a concluir-se que a regra é a aplicação subsidiária do NCC/2002 frente às leis especiais anteriores. Assim no caso aqui estudado, quando se trata de obrigação entre um consumidor (geralmente um cidadão, art. 2.º, par. ún., art. 17 e art. 29 do CDC) e um fornecedor (sempre um empresário, art. 3.º do CDC) aplicam-se prioritariamente as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8,078/90), e, subsidiariamente, as normas do Código Civil de 2002 (Lei 10,406/2002), mas só no que couber e ao lado (não no lugar!) das normas desta lei especial tutelar dos consumidores.

Como toda a regra tem sua exceção, também no NCC/2002 há uma exceção expressa em matéria de contrato de transporte, o art. 732 prevê a subsidiariedade das leis especiais, mesmo se de fonte internacional, como a Convenção de Varsóvia. Aqui, prevê-se, pois, a aplicação prioritária das novas normas do NCC/2002, 56 em exceção ao sistema normal, que é de aplicação subsidiária das normas do NCC/2002.

Conclui-se, pois, da análise destas normas e da história legislativa do projeto, que o novo NCC/2002 preserva as leis especiais cíveis das matérias que não tratou, e assim preserva especialmente o CDC, por razões constitucionais.⁵⁷ Em resumo, como a Mensagem 160 de 1975 já informava, o novo Código é uma “lei básica, mas não global, do Direito Privado”,⁵⁸ e a defesa específica dos consumidores ficou fora de seu campo de aplicação principal.

⁽⁵⁶⁾ O texto original é: “Art. 732 Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

⁽⁵⁷⁾ Assim também conclui PASQUALOTTO, p. 110.

⁽⁵⁸⁾ TEIXEIRA, p. 321, reproduz a Mensagem 160, de 1975.

2. Sistema geral central e micro-sistemas em diálogo: especialidade, coordenação e influências recíprocas

Da mesma forma como a boa-fé é hoje um princípio dominante no microsistema do CDC, ou um princípio síntese da razão protetiva dos consumidores, em nosso tema, poderíamos afirmar que o aqui denominado “diálogo sistemático” é o diálogo dominante ou o fenômeno síntese da nova visão dos “conflitos de leis no tempo”. Sendo assim se nossas observações na parte primeira do artigo já eram sobre “diálogos” no sistema, queremos agora analisar os outros dois tipos de diálogos sistemáticos: um diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre estas duas leis e a adaptação do sistema, com uma possível redefinição do campo de aplicação do CDC, ao sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, e uma possível transposição das conquistas do *Richerrecht* (Direito dos Juizes) alcançadas com o uso do CDC, por exemplo no que diz respeito à contratação conforme a boa-fé e ao combate das cláusulas abusivas.

Efetivamente, nestes seus mais de dez anos de vigência, o CDC influenciou muito o sistema geral do direito privado, com suas cláusulas gerais. O mestre da UFRS, Ruy Rosado de Aguiar identificou com clareza a existência de um diálogo entre o micro-sistema do CDC e o antigo Código Civil de 1916 e afirmou: “O Codecon traça regras que presidem a situação específica de consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do micro-sistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé”.⁵⁹

Daf talvez a enorme utilização do CDC na última década e a origem de uma tendência maximalista na interpretação dos arts. 2.º e 29 do CDC, quanto à definição de consumidor. Espera-se agora o refluxo, a influência do NCC/2002 para redução do campo de aplicação do CDC, uma vez que o campo de aplicação do NCC/2002 foi justamente feito para as relações inter-empresários ou entre iguais, mesmo que de aquisição fática “final” de insumos de produção.

Neste sentido, gostaria aqui de analisar como se dará a coordenação entre a lei especial voltada para a equidade, o CDC (*aequitas*), e a aplicação subsidiária do NCC/2002, lei voltada para a igualdade geral (*aequalitas*), pois há um campo de aplicação material compartilhado entre estas duas leis. Em um segundo momento, gostaria de analisar como se dará a adaptação sistemática, sabendo-se que o NCC/2002 pode ser usado como nova base conceitual para o CDC e o NCC/2002 pode influenciar a aplicação do CDC no que se refere à boa-fé, abuso de direito, contratos de adesão e cláusulas abusivas e vice-versa.

⁽⁵⁹⁾ Assim, Min. Ruy Rosado de Aguiar, em voto no REsp 80.036, DJ 25.03.1996.

2.1 Coordenação entre a especialidade teológica e hierárquica do CDC (aquitas) e a subsidiariedade do NCC/2002 (aequalitas): a função social dos contratos de consumo

Misler refletir aqui, ainda que rapidamente, sobre a noção de igualdade em direito privado e como esta noção irá influenciar a aplicação casuística do novo Código Civil de 2002, um *Código para iguais*! E ainda, como esta visão da *igualdade* e do tratamento igual/desigual para os iguais/desiguais, no caso concreto, está intrinsecamente ligada a noção moderna – tão importante em matéria contratual – da *equidade* (*Justiça para o caso concreto*)! Misler frisar como, em seu espírito e teleologia, o CDC está ligado a um novo paradigma de diferença, de tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova do moderno ou pós-moderna. Face ao atual pluralismo de fontes no direito privado brasileiro, esta reflexão pode ser útil para o aplicador da lei, ao determinar o campo de aplicação do NCC/2002.

