

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: CODIFICAÇÃO E PLURALIDADE DE FONTES NORMATIVAS

CONTEMPORARY CHALLENGES OF THE CONSUMER'S PROTECTION: CODIFICATION AND PLURALITY OF REGULATORY SOURCES

Milena Donato Oliva

Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.
Doutora em Direito Civil pela UERJ.

Resumo: O presente artigo busca examinar, no cenário de pluralidade de fontes normativas, a incidência conjunta das múltiplas normas ao caso concreto, em diálogo de fontes, com vistas a efetivar os valores constitucionais e garantir a unidade do ordenamento. Nessa direção, o trabalho analisa, a partir de exemplos concretos, a necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e as legislações setoriais, buscando ressaltar que a proteção do consumidor, elevada a cláusula pétrea e direito fundamental pela Constituição da República, não pode ser condicionada à inexistência de legislação específica que regulamente determinada atividade. Dessa forma, uma vez presentes os pressupostos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sua incidência não deve ser afastada sob o fundamento de existir legislação própria para aquela atividade.

Palavras-chave: Pluralidade de fontes normativas. Diálogo de fontes. Código de Defesa do Consumidor. Código Civil. Legislação setorial. Relação de consumo.

Abstract: This article aims to analyze, within the context of plurality of normative sources, the joint application of multiple rules to the concrete case, in a "dialogue of sources", with the objective of effecting constitutional values and ensuring the legal order unity. In this sense, this article analyzes, from the perspective of concrete examples, the need for dialogue between the Consumer Protection Code, the Civil Code and sectoral legislation, as to highlight that consumer protection, classified as fundamental clause and right by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, cannot be conditioned to the inexistence of specific legislation that regulates a certain activity. In this sense, once the requirements for application of the Consumer Protection Code have been met, its incidence should not be dismissed based on the argument that there is a specific legislation for that activity already in place.

Keywords: Plurality of normative sources. Source dialogue. Consumer Protection Code. Civil Code. Sectoral legislation. Consumer relation.

Sumário: **1** Introdução – **2** Codificação, pluralidade de fontes normativas e necessidade de diálogo das fontes – **3** Necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a legislação setorial: alguns exemplos – **4** Conclusão

1 Introdução

O cenário social da pós-modernidade, caracterizado pela pluralidade e pela fragmentação,¹ reflete-se na produção legislativa, cada vez mais setorial e especializada. Nesse contexto, a efetiva proteção dos direitos fundamentais, entre os quais a tutela do consumidor, apenas se torna alcançável mediante a recondução, pelo intérprete, da miríade de fontes normativas à tábua axiológica da Constituição da República, de maneira a reconstruir, interpretativamente, a unidade do sistema.² Se o intérprete se deixar seduzir pela especificidade de determinada norma, cedendo ao raciocínio silogístico que possibilita a aplicação isolada da regra para regular certa atividade com exclusão de quaisquer outras, acabará por ignorar a complexidade do ordenamento, abstraindo da precedência dos valores constitucionais, aspecto essencial à unidade do sistema jurídico.³

Não raro se verifica o afastamento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sob alegação de existir lei específica sobre determinada matéria, em raciocínio de exclusão que interpreta a norma infraconstitucional em si mesma, sem reconduzi-la à tábua axiológica constitucional, no âmbito da qual exsurge a tutela do consumidor como direito fundamental e que, por isso, não pode ser excluída, se presentes seus pressupostos de incidência.

No atual sistema plural, a exclusão de certa norma pela via do silogismo, especialmente quando concretiza mandamento constitucional, a exemplo do CDC, acarreta grave fragmentação do sistema e ameaça justamente sua pluralidade.⁴ A pluralidade, note-se, não é meramente estrutural, vale dizer, não se traduz na mera existência de variados diplomas legislativos que regulam diversas atividades. Ao revés, caracteriza-se pela presença de valores distintos – e não raro colidentes no

¹ V. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Sergipe, n. 7, 2004. p. 7.

² Cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 186-187; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12-13; FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil – Sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 62.

³ Sobre a crítica ao método interpretativo da subsunção, v. TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 25-31.

⁴ Em perspectiva crítica à subsunção, afirma Gustavo Tepedino que “cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica” (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 419, p. 82-83, 2014).

caso concreto –, que devem ser conjuntamente aplicados na sua justa medida. Pluralidade, assim, significa diálogo, harmonização entre as diversas fontes normativas, para a máxima realização da ordem pública constitucional.⁵

Daí decorre que o atual ordenamento jurídico, complexo e diversificado, demanda hermenêutica que considere as variadas fontes normativas e busque compatibilizá-las, assegurando a unidade do sistema e a consequente promoção da tábua axiológica constitucional.⁶ Partindo dessa premissa metodológica, o presente artigo analisa os planos privados de assistência à saúde, a relação advogado-cliente, a locação de imóveis urbanos via administrador profissional, o contrato de transporte e a incorporação imobiliária, com o intuito de examinar a incidência do CDC e a proteção do consumidor em cada uma dessas atividades, que contam com normativa própria.

2 Codificação, pluralidade de fontes normativas e necessidade de diálogo das fontes

O centro de unificação do sistema já foi ocupado pelo Código Civil, que desempenhava o papel de constituição do direito privado. Não se alvitrava, fora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais.⁷ Tal cenário sofreu brusca mudança com a produção legislativa cada vez mais intensa, que retirou inteiros setores da regulamentação do Código Civil, em processo histórico conhecido como descodificação.⁸ A unidade

⁵ Adverte Perlingieri para a necessidade de “reconstrução dos nexos entre múltiplas fontes operantes no mesmo território, fontes legitimadas pela Constituição e que encontram composição na sua unidade axiológica” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 308).

