

O CDC E SEUS REFLEXOS NA TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL*

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA
Desembargador TJ/RJ

Separei, em caráter absolutamente objetivo, algumas matérias ligadas a esse novo ramo do Direito – o Direito do Consumidor – que justifica uma reflexão conjunta. Quero começar, digamos, nos vinte minutos iniciais, fazendo algumas considerações mais doutrinárias, para que possamos estabelecer uma espécie de alicerce teórico sobre o qual iremos construir o arcabouço do nosso debate.

E por isso, quero começar por lhes dizer que o Século XX, que acaba de nos deixar, legou-nos algumas crises desafiadoras e graves, mas também nos deixou algumas conquistas e mensagens de que devemos nos orgulhar. Se podemos dizer que o Século XIX foi o século das grandes codificações, marcado, por exemplo, pelo Código de Napoleão, pelo Código Alemão, poderemos dizer que o Século XX passará à história como sendo o século do surgimento dos novos ramos do Direito. E dentro desses novos ramos, avulta, como estrela de primeira grandeza, sem dúvida, o Direito do Consumidor que, a rigor, é o direito do próprio ser humano porque somos, hoje, queiramos ou não, todos, consumidores.

Somos, no Brasil, 160 milhões de consumidores, portanto as relações de consumo, hoje, constituem o dia-a-dia de cada um de nós. Vivemos em uma sociedade em que se teve que produzir em massa, para se consumir em massa e, aí, exigir uma distribuição em massa e, conseqüentemente, uma contratação também em massa e, o que é pior, uma lesão em massa. Ou seja, nós vivemos na era da massificação – da produção, do consumo, da distribuição, da contratação e da lesão.

A celeridade e a complexidade da economia moderna exigiram que a contratação se fizesse, agora, também em massa. Não é mais possível con-

* Palestra proferida em 20-03-2000, no Conselho de Vitaliciamento dos Juizes de 1º Grau do TJ/RJ.

tratar como no Século XIX, e no princípio do século XX, individualmente, paritariamente, discutindo com cada um dos interessados as condições do contrato. É preciso, hoje, contratar em grande número, rapidamente, e por isso os contratos por adesão acabam, cada vez mais, dominando o panorama geral da teoria dos contratos.

Também se percebeu que o ideário liberal e individualista do Século XIX era extremamente hostil ao consumidor e era preciso, então, nesses novos tempos de massificação, substituir esse ideário liberal e individualista por uma feição muito mais social. Surge, nesse clima, exatamente, o Direito do Consumidor, que parte de um pressuposto que é a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor. Era preciso, então, equilibrar esse contrato de consumo, compensando juridicamente a fragilidade do consumidor. Fragilidade, diga-se de passagem, que se apresenta numa tríplice versão, porque o leigo pensa que quando se fala em hipossuficiência do consumidor, estamos nos referindo apenas às condições econômicas das partes. Não, essa vulnerabilidade é muito maior do que possa parecer à primeira vista. É evidente que o consumidor, muitas vezes, se encontra em posição inferior economicamente ao fornecedor.

Imaginemos, por exemplo, um chefe de família de classe média, que resolva realizar o sonho de consumo comum a todos os brasileiros – adquirir um veículo popular – e compre um desses modelos de uma poderosíssima multinacional como a GM, a Ford, ou a Volkswagen e precise, depois, acionar essa multinacional para reclamar de um eventual vício do produto. Então, temos a repetição do episódio bíblico de David contra o Goliás, ou seja, esse pigmeu econômico que seria o adquirente desse veículo, tendo que lutar contra o gigante, que é a multinacional, e é evidente que o resultado dessa demanda normalmente não seria muito favorável ao consumidor. Portanto, surge o Código do Consumidor como se fosse a funda, de que se valeria o David do consumo contra o Goliás, que seria o fornecedor multinacional.

Uma segunda vulnerabilidade, entretanto, aparece no chamado “direito de informação” – é a vulnerabilidade técnica do consumidor. É a falta de informações adequadas sobre as qualidades do produto, as suas potencialidades e isso faz com que, muitas vezes, o consumidor adquira um produto ou um serviço que esteja muito acima das suas reais necessidades ou, ao contrário, muito aquém delas.