2.1.1 Relações entre “iguais” (entre civis e empresários) e entre “diferentes” (entre consumidores e fornecedores) em um compartilhado campo de aplicação material

Como ensina BERTHIAU,⁶⁰ em sua magnífica obra sobre o princípio da igualdade e o direito civil dos contratos, há uma ambigüidade original entre as expressões/ou noções modernas de igualdade e de equidade. Vejamos: A estrutura moderna da noção de *igualdade* advém do latim *aequalitas* (igualdade, supondo a comparação com outro objeto), derivada por sua vez da expressão *aequalis* (igual) e de *aetis*. A partir das evoluções linguísticas na Idade Média estas expressões perderam, em francês e português, a partícula “qua” (égalité-égalité-égale, *igualdade*-igualdade-igual). A evolução da expressão *equidade* é semelhante, do latim *aequitas* (também *aetis*),⁶¹ que significava, segundo pesquisas de BERTHIAU,⁶² justamente *igualdade* e, mais precisamente, “igualdade de alma, equilíbrio, calma” (*égalité d’âme, calme, équilibre*), era derivada por sua vez justamente da expressão *aequus* (igual-adjetivo).⁶³

Esta proximidade etimológica, e a distinção (*distintio*) de níveis de pensamento, levam a conclusão que tratar igualmente os iguais, tratar designadamente os desiguais e tratá-los com “equilíbrio e calma”, é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto!

Igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso.⁶⁴ A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação.⁶⁵ Eis aqui o desafio maior do Direito Civil brasileiro atual, em face da unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002, e face ao mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da CF/88), também em suas relações civis. Assim, em um só tipo contratual (por exemplo, o contrato de mandato ou de seguro), podem estar presentes várias *naturezas*, vários *sujeitos de direito*, *iguais* ou *diferentes* na comparação entre si, comparação necessariamente *casuística* e *finalística*, comparação no caso, no papel econômico representado por cada um naquele contrato em especial, a constatar o seu *status* (empresários, civis, consumidores) daí derivado. Determinar o campo de aplicação do Código Civil de 2002 aos contratos é, pois, tarefa hercúlea, neste sistema jurídico altamente complexo, micro-codificado, plural e fluido, pois os papéis que os sujeitos de direito representam no mercado e na sociedade modificam-se de um ato para outro. Por exemplo, o profissional liberal é empresário (art. 966 do NCC/2002) em um momento e, no próximo, pode ser consumidor de um serviço para sua família e um *civis* perfeito, na sua relação de condomínio....⁶⁶

O mestre da USP, Antônio Junqueira de Azevedo⁶⁷ alertou para este problema antes da aprovação do CC/2002, ponderando que introduzir no sistema jurídico brasileiro, já hiper-complexo, uma regulamentação unitária (igual) para as relações civis e comerciais poderia resultar em um retrocesso. E apontou a solução: a procura de uma igualdade com *aequitas*, a necessária distinção entre o que é igual e o que é diferente, na sociedade pós-moderna atual.

Esta visão diferenciada, pós-moderna, não é a mais fácil, daí a importância de estabelecermos algumas bases comuns. A igualdade entre todos os sujeitos de direito foi a base filosófica e política da Revolução Francesa e do resultante maior Código moderno, o Code Civil de 1804 da França. O próprio Miguel Reale⁶⁸ iden-

(60) BERTHIAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris: LGDJ, 1999. p. 3 et seq.

(61) VEJA STOWASSER, J. M. et alii. *Der Kleine Stowasser*. Munique: G. Freytag ed., 1980. p. 18: “aequitas, ätis, aequus – I Geduld, Ruhe, Gleichmut, Gelassenheit, animi. 2. Gleichheit [vor dem Gesetz], Gerechtigkeit, Billigkeit...aequitas est iustitia maxime propria”.

(62) BERTHIAU, p. 3.

(63) VEJA STOWASSER, J. M. et alii. *Der Kleine Stowasser*. Munique: G. Freytag ed., 1980. p. 18: “aequus – gleich...Subst. aequum, Recht, Billigkeit: amantior aequi, aequi cultor, ex aequo bonoque”.

(64) Assim conclui BERTHIAU, p. 3.

(65) Frase de BERTHIAU, p. 3.

(66) Segundo a jurisprudência majoritária dos Tribunais superiores, a relação de condomínio não é de consumo: “II – Não é relação de consumo a que se estabelece entre condôminos para efeitos de pagamento de despesas em comum. III – O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguéis e de quotas condominiais” (STJ, REsp 239578-SP, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000).

(67) AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “O direito pós-moderno e a codificação”. *Revista de Direito do Consumidor* 33/124, 2000.

(68) REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 73 et seq.

tífica aqui o início (ou o modelo) do direito moderno. Os sujeitos civis (nobres e plebeus) têm os mesmos direitos e serão regulados por um só Código, uma só lei, a lei dos iguais!

Sendo assim, constata-se que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional),⁶⁹ e a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais,⁷⁰ como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente, aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis,⁷¹ ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo).⁷² Como ensina o grande Michel Villey,⁷³ não há nada mais diferenciador, mais individual, mais básico, distintivo e equitativo, do que o reconhecimento dos direitos do homem, dos direitos fundamentais: de uma maneira geral é o direito de cada um a sua diferença! Nesse sentido, o sistema do Código de Defesa do Consumidor coaduna-se mais com a pós-modernidade, à procura da efetivação dos direitos humanos... direitos do diferente, do mais fraco, do consumidor no mercado atual.⁷⁴ E o sistema do Código Civil unificado de 2002, coaduna-se mais com a modernidade e a individualidade (agora com uma eticidade e socialidade mais claras).