⁶ “[...] Consolidada-se hoje o entendimento de que cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário” (TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27). “O ordenamento, por mais que se diversifiquem suas fontes, por mais que se multipliquem suas normas, por mais que se especializem os seus setores, permanece único, unitário, centrado sobre os valores constitucionais” (SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13).

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2-3.

⁸ “Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmitar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de

antes assentada no Código Civil desmantelou-se e surgiram núcleos legislativos setoriais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Locação de Imóveis Urbanos.

Nesse contexto, em que coexistem diversos universos legislativos setoriais, alude-se à existência de microssistemas, consistentes em núcleos normativos que objetivam a regulamentação de inteiros setores e dos quais se podem extrair princípios gerais.⁹ Os microssistemas possuiriam, nessa perspectiva, lógica própria e um autônomo desenvolvimento,¹⁰ não podendo ser concebidos como especificação de princípios contidos no Código Civil.¹¹

Dessa forma, a intensificação do processo de elaboração normativa para além do Código Civil não mais se explica pelo recurso à legislação especial contraposta ao direito comum.¹² A especialização das matérias, a nova técnica legislativa, as demandas e os objetivos perseguidos por cada normativa não mais são reconduzíveis ao Código Civil, concebido como direito comum ao qual, ao fim e ao cabo, desembocaria, em princípios gerais, a legislação setorial. A legislação setorial ganha cada vez maior autonomia, sua linguagem é própria do específico setor, possui caráter negocial, persegue finalidades próprias. O Código Civil perde, definitivamente, a centralidade do sistema, e ao seu lado coexistem os chamados microssistemas.¹³

monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um *polis-sistema*, caracterizado por um conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de *microssistemas*" (TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5). Para uma análise do movimento de descodificação no contexto da entrada em vigor do Código Civil de 2002, v. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-6.

⁹ Nas palavras de Natalino Irti, microssistema é "un piccolo mondo di norme, da cui l'interprete può ormai ricavare principi generali ed in cui ormai scoprire una logica autonoma" (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 46).

¹⁰ IRTI, Natalino. *Le leggi speciali fra teoria e storia*. In: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 71.

¹¹ "Non più effimere parentesi, destinate a chiudersi con il ritorno al codice, ma durevoli regimi di nuovi fenomeni e di nuovi settori sociali. Il diritto privato trascende i confini del codice civile, ne mortifica l'ambizione di completezza, e si costruisce a mano a mano in una catena di micro-sistemi speciali" (IRTI, Natalino. *Le leggi speciali fra teoria e storia*. In: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 73).

¹² "Nate come eccezioni o come mero svolgimento di principi codificati, le leggi speciali si impadroniscono di intere classi di rapporti, li sottopongono a nuove e diverse logiche di disciplina, esprimono criteri generali ed autonomi. Il codice civile subisce così un rovesciamento di funzione: non diritto generale, ma residuale; non disciplina di fattispecie più ampie, ma di *fattispecie vuote*, prive, cioè, di quegli elementi di fatto, di quelle note individuanti, che suscitano l'emersione di nuovi principi nelle leggi speciali" (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione vent'anni dopo*. In: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 40).

¹³ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione vent'anni dopo*. In: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 36-37. Em suas palavras: "A ben vedere, le leggi, che si sogliono ancora denominare

Advirta-se, ao propósito, de que a existência de núcleos legislativos setoriais, chamados de microssistemas, não pode legítimar hermenêutica que os aplique isoladamente, o que acarretaria grave fragmentação do sistema. Com efeito, a perda de centralidade do Código Civil não pode significar a perda de fundamento unitário do ordenamento.¹⁴ Por conseguinte, a legislação setorial não incide isoladamente sobre inteira matéria, devendo axiologicamente ser reconduzida à Constituição, norma que congrega os valores fundantes do ordenamento. Unifica-se o sistema pela via hermenêutica, transportando-se para a Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.¹⁵

Deve-se conceber a constitucionalização do direito civil não como o deslocamento topográfico de normas de direito privado para a Constituição, mas como procedimento metodológico em que os valores constitucionais informam todos os institutos jurídicos e a legislação infraconstitucional.¹⁶ Diante disso, não pode o intérprete levar em conta uma regra isoladamente considerada, ainda que apropriada para a hipótese, mas o conjunto das normas inserido no ordenamento.

'speciale', sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo *micro-sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche" (p. 38).

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

¹⁵ Para uma crítica à compreensão do sistema jurídico a partir dos chamados microssistemas, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 209-211. V. também TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 264.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 20. Conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes: "Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público – direito privado" (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 264). E prossegue: "Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar. Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a um tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional" (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 267). Ensina Perlingieri: "A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9-10).

Nesse cenário, os tradicionais critérios para a solução de antinomias, a saber, especialidade, hierarquia e temporalidade,¹⁷ mostram-se insuficientes para resolver os embates entre as múltiplas normas. A disciplina aplicável, no mais das vezes, deve ser construída não a partir de raciocínio de exclusão de uma norma sobre a outra, mas sim mediante aplicação simultânea das diversas normativas aparentemente conflitantes, que devem ser harmonizadas pelo intérprete.¹⁸

Nessa direção, tem-se destacado a necessidade de se promover “diálogo das fontes” para a busca da solução coerente e harmônica no caso concreto.¹⁹ A harmonização das fontes normativas, a partir do diálogo entre elas, assegura a realização do projeto constitucional em sociedade plural e complexa. A substituição do sujeito de direito abstrato e neutro pela pessoa humana concretamente considerada demanda disciplina emancipatória, que atente para o respeito à diferença²⁰ e para as múltiplas facetas da vulnerabilidade.²¹ Essa pluralidade de matices de proteção da pessoa atrai a incidência de diversas normas, que precisam ser compatibilizadas na realização do projeto constitucional.

