

JUSTIÇA & CIDADANIA

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**CRISE DE FONTES NORMATIVAS:
CÓDIGO CIVIL X CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Editorial: OS BOQUIRROTOS

CRISE DE FONTES NORMATIVAS: CÓDIGO CIVIL X CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

João Otávio de Noronha

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor da Escola Superior da Magistratura do TJDF

A comparação das possíveis contrariedades existentes entre o Código Civil (CC) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é tema deveras interessante e que muito preocupou os consumeristas quando da promulgação do novo Código Civil. O tempo mostrou, no entanto, que tal apreensão foi em vão. As conquistas já consagradas na jurisprudência pelos consumeristas ou pelos consumidores não foram abaladas, não foram reduzidas; ao contrário, foram aprimoradas com a chegada do novel Código Civil brasileiro.

Dentro desse prisma, fala-se em fontes do Direito, em campos de incidência de dois diplomas legislativos. Para isso, é preciso compreender, como ensina Canaris, que o Direito constitui-se, inegavelmente, em um sistema. E sistema sempre dá a ideia de unidade. Unidade que tem de conviver com pluralidade de fontes, as quais têm que coexistir em harmonia. No sistema solar, por exemplo, há uma série de planetas que circulam em torno do sol, com rota determinada harmonicamente, canalizando energia para que o sistema possa sobreviver. Tumulto haveria se os planetas mudassem de rota ou se o sol emitisse radiação de forma desordenada: ora mais, ora menos. Então, sistema pressupõe unidade. Unidade sobre uma ideia, sobre conhecimentos. Sistema pressupõe a ordenação de várias realidades, de vários conhecimentos. E, no caso do sistema jurídico, de vários conhecimentos jurídicos em função de um ponto de vista unitário.

É verdade que o Direito pertence a uma categoria de realidade dada paulatinamente e que evolui no tempo, mas é preciso ter em conta que o sistema pressupõe pluralismo. Hoje, um pluralismo pós-moderno, em que as diversas fontes, os diversos diplomas legais devem conviver harmonicamente.

No passado, sempre que surgia uma lei, examinava-se se ela não estava derogando algum dispositivo de outra lei ou revogando outra norma. A ideia era sempre de se analisar a anterioridade, a especialidade e a hierarquia para ver se a lei nova estava em antinomia com a anterior, se a revogava ou se havia espaço de convivência.

Modernamente não é mais assim. Propõe-se, em face da pluralidade de leis, novo desafio ao aplicador do Direito. Antes de pensar em derrogação, antes de pensar em eliminação de normas do sistema, deve ele procurar superar esse conflito, estabelecendo os campos de incidência das normas.

Será que o Código Civil, por tratar de matérias que são tratadas no Código de Defesa do Consumidor, estaria a revogar os dispositivos deste? Levando-se em conta o princípio da especialidade, a resposta é não. Mas, se aplicado o princípio da anterioridade, pode-se dizer que sim. Considerando-se o princípio da hierarquia, a discussão irá convergir para uma questão controvertida: os consumeristas dizem que o CDC é norma suprallegal ou é hierarquicamente superior ao Código Civil. *Data venia*, não é assim. Esse não é o tratamento dado pela Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor não é lei complementar, é lei ordinária, assim como o Código Civil. O fato de a Constituição mencionar que as relações de consumo serão regidas por lei especial não atribui *status* hierárquico superior a tal lei. Se assim fosse, seria forçoso dizer que a Lei de Diretrizes Orçamentárias é lei de categoria superior à lei orçamentária ou à qualquer outra lei, e não é.

Basta um olhar sobre o sistema constitucional brasileiro para concluir que é a Constituição – a norma fundamental, a norma que baliza, que plasma todas as demais – que define a



matéria a ser regulada por lei complementar. Deve-se ressaltar que lei complementar não é hierarquicamente superior à lei ordinária. Lei complementar é diferente de lei ordinária no que diz respeito ao quórum de aprovação. A diferença é formal. Ademais, lei complementar não se contenta só com o quórum especial de aprovação; requer algo mais: a aplicação do princípio da reserva.