Constata-se também que o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas são em sua maioria direitos “negativos” de igualdade (*Abwehrrechte*-direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa -*Rechte auf negative Handlungen*).⁷⁵ Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente,⁷⁶ como afirma Erik Jayme o *droit à la différence*⁷⁷ é o direito à igualdade material (e tópica)

(69) Assim OPPETT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: PUF, 1998, p. 6: “(...) la modernité correspond (...) à une société régulée par le droit (...) le droit moderne (...) se caractérise par le centrage de la légitimité du droit autour de l'individu (...) Le droit est entendu comme une règle acceptée par tous, car produite par tous (...)”.

(70) Assim Jayme, *Cours*, p. 49 et seq.

(71) Veja sobre a utilidade e o aparecimento no direito atual da noção de vulnerabilidade, in FIECHTER-BOUVARD, Frédéricque. “La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit”. *Vulnérabilité et Droit – Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, COHET-CORDEY, Frédéricque (Org.), Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 30.

(72) BRILMAYER, Lea. *Post-modernism in American Choice of Law*, in Liber Memorialis François Laurent, Bruxel, 1989, p. 702-705.

(73) VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1990, p. 13: “de façon plus générale le droit de chacun ‘à sa différence’...”

(74) Assim manifestei-me, após análise exaustiva, em “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”. *Revista de Direito do Consumidor* 35/61-96, 2000.

(75) Veja ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996, p. 174.

(76) Veja GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*. Gowa, 1995, p. 33.

(77) JAYME. *Recueil des Cours*, p. 251.

reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*)⁷⁸ do Estado em pró do indivíduo⁷⁹ identificado com determinado grupo.

Não deve surpreender, portanto, que o CDC tenha hierarquia superior, uma vez que todas suas normas civis são de ordem pública (*lex vi* do art. 1.º do CDC), e de lei especial, pois está a procura da equidade, do tratamento casuístico/tópico da justiça contratual, com calma e equilíbrio, não voltado para o igual geral, mas para o diferente.

2.1.2 Função e teleologia diferentes em um convergente campo de aplicação material: uma nova chance para a teoria finalista

O outro elemento novo, neste olhar mais pós-moderno dos contratos e do campo de aplicação do NCC/2002, é a função. Em outras palavras, como a relação pode ser civil, comercial e de consumo, não há como retirar da análise do aplicador da lei a visão funcional desta relação e do contrato daí resultante.⁸⁰ Como antes mencionamos, há uma mudança de paradigma no fato do direito privado atual⁸¹ concentrar-se não mais no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos. Há uma nova visão finalística e total (holística) da relação contratual complexa atual.⁸²

Como afirmava Carvalho de Mendonça: “O Código Commercial, na coordenação de suas normas, destinou o primeiro lugar à pessoa do comerciante”.⁸³ A qualidade de comerciante era, então, o grande diferenciador. Hoje, une-se a este o *status* do co-contratante, a bem esclarecer a visão relacional, em que a presença de um leigo na contratação pode tornar uma relação que era comercial, pela presença de um empresário, em de consumo. A diferenciação maior, porém, advém do caráter finalístico da relação (em especial de consumo: consumidor é o destinatário final!).⁸⁴ A matéria pode ser comercial, mas se a finalidade é de consumo, a

(78) Veja ALEXY, p. 179.

(79) Veja SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 48.

(80) Assim SAUPHANOR, p. 9.

(81) Veja sobre o tema AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”. *Revista Trimestral de Direito Civil* 1/3-12, 2000.

(82) Veja detalhes em meu livro, *Contratos*, p. 155 et seq.

(83) CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Rio, Livro I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, vol. II, p. 15.

(84) Segundo Roberto Senise Lisboa, o “Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é ‘o destinatário final do produto ou serviço’”, in LISBOA, Roberto Senise. *A relação de consumo e seu*

relação é de consumo.⁸⁵ Repita-se, do conjunto destas circunstâncias é que resultará a natureza da relação obrigacional dos contratos.

Importa agora destacar que o Código Civil 2002 traz esta principiologia incisa em sua cláusula geral: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Importa, pois, ao intérprete identificar a função social do contrato, que examina e no contexto em que examina, para poder realmente realizar a “igualdade equitativa” (*aequitas*) de tratamento dos sujeitos envolvidos. Matérias, pessoas e finalidade não são apenas critérios frios de determinação do campo de aplicação das normas. A base (razão) e o limite (ordem pública e abuso do direito) serão dados pelo exame da função social dos contratos! Em outras palavras, o que une “igualdade, *aequitas* e função social dos contratos” é a visão atual (que aqui estou chamando de pós-moderna, denominada “função social”) que aqui se aplica (que aqui se bem escolher os Códigos e as normas que se aplicam, separadamente, conjuntamente ou subsidiariamente, àquela relação contratual em especial.⁸⁶ Segundo Jean Carbonnier, o direito novo e flexível assenta-se em três pilares: a família, a propriedade e o contrato.⁸⁷ O Código Civil de

alcançe no direito brasileiro, Coleção Saber Jurídico, São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 33, que explica: “Os elementos intrínsecos do negócio jurídico são: o consensualismo (...), a forma, a operação (...) e a causa (finalidade ou motivo da sua realização). O vocábulo ‘causa’ significa, em língua portuguesa, a razão, o motivo, a origem. No universo jurídico, a causa é a finalidade, o motivo ou o objetivo pelo qual um sujeito de direito acaba por firmar o negócio jurídico”.