Nesse panorama de multiplicidade de fontes normativas, todas concorrendo para a realização dos valores fundantes do ordenamento, mostra-se inadequado sustentar que a existência de lei especial disciplinando determinado setor afasta a aplicação do CDC. Não se nega, com isso, a possibilidade de que o CDC seja inaplicável ao caso, mas tal conclusão deve ser alcançada após o cotejo hermenêutico entre os diversos diplomas, não podendo ser aprioristicamente adotada com base no argumento de existência de lei setorial.

¹⁷ Sobre o tema, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria dell' ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1960. p. 96-100.

¹⁸ “A doutrina atualizada, porém, está a procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão” (MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 136).

¹⁹ “Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento [...]. O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’” (MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 135).

²⁰ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 86-96.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. V-VI, abr./jun. 2000.

Vale ressaltar, a propósito, que o CDC se aplica sempre que presente relação de consumo,²² independentemente da matéria sobre a qual esta versa, que pode se encontrar regulamentada em lei específica. Preocupa-se o CDC com a proteção do sujeito vulnerável no mercado de consumo, estabelecendo preceitos para compensar essa vulnerabilidade, reequilibrando as relações jurídicas e assegurando o respeito à qualidade de vida e à integridade psicofísica dos consumidores. Nessa esteira, as normas que regulamentam os contratos e as atividades desenvolvidas pelos fornecedores (e.g. contrato de compra e venda, contrato de transporte, incorporação imobiliária, entre outras) se aplicam conjuntamente com o CDC, em diálogo das fontes. A conclusão no sentido da aplicação do CDC, assim, não afasta a incidência simultânea de outros diplomas legais.

3 Necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a legislação setorial: alguns exemplos

Consoante se ressaltou, o Código de Defesa do Consumidor estabelece disciplina protetiva que incide em toda relação jurídica entre consumidor e fornecedor. Dessa forma, o CDC se aplica concomitantemente à legislação que regula as atividades objeto da relação de consumo. Nessa direção, a existência de legislação setorial que trata de determinada atividade não exclui a incidência do CDC, devendo o intérprete compatibilizar a aplicação simultânea das normas.

3.1 Planos privados de assistência à saúde

Controverte-se se após a promulgação da Lei nº 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde (sistema de saúde supletivo ou suplementar), o CDC ainda seria plenamente aplicável a essas relações jurídicas,

²² Para fins didáticos, afirma-se neste trabalho que o CDC se aplica uma vez presente a relação de consumo. Nada obstante, acolhem-se as observações críticas de Leonardo Roscoe Bessa: “O Código de Defesa do Consumidor não nos oferece o conceito de relação de consumo. [...] De fato, a Lei 8.078/90, ao conceituar ‘consumidor’, ‘fornecedor’, ‘produto’ e ‘serviço’, objetivou oferecer elementos indicativos das situações – suporte fático – que atraem a aplicação do referido diploma legal. Ocorre, todavia, que a lei, em algumas passagens, concentra-se na atividade desenvolvida no mercado de consumo – geradora de submissão intersubjetiva –, deixando em segundo plano os conceitos básicos de ‘consumidor’, ‘fornecedor’ e principalmente o elemento teleológico (destinatário final)” (BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 51-53).

notadamente diante do art. 35-G, *in verbis*: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de 1990”.

Com a criação desse marco regulatório específico, há quem sustente que o CDC, por orientação legislativa expressa, incide apenas supletivamente, isto é, para suprir lacunas na Lei nº 9.656/98.²³ Em contraposição, defende-se a aplicação conjunta de ambos os diplomas legais, haja vista haver inequívoca relação de consumo entre as operadoras de planos privados e os beneficiários destes.²⁴

De fato, a relação de consumo resta configurada na atividade regida pela Lei nº 9.656/98. Sob a perspectiva do diálogo das fontes, não parece adequada a eleição apriorística de uma lei em detrimento da outra, relegada à aplicação subsidiária, especialmente quando a norma preterida é de ordem pública e visa a efetivar direito fundamental. O melhor entendimento, assim, consiste na aplicação simultânea do CDC e da Lei nº 9.656/98. O vocábulo *subsidiariamente* não pode ser literalmente interpretado, sob pena de se esfacelar o sistema. A rigor, a alusão à subsidiariedade quer significar não a negação à aplicação simultânea do CDC, mas que o legislador já tentou desdobrar os preceitos deste diploma na específica atividade, tendo reconhecido expressamente que o beneficiário é consumidor²⁵ e buscando assim protegê-lo.

Daí decorre que o CDC incide de maneira simultânea à Lei nº 9.656/98, devendo o intérprete aplicá-los harmonicamente e em diálogo, de modo a garantir a efetividade da proteção do consumidor e a unidade do sistema, alcançada a partir da observância da tábua axiológica constitucional. Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça²⁶ e diversos tribunais estaduais²⁷ reafirmam a incidência do

²³ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Coord.). *Planos de saúde, aspectos jurídicos e econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 114; BOTTESIN, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 335.

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 718-719.

²⁵ A Lei nº 9.656/98 qualifica textualmente o beneficiário como consumidor.

²⁶ “De início, impende asseverar que apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei nº 9.656/1998, as operadoras da área que prestarem serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com efeito, ambos os instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida, ou seja, visam ajudar o usuário a suportar riscos futuros envolvendo a sua higidez física e mental, assegurando o devido tratamento médico” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.537.301/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.8.2015).

