

# O NOVO CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR. CONVERGÊNCIAS OU ANTINOMIAS?\*

**SERGIO CAVALIERI FILHO**

*Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ*

## 1. O NOVO CÓDIGO CIVIL REVOGARÁ O CÓDIGO DO CONSUMIDOR?

O nosso mundo jurídico está vivendo um momento histórico, privilegiado, de grandes oportunidades. Estamos às vésperas da entrada em vigor de um novo Código Civil. O que é um Código Civil? Evidentemente que não é uma lei qualquer. O Código Civil é a lei que estabelece a ordem jurídica infraconstitucional. É um acontecimento que ocorre de século em século. É algo mais inédito do que a promulgação de uma nova Constituição. Basta lembrar que o Código de 1916, que está com os dias contados, conviveu com seis ou sete Constituições. Ele foi editado na vigência da Constituição de 1891, sobreviveu à Constituição de 1930, de 1937, de 1946, de 1967, 1969, cada uma delas com uma conotação política diferente, à Constituição de 1988 e só agora vai deixar de existir.

Então, trata-se, na realidade, de um acontecimento extraordinário, histórico e talvez só daqui a cem anos o Brasil terá a oportunidade de discutir e promulgar um novo Código Civil. Esse é o nosso privilégio. É uma oportunidade, como já disse, que deve ser aproveitada com o máximo de interesse e entusiasmo. É, de certa maneira, o que a EMERJ tem procurado fazer, promovendo seminários, congressos, palestras a respeito desse novo Código. Em todos os encontros e seminários que temos tido, uma das indagações mais constantes é exatamente esta: o que será do Código de Defesa do Consumidor após a vigência do novo Código Civil? O novo Código Civil revogará o Código do Consumidor? Haverá conflitos ou antinomias entre eles? E se houver antinomias, qual dos dois deverá prevalecer? Estas são

---

\* Palestra proferida em 19.06.02, na EMERJ, no Seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no Código de Processo Civil”.

questões que preocupam todos nós e vamos ter que encontrar, evidentemente, as soluções adequadas. É sobre isso que me proponho a falar.

## **2. FINALIDADE DO CÓDIGO CIVIL E A DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR**

Entendo que a solução para essas questões passa, em primeiro lugar, pela correta compreensão da finalidade dessas duas leis, ou seja, a finalidade de um Código Civil e a finalidade de um Código de Defesa do Consumidor. Da finalidade de um Código Civil praticamente já iniciei falando a respeito. Um Código Civil estabelece a ordem jurídica infraconstitucional. Essa é a sua função principal, amplíssima. Então, um Código Civil vai tratar dos sujeitos de direitos, dos bens, dos negócios jurídicos etc. Terá um livro que trata das obrigações, outro, dos contratos, do direito das coisas, família, sucessão. Enfim, estabelece ou modifica a ordem jurídica infraconstitucional, dispondo sobre a disciplina de cada instituto.

Há um outro detalhe: essa ordem jurídica é estabelecida tendo em vista um equilíbrio entre as partes, pressupondo a igualdade de todos perante a lei, ainda que se trate de mera igualdade formal. O Código Civil, quando disciplina contratos e institutos, tem essa visão, essa finalidade. E o Código do Consumidor, qual é a sua finalidade? A finalidade dele é outra: ele veio para cumprir uma missão constitucional. O artigo 5º, inciso XXXII determina: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Então, a finalidade do Código do Consumidor é promover a defesa do consumidor. Vamos partir daí: e por que defesa? Porque essa lei parte de um outro pressuposto. Enquanto o Código Civil parte do pressuposto de que há igualdade entre as partes - o princípio da isonomia - o Código do Consumidor parte exatamente de outro pressuposto: o de que há desigualdade entre fornecedor e consumidor. Parte do pressuposto de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade, de fragilidade e que por isso precisa ser defendido. Conseqüentemente, em busca do desempenho dessa função, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma política nacional de consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme aplicável em todos os casos onde ocorrerem relações de consumo, em qualquer área do direito. Promover a defesa do consumidor importa restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo.