Quando se insere, no entanto, em uma lei complementar, como o Código Tributário Nacional, alguma matéria que não está submetida ao princípio da reserva, o dispositivo que dela trata, embora tenha sido veiculado em lei complementar formalmente aprovada, é, na sua essência, norma que se categoriza como lei ordinária e, nessa parte, derogável por lei ordinária.

Somente a Constituição Federal diz quais matérias serão regulamentadas por lei complementar. Não cabe ao legislador querer dar *status maior* à lei, ou seja, imprimir-lhe eficácia duradoura, impondo-lhe um quórum de aprovação maior formalmente, se a matéria nela tratada não está reservada para a lei complementar na Constituição.

O fato de se tratar, em lei complementar, de matéria que poderia ser disciplinada em lei ordinária não causa nenhum prejuízo, segundo o princípio de que o que abunda não prejudica. Também o fato de o quórum de aprovação ser maior não leva à invalidade da norma. O contrário sim: quando a matéria de lei complementar é tratada em lei ordinária, os dispositivos são irritos, são nulos, porque inconstitucionais na medida em que não se observou o princípio da reserva.

Por exemplo, o Código Tributário Nacional, aprovado em 1966 como lei ordinária, certamente foi, em razão do princípio

da reserva da matéria, recepcionado como lei complementar pela Constituição, segundo a qual as matérias tributárias, nele tratadas de um modo geral, devem ser reguladas em lei complementar.

O mesmo acontece com a Lei 4.595/1964, que regula o Sistema Financeiro. Tal lei, que era ordinária, não se transmutou automaticamente em lei complementar, continua sendo lei ordinária, mas há um detalhe: a matéria nela versada agora só pode ser modificada por lei complementar.

É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a matéria reservada à lei complementar não pode ser tratada em lei ordinária. Basta fazer o confronto com a Constituição: se o tema está submetido ao princípio da reserva, só lei complementar pode sobre ele dispor. Se não está, é lei ordinária, não importa se foi o diploma votado e aprovado no Congresso Nacional como lei complementar.

Não é dado ao legislador eleger determinada matéria como de lei complementar se a Constituição não a definir como tal. Se isso ocorresse, estar-se-ia mudando a Constituição por lei complementar. Daí se entender que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor são leis ordinárias.

Considera-se a matéria de consumo como direito fundamental, mas nem todos os direitos fundamentais são regulados por lei complementar. Entende-se, então, que o constituinte, ao estabelecer, no art. 170, V, da CF, o princípio de defesa do consumidor, fez uma norma direcionada para o legislador. Matéria de consumo deve ser regulada por princípios próprios, aplicando-se as regras dos direitos fundamentais; daí a necessidade de se aplicar um microsistema com proteção própria, com tratamento diferenciado.

Não se pode dizer, portanto, que prevalece o Código de Defesa do Consumidor sobre o Código Civil, porque o Código Civil é lei ordinária e o Código de Defesa do Consumidor tem referência na Constituição, porque trata de direito fundamental. Essa conclusão, *data venia*, não encontra respaldo no ordenamento constitucional brasileiro.

Porém, na averiguação do sistema que passa pela interpretação das normas, busca-se, de forma rotineira na doutrina, muito mais harmonizar as fontes, os diplomas legislativos, do que derogar uma lei. Hoje, a preocupação está em harmonizar as fontes com relação à subsidiariedade e complementariedade de aplicação, e não em derogar ou revogar, como no velho sistema.