²⁷ “De início, cumpre ressaltar que a questão trazida a Juízo encerra relação de consumo, na medida em que as partes se subsumem aos conceitos de consumidor e fornecedor constantes, respectivamente, dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90. Por tal razão, aplicam-se ao presente julgamento as normas, princípios e

CDC na atividade regida pela Lei nº 9.656/98, valendo destacar, inclusive, que em 2010 foi formulado o Enunciado nº 469 da Súmula do STJ, segundo o qual a legislação consumerista se aplica aos planos de saúde, traduzindo norma de ordem pública.²⁸ Na espécie, portanto, deve haver diálogo entre as leis, para que ocorra aplicação complementar do CDC simultaneamente à legislação especial.²⁹

De forma a evidenciar a importância, para a proteção do consumidor, da incidência de ambas as normas, vale destacar o controle de abusividade efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça à luz do CDC, reputando nulas cláusulas contratuais que limitam os direitos do beneficiário a ponto de frustrar a utilidade contratual por ele legitimamente esperada.³⁰ Nessa direção, com base no art. 51, IV e §1º, do CDC,³¹ editou-se o Enunciado nº 302 da Súmula do STJ, segundo o qual “é

regras insculpidas no Código de Defesa do Consumidor. Este o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: Súmula 469: ‘Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde’” (TJRJ, 26ª CC. Ap. Cív. nº 0429320-03.2015.8.19.0001. Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, j. 15.12.2016). “Este entendimento encontra-se sedimentado na jurisprudência desta C. Corte, através da Súmula n. 100, a qual dispõe que: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais” (TJSP, 8ª CDP. Ap. Cív. nº 1010314-84.2014.8.26.0361. Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 24.3.2017). Cf. também TJSP, 34ª CDP. Ap. Cív. nº 0003858-48.2013.8.26.0466. Rel. Des. Gomes Varjão, j. 22.3.2017; TJSP, 8ª CDP. Ap. Cív. nº 1111609-74.2014.8.26.0100. Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 14.12.2016; TJRS, 5ª CC. Ap. Cív. nº 70071341846. Rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, j. 19.12.2016; TJMG, 9ª CC. Ag. 1.0702.14.053516-3/001. Rel. Des. Amorim Siqueira, j. 6.10.2015; TJDF, 2ª TRJECC do DF. Ap. Cív. nº 07169220220168070016. Rel. Des. João Luis Fischer Dias, j. 1.2.2017 e TJDF, 6ª TC. Ap. Cív. nº 20150710059862. Rel. Des. Vera Andrighi, j. 8.3.2017.

²⁸ Enunciado nº 469 da Súmula do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) aos contratos de plano de saúde”.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 721-722.

³⁰ “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para cada uma delas. É abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde de procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para preservar a saúde e a vida do paciente” (STJ, 3ª T. AgRg no AREsp nº 475.558/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26.5.2015). “Isso porque, ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.046.355/RJ. Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.5.2008). V. também STJ, 3ª T. REsp nº 1.115.588/SP. Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 25.8.2009; STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 713.594/DF. Rel. Min. Raul Araújo, j. 16.6.2015; STJ, 4ª T. AgRg no REsp nº 1.457.098/DF. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.4.2015.

³¹ Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Uma vez coberta a doença, não se admitem limitações no seu tratamento, sob pena de, em última análise, não ser a doença o verdadeiro objeto do contrato, mas apenas serviços limitados, tais como alguns dias de internação, algumas sessões de quimioterapia, intervenções cirúrgicas específicas e restritas etc.

Dessa sorte, a limitação dos dias de internação ou do número de sessões do tratamento indicado para cura de doença coberta pelo contrato, ou, ainda, a não inclusão de órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico abrangido pelo negócio, frustram o escopo contratual.³² Em definitivo, as restrições impostas por planos de saúde têm sido consideradas abusivas quando prejudicam a eficácia do tratamento inerente à cobertura contratada.³³ Nota-se, nesse contexto, que a Lei nº 9.656/98 não oferece parâmetros para valoração das cláusulas abusivas, sendo imprescindível o recurso ao CDC para a adequada proteção do beneficiário. O afastamento das cláusulas abusivas, assim reputadas por frustrarem o objeto contratual, longe de representar uma ruptura no equilíbrio da avença, assegura precisamente que seja garantida a utilidade da prestação devida ao consumidor.³⁴

3.2 Contrato de transporte

Outro exemplo que merece atenção é o contrato de transporte, que é regulado no Código Civil (arts. 730 a 756). O art. 732 estabelece que “aos contratos

³² “A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde terapia ou tratamento mais apropriado para determinado tipo de patologia alcançada pelo contrato” (STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 646.359/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2015). “Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira de intervenção cirúrgica cardíaca com implantação de *stent*. Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico voltado à cura de doença coberta” (STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 635.944/MG. Rel. Min. Marco Buzzi, j. 12.5.2015).

³³ V., neste sentido, STJ, 3ª T. REsp nº 918.392/RN. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.3.2008; STJ, 3ª T. REsp nº 668.216/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.3.2007; STJ, 4ª T. REsp nº 183.719/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.9.2008; STJ, 3ª T. REsp nº 158.728/RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.3.1999; STJ, 4ª T. REsp nº 326.147/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.5.2009; STJ, 2ª S. REsp nº 251.024/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.9.2000; STJ, 3ª T. REsp nº 601.287/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 7.12.2004 e STJ, 4ª T. REsp nº 345.848/RJ. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 4.11.2004.

³⁴ OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 101, 2015. p. 105-108.

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”. O Código Civil, embora não tenha afastado a incidência da legislação especial, condicionou-a à observância das disposições nele previstas.

O CDC não se inclui no conceito de legislação especial a que o art. 732 faz referência. A uma porque ele, tecnicamente, não consubstancia lei especial em relação ao Código Civil.³⁵ A duas porque o CDC traduz norma de incidência imperativa sempre que configurada relação de consumo. Com efeito, o art. 5º, XXXII, da CRFB/1988, elevou à condição de direito fundamental a proteção do consumidor, e o art. 170 da CRFB/1988 incluiu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da atividade econômica. A inspiração constitucional do CDC o impede de ser afastado, sendo sua incidência imperativa quando presentes seus pressupostos de aplicação. Desse modo, deve-se compatibilizar os dispositivos do CDC com os do Código Civil sempre que caracterizada a relação de consumo, de forma a garantir a unidade do ordenamento jurídico.³⁶

Vale destacar, por oportuno, o julgamento do Supremo Tribunal Federal (RE nº 636.331 e ARE nº 766.831) no sentido da prevalência das disposições da Convenção de Varsóvia – ratificada em 1931 (Dec. nº 20.704) e posteriormente substituída pela Convenção de Montreal, ratificada pelo Dec. nº 5.910/06 –³⁷

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 9; IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione vent'anni dopo*. In: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 40-46.