Para implantar essa política nacional de consumo o legislador se valeu de uma avançada técnica legislativa. Criou um sistema jurídico aberto, uma lei principiológica estruturada em princípios e cláusulas gerais. Enquanto o

Código Civil, como regra, contém normas de disciplina social, regras tipificadoras de condutas, a disciplina das várias espécies de contratos e assim por diante, o Código do Consumidor estabeleceu princípios que podem e devem ser aplicados sempre e onde houver relações de consumo. O Código do Consumidor não disciplina nenhum contrato, nem mesmo o de compra e venda, que é o mais comum de todos. Quem disciplina os contratos é o Código Civil; contrato de compra e venda, de seguro, de transportes. Costumo dizer que o que o Código de Defesa do Consumidor fez foi estabelecer uma *sobreestrutura jurídica* aplicável em todos os casos decorrentes de relações de consumo. Alguns autores preferem falar em minissistema. Não deixa de ser um minissistema, mas prefiro falar em sobreestrutura jurídica, porque “mini” dá idéia de pequeno, e que é excluído do grande. Atualmente, já se diz que é um minissistema que circula em torno do grande. Essa idéia já se aproxima daquela que me parece a mais correta, de que o Código do Consumidor estabeleceu uma *sobreestrutura jurídica*, aquilo que o Direito Francês chama de *normas de sobredireito*, algo que pode ser aplicado sempre que ocorrerem relações de consumo, quer no direito público, quer no direito privado, quer no direito material, quer no direito processual. Aproveitando a estrutura já existente em todas as áreas do Direito, a ela o CDC sobrepôs os seus princípios e cláusulas gerais destinados a proteger o consumidor.

Assim, um contrato de compra e venda será sempre um contrato de compra e venda, um contrato de seguro será sempre um contrato de seguro nos moldes em que está previsto quer no Código Civil de 1916, quer no novo Código. Enfim, os institutos e contratos conservarão as suas características básicas, próprias da sua natureza jurídica. Agora, sempre que um contrato, seja de compra e venda, ou de seguro, seja do que for, gerar relações de consumo, além daquelas regras normais destinadas à sua disciplina, serão também aplicáveis os princípios previstos no Código do Consumidor. Em que importa isso? No meu entender, e não tenho dúvida disso, qualquer que seja a ordem jurídica existente, a sobreestrutura será sempre aplicável. Pode-se mudar a ordem jurídica, mas não se mudar a sobreestrutura; podem-se criar novos institutos, de acordo com aquilo que o legislador entender de colocar no Código, sem alterar ou atingir, entretanto, esses princípios que são previstos no Código do Consumidor e destinados especificamente à proteção do consumidor. Porque as normas do novo Código, repito, foram estabelecidas visando a uma outra realidade, tendo em vista uma igualdade entre as partes, ao passo que os princípios do Código do Consumidor foram

previstos com base na idéia de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade, de inferioridade. Então, é preciso tratar desigualmente os desiguais, para que eles se igualem.

Essa foi a realidade. Ao longo do século XX, a massificação da produção e do consumo deixou o consumidor em uma situação de inferioridade técnica, econômica, jurídica, em todos os aspectos. Era preciso, então, restabelecer nas relações de consumo o equilíbrio, profundamente comprometido, e, por isso, a disposição constitucional no sentido de ser elaborada uma lei específica para a defesa do consumidor. Esse é o primeiro ponto. Tendo em vista as finalidades diferentes das duas leis, nada muda. A ordem jurídica do Código Civil de 1916, era a que estava aí, e sobre essa estrutura foram estabelecidos os princípios de defesa do consumidor. Mudou, agora, no novo Código, ou vai mudar em muito essa ordem jurídica, mas a sobreestrutura continuará a mesma. Vou usar uma imagem que não será nada jurídica, mas tem sentido prático. Posso mudar de camisa, de gravata e manter o mesmo paletó. Muda-se a ordem jurídica, mas não se muda a sobreestrutura que são princípios estabelecidos com vista a essa nova realidade.

