



**DIREITO COMERCIAL
BIBLIOTECA**

Universidade de Campinas, Instituto de Direito
Diretor de Assuntos Internacionais: Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin
Diretor de Assuntos Legislativos: João Batista de Almeida
Diretor para o Mercado: Geraldo de Faria Martins da Costa
Diretor de Apoio à Universidade, Pesquisa e Projetos: Claudio Michelon Junior
Diretor de Apoio à Magistratura: Weirson Franco Pereira Rego
Diretor de Apoio ao Ministério Público: André de Carvalho Ramos
Diretora de Apoio à Advocacia Pública: Mariângela Sarubbo
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 Responsabilidade 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 Gaulta
Diretor da Comissão Permanente de Meio Ambiente e Consumidor: Luiz Claudio Carvalho de Almeida
Diretor da Comissão Permanente de Controle de Marketing: Paulo Jorge Scartezini Guimarães
Diretor da Comissão Permanente de Concórdia: Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Diretor das Câmaras Técnicas: Paulo Valério Dal Pai Moraes
Diretor da Região Sul: Paulo Antônio Locatelli e Antonio Carlos Efling

BRASILEIRO DE POLÍTICA DO CONSUMIDOR

Tringadeiro Luiz Antônio, 22, sala 104-I,
(11) 3106-7411 - Fax (11) 3107-3821
.brasicon.org.br
brasicon@uol.com.br

EDITIVA (2002-2004)

Adalberto Pasqualotto
Diretor: Roberto Semise Lisboa
Assistente: Rosana Ganberg
Editor: Edgar Moreira da Silva

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

Diretor da Região Nordeste: Aurivaldo Melo Sampaio e Luiz Mário de Góes Mouninho

Diretor da Região Norte: Fábio Bastos Slica da Rosa e Leonardo Roscoe Bessa

Diretora da Sede Administrativa: Silmara Juny de Almeida Chinellato e Almeida

Diretora da Revista de Direito do Consumidor: Claudia Lima Marques

CONSELHO CIENTÍFICO

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

CONSELHO FISCAL

Tribunais: Raimundo Gomes de Barros, Heloisa Carpena Veira de Mello e Francisco José Moesch.
Suplentes: Fábio de Souza Trajano, Isaias Lins e Maria Stella Gregori.

ISSN 1415-7705

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

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 teleologia 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 *Richterrecht* - 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 - Princípios 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 Cavalieri, a quem agradeço o convite e apoio para homenagear ambos os mestres.

com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.² Efeitivamente, 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, derrogação, 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 procurar 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" ("*coherence dérivée ou restaurée*"),⁶ que em um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-recodificação,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 retirasse), 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 fluída, 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, múltiplo 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-UmB, 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 SAUPHANOR, Nathalie. *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000. p. 23-32.
- (6) Expressão de SAUPHANOR, p. 32.
- (7) Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, constrói sua ideia de sistema, justamente criticando a tópica, p. 255 et seq. sobre tópica veja WIEHWEIG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UmB, 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) SAUPHANOR, 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) SAUPHANOR, 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 & Lichtenhalm, 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 mûrifié. Le dire fait plus peur que le faire". No Brasil, veja FACHIN, Luiz Edson. "Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo". *Diálogos sobre direito civil-construído 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 “comunicar” 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 plurimas 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

(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, concentrando-me no diálogo das fontes para o combate às cláusulas abusivas.

1. Os três tipos de 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 considera de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (veja art. 2.035, par. ún. da Lei 10.406/2002).

(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 diretrizes 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 Andrighi, j. 17.12.2002, DJ 28.10.2002, a ementa ensina: “Processual. Civill (...). 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 Rosa do 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.

Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor (...). O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora-que se beneficia 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 importantíssimas 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 "retirada" do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja os arts. 777, 27, 721²⁸ e 732²⁹ 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 correagem 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 *Richerrech* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*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 antinômias. 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 visito 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. É 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 declare; 2) regule inteiramente a

materia 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 "diferentes" (um vulnerável, o consumidor e um consumidor, o 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 pluraes, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural, 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-

(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 RAMOSTEPEDINO, p. 11 et seq.

(43) Veja a polêmica 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. 257-500.

(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, um *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 inverteu 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).

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

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 terá 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 Standsamtwesen 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.

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 convivem 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 regularem 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, rege-se à pelas disposições deste Capítulo". Em outras palavras, a "prestação de serviço de consumo" continua regulada pelo CDC e as trabalhistas, pelas leis trabalhistas.

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 civil, 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, 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 civis 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 *ratio* 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 *Recht* (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

Daí 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 insunhos 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 (aequitas) e a subsidiariedade do NCC/2002 (aequalitas): a função social dos contratos de consumo

Mister 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* (*Justitia para o caso concreto*)! Mister 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-moderno. 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/eou 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 *aeris*. A partir das evoluções linguísticas na Idade Média estas expressões perderam, em francês e português, a partícula “qua” (équalité-égallité-égal, *igualdade-igualdade-igual*). A evolução da expressão *equidade* é semelhante, do latim *aequitas* (também *aeris*),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

(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”.

Esta proximidade etimológica, e a distinção (*distinção*) de níveis de pensamento, levam a conclusão que tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente 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 fluído, 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-

(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 vulneráveis⁷¹ 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 dualidade (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-BOULLVARD, 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, Frédérique (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 'a 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 ALEXKY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p. 174.

(76) Veja CHERSI, 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 (*ex 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 ALEXKY, p. 179.

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

(80) Assim SAUPPHANOR, p. 9.

(81) Veja sobre o tema AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Insuficiências, deficiências e dessatualização 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 comercial brasileiro*, 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 incerta 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 que pode ser aceita ou não) da Justiça Contratual (*Vertragsgerechtigkeit*). Esta só será alcançada pelo aplicador da lei 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

⁸⁵ *alcance no direito brasileiro*, Coleção Saber Jurídico, São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 33, que explicita: "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".

⁸⁶ 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 que 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 - Comentado pelos autores do anteprojeto* Coord. Ada Pellegrini Grinover et alii. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 342).

⁸⁷ 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: LGDI, 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 autôncos (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 respeta 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 tutejar 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 "civil", 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. Revisão 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. 1. Os contratos de financiamento habitacional devem cumprir com sua função social (...). Prevista 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 complementariamente 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 atulizada pelo NCC/2002.

Para apresentar este diálogo novo no sistema de direito brasileiro, quero centrar-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 designais 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 (*distinto*) ou mesmo como argumento/paradigma para afirmar que o caso é diferente. Foi esta a posição do STF no caso Teka 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 aparelhamento 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 Teka 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.