Não há mais espaço hoje para interpretar as leis novas com a preocupação de derogação de normas anteriores. Quando se fala em sistema harmônico, a preocupação do intérprete deve ser com a conciliação, com a convivência das fontes, para que elas dialoguem entre si. A preocupação hoje é com a coerência. A doutrina moderna está muito mais voltada para o aspecto de coordenação e harmonia entre as normas que compõem o ordenamento jurídico. Fala-se, a exemplo de Cláudia Lima Marques, em coerência derivada (ou restaurada), no sentido de se buscar, entre as diversas fontes legislativas que integram o sistema, uma coerência. Para isso, é necessário superar conflitos. É preciso inovar, abandonando a ideia de anterioridade, especialidade e hierarquia, e agregar outra, que é a da convivência, da conciliação.

Em se tratando do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, ressalta-se que não há divergência de princípios. Examinados os princípios plasmados no Código Civil relativos aos contratos, vê-se que estão em consonância com o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se algum princípio ali ainda divergisse, a solução se daria pela verificação do campo de incidência de cada norma.

Isso quer dizer que, no Brasil, existe um sistema com uma lei geral, que é o Código Civil. De que trata o Código Civil se não de relações entre iguais? Procura igualar o tratamento entre os empresários, entre as pessoas físicas. O princípio é o da igualdade. E o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, elaborado tendo em conta sempre a posição do sujeito? Quando se está pensando no sujeito da relação, não se está pensando mais em igualdade, está-se, ao contrário, tratando pessoas desiguais de forma desigual.

Considerando a moderna interpretação, convém entender que as pessoas têm o direito de ser diferentes e, por isso, de serem tratadas de forma diferente. Algumas vezes, no entanto, é a lei que elege uma categoria de sujeitos como diferentes, a quem dá tratamento diverso, como ocorre no Código de Defesa do Consumidor. Tal Código trata, de forma desigual, pessoas diferentes. Trata distintamente o consumidor, protegendo-o, em face da sua vulnerabilidade, do empresário, tido como *expert*.

Todavia, essas fontes, que tratam sujeitos diferentes com base em princípios por vezes diferentes e por vezes iguais no sistema geral, nem sempre estão em choque. Às vezes é preciso buscar conceitos, para melhor aplicar o Código de Defesa do

Consumidor, em dispositivos do Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor não trata do conceito de decadência, de prescrição e de uma série de outros institutos que são aplicados basicamente de forma igual. Outras vezes esses conceitos são adaptados à realidade dos sujeitos da relação sem que isso importe em um derogar o outro; pelo contrário, existe uma relação ou de complementariedade ou de subsidiariedade. Quando se fala em relação de complementariedade, fala-se na possibilidade de aplicação de duas normas simultaneamente; quando se fala em relação de subsidiariedade, fala-se de norma que não tem conteúdo suficiente para regular a hipótese em questão, devendo-se, então, buscar a solução em outra fonte normativa.

O mesmo ocorre com o Código Civil. Ele não trata da relação de consumo; quando cita essa expressão, está unicamente se referindo ao consumo das coisas. Por isso, às vezes vem buscar conceitos no Código de Defesa do Consumidor. É lógico que, no passado, no início da vigência do Código do Consumidor, com a teoria da interpretação maximalista, foi aplicado o art. 29 às relações civis. A jurisprudência andou nesse caminho, embora não pacificamente. Mas, com a chegada do novo Código Civil, que trouxe princípios próprios para as relações entre os iguais, não mais foi necessária, ou não mais se permite, a aplicação de interpretação maximalista do Código do Consumidor às relações civis.

O Código Civil trata do princípio da boa-fé objetiva, como trata da função social do contrato. Ele tem normas próprias agora. Interpretando o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que aqueles institutos não diferem em nada. Não há diferença do princípio da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor no que tange às relações civis. Na verdade, o princípio da boa-fé objetiva aplica-se aos dois lados da relação jurídica. Ao hipossuficiente também, inclusive àquele que não paga todas as prestações, mas não quer devolver o bem financiado, por exemplo.

Boa-fé objetiva, quer nas relações de consumo, quer nas relações obrigacionais comuns, com incidência de Código Civil, aplica-se aos dois lados da relação. Quem está na relação obrigacional deve conduzir-se com a boa-fé objetiva. É preciso entender que esses dois diplomas têm muito mais conflitos aparentes do que reais. Na verdade, seria mais correto afirmar que não há conflito, pois os princípios do Código Civil aplicáveis às relações de consumo estão em coerência com o Código de Defesa do Consumidor.