Só por isso, já poderíamos dizer que, em princípio, não vamos encontrar antinomia, nem temos razão para pensar que o novo Código Civil vai revogar o Código do Consumidor. Cada um tem a sua razão de ser, o seu campo de atuação e a sua finalidade, mesmo porque, lembremos disto, a função ou a missão do Código do Consumidor é constitucional. Ele existe porque o constituinte entendeu que era preciso defender o consumidor e por isso deu uma ordem ao Estado: “Promova a defesa do consumidor” e estabeleceu até um prazo para a elaboração da lei. Mas se não bastasse, temos ainda, no meu entender, um outro aspecto importantíssimo e que bem nos revela que não haverá nenhuma colisão entre o novo Código Civil e o Código do Consumidor.

### **3. A TÉCNICA LEGISLATIVA DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Como já disse, o Código do Consumidor adotou uma técnica legislativa avançada para atingir os seus fins. Criou um sistema jurídico aberto, uma lei principiológica, estruturada em cláusulas gerais e princípios amplos. Pois o novo Código Civil adotou idêntica técnica legislativa. É claro que não com a mesma amplitude do Código do Consumidor, mas, em determinados aspectos, até com mais profundidade.

O novo Código Civil, diferentemente do Código de 1916 (que é casuístico, tem poucas cláusulas gerais, a principal delas é o seu artigo 159) valeu-se com abundância da técnica legislativa de cláusulas e princípios gerais. Por que cláusulas gerais? Porque a sociedade moderna tornou-se tão complexa que não é mais possível legislar casuisticamente, fazer regulação particular, prever na norma todas as situações que vão ocorrer na vida social. Particularismo não tem mais vez. Não há legislador que agüente. Ainda que o legislador conseguisse prever tudo em um determinado momento, amanhã já haveria algo diferente. Então não há outro caminho, a não ser adotar critérios de legislações mais avançadas, baseadas nas chamadas cláusulas gerais, nas quais temos uma moldura estabelecida pela lei, dentro da qual caberá ao juiz formular a regra do caso concreto. A regulação tem que ser genérica e geral.

É inquestionável que uma lei estruturada em princípios e cláusulas gerais é muito mais trabalhosa para o juiz do que uma lei casuística. A partir do momento que o legislador cria cláusulas gerais, não mais pode o juiz simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, como sempre dizem. Aí vai caber ao magistrado *formular a lei do caso concreto* porque a norma está em aberto, e a regra adequada para aquela situação terá que ser elaborada pelo juiz. É por isso que todos que passam por essa Escola têm anunciado que o novo Código Civil é o Código dos juízes, porque agora o juiz terá que elaborar a regra do caso concreto, e não simplesmente aplicar a lei ao caso concreto.

#### **4. PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

E mais, o novo Código Civil consagrou os mesmos princípios editados pelo Código do Consumidor. Onde, pois a colidência? Como falar em conflito ou em revogação? Pelo contrário, agora a ordem jurídica estará mais em harmonia com o Código do Consumidor do que antes; agora o Código do Consumidor vai encontrar até menos resistência à sua aplicação porque haveremos de ter uma ordem jurídica mais consentânea com os princípios que nele estão consagrados. Por exemplo, lembro que o Código do Consumidor tem como princípio cardeal a *boa-fé*, como aqui já ressaltado muitas vezes. É o princípio fundamental do Código do Consumidor, embora nele mencionado em apenas dois artigos – o artigo 6º, inciso VIII e o artigo 51, inciso IV.

Pois, o novo Código Civil, em vários lugares, fala também da boa-fé mas de uma maneira muito mais veemente do que no Código do Consu-

midor. O artigo 113, por exemplo, é de uma força enorme ao dispor sobre os negócios jurídicos. É uma cláusula geral de interpretação de todos os negócios jurídicos. O artigo 113 dispõe: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Sabem o que isso quer dizer? Depois que esse Código entrar em vigor, todo e qualquer negócio jurídico terá que ser interpretado de acordo com a boa-fé. Ela passará a ser um instrumento básico de interpretação de todos os negócios jurídicos, não só nas relações do consumo, entre consumidores e fornecedores, mas também entre comerciantes, empresários e civis. Bastaria esse artigo na Parte Geral para liquidar o assunto da boa-fé, mas o legislador foi muito além. Vejam o artigo 422.