E, finalmente, há uma terceira vulnerabilidade, talvez a mais perversa de todas, que é a vulnerabilidade fática, quando o consumidor precisa, de-

sesperadamente, adquirir um produto ou um serviço que seja monopolizado ou oligopolizado e, aí, ele tem que se submeter docilmente às imposições do fornecedor monopolista ou cartelizado. De maneira que essa tríplice vulnerabilidade - perversa vulnerabilidade do consumidor - fez com que, finalmente, ainda que com muito atraso, o Brasil percebesse a imperiosa necessidade de editar uma legislação específica que viesse compensar essas fragilidades, tornando o consumidor juridicamente mais forte diante do fornecedor. Foi isso, portanto, que inspirou o surgimento do Código do Consumidor em cumprimento, diga-se de passagem, de um comando, uma regra programática da Constituição de 1988.

O Código do Consumidor surge, também, na crista de uma onda a que já me referi, que seria a da transformação da própria teoria geral dos contratos. Como lhes falei, o ideário individualista do Século XIX já não mais respondia à realidade do Século XX, agora às vésperas do Século XXI. Aqueles dogmas, que sempre impregnaram e inspiraram a teoria geral dos contratos (o dogma da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda*, da imutabilidade dos contratos), já não mais poderiam ser encarados de maneira absoluta como antigamente, e tiveram que ser temperados quando os contratos perderam sua visão individualista para adquirir uma feição social.

Então, tudo isso se conjugou para justificar esse novo direito – o Direito do Consumidor – que temperou ou mitigou esses dogmas. A autonomia da vontade, sim, é evidente que a autonomia da vontade continuará sendo o pilar de sustentação da teoria dos contratos, mas uma liberdade de contratar se as partes forem realmente iguais. *Pacta sunt servanda*, sim, continuará sendo o outro pilar de sustentação da teoria dos contratos, mas *pacta sunt servanda* se o contrato se mantiver durante toda a sua vida razoavelmente equilibrado, de maneira que não é mais possível encarar os contratos como antigamente, como um instrumento de satisfação individual, de realização apenas dos interesses dos contratantes. O contrato ganhou, hoje, uma feição social e é um poderoso instrumento de realização da justiça social, da melhor distribuição da renda. E o Judiciário, nesse panorama, adquire uma responsabilidade muito maior, porque passa a ser uma espécie de equilibrador ético, jurídico e econômico dos contratos.

O sistema idealizado pelo Código de Defesa do Consumidor foi brilhante porque, propositadamente, não alude a nenhum contrato específico – isso é muito importante que se observe. Vocês não encontrarão, no Código do Consumidor, a menor referência expressa ao contrato de compra

e venda, de locação, de empreitada, de administração ou qualquer outro. É proposital, para que esse novo direito seja uma espécie de “sobre-direito”, na feliz expressão de Pontes de Miranda, espargindo as suas mensagens sobre todos os contratos dos quais emane uma relação de consumo.

Portanto, não interessa saber diante de que contrato estamos; o que interessa perquirir é se daquele contrato emerge (sem nenhum trocadilho com a instituição que hoje nos abriga) uma relação de consumo. Havendo uma relação de consumo, seja qual for o contrato em que ela esteja inserida, aplicar-se-ão as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Então, essa é a primeira metodologia que o Código adotou. Ele faz, apenas, uma referência genérica a algumas atividades específicas como a atividade bancária, de seguro, de financiamento, mas para espancar qualquer dúvida que pudesse surgir quanto à sua aplicabilidade nesses setores econômicos. Todavia, quando fala em atividade bancária, não se refere a contrato de conta corrente, de abertura de crédito; quando fala em seguro, não se refere a seguro de vida ou seguro de coisas, em suma, apenas alude à atividade bancária, de seguros e de financiamento. De maneira que há uma preocupação do legislador do consumo em não especificar os contratos sobre os quais o Código se aplica.

O segundo sistema que o legislador do consumo idealizou e que foi brilhante, foi o sistema que nós chamamos de “cláusulas gerais” ou “condições gerais dos contratos”, que são cláusulas que estariam implícitas, inseridas tacitamente em todo e qualquer contrato de consumo. Seria, por exemplo, a cláusula de transparência que está a todo momento referida no Código do Consumidor, a que exige que os contratos de consumo sejam redigidos de maneira clara, objetiva, de modo a não suscitar na mente do consumidor qualquer dúvida. A cláusula da transparência obriga que os contratos por adesão sejam redigidos, também, de maneira clara e as cláusulas que importem em restrição aos direitos do aderente terão que vir em destaque, negrito, para que o aderente possa imediatamente percebê-las e decidir se lhe convém ou não aceitar a proposta. A cláusula da transparência também diz que os contratos de consumo só serão obrigatórios para o consumidor, se todas as suas condições tiverem sido levadas ao seu conhecimento, no momento da celebração do contrato.