³⁶ “O diploma de proteção do consumidor, com efeito, não traduz lei especial cuja incidência dependa da autorização legislativa, sendo norma de ordem pública, informada por princípios constitucionais que impõem sua aplicação desde que se caracterize a relação de consumo” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 522). V. também TEPEDINO, Gustavo, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 464-467. v. X. “O transporte coletivo enseja relação jurídica de consumo em razão da presença dos requisitos subjetivos e objetivos previstos nos artigos 2º e 3º, assim como nos §§ 1º e 2º, da Lei 8.078/90” (TJRJ, 10ª CC. Ap. Cív. nº 0017821-88.2014.8.19.0206. Rel. Des. Claudio de Mello Tavares, j. 13.7.2016). V. também TJSP, 13ª CDP. Ap. Cív. nº 1002906-97.2016.8.26.0320. Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 13.12.2016; TJRJ, 26ª CC. Ap. Cív. nº 0194530-16.2011.8.19.0001. Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, j. 15.12.2016; TJRJ, 25ª CC. Ap. Cív. nº 0474856-42.2012.8.19.0001. Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, j. 1.1.2017; TJRS, 12ª CC. Ap. Cív. nº 70057873150. Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, j. 21.5.2015; TJRS, 2ª TRC. Ap. Cív. nº 71004500351. Rel. Des. Alexandre de Souza Costa Pacheco, j. 7.8.2013; TJMG, 10ª CC. Ap. Cív. nº 1.0145.13.035682-0/001. Rel. Des. Mariângela Meyer, j. 21.2.2017; TJMG, 13ª CC. Ap. Cív. nº 1.0702.12.036115-0/001. Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, j. 17.11.2016; TJDF, 1ª TC. Ap. Cív. nº 20120110444734. Rel. Des. Alfeu Machado, j. 22.11.2012 e STJ, 3ª T. AgInt no AREsp nº 702.460/RS. Rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 1.9.2016.

³⁷ Art. 55 da Convenção de Montreal: “A presente Convenção prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional: 1. entre os Estados Partes na presente Convenção devido a que esses Estados são comumente Partes: a) da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 – (doravante denominada Convenção de Varsóvia)”.

sobre o CDC em casos de danos materiais decorrentes de extravio de bagagem em transportes aéreos internacionais. A aludida convenção estabelece limite ao valor da indenização por danos sofridos pelos passageiros em situações de extravio de bagagem,³⁸ ao passo que o CDC determina o integral ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor.³⁹ A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que haveria ofensa ao art. 178 da CRFB/88, o que poderia comprometer o governo brasileiro no âmbito internacional.⁴⁰

A tese que se sagrou vencedora defende que – além da necessidade de serem observados os critérios temporal e da especialidade para a solução de antinomias – a proteção do consumidor não seria absoluta, podendo ser derogada por norma mais restritiva, de que é exemplo o art. 178 da CRFB/1988, o qual solucionaria o conflito de leis em favor das convenções internacionais.⁴¹

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça, que possuía entendimento consolidado no sentido da prevalência do CDC,⁴² incorporou a orientação firmada

³⁸ Art. 22.2 da Convenção de Varsóvia: “No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por kilogramma, salvo declaração especial de ‘interesse na entrega’, feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha entrega”. Vale ressaltar a mudança realizada pelo art. 22.2 da Convenção de Montreal, ao ampliar o limite indenizatório em caso de extravio de bagagem quando comparado ao patamar estipulado pela Convenção de Varsóvia. No entanto, o STF não adentra nessa discussão em razão de na época do fato objeto ensejador do RE nº 636.331 a Convenção de Montreal ainda não ter sido ratificada. Portanto, a controvérsia limita-se ao patamar da Convenção de Varsóvia. Cf. art. 22.2 da Convenção de Montreal: “No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino”.

³⁹ Sobre o tema, v. BENJAMIN, Antônio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 23-37, 2015.

⁴⁰ Art. 178 da CRFB/1988: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

⁴¹ “Em primeiro lugar, é fundamental afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal) impediria qualquer sorte de derrogação do Código de Defesa do Consumidor por norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame. É certo que a Constituição Federal em vigor incluiu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXII [...], e também entre os princípios da ordem econômica, no art. 170, inciso V, mas é também o próprio texto constitucional, já em redação originária, que determinou a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional. Refiro-me à regra do art. 178 do texto constitucional” (trecho do inteiro teor de STF, Plenário. RE nº 636.331. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.5.2017).

⁴² “Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela

pelo STF⁴³ no julgamento de 25.5.2017, que, por maioria, com apenas dois votos vencidos, fixou a seguinte tese com repercussão geral:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

3.3 Relação advogado-cliente

Tendo em vista a importância constitucionalmente reconhecida à atuação do advogado na administração da Justiça,⁴⁴ há importantes marcos legislativos que regulam seu ofício, como o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) e o Código de Ética e Disciplina da OAB. No que tange à incidência do CDC às relações advogado-cliente, mostra-se expressivo o entendimento segundo o qual este não se aplica pelo fato de haver legislação específica sobre a matéria.⁴⁵

Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista” (STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 141.630/RN. Rel. Min. Raul Araújo, j. 18.12.2013). V. também STJ, 4ª T. AgInt no AREsp nº 874.427/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 4.10.2016; STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 582.541/RS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 23.10.2014; STJ, 3ª T. AgRg no AREsp nº 409.045/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.5.2015; TJDT, 6ª TC. Ap. Cív. nº 20150110710698. Rel. Des. Hector Valverde, j. 14.9.2016.