O artigo 422 está nas Disposições Gerais dos Contratos e dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Sobrou alguma coisa? No direito obrigacional não sobrou mais nada; a boa-fé passou a ser seu princípio fundamental, um paradigma de conduta para todos os contratantes.

É por isso que o mestre Miguel Reale insiste em dizer que a *eticidade* é uma das principais características do novo Código. Boa-fé, em última instância, é *ética negocial*. Este Código investiu tanto na boa-fé para o fim de resgatar os valores éticos e morais no mundo dos negócios. Este é o seu objetivo porque, ao longo do século passado, o liberalismo comprometeu totalmente a ética. Se não me engano, era Nelson Rodrigues que dizia que a ética brasileira é o medo da polícia. Lamentavelmente é verdade. Se não houver sanção, se não houver penalidade não haverá ética. Qual foi a ética negocial que se formou ao longo do século passado? A “lei do Gerson”, o brasileiro tem que levar vantagem em tudo, é a lei do mais esperto. Apregoava-se até o chamado *dolus bonus*, que nunca entendi o que era. Se dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito, é conduta intencionalmente enganosa, fraudulenta, aproveitadora, como falar em um *dolus bonus*? Em última instância seria enganar só um pouquinho. Enganar muito não pode, mas ser esperto, tirar vantagem pode! Essa é a ética que se formou à sombra da ordem jurídica anterior. Isso era permitido e deu no que deu: nessa verdadeira selva negocial e empresarial, onde se pratica todo o tipo de fraude sem o menor escrúpulo, até contábil, transformando bilhões de prejuízos em lucros para lesar milhões de investidores.

Quando a economia americana parecia ter descoberto o segredo da prosperidade eterna e as suas bolsas de valores estavam na estratosfera, Alan

Greenspan, o presidente do Banco Central americano, cunhou frases de efeito como estas: *exuberância irracional*, *ganância construtiva*. Agora, quando vieram à tona as fraudes contábeis nas maiores empresas americanas, que escondiam bilhões e bilhões de dólares de prejuízo, mudou parcialmente o seu discurso e passou a falar em *ganância infecciosa*, como se existisse uma *ganância benígna* e *outra maligna*. A verdade é que, descomprometido com a boa-fé, com qualquer princípio ético, o mundo empresarial desenvolveu técnicas para ludibriar os trouxas e lesar os mais fracos, os menos informados, enfim, criou a sua própria moral de resultados a qualquer preço. Empresas aparentemente recheadas de lucros e consideradas exemplos de administração moderna ruíram ou estão com a reputação para sempre comprometida porque não tiveram ética negocial, porque repudiaram os postulados da boa-fé.

Busca-se agora, repita-se, com a nova ordem jurídica, resgatar valores éticos e morais também no mundo negocial, e o principal deles é a boa-fé, tanto a subjetiva (boa-fé de intenção), como a objetiva (boa-fé de conduta).

Há um outro dispositivo no novo Código que também tem uma força extraordinária. Refiro-me ao artigo 187, que conceitua o abuso de direito como ato ilícito. Dispõe o referido artigo: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, *pela boa-fé* ou pelos bons costumes.” Portanto, não só os negócios jurídicos terão que ser interpretados pelo princípio da boa-fé, não só os contratantes deverão ter boa-fé quando celebram e executam os contratos, mas também todo e qualquer titular de direito. Ninguém poderá exercer qualquer direito excedendo os limites impostos pela boa-fé. Isto quer dizer que a boa-fé passará a ser princípio necessário até para a avaliação do exercício regular do direito. Em suma, além de medida de decisão judicial, a boa-fé no novo Código Civil é também medida objetiva de conduta, paradigma para todos os contratantes e titulares de direito subjetivo.