Uma segunda cláusula geral, que está inserida em todo e qualquer contrato de consumo é a cláusula da confiança: é preciso que o consumidor confie que o produto ou serviço que o fornecedor dispôs no mercado

realmente lhe proporcionará os resultados anunciados. Essa cláusula da confiança eliminou a velha distinção civilista entre o *dolus bonus* e o *dolus malus*, quer dizer, tenho que confiar que o produto que adquiri no mercado é isento de vícios e se ele potencialmente me oferecer um risco, esse risco tem que estar claramente advertido pelo fornecedor, para que o consumidor não sofra um dano, por não ter sido suficientemente informado.

A cláusula da informação, que se adequa às anteriores - o consumidor tem que ser informado, claramente, da maneira como deve usar o produto, como pode tirar dele todas as suas qualidades. É a cláusula, por exemplo, que obriga o fornecedor, quando põe no mercado um produto importado, a fazê-lo acompanhar de um folheto traduzido para o português – isso nos evitou aquele suplício de antigamente, de ter que escolher um parente poliglota que conseguisse traduzir aqueles herméticos e misteriosos folhetos em inglês, francês, alemão e japonês, o que nos humilhava profundamente porque, apesar de várias línguas, nós não conseguíamos encontrar uma, apenas, que pudesse nos dizer como ligar o computador.

A cláusula da segurança - quer dizer, o fornecedor tem que entregar ao consumidor um produto seguro, um produto que normalmente não lhe possa causar dano.

E, finalmente, deixei para o término da nossa palestra a “super” cláusula, a condição que se sobrepõe a todas as outras, como um verdadeiro manto protetor, que é a cláusula da boa-fé, e não mais a boa-fé romântica, subjetiva do Direito Romano, e sim, agora, uma boa-fé objetiva. Quer dizer, não basta apenas querer cumprir o contrato; não basta apenas a suposição de não se estar lesando o outro contratante. Isso era a boa-fé subjetiva, de antigamente, a boa-fé, por exemplo, da posse de boa fé, que seria aquela em que o possuidor simplesmente ignorasse a existência dos vícios. Agora, o que se quer é uma boa-fé objetiva, ou seja, um verdadeiro agir, um comportar-se durante toda a vida do contrato como se comportaria o homem probo, o homem honesto. Essa boa-fé objetiva é uma espécie de janela que se abre para uma nova dimensão ética – é preciso que durante as tratativas, assim como durante a vida do contrato e até mesmo depois de expirado o contrato, os contratantes realmente se conduzam de maneira a manter um equilíbrio econômico do contrato. Não é pecado, nem é vergonha ganhar-se, ter-se benefício econômico com o contrato, o que é vergonha e o que é pecado é que esse benefício ou esse lucro contratual ultrapasse os limites do razoável, ou se construa sobre a ruína ou a desgraça do outro contratante.

O que se quer, hoje, é que a base, a equação econômica venha a se manter equilibrada durante toda a vida do contrato.

E esse sistema aberto que se criou (porque o Código do Consumidor criou exatamente um sistema aberto que se implementa graças a essas cláusulas gerais), jogou sobre os ombros dos magistrados uma responsabilidade muito maior. Porque, antigamente, o magistrado era uma espécie de conviva de pedra, engessado pela camisa de força do modelo legal e do modelo contratual. Ao magistrado, só cabia examinar o texto do contrato, quando muito perquirir a vontade real das partes e aplicar a lei ao caso concreto, segundo o texto do contrato. Agora não, com esse sistema aberto o magistrado tem que verificar se essas cláusulas gerais estão presentes naquele contrato do consumo e se verificar, por exemplo, que uma das cláusulas colide de frente com esse princípio da boa-fé objetiva, da informação, ou da segurança, ele poderá, então, modificar ou rever essas cláusulas. Portanto, o juiz moderno, o juiz da era do consumo e da contratação em massa é, na verdade, um equilibrador dessas relações contratuais e pode intervir no contrato após a sua celebração para corrigir seus rumos, para restaurar a comutatividade inaugural. Ele é um juiz, hoje, muito mais agente dessa transformação, do que mero espectador das relações contratuais como antigamente.