⁽⁸⁵⁾ Segundo ensina Nelson Nery Junior, o objeto “de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor (...). O CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio jurídico de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões. São elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo, serem elas celebradas para se o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço ‘como destinatário final’ (art. 2.º, *caput*, última parte, CDC)” (in NERY, Nelson Junior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentário pelos autores do anteprojeto* Coord. Ada Pellegrini Grinover et alii. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 342).

⁽⁸⁶⁾ Destaque-se nesse sentido decisão do TJRS: “Apelação civil. Direito econômico. Contratos bancários. Abertura de crédito em conta corrente. CDC. Juros abusivos. Capitalização (...). Em face dos dispositivos contidos nos arts. 6.º e 51 do CDC, as cláusulas contratuais não podem se constituir como prestações desproporcionais, que estabeleçam obrigações iníquas, de modo a se tornarem excessivamente onerosas ao devedor. A violação ao princípio da equidade contratual impõe a nulidade da cláusula” (ApCiv 70001439975, Des. Roque Miguel Frank, j. 27.08.2000, TJRS).

⁽⁸⁷⁾ CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 255.

2002 deixa bem clara a maneira de ver estes três pilares: pela sua função social! Materialmente, também o CDC define a função social dos contratos de consumo: possibilitar e proteger o consumo leal no mercado brasileiro, daí suas normas de ordem pública sobre cláusulas abusivas, interpretação, oferta e responsabilidade civil.⁸⁸

Em resumo, o Código Civil de 2002 é um Código para as relações entre iguais, relações entre civis e relações entre empresários, ambas agora pontuadas pelas diretrizes da “eticidade, socialidade e operabilidade”⁸⁹ e dominadas pelo princípio da boa-fé nas relações obrigacionais. Somente excepcionalmente e quando expressamente assim o prevê, o Código regula a proteção dos agentes que mereceram tutela através de leis especiais (campo de aplicação *ratione personae* geral do CC/2002) ou incorpora leis especiais que regularam contratos antes atípicos (campo de aplicação *ratione materiae* geral do CC/2002).

A própria idéia de um Código Geral, código central do Direito privado, é uma idéia de igualdade, idéia moderna, colocada em prática no Brasil em plena era pós-moderna, motivo pelo qual respeita as leis especiais não incorporadas (veja art. 2.043 do CC/2002), preserva algumas leis sobre atividades comerciais (veja art. 716 do CC/2002) e os micro-códigos ou micro-sistemas (como o Código de Defesa do Consumidor), que continuam em vigor com seu campo de aplicação especial e tutelar intacto (veja art. 2.045 do CC/2002).

Em resumo, a relação entre dois “civis”, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico ou de lucro é uma relação civil *stricto sensu* e será regulada pelo Código Civil de 2002, relação entre iguais que é. Fora do âmbito das relações familiares, estão cada vez mais raras estas relações civis puras, onde ainda se pressupõe a igualdade entre as partes leigas.

Já a relação entre um “civis”, destinatário final do serviço, e um empresário, fornecedor de um produto ou serviço no mercado, é uma *relação de consumo ex vi* arts. 2.º e 3.º do CDC, *uma relação entre “diferentes”*, tutelando a lei um deles, o vulnerável (art. 4.º, III, do CDC) o *consumidor*, e será por isso, face ao manda-

⁽⁸⁸⁾ Veja exemplo desta idéia na jurisprudência do TAPR: “Apelação civil. Revisional de contrato. Sistema Financeiro da Habitação. Função social do contrato. Código de Defesa do Consumidor. Contrato de Adesão. Plano de equivalência salarial. Inversão do ônus da prova. Taxa de Juros. Capitalização. Índice de reajuste das prestações. Substituição da TR pelo INPC. I. Os contratos de financiamento habitacional devem cumprir com sua função social (...). Previsão constitucionalmente, ela se instrumentaliza por princípios esculpidos no Código de Defesa do Consumidor, a saber o equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva; 2. As relações jurídicas geradas pelos contratos do SFH revelam-se como de consumo, seja porque as instituições financeiras caracterizam-se como fornecedoras, seja pela presença da vulnerabilidade dos mutuários, caracterizando-os como consumidores (...)” (TAPR, ApCiv 190.834-5, Juíza Rosana Fachin, j. 16.10.2002).

⁽⁸⁹⁾ Expressão de REALE, Miguel. “Visão geral do novo Código Civil”. *Revista de Direito Privado* 9/12-14, jan.-mar. 2002, que as denomina “os três princípios fundamentais”.

mento constitucional do art. 5.º, XXXII, de proteção apenas deste agente econômico, regulada prioritariamente pela Lei 8.078/90.⁹⁰ Se a relação é de consumo complementarmente necessário, o NCC/2002.