No meu entender, a boa-fé, princípio cardeal do Código do Consumidor, ficou até ofuscada pela boa-fé apregoada no Código Civil novo. O Código do Consumidor ficou até humilhado. Não vai haver incompatibilidade alguma porque agora será necessária a boa-fé não só nas relações de consumo, mas também em todas as relações empresariais, mesmo em se tratando de igual para igual. Quando o Código do Consumidor entrou em vigor isso foi uma novidade e, por isso, enfrentou uma tremenda resistência

à aplicação da boa-fé. Estava em vigor o princípio de se tirar vantagem em tudo. Estava em vigor a “lei do Gerson”. A partir do momento em que o novo Código Civil estabelece a boa-fé como regra geral para todas as obrigações e negócios, estou certo de que o Código do Consumidor vai encontrar um clima muito mais favorável do que aquele que encontrou nesses dez anos de vigência. Como consequência desse princípio da boa-fé, há vários outros princípios que se aproximam do Código do Consumidor. Qual a consequência da boa-fé? Em primeiro lugar o dever de informar. Quem tem boa-fé não esconde nada, não tem *dolus bonus*, tudo informa, esclarece. Esse é outro princípio do Código do Consumidor, uma obrigação do fornecedor: o fornecedor é obrigado a informar, deve ter absoluta transparência, não pode esconder nada. Isso foi realmente inovador porque, antigamente, o fornecedor podia esconder tudo, não informava nada. Quem tinha que correr atrás da informação era o consumidor. Se fizesse uma apólice de seguro, não sabia o que estava no contrato. A seguradora dizia que as regras do contrato encontravam-se nas disposições gerais da apólice, que se encontravam em um cartório em Chapecó. Essa era a lei da selva. Então, o Código do Consumidor quando entrou em vigor encontrou isso, essa resistência enorme, mas aos poucos vem prevalecendo a idéia de que o fornecedor tem que informar, tem que esclarecer.

Pelo novo Código Civil todos terão que informar: o comerciante tem que informar o outro comerciante; o empresário tem que informar o outro empresário. Essa é uma consequência da boa-fé: a colaboração, a cooperação e o dever de informar. Isso nada mais é do que adotar, em âmbito geral, aquele princípio fundamental do Código do Consumidor e que estava restrito apenas às relações de consumo.

Outra disposição que converge com o CDC é a do artigo 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Será que estou lendo o Código do Consumidor? Parece que sim. Isso nada mais é do que a regra do artigo 47 do Código do Consumidor, que estava lá mas que agora está também aqui e por quê? Porque sem isto não haverá boa-fé, não haverá ética negocial. Então devemos ter esse cuidado porque, em contrato de adesão, não mais será admissível interpretar contra o aderente, mas sim contra aquele que estipulou as regras. O que temos mais e que decorre do princípio da boa-fé? Vejam o artigo 424, que dispõe o seguinte: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito



resultante da natureza do negócio”. O grande problema no mundo negocial são os contratos de adesão porque nesse mundo empresarial tudo gira em torno dele. Não temos nada contra o contrato de adesão, pelo contrário, ele é indispensável, sem ele não haverá condições de atividade econômica. O contrato de adesão é um instrumento indispensável do mundo empresarial. Ninguém contesta isso. O que não pode é transformar o contrato de adesão em um contrato do mais esperto, do mais forte, em um contrato do mais ganancioso.

Então, como diz o artigo 424: as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente são nulas. Isso nos lembra as cláusulas abusivas do Código do Consumidor. É isso que está no artigo 51, inciso I, onde é considerada nula de pleno direito toda e qualquer cláusula que desnatura o contrato, aquela cláusula que elimina a responsabilidade do fornecedor. Em uma cláusula, eu digo que me obrigo e em outra, eu me desobrigo; em uma, digo que garanto que se você sofrer um acidente, um sinistro, será indenizado; e em outra digo que não indenizo. Que obrigação é essa? Não assumi obrigação nenhuma. Essa cláusula não vale nada, é nula porque descaracteriza o próprio contrato, a natureza dele, elimina a responsabilidade. Agora, aquilo que era específico do Código do Consumidor será norma geral. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente ao direito resultante da natureza do negócio. Pode haver alguma colidência?