Então, eram essas as observações introdutórias que queria fazer, apenas para prepará-los psicologicamente para as aplicações práticas do Código de Defesa do Consumidor. Nós elencamos, aqui, alguns temas que estão desaguando no segundo grau e sempre envolvidos por uma grande dissensão pretoriana.

Uma das primeiras questões, como eu lhes falei, é a de saber qual o campo de aplicação do Código do Consumidor. Conforme lhes disse, nem todas as relações contratuais, que importem na entrega de um produto ou na realização de um serviço, se subsumem ao Código do Consumidor. Para que a relação se subsuma ao Código do Consumidor, é preciso que tenhamos, nas duas pontas dessa relação, um fornecedor e um consumidor. E é preciso, então, definir o que seria o fornecedor e o consumidor.

Quanto ao fornecedor, não há grandes dúvidas – seria toda pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, que coloca no mercado, em caráter de habitualidade e mediante remuneração, um produto ou um serviço. Portanto, para ser fornecedor, há duas condições básicas: a habitualidade, ou seja, é preciso que o fornecedor seja um profissional, aquele que habi-

tualmente viva daquela atividade e, além disso, que esse fornecimento de produto ou serviço seja feito mediante remuneração.

Já, quanto ao consumidor, a dificuldade é bem maior, porque o nosso Código, ao contrário de outros, preferiu definir o consumidor de uma maneira subjetiva, dizendo que seria o destinatário final do produto ou do serviço, ou seja, aquele que se utiliza do produto ou do serviço para o seu próprio interesse ou de sua família, e não para agregá-lo a outro e fazer com que ele continue integrando a cadeia de produção ou de lucro. Mas, nem sempre é fácil, numa relação contratual, distinguir se haveria um destinatário final. E eu quero chamar a atenção dos meus novos colegas, principalmente, para dois artigos do Código do Consumidor, que muitas vezes passam quase despercebidos e que ampliam, extraordinariamente, o seu campo de incidência.

O primeiro deles é o artigo 17, que rompe o princípio da relatividade dos contratos, quer dizer, a idéia clássica da teoria dos contratos, é de que os contratos só obrigam aqueles que deles fizeram parte, só os contratantes estariam legitimados para exigir o cumprimento das condutas elencadas no contrato. O art. 17, entretanto, rompe esse dogma, e equipara ao consumidor, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que venha a sofrer um dano em decorrência de um defeito do produto ou do serviço. Então, a vítima do dano, mesmo que não tenha sido a consumidora do serviço ou do produto defeituoso, estará legitimada para assestar a sua pretensão indenizatória diretamente contra o fornecedor, o que amplia o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, abrigando sobre o seu pálio protetor toda e qualquer pessoa que venha a sofrer um dano decorrente de um defeito do produto ou do serviço.

Mas o outro artigo, que é muito mais importante, é o art. 29, que inaugura o capítulo referente à proteção contratual. Esse artigo diz que toda e qualquer pessoa estará incluída nesse capítulo da proteção, se vier a ser vítima de uma daquelas práticas comerciais abusivas que o Código visa a coibir. Ora, meus amigos, isso é notável porque, reparem, o destinatário final pode ser, agora, alguém que adquira o produto para continuar a mantê-lo na cadeia de produção, desde que esse consumidor seja vulnerável diante do fornecedor, no que concerne a essas práticas abusivas.

Então, vamos a um exemplo que me parece bastante significativo: vamos imaginar que um microcomerciante queira adquirir de uma poderosa fábrica de cervejas uma grande quantidade, pois se aproxima o carnaval e esse produto, nessa época, tem um consumo triplicado. O pequeno co-

mercante vislumbra, então, a possibilidade de auferir um lucro um pouco maior, dirige-se a essa fábrica e lhe faz uma encomenda muito maior do que o habitual - digamos, 200 caixas de cerveja. Esse comerciante, obviamente, não é um consumidor à luz do Código do Consumidor, porque não é o destinatário final das cervejas, não pretende consumi-las pessoalmente, o que certamente o inibiria de continuar desenvolvendo a sua atividade. Pretende revender essa cerveja, logo não é, sem sombra de dúvida, um destinatário final, não poderia invocar a proteção do Código do Consumidor.