Por fim, concordo com Adalberto Pasqualotto⁹¹ que a entrada em vigor do NCC/2002 com normas voltadas justamente para regular com boa-fé e conforme a função social destes contratos as relações inter-empresários levará a uma necessária redefinição do campo de aplicação do CDC, a beneficiar a teoria finalista em uma adaptação do sistema ao diálogo destas duas leis. O NCC/2002 deve ter efeito útil (*effet utile*), logo, deve ter algum campo de aplicação privilegiado e este é o dos contratos inter-empresários, que não mais necessitam ser regulados pelo CDC (seja pela interpretação maximalista do art. 2.º do CDC, seja pela expansão protetiva do art. 29 do CDC a todos os contratos de adesão). Os contratos inter-empresários não mais necessitam ser regulados pelo CDC, pois o NCC/2002 traz os mesmos princípios protetores (boa-fé objetiva, onerosidade excessiva, lesão etc.) e ainda normas específicas para regular as relações entre iguais.

2.2 O CC/2002 como nova base conceitual do CDC e as influências reciprocas

Os micro-sistemas, geralmente, tratam exaustivamente de um tema, regulam exclusivamente um tipo de contrato ou regulam as relações jurídicas de um grupo social, como os consumidores. Neste sentido, o CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o art. 7.º do CDC. Nas suas lacunas, naquilo que a lei especial não define, o sistema geral é chamado a regular, assim o diálogo sistemático normal entre a lei geral e a lei especial, que de tão normal sequer nos damos conta.⁹²

2.2.1 Boa-fé, abuso de direito, contratos de adesão e cláusulas abusivas no NCC/2002 e no CDC

O NCC/2002, como vimos, é a lei central do sistema de direito privado (não lei total) e servirá de base conceitual nova para o micro-sistema específico do CDC, naquilo que couber. Assim, por exemplo, o que é abuso de direito, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema terão sua definição atualizada pelo NCC/2002.

Para apresentar este diálogo novo no sistema de direito brasileiro, quero concentrar-me um pouco no fenômeno do combate às cláusulas abusivas. Isto porque o Novo Código Civil unitário de 2002, forma expressa, em seu art. 422, obriga a todos os contratantes (leigos e profissionais) a guardar na conclusão e na execução dos contratos os princípios da probidade e da boa-fé. Da mesma forma, o Código novo limita a liberdade contratual geral à função social do contrato (art. 421), assim como traz normas sobre o controle (art. 424) e a interpretação dos contratos de adesão (art. 423) entre “civis” e entre “empresários” (arts. 966 e seguintes do NCC/2002). Mas, em verdade, na parte geral dos contratos em geral, o NCC/2002 traz apenas uma norma sobre cláusulas abusivas, o art. 424, que em nada colide ou conflita com os arts. 51, 53 e 54 do CDC, ao contrário reforça o mesmo espírito: “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Logo, conclui-se que não há conflito possível entre o art. 424 e as normas do CDC, há diálogo neste sistema plural.

Aprofundando um pouco mais a análise tem-se que o art. 424 aplica-se apenas a cláusulas presentes em contratos de adesão, logo, a primeira pergunta é se o NCC/2002 define o que são contratos de adesão. A resposta é negativa, nem no art. 423 sobre interpretação das cláusulas *contra proferentem*, nem no examinado art. 424 menciona o NCC/2002 o que entende por contrato de adesão. A segunda pergunta é se poderão os aplicadores da lei usar a definição legal do art. 54 do CDC. Este seria um diálogo sistemático complementar *a contrario*, no qual a definição presente na lei especial para relações entre desiguais seria “expandida” para incluir todos os contratos de adesão, inclusive os civis e empresariais. Parece-me, porém, que este exercício não será possível. O que ocorrerá é um diálogo de aplicação simultânea para distinguir os campos de aplicação. Em outras palavras, a definição do que é um contrato de adesão entre empresários para utilização do art. 424 do NCC/2002 será outra, que não a do art. 54 do CDC. Não que a definição legal do micro-sistema (art. 54 do CDC) não seja usada no caso, sim, é usada justamente para ser afastada (*distinção*) ou mesmo como argumento/paradigma para afirmar que o caso é diferente. Foi esta a posição do STF no caso Tekka v. Aiglon,⁹³ em que considerou que um contrato internacional de importação de matéria prima para transformação, apesar do uso do formulário *standard*, não era um contrato de adesão entre empresários.⁹⁴ Aqui o STF realiza uma importante *distinção* entre a “finalidade” ou “função” (de consumo ou de comércio) dos contratos,⁹⁵ e

(90) O art. 5, XXXII, da CF especifica que o “Estado promoverá, na forma de lei, a proteção do consumidor”, veja detalhes em meu artigo, “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”, *Revista de Direito do Consumidor* 35/61 et seq., 2000.

(91) PASQUALOTTO, p. 106-108.

(92) Veja detalhes in PASQUALOTTO, p. 107.

(93) STF, Pleno, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, 01.12.1999, veja a íntegra da decisão na *Revista de Direito do Consumidor* 34/253-263, abr.-jun. 2000.

(94) Destaca a importância desta decisão para o diálogo entre o NCC/2002 e o CDC, PASQUALOTTO, Adalberto. “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”. *Revista de Direito do Consumidor* 43/104, jul.-dez. 2002.