Se não bastasse, além do princípio da boa-fé vamos encontrar no novo Código Civil, como princípios fundamentais, cardeais, outros princípios estabelecidos no Código do Consumidor. Por exemplo: o princípio da equivalência material das obrigações. No Código do Consumidor há isso de modo mais forte, no artigo 6º, inciso III, que permite a revisão do contrato se houver um desequilíbrio acentuado contra o consumidor. É a revisão da base do contrato. É claro que esta é uma cláusula específica do CDC porque há, como já dissemos, a presunção de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade. Entre pessoas iguais, em princípio, não haveria a necessidade de protegê-las contra um eventual desequilíbrio nas prestações de um contrato, mas a realidade mostrou que isso não é verdade, que isso pode acontecer, mesmo entre comerciantes, mesmo entre pessoas iguais. Então vem agora o Código Civil nos artigos 317 e 478, que se referem mais ou menos às mesmas situações. O art. 478 dispõe: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar

excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. São os contratos de trato sucessivo, que se prolongam no tempo, por exemplo o seguro, *leasing*, compra e venda de imóveis que se estende durante anos. Não encontramos aqui uma disposição idêntica à do Código do Consumidor; neste ponto ele se encontra na frente. A revisão do contrato com base no rompimento da base do negócio não exige que o acontecimento seja imprevisível, não exige que haja lucro para uma das partes, mas mesmo assim evidencia que o Código Civil caminhou na mesma direção do Código do Consumidor. Não chegou ao ponto em que o Código do Consumidor chegou porque aquele, repita-se, regula relações entre iguais, ao passo que o Código do Consumidor regula relações entre desiguais, mas revelou essa preocupação, que não deixa de ser ética. Se faço um negócio com alguém em igualdade de condições e sobrevém um acontecimento imprevisível que me coloca em situação de desvantagem econômica excessiva, é antiético exigir que esse contrato seja cumprido exatamente nos termos em que foi avençado. Por isso o Código está também mudando esse paradigma.

## 5. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Outro princípio implicitamente previsto no Código do Consumidor e que agora passa a ser princípio fundamental do Código Civil, é o princípio da função social do contrato. Esse princípio terá que ser trabalhado. Até que ponto podemos entender que há, ou não, função social em um contrato? Isso será de extrema importância na interpretação dos contratos. Só para termos uma idéia da força desse princípio, quero destacar três artigos: o 421 que dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Liberdade contratual é estabelecer o que se quer no contrato; liberdade de contratar é a liberdade de contratar com quem quiser. Aquela autonomia da vontade, segundo a qual contrato com quem quero, faço o que quero, está, agora, circunscrita a um princípio: o da função social do contrato. Isso não é algo novo porque a própria Constituição já fala na função social da propriedade. A propriedade foi considerada na Idade Média um direito absoluto, e ainda hoje falamos disso, mas em termos, *modus in rebus*, pois é absoluta em certos aspectos, em outros não. Nenhuma propriedade pode ser exercida ou

tida contrariando a sua função social e agora esse princípio passa a vigor também em matéria contratual.

O artigo 303 nos dá um exemplo dessa função social do contrato: “O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento”. Os senhores sabem que não há nenhum contrato que tenha um apelo social mais forte do que o contrato de compra e venda de imóvel hipotecado, financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação. Quem compra pelo financiamento é porque não tem condições de comprar à vista. Ouvimos falar do contrato de gaveta, e toda essa peripécia que já conhecemos. Pois quando o Código trata de assunção de dívida, o credor tem que se manifestar expressamente se concorda ou não com a mudança do devedor (isto está no artigo 299) mas, em se tratando de contrato de imóvel hipotecado, o silêncio do credor vai significar aceitação. Com isso o legislador pretendeu prestigiar a função social desse contrato.

Há um dispositivo no final do Código que tem uma força tremenda – o parágrafo único do artigo 2.035, que dispõe: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código *para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*”. Vejam, a liberdade de contratar, que era absoluta, sofre agora profunda restrição. O Código encerra dizendo que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública. São considerados preceitos de ordem pública a *função social da propriedade e dos contratos*. Nenhuma convenção poderá prevalecer se violar esses preceitos.