E aí, imaginem que a fábrica de cervejas lhe diga o seguinte: “Perfeitamente, nós estamos prontos a lhe fornecer 200 caixas de cerveja, mas desde que você adquira 10 caixas de água tônica” - um produto de difícil aceitação no mercado e, geralmente, só consumido por quem tem azia, porque é um sucedâneo do *alka seltzer*, ou então quem, como eu, gosta de um gim tônica (ninguém costuma tomar água tônica como um refrigerante comum). É um produto que encalha, principalmente nas pequenas biroskas das subidas das favelas, onde ninguém é consumidor de água tônica. Então, esse pobre comerciante é obrigado a comprar 10 caixas de água tônica, que levará um ano para vender, para ter possibilidade de acesso às 200 caixas de cerveja. Isso é o que se chamava na linguagem comum, antigamente, de “venda casada” – uma prática comercial considerada, agora, abusiva.

Pois bem. Esse pequeno comerciante, que não é obviamente um destinatário final, é vulnerável diante do fornecedor. Ele está em situação de vulnerabilidade e, nesse caso, o Código do Consumidor, no seu artigo 29, permite ao juiz que aplique a esse consumidor, que é um intermediário, as regras protetivas do Código no que concerne à vedação dessas práticas abusivas. Então, vocês reparem que o juiz tem um mecanismo muito poderoso para alargar a aplicação do Código do Consumidor, quando perceber que o consumidor, embora não seja um destinatário final, está em situação de vulnerabilidade técnica ou fática diante do fornecedor. E essa proteção diz respeito, exatamente, às práticas comerciais e às cláusulas abusivas.

É interessante, então, notar que, para reclamar dos vícios do produto, só o destinatário final poderá fazê-lo; mas para reclamar dos fatos do produto ou das práticas abusivas, qualquer pessoa poderá reclamar sob o pálio do Código do Consumidor.

Partindo dessas idéias, então, selecionei, aqui, alguns contratos específicos que têm suscitado dúvidas quanto à aplicação do Código. Por exemplo: nos chamados contratos imobiliários, de administrações de imóveis, que

são extremamente freqüentes (e olhem, tudo isso tirado de apelações que já chegaram ao Tribunal), a relação entre o proprietário do imóvel, que é o futuro locador e a administradora, tecnicamente não seria uma relação de consumo. Sabem por quê? Porque o proprietário do imóvel, que entrega o seu imóvel a uma administradora, para que ela o alugue, é também fornecedor. Então, nós teríamos, nessa relação, dois profissionais, dois fornecedores: o proprietário do imóvel e a administradora. E como o proprietário do imóvel está querendo auferir do imóvel os seus frutos civis, não seria jamais um destinatário final desse serviço, ao contrário, está querendo que o seu produto, que é o imóvel, continue a lhe render benefícios econômicos. Então, na relação entre o proprietário e o administrador, não poderia se invocar o Código do Consumidor.

Mas, olhem a importância de eu ter citado o art. 29: se, eventualmente, um proprietário de imóvel for considerado pelo juiz, diante do caso concreto, vulnerável diante da administradora, tratando-se de um proprietário modestíssimo de um único imóvel, do qual ele pretenda auferir uma pequena renda para melhorar seu orçamento doméstico e a administradora for uma poderosíssima instituição, que lhe imponha determinadas cláusulas que possam representar uma onerosidade excessiva, aí, sim, com base no art. 29, o juiz poderia proteger esse pequeno proprietário diante da administradora, invocando o art. 29. Mas, em linhas gerais, na relação proprietário-administradora de imóveis, não haveria tipicamente uma relação de consumo. Quanto à relação entre a administradora e o locatário, poderia haver a relação de consumo porque a administradora, em relação ao locatário, é, sem dúvida, uma fornecedora de serviços profissional, habitual, e o locatário pode usar esse serviço em benefício próprio.

Problema muito mais dramático e extremamente polêmico, tem ocorrido no sensível e turbulento campo da locação do imóvel urbano. Em primeiro lugar, há uma profunda discussão porque, como vocês sabem, a locação do imóvel urbano está, hoje, submetida a uma disciplina especial, que é a da Lei nº 8.245/91, a Lei do Inquilinato que, diga-se de passagem, é posterior ao Código do Consumidor. Então, teríamos uma lei geral, que é o Código do Consumidor e uma lei especial, que é a Lei do Inquilinato que é, inclusive, subsequente. Assim, há uma corrente jurisprudencial e doutrinária sustentando que bastaria isso para afastar o Código do Consumidor da incidência desse contrato.