⁴³ “A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que, após o advento da Lei nº 8.078/1990, a responsabilidade civil das companhias aéreas por extravio de carga passou a ser regulada pelo CDC, regramento que prevaleceria sobre o regime previsto na Convenção de Varsóvia, em suas posteriores alterações (Convenção de Haia e Montreal), bem como no Código Brasileiro de Aeronáutica. [...] Ocorre que, em 25/05/2017, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 636.331/RJ, com repercussão geral reconhecida (tema 210), fixou tese em sentido oposto à jurisprudência iterativa do STJ, entendendo pela possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem. [...] Forçoso reconhecer que a fixação dessa tese em repercussão geral demanda a reorientação da jurisprudência anteriormente consolidada no STJ” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.707.876/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 5.12.2017). V. também STJ, 4ª T. AgInt no AREsp nº 950.471. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.12.2017; STJ, 3ª T. AgInt no REsp nº 1.595.767. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2017.

⁴⁴ Art. 133 da CFRB/1988: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

⁴⁵ “Na linha da jurisprudência do STJ não se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação contratual entre advogados e clientes, a qual é regida por norma específica - Lei n. 8.906/94” (STJ, 4ª T. REsp nº 113.4709/MG. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19.5.2015). V. também STJ, 4ª T. REsp nº 532.377/RJ. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.8.2003; TJSP, 35ª CDP. Ag nº 2087671-08.2015.8.26.0000. Rel. Des. Melo Bueno, j. 28.9.2015; TJDF, 3ª TR JE do DF. Ap. Cív. nº 20131210014936. Rel. Des. Marco Antônio do Amaral, j. 15.7.2014; TJDF, 6ª TC. Ag. nº 20130020136403. Rel. Des. Esdras Neves, j. 10.7.2013; TJRJ, 26ª CC. Ap. Cív. nº 0016709-30.2013.8.19.0203. Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, j. 28.1.2016 e TJRJ, 5ª CC. Ap. Cív. nº 0051770-47.2011.8.19.0000. Rel. Des. Zelia Maria Machado dos Santos, j. 17.1.2012.

Nada obstante, consoante se verificou, a existência de legislação especial não exclui, por si só, a incidência do diploma consumerista.⁴⁶ Vale dizer, a proteção do consumidor, a ser realizada nos termos do CDC, não se mostra incompatível com a regulamentação legislativa de determinadas atividades. A partir do diálogo das fontes, deve-se promover a harmonização das diversas normas, assegurando-se a unidade do sistema e a plena realização dos mandamentos constitucionais.⁴⁷

Assim, uma vez configurada a relação de consumo, deve-se aplicar o CDC ao vínculo advogado-cliente, com a ressalva ali contida quanto à responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Isso inclui, exemplificativamente, o dever de informação, a prescrição quinquenal⁴⁸ e a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

Nem sempre, todavia, configurar-se-á o suporte fático de incidência do CDC, afastando-se, nessa hipótese, sua aplicação. O que releva destacar é que a incidência desse diploma se vincula à presença de seus pressupostos de aplicação, não já à mera existência de legislação especial reguladora daquela atividade. O

⁴⁶ “Nas relações de consumo, o advogado autônomo, quando exerce sua profissão, é um fornecedor de serviços, sujeito à legislação de tutela do consumidor. [...]” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade civil do advogado*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, abr./jun. 2002. p. 212).

⁴⁷ “Tem-se, pois, que a lei consumerista se aplica, com a ressalva ali contida quanto à inaplicabilidade da responsabilidade civil objetiva, a todos os profissionais liberais, e, ainda, porque não há nenhuma dificuldade aparente de, no caso dos advogados, de compatibilizá-la com a lei mais especial, o Estatuto da Ordem, já que ambas as leis adotam o regime de responsabilidade civil subjetiva no que se refere à prestação de serviços do advogado” (LINS, Thiago Drummond de Paula. *Responsabilidade civil dos advogados*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Responsabilidade civil dos profissionais liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 213). “[...] Entende-se que, à luz do nosso Código de Defesa do Consumidor, o advogado é um fornecedor de serviços, e seu cliente, um consumidor, na medida em que a legislação não exclui a atividade da advocacia de seu contexto, dispondo claramente em seus artigos 2º e 3º quem são os personagens dessa relação de consumo. [...] Portanto, além das normas de direito civil e de legislação específica que lhe são aplicáveis, hoje o advogado também responde nos termos do CDC” (TREVIZAN, Thaita Campos. *A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional*. Vitória: Edufes, 2013. p. 76). Cf., ainda, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A responsabilidade do advogado*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 932. V. também TJDF, 1ª TC. Ap. Civ. nº 20090110512179. Rel. Des. Flavio Rostirola, j. 25.4.2012; TJDF, 6ª TC. Ap. Civ. nº 846.882. Rel. Des. Hector Valverde Santanna, j. 4.2.2015; TJDF, 4ª TC. AGI nº 20090020012695. Rel. Des. Sandoval Oliveira, j. 18.3.2009; TJSP, 12ª CG (Extinto 2ª TAC). Ap. Civ. nº 9094044-87.2002.8.26.0000. Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 14.3.2002; TJSP, 32ª CDP. Ap. Civ. nº 0005406-68.2011.8.26.0114. Rel. Des. Ruy Coppola, j. 5.6.2014; TJSP, 29ª CDP. Ap. Civ. nº 0000943-82.2011.8.26.0664. Rel. Des. Hamid Bdine, j. 10.9.2014.