Havendo conflito de normas, resolve-se também pelo campo de incidência. Na relação de consumo, há normas reguladas no microsistema do Código de Defesa do Consumidor, que trata as pessoas de forma diferente, que tem preocupação coletiva. O Código de Defesa do Consumidor é subsistema que leva sempre em conta o sujeito da relação jurídica ou uma pluralidade de sujeitos: aquilo que se dá a um deve dar-se sempre, na medida do possível, a todos.

O Código Civil tem outro princípio, o da igualdade. Trata as pessoas que estão diante da mesma situação com base no mesmo princípio. Mas, às vezes, conceitos constantes do



João Otávio de Noronha, Ministro do STJ

Código de Defesa do Consumidor que também estão no Código Civil sofrem alterações. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, é muito mais amplo do que no Código Civil.

Verifica-se que, quando se trata da relação de seguro, o Código de Defesa do Consumidor tem caráter muito mais protetivo – o abuso se caracteriza com muito mais facilidade, até mesmo pelo dever de informar – do que na relação entre empresas de seguro. Isso não quer dizer que, em relação ao Código Civil, teria havido derrogação dessa parte das normas securitárias. O Código Civil regulou o seguro para os iguais. Portanto, a abusividade que se verifica no Código Civil não é a mesma do Código de Defesa do Consumidor em razão do princípio da especialidade. Tendo em conta o sujeito da relação jurídica, o legislador quis que a abusividade se caracterizasse de modo mais amplo, na proteção efetiva do hipossuficiente, da parte mais fraca e desprovida de informação em relação ao *expert*.

Isso é diálogo das fontes. O que está sendo construído com essa teoria é a superação da antiga regra segundo a qual a lei nova revoga simplesmente a anterior. Ao invés disso, deve-se olhar a conciliação, a consideração que se dá pelo campo de incidência, pela complementariedade, pela aplicação subsidiária. É esse o caminho. Portanto, a teoria do diálogo das fontes, acerca da qual bem discorreu Erik James, quis apenas trazer aos intérpretes do Direito uma ideia de superação de paradigmas e substituição do princípio de exclusão de normas pelo da convivência. Se se considera o Direito um sistema, a teoria do diálogo das fontes faz com que esse sistema seja mais fluido, já que ele é plural, mutável, complexo. E essa fluidez permite escolher sempre o diploma aplicável sem que isso

importe na derrogação dos anteriores.

Dessa forma, o que a teoria do diálogo das fontes propõe é a coordenação entre as diversas fontes normativas. E, nesse sentido, deve o intérprete pautar-se na escolha da norma aplicável ao caso, tendo em vista sempre o respeito ao direito posto, sendo-lhe vedado, num juízo de ponderação de valores ou princípios de que fala Robert Alexy, criar uma norma nova para reger o caso concreto que se encontra submetido a julgamento. Penso, assim, que a segurança jurídica recomenda valer-se o intérprete da lição de Dworkin, o qual, ainda que estabelecendo a distinção, na interpretação das normas, entre regras e princípios, entende que o sistema jurídico está sempre preocupado com a segurança e deve dar estabilidade às relações. Dworkin diz que as regras são de aplicação obrigatória, enquanto os princípios permitem juízo de adequação. Ele chama a atenção para um ponto: nesse juízo de adequação, não pode o intérprete infirmar as regras existentes ou manipular os princípios para torná-los aplicáveis ao caso concreto. O que defende Robert Alexy hoje é contestado por Habermas, que mostra o perigo daquela teoria para a estabilidade das relações jurídicas.