Como se não bastasse, na locação chamada “não residencial”, também, não haveria a menor possibilidade de se invocar o Código de Defesa do Consumidor, porque o locatário não residencial não seria um destinatário final desse imóvel, já que estaria usando o imóvel para lhe produzir riqueza – por exemplo, para nele exercer seu comércio, sua indústria ou sua atividade profissional. A dúvida ficaria restrita à locação residencial, em que o locatário realmente se utiliza do imóvel para o seu interesse exclusivo ou da sua família. Então, uma corrente entende que na locação residencial, estaria tipificada uma relação de consumo, em que teríamos um fornecedor, que é o locador e, de outro lado, um consumidor destinatário final, que seria o locatário residencial.

Mas uma segunda corrente se insurge contra isso, sustentando que não se vislumbra, na relação de locação, mesmo residencial, uma relação de consumo, primeiro porque não haveria um fornecedor, propriamente dito, pois muitas vezes o locador também é um não-profissional, é o proprietário de um único imóvel, e o usa para locação. Logo, ele não seria um fornecedor habitual, não haveria essa habitualidade ou essa condição de profissional contratando com um não-profissional. Também se alega que, na verdade, não há um produto ou um serviço na relação de locação imobiliária, porque o contrato de locação representa, apenas, uma obrigação de dar, de transferir a posse direta do imóvel locado, mediante remuneração, ao locatário. Então, não haveria o fornecimento de um serviço.

Mas a matéria é altamente divergente. Renomados especialistas negam, portanto, à relação locatícia, a condição de relação de consumo. Outros renomadíssimos juristas, como a Prof^a Cláudia Lima Marques, de maneira absolutamente veemente, sustenta que existe relação de consumo na locação residencial.

Estou, no momento, depois de muitas vacilações, numa posição, digamos, conciliatória, não fosse eu de ascendência mineira, sempre procurando encontrar uma conciliação entre as duas correntes antagônicas. Costumo dizer, toda vez que estou sendo chamado a me manifestar sobre o tema, que tecnicamente me parece ser difícil considerar-se como relação de consumo a relação de locação, o que não impede - e é isso que tenho sustentado – que se transporte para a relação locatícia esses princípios éticos fundamentais que inspiraram o Código do Consumidor. Quer dizer, essas cláusulas gerais, esses princípios como o da boa-fé objetiva, o da transparência, o da segurança, hoje, já não são mais exclusivos das relações de consumo, daí

eu lhes ter dito que o Direito do Consumidor acabou transformando-se num “super-direito”, num “sobre-direito”, que consegue inspirar e impregnar todos os demais ramos e todos os demais contratos. Portanto, se de uma relação contratual qualquer, ainda que não traduza tipicamente uma relação de consumo, se puder vislumbrar uma abusividade, um aproveitamento da parte mais forte sobre a mais fraca, será perfeitamente possível, ao juiz moderno, aplicar a esse contrato os princípios gerais que hoje devem reger a nova teoria geral dos contratos.

Por outro lado, a própria Lei do Inquilinato tem um dispositivo que se amolda, perfeitamente, ao espírito do Código do Consumidor, que é o art. 46, que diz poder o juiz fulminar de nulidade toda e qualquer cláusula que vise a elidir os objetivos da lei. Como se não bastasse, é evidente que há, na Lei do Inquilinato, uma série de dispositivos perfeitamente compatíveis com o Código do Consumidor. Mas algumas divergências frontais aparecem, e isso tem suscitado sérias controvérsias jurisprudenciais.

Por exemplo: o Código do Consumidor expressamente incluiu entre as cláusulas abusivas, portanto fulminadas de nulidade, a que impede a indenização das benfeitorias necessárias. Portanto, pelo Código do Consumidor será nula a cláusula que exonera o proprietário de indenizar ao possuidor as benfeitorias necessárias feitas no imóvel. Já, a Lei do Inquilinato, como todos vocês sabem, diz o seguinte: “salvo disposição expressa em contrato, as benfeitorias necessárias e úteis autorizadas serão indenizadas”. Ora, se a Lei do Inquilinato diz “salvo disposição expressa em contrário”, é sinal de que o legislador do inquilinato admite a validade da cláusula que exonera o locador de indenizar as benfeitorias necessárias.