⁴⁸ “Trata-se de ação indenizatória por perda de uma chance cumulada com pedido de concessão de danos materiais e danos morais, sob alegação de que o demandado, na condição de advogado, atuou de forma desidiosa ao não interpor recurso em processo que tramitava perante a Justiça Federal em decisão que lhe seria favorável. Da prescrição - O prazo prescricional para postular indenização por danos decorrentes de má prestação do serviço é regulado pela sistemática do art. 27 do CDC e não pelas regras da legislação civil e prevê prazo quinquenal para ajuizamento da ação. Prescrição incorrente” (TJRS, 15ª CC. Ap. Civ. nº 70035987973. Rel. Des. Newton Carpes da Silva, j. 6.7.2011). V., ainda, TJSP, 12ª CE DP. Ap. Civ. nº 0186109-70.2010.8.26.0100. Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 17.10.2014.

que deve ser examinado é se o advogado presta serviços para destinatários finais (ou equiparados) no âmbito do mercado de consumo. A prestação de serviços do advogado pode ocorrer para viabilizar atividades empresariais, associando-se ao processo produtivo e, por isso, descaracterizando a destinação final do tomador do serviço. Por outro lado, se o tomador de serviço reveste as características do consumidor final, aplica-se o CDC.

3.4 Administração profissional de imóveis urbanos

Nem toda locação de imóvel urbano encerra relação de consumo, pois no mais das vezes o locador não se configura como fornecedor nos termos do art. 3º do CDC. Entretanto, não raro o CDC é afastado apenas com base na existência de legislação específica (Lei nº 8.245/1991) sobre o tema, sem que seus pressupostos de incidência sejam examinados.⁴⁹

O locatário de imóvel urbano celebra o contrato normalmente em posição de maior vulnerabilidade em relação ao locador, uma vez que busca moradia para si e sua família. A Lei nº 8.245/1991, tendo em conta essa situação, criou regime de maior proteção a favor do locatário.⁵⁰ Tal não exclui, por outro lado, a concomitante aplicação do CDC se configurada relação de consumo. Embora o locador não revista, de ordinário, as características necessárias para ser considerado fornecedor, o mesmo já não se pode dizer da imobiliária que exerce atividade de administração profissional de imóveis urbanos. Ela é fornecedora e estabelece duas relações de consumo concomitantes: com o locador e com o locatário, ambos consumidores dos serviços prestados pela administradora.⁵¹

⁴⁹ “É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a relações locatícias, porquanto regidas pela Lei 8.245/91” (STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 253.960/RS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 14.4.2015). “É pacífica e remansosa a jurisprudência, nesta Corte, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios, que são regulados por legislação própria” (STJ, 5ª T. REsp nº 689.266/SC. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6.10.2005).

⁵⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Anotações à lei do inquilinato. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 161-165.

⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 473-474. V. também TJRJ, 16ª CC. Ap. Civ. nº 0019018-40.2012.8.19.0209. Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves De Brito Neto, j. 5.4.2016; TJRJ, 23ª CC. Ap. Civ. nº 0211029-07.2013.8.19.0001. Rel. Des. Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro, j. 2.9.2015; TJRJ, 27ª CC. Ap. Civ. nº 0235618-63.2013.8.19.0001. Rel. Des. João Batista Damasceno, j. 8.7.2015; TJRS, 2ª TRC. Ap. Civ. nº 71005213723. Rel. Des. Nara Cristina Neumann Cano Saraiva, j. 21.10.2015; TJSP, 2ª CDP. Ap. Civ. nº 1005542-63.2016.8.26.0602. Rel. Des. Rosângela Telles, j. 27.3.2017; TJSP, 32ª CDP. Ap. Civ. nº 0004679-06.2014.8.26.0082. Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 23.3.2017; TJMG, 10ª CC. Ap. Civ. nº 1.0024.14.157923-5/001. Rel. Des. Cabral da Silva, j. 21.2.2017 e STJ, 3ª T. REsp nº 509.304/PR. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16.5.2013.

3.5 Contratos de incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária constitui, nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591/1964, atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.⁵²

A atividade de incorporação imobiliária capta recursos dos consumidores, de modo que envolve interesses da economia popular. Os adquirentes das futuras unidades autônomas se encontram em posição de desvantagem técnica e econômica em face do incorporador, ao qual entregam, não raro, valor que traduz poupança de anos de trabalho, a denotar o forte cunho social da atividade de incorporação.⁵³ A existência de lei específica para reger a atividade da incorporação imobiliária de maneira alguma afasta a concomitante incidência do CDC.⁵⁴

No IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Brasilcon, o tema central foi a incorporação imobiliária e, sobre esse assunto, foram aprovadas algumas conclusões, valendo destacar a que se segue: “1. O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhes são próprios (Lei 4.591/1964), fica também subordinado à disciplina do CDC sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final”.⁵⁵

Esse exemplo corrobora o fato de que a simples existência de legislação setorial não interfere na incidência do CDC. Na medida em que este traduz norma de ordem pública que efetiva direito fundamental, a análise de sua aplicação deve ser efetuada sob perspectiva axiológica, que informa seus pressupostos de incidência.

⁵² Na doutrina, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 75, v. 265, jan./mar. 1979. p. 20; GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 63, v. 461, mar. 1974. p. 11; FRANCO, João Nascimento. *Incorporações imobiliárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 15; AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 398; CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 202; BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 198.

⁵³ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 66.

⁵⁴ “O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva” (STJ, 4ª T. REsp nº 80.036/SP. Rel. Min. Ruy Rosado De Aguiar, j. 12.2.1996). Cf. STJ, 3ª T. AgRg no REsp nº 1.006.765/ES. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.3.2014 e TJRS, 18ª CC. Ap. Civ. nº 70023922297. Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 3.3.2011. Na doutrina, cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 246-247.