Por que há diálogo das fontes? Porque existem influências recíprocas entre elas, porque há aplicação de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso. Há ainda uma aplicação que se dá, seja por complementariedade, seja por subsidiariedade, também para que seja permitida às partes opção voluntária a respeito da fonte prevalente. O diálogo possibilita solução flexível da interpretação ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação jurídica.

Isso permite buscar, no Código Civil, regras que não divirjam do Código de Defesa do Consumidor, regras que favoreçam aquele tido como mais fraco. No entanto, aqui cabe um parêntese:



João Otávio de Noronha, Ministro do STJ

há muitos julgados em que o aplicador do Direito vai buscar, ora no Código de Defesa do Consumidor, ora no Código Civil, as normas mais favoráveis ao consumidor. Dessa forma, quebra-se a ideia de sistema. Vale buscar, no Código Civil, somente aquilo que não está regulado no Código de Defesa do Consumidor ou tem espaço para ser comutado ou preenchido por outra fonte. Não deve o aplicador adotar, no caso concreto, apenas o que deseja. Não é essa a proteção que a lei dá. Isso colocaria a segurança jurídica do sistema em xeque, destruindo-o porque não existiria a ideia de harmonia. Esse cuidado deve ser tomado pelo intérprete.

Discutiu-se, há pouco tempo, no STJ, um caso de responsabilidade civil no tabagismo em que a relação era de consumo e ao qual se aplicou o prazo decadencial da relação de consumo, previsto no CDC, e não a prescrição vintenária do Código Civil. E por que a Corte assim agiu? Porque existe um sistema protetivo, o CDC, que deve ser observado. O juiz não protege o consumidor, o juiz não protege o mais fraco, quem protege é a lei. O juiz aplica a lei, interpreta a lei, preenche o espaço deixado pela lei, mas é a lei que protege. Essa proteção é dada pelo sistema. Não é dada pelos juízes. É lógico que, construindo dentro do sistema, construindo sobre espaços vazios deixados pela regulação normativa, a jurisprudência evoluiu muito em matéria de consumo, mas não se pode abandonar a lei para se criar jurisprudencialmente a norma. Isso seria pôr em xeque todo o sistema.

Cláudia Lima Marques diz, com muita propriedade, que há três tipos de diálogo possíveis entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. O primeiro, a aplicação simultânea das duas leis, a que chama diálogo sistemático de coerência. O segundo, a incidência coordenada de duas leis – uma lei

pode complementar a aplicação de outra a depender do caso concreto –, o que vale também para os princípios. O terceiro, o diálogo de influências recíprocas como uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, de que é exemplo a definição de consumidor *stricto sensu* e a de consumidor equiparado, que pode sofrer influência finalística do novo Código Civil à medida que este vem justamente para regular as relações entre iguais consumidores ou entre dois iguais fornecedores.

Veja-se, como exemplo, um caso que foi julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça: em São Paulo, um cidadão caminhava sobre uma caixa por onde passam fios de telefone que estava aberta e caiu, machucando-se. A companhia telefônica disse não ter responsabilidade quanto ao evento, sustentando não ter sido ela quem abriu a caixa e não haver, entre a empresa e o cidadão, relação de consumo. A Corte aplicou ao caso o conceito de consumidor equiparado: o cidadão sofreu acidente em razão da exploração de atividade pela companhia, e aquilo influenciava a vida do jurisdicionado, como a de todos os cidadãos. Por isso, a essa relação foi aplicado, por extensão, o conceito de consumidor equiparado; em princípio, não se tratava de consumidor, mas de alguém que se equiparava a consumidor para fins de indenização. Essa foi a decisão do colegiado.

Em síntese, nos dias atuais, antes de pensar em exclusão, deve-se pensar em convivência, em harmonia, considerando e entendendo o Direito como sistema. Nessa conciliação, todavia, não pode haver juízo de parcialidade – “busco aquilo que interessa e desprezo aquilo que não convém”. Caso haja, a busca da conciliação perderá sua real finalidade, gerando crise no sistema, que precisa, para reger a sociedade como um todo, de constante e perene harmonia.