Vemos aqui que o Código Civil novo está mais avançado do que o próprio Código de Defesa do Consumidor porque esses princípios não estão expressamente previstos no Código do Consumidor. São princípios que têm indiscutível finalidade social, a finalidade de dar aos contratos e às obrigações uma abrangência maior.

## **6. CONVERGÊNCIAS NA ÁREA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Outra área em que poderia haver colidência entre o novo Código Civil e o Código do Consumidor é a da responsabilidade civil. Antes de encerrar, todavia, posso afirmar que também aqui não haverá a menor possibilidade de conflito. Por quê? Porque em sede de responsabilidade civil o novo Código adotou também os mesmos princípios consagrados no Código de Defesa

do Consumidor. Vemos isso a começar pelo parágrafo único do artigo 927, que dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa, nos casos especificados em lei*, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. O “independentemente de culpa” diz respeito à responsabilidade objetiva. Quando o artigo diz “nos casos especificados em lei” está dizendo que o próprio Código recepcionou todas as leis especiais, a não ser aquelas que foram por ele expressamente revogadas, que consagram a responsabilidade objetiva. Isso ele repete em vários outros artigos. Só por aí poderíamos concluir que não vai haver colidência alguma, a responsabilidade prevista no Código do Consumidor permanece inalterada. Mas não parou aí, pois o novo Código Civil nada mais fez do que consagrar no seu texto a mesma responsabilidade que está prevista no Código do Consumidor. Atentemos para a última parte do parágrafo único do art. 927.

*“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando **a atividade** normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Atividade é serviço. Então o que temos aqui? Temos a responsabilidade pelo fato do serviço. Exatamente a responsabilidade prevista no artigo 14 do Código do Consumidor. Só que lá essa responsabilidade está melhor disciplinada do que aqui: O CDC diz que o serviço deve ser defeituoso e diz também quando o serviço tem defeito. O Código Civil nada diz a esse respeito. Sabem o que vai acontecer? Para aplicarmos bem esse parágrafo único, vamos ter que pegar de empréstimo tudo aquilo que está lá no Código do Consumidor, vamos ter que ver o que é serviço defeituoso, quando é que não oferece a segurança devida e necessária etc. Onde está a colidência? Querem ver mais?

Art. 931. *“Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos **danos causados pelos produtos postos em circulação.**”*

O que é isso ? É responsabilidade pelo fato do produto, artigo 12 do Código do Consumidor. Só que esse artigo só é aplicável nas relações de

consumo. Mas agora o novo Código Civil dará à responsabilidade pelo fato do produto uma dimensão geral. Mais uma vez, para sabermos o que é fato do produto, para bem aplicarmos este dispositivo, teremos que nos valer da disciplina que está muito bem desenvolvida no Código do Consumidor e trazer para cá. Quer dizer, vamos ter que interpretar o Código Civil novo à luz de preceitos que estão no próprio Código do Consumidor.

## 7. CONCLUSÃO

Então, a conclusão a que chego é esta: pode ser que em determinadas questões tenhamos alguma colidência, alguma antinomia entre o novo Código Civil e o Código do Consumidor. Mas, no geral, o novo Código vem na mesma linha e vem, em certos pontos, até mais avançado do que o próprio Código do Consumidor.

Qual o futuro que vejo para o Código do Consumidor? Esses dez anos de vigência do Código do Consumidor foram realmente difíceis, pois o Código encontrou uma ordem jurídica hostil, uma ordem jurídica baseada na antiética, baseada na “lei de Gerson”, o que gerou muita resistência. Em suma, foi muito conflituosa a aplicação do Código do Consumidor. A partir do momento em que teremos uma ordem jurídica mais justa, mais ética, mais harmônica com os princípios do Código do Consumidor, a resistência haverá de desaparecer. Tenho a convicção de que a aplicação do Código do Consumidor será muito mais suave, muito mais aceitável, porque agora muitos civilistas, que eram contra o Código do Consumidor, terão que aceitá-lo; os princípios são os mesmos e, conseqüentemente, a relação entre consumidor e fornecedor será menos conflituosa do que hoje. Sobrará, mesmo assim, um campo enorme para o Código do Consumidor uma vez que devemos ter em mente que o Código do Consumidor visa à relação entre desiguais. Por isso sempre que houver relação de consumo, as normas do Código do Consumidor hão de prevalecer, pois são normas de ordem pública e de interesse social, normas de sobredireito e, conseqüentemente, terão que ser aplicadas.