(95) Veja nossos comentários, MARQUES, Claudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. “Caso Tekka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2.º do CDC”, *Revista de Direito do Consumidor* 36/221-240, out.-dez. 2000.

não considera aplicável o art. 54 do CDC. O art. 54 é bastante amplo, como já comentamos⁹⁶ e pode levar a expandir o campo de aplicação do CDC, em virtude do disposto no art. 29 do CDC.⁹⁷

Veja-se a fineza deste diálogo, sistemático no caso dos contratos de adesão entre civis. Segundo a maioria da doutrina e – ainda – parte da jurisprudência,⁹⁸ a relação de locação de imóveis⁹⁹ está fora do campo de aplicação do CDC, logo, as cláusulas deste contrato – mesmo que de adesão – serão reguladas preferencialmente pelas antes mencionadas normas 421 e seguintes do NCC/2002. São casos mais raros. O normal é que um contrato entre civis seja um contrato discutido cláusula a cláusula ou contrato paritário, mas é possível que, por exemplo, um proprietário compre em uma papelaria um modelo contratual para alugar sua garagem durante as férias ou por um ano. Aqui a definição do art. 54 do CDC não se aplicaria prioritariamente (pois não é considerada relação de consumo), mas o magistrado pode considerar que o locatário está em uma posição de “vulnerabilidade” e utilizar analogamente a definição de contrato de adesão do art. 54 do CDC para “interpretar” o art. 424 do NCC/2002. Também pode ele considerar, como eu, que o CDC se aplica aos contratos de locação, se presente um terceiro organizador do contrato de adesão, como uma imobiliária.¹⁰⁰ Nesse caso, todo o sistema do CDC se aplica, não só o art. 54 do CDC.

Temos então que a regra é a distinção sistemática de campos de aplicação e o diálogo de base conceitual da lei geral (no caso, NCC/2002) em relação a lei especial (no caso, o CDC). Assim, apesar de um caso ser uma relação de consumo e a ele se aplicar prioritariamente o CDC, uma definição legal presente no sistema geral (por exemplo nulidade absoluta) pode ser usada como base conceitual da

(96) Veja meu livro, *Contratos*, p. 58 et seq.

(97) Veja nesse sentido, considerando que todo contrato de adesão seria submetido ao CDC, face ao art. 29, a obra de Alinne Arquette Leite Novais. “A teoria contratual no Código de Defesa do Consumidor”. São Paulo: RT, 2001.

(98) Veja citando doutrina, REsp 239.578-SP, Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000: “Locação. Despesas de condomínio. Multa. CDC. Inaplicabilidade. I – As relações locatícias possuem lei própria que as regule. Ademais, falta-lhes as características delinedoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/90. II – Não é relação de consumo a que se estabelece entre condôminos para efeitos de pagamento de despesas em comum...”

(99) Veja jurisprudência utilizando em contratos de locação de automóveis o CDC: “Contrato de locação. Ação de cobrança. Acidente de trânsito. Perda total do veículo. Lucros cessantes. Cláusula contratual omissa (...) CDC. Art. 47 (...). Não é possível tributar à sucessão do locatário falecido em acidente de trânsito indenização por lucros cessantes referente ao período que transcorreu entre a data do início da locação e a data que a seguradora indenizou a empresa locadora do veículo pelo perdimento total do bem, posto inexistir cláusula contratual prevendo a hipótese, não se podendo ampliar a existente para prejudicar o consumidor, nos termos do art. 47 do CDC”.

(100) Veja exame em detalhes desta posição em meu livro, *Contratos*, p. 361 et seq.

outra lei especial “no que couber”, isto é quando a lei especial não possuir uma definição própria e se a definição da lei geral não contrariar o espírito protetivo da lei especial. Esta é a regra. Assim também, se ao caso se aplica a lei geral, prioritariamente, por ser um contrato inter-empresarial de insumo da produção, normalmente a lei especial de consumo não se aplica, nem serve de “base” conceitual ou de fundamento para a decisão do caso entre empresários. Esta é a regra. A exceção é que, uma definição da lei especial possa ser usada em caso de aplicação prioritária da lei geral. Tratando-se de lei especial de consumo visualizo este diálogo de influência recíproca excepcional como sendo possível em relações civis puras, envolvendo pessoa ou contratantes mais fracos e mais raramente nas relações entre profissionais ou empresários.

Vejam os alguns exemplos deste diálogo. Os exemplos poderiam multiplicar-se, mas quero apenas destacar três: a nulidade absoluta, o abuso de direito, prescrição e decadência. Quanto ao primeiro: a lei especial proíbe a prática e sanciona expressamente de “nulidade de pleno direito” algumas cláusulas abusivas (arts. 51 e 53 do CDC) e traz uma cláusula geral de boa-fé (art. 51, IV, do CDC). O que significa exatamente, neste micro-sistema, “nulidade de pleno direito”, cabe ao magistrado determinar. Nestes mais de dez anos de prática, a jurisprudência e a doutrina majoritária¹⁰¹ consideram que a “nulidade” dos arts. 51 e 53 do CDC é uma espécie de nulidade “absoluta” do sistema geral do direito civil, que pode ser declarada *ex officio* pelo juiz.¹⁰² Utilizava-se como base o art. 145, V, do CC de 1916, que vem repetido no art. 166, VI, do NCC/2002: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Parece-me, pois, que a base conceitual da interpretação do que é a nulidade prevista no CDC continuará a ser o sistema geral de direito civil, agora renovado no novo Código Civil de 2002.