Então, meus amigos, temos enfrentado, em minha Câmara, inúmeras ações em que locatários, invocando a abusividade dessa cláusula, exigem a indenização das benfeitorias necessárias, apesar da cláusula que exonera o locador de indenizá-las. Uma corrente, e o grande campeão dessa corrente é o nosso queridíssimo e festejado Desembargador Pestana de Aguiar, tem sustentado em acórdãos memoráveis, que esse dispositivo da Lei do Inquilinato é ilegal, porque contraria um princípio geral de direito que está acima da lei: o da vedação do enriquecimento sem causa. Como as benfeitorias necessárias visam a conservar o imóvel, evidentemente elas importam um benefício para o locador, preservando seu patrimônio e, portanto, seria enriquecer sem causa, incorporar essas benfeitorias ao seu patrimônio sem contra-prestação.

Já uma segunda corrente entende que não, que, em primeiro lugar, a questão da indenização de benfeitorias é uma questão puramente patrimonial e, conseqüentemente disponível. Portanto, nada impediria que o locatário renunciasse ou declinasse desse direito de ser indenizado quanto a essas benfeitorias. E há um segundo argumento que diz que a Lei do Inquilinato é uma lei especial e posterior ao Código do Consumidor e, portanto, o dispositivo da Lei do Inquilinato estaria acima do dispositivo da Lei do Consumidor, que é genérico, enquanto que o dispositivo da Lei do Inquilinato é específico.

A Prof^ª Cláudia Lima Marques enfrenta esse tema, sustentando que já há muito não se aplica aquele princípio de hermenêutica de que a lei especial derroga a lei geral, ou vice-versa. Sustenta, também, que a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor são absolutamente compatíveis e, nos casos raros de incompatibilidade, como nesse das benfeitorias necessárias, o juiz (e essa lição da renomada professora consumista Cláudia Lima Marques se dirige ao juiz) deve decidir à luz do caso concreto, com base na vulnerabilidade. Ou seja, se ele achar que, realmente, o locatário, naquele caso concreto, contratou em condições de vulnerabilidade diante do locador, o juiz deve fazer prevalecer a regra do Código do Consumidor. Se, ao contrário, ele perceber que locatário e locador se equivalem, seja economicamente como no caso da locação não residencial, deve prevalecer a regra do Código da Lei do Inquilinato. Então, vejam como a matéria é, realmente, provocativa e instigante. Quanto à locação, essa é, em linhas gerais, a divergência pretoriana e doutrinária.

Uma outra questão: a multa – o Código do Consumidor reduziu a multa moratória ao limite de 2%. O argumento que levou a isso não me parece muito sustentável. Sou, até, favorável à redução da multa, mas não pela razão invocada, porque invocou-se como razão para fixar a multa moratória em 2%, a queda da inflação, dizendo-se o seguinte: como a inflação hoje, graças a Deus, não ultrapassa pouco mais de 1% ao mês, como admitir-se uma multa moratória de 10%? Ora, eu, como modesto professor de Direito Civil, sempre ensinei aos meus alunos que a cláusula penal moratória não tem nada a ver com a inflação, porque o dia que a cláusula penal moratória tiver que ser fixada ao sabor dos índices inflacionários, ela se transformará em correção monetária. E se nós aproximarmos a cláusula penal moratória do patamar da inflação, será uma tentação irresistível para que o devedor não pague pontualmente, porque ele preferirá retardar o pagamento, aplicando o valor da obrigação num outro mercado que lhe dê remuneração

mais atraente. Portanto, a cláusula penal moratória pode e deve ser fixada acima da inflação, exatamente para funcionar como mecanismo de pressão econômica sobre o devedor e conduzi-lo a pagar pontualmente.

Mas, não estamos aqui para discutir isso; o fato é que o Código do Consumidor fixou em 2%, no máximo, a cláusula penal moratória, mas a Lei do Inquilinato permite uma multa de até 10%. E, aí, é sistemático que muitos inquilinos, ao requererem a emenda da mora, peçam que a cláusula penal prevista no contrato de 10% se reduza para 2%. Alguns juízes de primeiro grau, e não são poucos, têm admitido isso – nós temos recebido vários recursos contra decisões de primeiro grau que mandam reduzir a multa do contrato de locação para 2%, e minha Câmara tem mantido em 10%, exatamente por entender que, nesse caso, deve prevalecer a regra da Lei do Inquilinato, que é posterior e específica. Mas, repito, há divergências e estou aqui para levantá-las.