Mas, há um outro fator: o Código Civil pouco disciplina os contratos relacionados com serviços. Lembro-me do contrato de transportes - que agora está disciplinado no Código Civil - do contrato de seguro, mas os contratos de serviços em geral, principalmente os serviços públicos, não estão disciplinados no Código Civil. Os serviços são a grande área de incidência do Código do Consumidor e nela, ele continuará soberano.

Gosto muito de um pensamento, de uma imagem muito feliz de Mário Moacir Porto. Ele dizia que “a lei não esgota o direito, assim como a partitura não esgota a música”. Na realidade, por melhor que seja a partitura, por mais genial que seja o autor, a beleza da música dependerá muito do seu intérprete. Uma ária de Verdi terá esta ou aquela beleza ser for interpretada por um Pavarotti, ou por mim, que nem chego a tentar interpretá-la. Uma grande música pode ser assassinada por um péssimo intérprete, porque a partitura não esgota a música, assim como a lei não esgota o direito. Quero dizer que por melhor que seja esse Código, e ele é realmente um Código avançado, por melhor que tenha sido o legislador, a eficácia e os efeitos que ele vai produzir ao longo do novo século dependerão dos seus intérpretes, em outras palavras, dependerá de nós que aqui estamos, dependerá do nosso talento.

Não tenho dúvida em afirmar que a grande fonte do Direito não é o legislador, mas sim a doutrina e principalmente a jurisprudência porque a lei é a concepção do direito de uma ou de algumas inteligências, do legislador, alguns geniais, outros nem tanto. E mais, é a visão do direito do legislador de uma forma estática, num determinado momento, que amanhã já não será o mesmo. Ao passo que a jurisprudência é o direito construído por muitas inteligências, a partir do advogado, passando pelo juiz de 1º grau, até chegar, muitas vezes, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. São inteligências privilegiadas porque só fazem isso, diuturnamente e mais, fazem e criam o direito com base no direito dinâmico, na realidade fática que se muda a todo instante. Desta forma se cria o direito e, por conseqüência, na maioria das vezes a nova lei (e isso acontece com o novo Código Civil) acaba positivando aquilo que foi criação da jurisprudência. Os senhores verão, ao longo do estudo do Código Civil, que grande parte daquilo que está aqui consagrado foi obra criadora da jurisprudência do século passado.

Quando surge uma nova lei, sempre existe aquilo que se costuma chamar de “fantasmas da lei velha”. A lei velha morreu - e acontecerá isso com o velho Código que vai morrer em janeiro de 2003 - mas o fantasma dele vai continuar por aí, às vezes assombrando o intérprete, aplicador da nova lei. Isso acontece com a chamada *interpretação retrospectiva*, que é interpretar a nova lei “de costas” para o futuro, de acordo com a lei velha. De modo que a lei nova se torna tão parecida com a lei velha que nada ou quase nada se muda. É o que não pode acontecer. O novo Código vem para mudar a cabeça, a ética, o comportamento negocial. Se formos interpretar esse Código “de costas” para o futuro, à luz do Código velho, ele não pro-

duzirá seus efeitos.

Daí, repito, a importância de, ao interpretarmos esse Código, termos em mente as três características tão anunciadas pelo seu grande coordenador, o Prof. Miguel Reale, e que, em outras palavras, dão realmente a sua diretriz: eticidade, socialidade e operabilidade. Esse Código visa a resgatar os valores ético-negociais e proteger, dar destaque, não só aos interesses individuais, mas principalmente aos interesses sociais. Por fim, ele é um instrumento, a sua instrumentalidade é a sua operacionalidade. Temos que fazer desse Código um instrumento de realização dos valores ético-sociais. Obrigado pela atenção. ◆