Quanto ao segundo termo, a nova definição de abuso de direito do art. 187 do NCC/2002, pode propor um diálogo um pouco mais controverso com o CDC, uma vez que foi colocada na seção referente aos atos ilícitos. A nova norma afirma: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Como se observa o abuso de direito passa a relacionar-se expressamente com a função social do contrato, com a boa-fé objetiva e com os bons costumes. Neste sentido, o espírito é o mesmo do CDC e poderia servir de base conceitual para a ideia de abuso que permeia, implicitamente, as normas do CDC. A pergunta mais difícil é quanto à utilização expressa da expressão “abusivo” no CDC em matérias contratuais, como no art. 51 do CDC,

(101) Veja meu livro, *Contratos*, p. 774 et seq.

(102) Assim ensina o REsp 90162-RS, j. 28.05.1996, Min. Ruy Rosado de Aguiar: “Contrato. Nulidade de cláusula. Declaração de ofício (...). Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que veio definir como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas (art. 51), era vedado ao juiz declarar de ofício a nulidade não requerida pela parte (art. 128 do CDC)”.

que proíbe as “cláusulas abusivas” nos contratos de consumo. A doutrina¹⁰³ já se manifestou no sentido de que não seria possível utilizar o art. 187 do NCC/2002 como base conceitual do art. 51 do CDC. Isto é, que a idéia de abuso de direito do CDC seria mais ampla no que tange à matéria e mais específica, no que tange à vulnerabilidade do co-contratante. De outro lado, no que tange às práticas comerciais (arts. 37, 39, 43 do CDC) se abusivas, a doutrina¹⁰⁴ considera que o uso do art. 187 do NCC/2002 pode fortalecer a idéia de lealdade e respeito aos direitos de personalidade do consumidor, por exemplo, no caso de Bancos de Dados e práticas consideradas abusivas no CDC.

Quanto aos dois últimos termos, prescrição e decadência, mister considerar que, de um lado, o sistema geral imposto pelo CC/2002, com seu art. 207, supera a antiga querela sobre ser possível ou não obstar a decadência, como previa – desde 1990 – o art. 26, § 2.º, do CDC. Efetivamente esta tão prática, mas criticada norma de proteção, encontra agora base conceitual e dogmática no NCC/2002 que autoriza a lei especial a prever tais exceções, dispondo: “Art. 207. *Salvo disposição legal em contrário*, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição” (grifo nosso). De outro lado, se a base para os prazos prescricionais vai ser procurada também no sistema geral do NCC/2002 algumas dúvidas podem surgir.

No que se refere à prescrição, o CDC não define o que é prescrição e impõe somente alguns prazos. O novo CC/2002 indica claramente que a prescrição é o fim da pretensão (*Anspruch*): “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Parece-nos que esta definição legal poderá ser usada como base conceitual para o CDC. Em matéria prescricional, o CDC é quase sempre usado ao lado de outras leis gerais ou especiais, em diálogo de aplicação simultânea.¹⁰⁵ Também a jurisprudência costuma utilizar, ao lado dos prazos do CDC, os prazos prescricio-

¹⁰³ Veja o artigo de CARPENA, Heloisa. “O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187) – Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional”, in TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367 et seq.

¹⁰⁴ Veja NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002. p. 111 (art. 187-Divida em discussão (...)) Serasa. Abuso de direito configurado).

¹⁰⁵ Destaco, sobre aplicação conjunta das leis para atingir à ratio de proteção, algumas belíssimas passagens do voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp 200.827-SP, j. 26.08.2002, DJ 09.12.2002, p. 17 do original: “(...) importa ponderar que o fato do CDC ter regulado duas novas categorias de responsabilidades: do vício e do fato do produto, não exclui aquelas previstas no CC. Ao contrário, havendo multifárias formas de se gerar dano, a coexistência de diferentes responsabilidades é medida que se impõe como pressuposto de justiça (...) há que se invocar por extensão o Código Civil para que se cumpra o postulado ético ‘onde há dano deve haver reparação’. É a luz dessas diretrizes hermenêuticas que deve ser interpretado o caso em apreço”.

nais do sistema geral, se mais favoráveis ao consumidor¹⁰⁶ ou se previstos por norma específica para determinados contratos, como o de seguros,¹⁰⁷ em um diálogo de complementação e subsidiariedade.

Da mesma forma, o art. 43 do CDC sobre bancos de dados, apesar de estabelecer um máximo de cinco anos (§ 1.º), remete aos prazos prescricionais gerais, afirmando no Art. 43, § 5.º: “Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”. Tendo o art. 206 do NCC/2002 reduzido os prazos prescricionais, ressurgiu a dúvida se este prazo novo será utilizado para fins de retirada das informações negativas nos bancos de dados de consumo *ex vi* art. 43, § 5.º, do CDC. Efetivamente, prescreve a nova norma geral: “Art. 206. Prescreve: (...) § 3.º Em três anos: (...) VIII – a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial”. Dúvida pode haver se ainda é possível usar – nos bancos de dados de consumo – o prazo prescricional referente à pretensão da dívida (para cobrança de “dívidas líquidas”, em cinco anos *ex vi* art. 206, § 5.º, I, do NCC/2002 ou, para cobrança da dívida ilíquida por vias ordinárias, dez anos *ex vi* art. 205 do NCC/2002), como ainda é hoje feito, ou o prazo novo mais favorável ao consumidor,¹⁰⁸ “do pagamento do título de crédito” do art. 206, § 3.º, VIII, do NCC/2002.