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 488-489.

Para ilustrar a aplicação do diploma consumerista à incorporação imobiliária, tem-se o Enunciado nº 308 da Súmula do STJ. Eis a dicção do preceito: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. O enunciado trata da hipótese em que a unidade autônoma objeto de promessa de compra e venda é dada em garantia hipotecária para o pagamento da dívida que a construtora⁵⁶ contraiu perante o agente financeiro para viabilizar a incorporação imobiliária.

Da análise dos julgados que motivaram o benfazejo preceito, se extrai que, longe de desconhecer o regime da hipoteca, efetuou o STJ controle da abusividade das garantias constituídas na incorporação imobiliária, abandonando hermenêutica formalista em prol de análise substancial que permitisse proteger o consumidor de pactuação que acabava por transferir os riscos do negócio a ele, impingindo-lhe desvantagem exagerada.⁵⁷ A execução da hipoteca contra o promitente comprador foi considerada exercício abusivo do direito real, manifestamente contrário à boa-fé objetiva, já que, privilegiando excessivamente a posição dos fornecedores, não levou em devida consideração o legítimo interesse do promitente comprador em manter o imóvel pelo qual pagou a integralidade do preço devido.

Como se vê, o Enunciado nº 308 garante que a hipoteca, assim como qualquer situação jurídica subjetiva, seja valorada e seu merecimento de tutela, especialmente nas relações de consumo, seja avaliado à luz da concreta operação almejada pelas partes. Na atividade de incorporação imobiliária, de forte conotação social, a hipoteca para garantir dívida da construtora perante o agente financiador não pode, sob pena de se repassarem os riscos financeiros do empreendimento aos consumidores, recair sobre unidade autônoma prometida à venda, ainda que a hipoteca tenha sido constituída anteriormente à promessa de compra e venda.

4 Conclusão

O reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana nas suas mais variadas configurações é aspecto a ser destacado na Constituição da República de

⁵⁶ Na incorporação imobiliária, construtora e incorporadora, quando pessoas distintas, integram a mesma cadeia de fornecedores, de tal sorte que, perante o adquirente, são solidárias. O Enunciado nº 308 se aplica, assim, às construtoras e incorporadoras indistintamente. Na doutrina, cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 36, 1998. p. 29. Na jurisprudência, v. STJ, 4ª T. REsp nº 884.367/DF. Rel. Min. Raul Araújo, j. 6.3.2012, além dos precedentes que ensejaram o Enunciado nº 308.

⁵⁷ OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 101, 2015. p. 108-109.

1988. Ao elevar a dignidade humana a vértice do ordenamento jurídico, optou o constituinte por se afastar das categorias abstratas e formais em prol de hermenêutica emancipatória. Eis o giro repersonalizante promovido pela Constituição da República,⁵⁸ que passa a se preocupar com a pessoa concretamente considerada, conclamando proteção emancipatória, em atenção aos princípios da solidariedade social e da isonomia substancial.⁵⁹ É nesse contexto axiológico que se insere a proteção do consumidor, elevada a direito fundamental (art. 5º, XXXII da CRFB/1988) e princípio da ordem econômica (art. 170, V da CRFB/1988). Consubstancia corolário da igualdade substancial e objetiva proteger os vulneráveis no mercado de consumo.

Uma vez presentes seus pressupostos de aplicação, o CDC incide ainda que haja legislação especial para reger a atividade, tendo em vista ser norma de ordem pública e tutelar direito constitucionalmente protegido. Diante da pluralidade de núcleos normativos, deve o intérprete garantir a unidade do ordenamento jurídico, à luz dos princípios constitucionalmente tutelados, compatibilizando o CDC e as demais fontes normativas na definição da disciplina aplicável. Cuida-se do diálogo das fontes, segundo o qual se deve buscar o convívio harmônico dos variados diplomas legais, unificando-se o sistema a partir da tábua axiológica constitucional.

Por isso não prospera o entendimento de que o CDC não incide quando houver legislação especial regulamentando determinada atividade inserida em relação de consumo. Tal orientação gera perigosa fragmentação no sistema e torna certos setores imunes à incidência da Constituição, haja vista a proteção ao consumidor decorrer de expresso mandamento constitucional.

A título ilustrativo, não se pode afastar o diploma consumerista na relação advogado-cliente pelo fato de existir legislação especial regulando essa atividade. A relação dos clientes com os advogados, especialmente se pessoas físicas, configura relação de consumo. O advogado não é um profissional liberal diferente dos demais que não possuem lei específica para regular sua atividade. Se assim fosse, o Estatuto da OAB seria microsistema imune aos valores constitucionais, que

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. O giro repersonalizante: singrar, a viagem do redescobrimto. In: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 231-281. V. também CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90-98.

⁵⁹ “Isto significa que o indivíduo, elemento subjetivo basilar e neutro do direito civil codificado, deu lugar, no cenário das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta a ordem jurídica como um todo. [...] A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado” (TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. V-VI, abr./jun. 2000).

desconsideraria a envergadura constitucional da proteção do consumidor. Essa interpretação compromete a unidade do sistema jurídico e deve ser afastada.

Em definitivo, a existência de legislação especial para reger determinada atividade não significa a exclusão do CDC. É preciso compatibilizar a pluralidade de textos normativos promovendo o diálogo das fontes, isto é, a aplicação coerente e coordenada das plúrimas disposições legais, respeitando a unidade do ordenamento jurídico centrado na Constituição. O texto constitucional confere proteção especial ao consumidor, na busca da tutela da pessoa em situação de particular vulnerabilidade no mercado de consumo, de modo a promover a isonomia substancial e a dignidade da pessoa humana na solidariedade constitucional.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr./jun. 2018.

Recebido em: 20.12.2017

1º parecer em: 14.1.2018

2º parecer em: 14.2.2018