2.2.2 Um diálogo de duas vias: a possível transposição do Richtigrecht

Mister frisar ainda, ao final desta reflexão, que o diálogo de influências recíprocas e readaptação sistemática tem duas vias. Também o CDC pode influenciar o NCC/2002, oxigenando-o (na bela expressão de Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior) de forma a “renovar” o sistema geral recém aprovado. Efetivamente, como o projeto levou trinta anos para ser definitivamente aprovado e foi muitas vezes

¹⁰⁶ Veja-se REsp 254.413-RJ, DJ 16.04.2001, Min. Waldemar Zveiter e REsp 200.827-SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.12.2002.

¹⁰⁷ Veja aplicação simultânea pelo TJRS: “Seguro de vida. Adesão de plano consorciado comilante ao contrato de seguro de vida em grupo. Seguradora que se nega indenizar sob argumento de preexistência de doença. Cardiopatia isquêmica. Hipertensão arterial (...). E abusiva frente ao art. 1.450 do CCB (1916) e às disposições do CDC, a cláusula que, ante a falta de pagamento de alguma parcela do prêmio, autoriza a rescisão unilateral do contrato de seguro e o cancelamento da apólice (...) resta descaracterizada a alegada má-fé, que, de modo algum se presume (...)” (ApCiv 70001813468, j. 30.05.2001, Des. Osvaldo Stefanello).

¹⁰⁸ Veja sobre bancos de dados, BESSA, Leonardo Roscoe. “Abrangência da disciplina conferida pelo CDC aos bancos de dados de proteção do consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor* 42/149-172, abr.-jun. 2002, e LIMBERGER, Tênis. “As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente”. *Revista de Direito do Consumidor* 43/273-298, jul.-set. 2002.

modificado, caberá aos juízes a enorme tarefa de adaptá-lo à sociedade brasileira contemporânea. A técnica escolhida pelo NCC/2002 de cláusulas gerais facilitará esta tarefa. Mister, porém, estar atento o aplicador da lei para o enorme manancial de *Richterrecht* ou de direito desenvolvido pelos juízes (*Rechtsfortbildung*) que estes mais de dez anos de prática com as mesmas cláusulas gerais no micro-sistema do CDC significava.¹⁰⁹

Sem dúvida, nem todas as conquistas e desenvolvimentos alcançados no micro-sistema podem (e devem) ser transpostos para o sistema geral, agora implantado, mas as pesquisas realizadas pelo Brasilcon sobre o avanço da jurisprudência brasileira demonstram claramente: 1) o juiz brasileiro de 2003 sabe como concretizar cláusulas gerais, sem arbitrariedades, nem exageros, mesmo em um micro-sistema protetor como o CDC, logo, saberá realizar esta mesma concretização com as cláusulas gerais do NCC/2002;¹¹⁰ 2) O uso reiterado das cláusulas gerais do CDC para relações inter-empresárias permite agora, facilmente transpor estes avanços jurisprudenciais (e as cláusulas consideradas abusivas, por exemplo) para a aplicação do NCC/2002.

3. Observações finais

A LICC/42 e o próprio novo Código Civil de 2002 prevêem a aplicação conjunta (lado a lado) das leis especiais, como o CDC, e a lei geral, como o NCC/2002. Será subsidiária a aplicação da lei geral nova, seja como base conceitual, seja como norma complementar, no que couber e não contrariar o espírito protetor da lei tutelar, seja como norma mais favorável ao consumidor naquele caso (art. 7.º do CDC). O CDC não foi incorporado ao NCC/2002 e fica preservado como lei especial, anterior e hierarquicamente superior à maioria das normas do NCC/2002. As antinomias devem ser resolvidas após um exame profundo do campo de aplicação plural, subjetivo e material do CDC.

Com a entrada em vigor do NCC/2002, fragmenta-se, ainda mais o combate às cláusulas abusivas. São três os tipos de regulamentação: a aplicação pura do CC/2002 para as relações puramente civis, a aplicação do CC/2002 e das leis especiais comerciais nos casos de contratos entre comerciantes ou inter-empresários, e a aplicação prioritária do CDC – Código de Defesa do Consumidor, nas

⁽¹⁰⁹⁾ Veja pesquisa demais de 2 mil acórdãos sobre boa-fé no TJRS em meu artigo, “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”. *Revista de Direito do Consumidor* 43/215-257, jul.-set. 2002.

⁽¹¹⁰⁾ Veja, por todos, TEPELINO, Gustavo (Coord.). *Direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11-12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor (...), vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina (...)”.

relações mistas entre um civil e um empresário, isto é, entre um consumidor e um fornecedor. Uma visão de diálogo das fontes pode ajudar a transpor conquistas de um micro-sistema para o sistema geral e vice-versa.

Em conclusão, o CDC tende a ganhar com a entrada em vigor do NCC/2002, se o espírito do diálogo das fontes aqui destacado prevalecer: é necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas! Mister preservar a *ratio* de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o NCC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. O desafio é grande, mas o jurista brasileiro está preparado.