Um outro contrato é o de empreitada. A empreitada, tradicionalmente, representa uma obrigação de resultado e a responsabilidade do empreiteiro, portanto, é uma responsabilidade objetiva. Imaginemos que uma obra é entregue, pelo empreiteiro, com um defeito - haveria uma relação de consumo? Poderia o dono da obra reclamar contra o empreiteiro com base no Código do Consumidor? Mais uma vez a resposta é: depende. Se for uma obra contratada por alguém que vai usar o prédio, a construção, para ali exercer o seu comércio, ou instalar a sua indústria, ou o seu escritório, não seria uma relação de consumo – por quê? Porque o destinatário não seria final. Mas, se ao contrário, for uma empreitada para a construção de uma casa residencial, onde o dono da obra pretenda se instalar com sua família, seria uma relação de consumo e, então, mais uma vez, invocar-se-ia o art. 29. Quer dizer, mesmo que o dono da obra não seja um destinatário final, não pretenda instalar-se na obra com a sua residência, mas se ele, no momento da sua contratação, estiver em condição de vulnerabilidade diante do empreiteiro, por exemplo, uma construtora poderosa, nesse passo, poderia o juiz aplicar o Código do Consumidor, no que se refere às práticas contratuais, mas não aos vícios do serviço. Então, vocês vejam que vai depender muito da condição do dono da obra, também.

Incorporação imobiliária – é a mesma coisa. O incorporador, sem a menor dúvida, é um fornecedor de serviço, ele se obriga a levar o empreendimento adiante, comercializar as unidades, transferir o domínio das frações

ideais do terreno aos adquirentes – tudo isso tipifica habitualidade, profissionalismo e, portanto, a condição de fornecedor. O adquirente da unidade estaria na mesma situação: pode ser um destinatário final, tratando-se de uma unidade residencial em que o adquirente pretenda habitar com a família; pode não ser um destinatário final, se ele estiver adquirindo a unidade para comércio, para instalar seu negócio, ou então, para alugar.

O contrato de transporte também tem suscitado controvérsias. No transporte de pessoas, não há a menor dúvida de que haja uma típica relação de consumo: fornecedor, o transportador, está prestando um serviço mediante habitualidade e remuneração ao passageiro, que é um destinatário final, ainda que seja um comerciante dirigindo-se ao seu comércio mas ele, naquele momento, está usando o transporte no seu interesse exclusivo. Então, no transporte de pessoas, não há a menor dúvida de que se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor, e bastaria o passageiro provar que se encontra no interior do veículo, não sendo necessário ele ter pago a passagem, porque mesmo no transporte aparentemente gratuito, haveria um fornecedor e um consumidor.

No transporte por mera cortesia é que surge uma dificuldade, um elemento complicador porque, nele, não haveria habitualidade por parte do fornecedor e não haveria remuneração, nem indireta, então, não se poderia invocar o Código de Defesa do Consumidor. Quer dizer, se ofereço uma carona a um vizinho, por mero sentimento de gentileza ou solidariedade humana e esse vizinho, no curso do transporte de cortesia sofre um dano, é evidente que ele não pode se apresentar, invocando o Código de Defesa do Consumidor. E, aí, continua a jurisprudência fiel à idéia de que no transporte de cortesia, só responderá o transportador, se provado dolo ou culpa grave.

No transporte de carga surgem, também, dificuldades, porque se a carga for destinada, por exemplo, a produzir lucros para o seu dono, ele não seria um destinatário final desse transporte, mas se for sua bagagem pessoal, como no caso de mudança, aí, haveria um destinatário final. E no transporte de carga, meus amigos, têm surgido algumas controvérsias a nível de segundo grau muito sérias, principalmente na questão do dano moral. Quer dizer, no transporte aéreo, está havendo uma discussão terrível com a Convenção de Varsóvia. Então, minha Câmara (pelo menos estou sempre citando o exemplo de minha Câmara, com a qual estou mais intimamente ligado) tem adotado a seguinte posição: no que se refere aos danos materiais, temos entendido que se aplica a Convenção de Varsóvia porque a própria Constituição faz

referência a isso. Agora, quanto ao dano moral, estamos concedendo-o por extravio de bagagem, por entender que a Convenção de Varsóvia é omissa sobre o tema, mas a matéria também é divergente. Do mesmo modo não temos admitido a tarifação do dano moral, por ser absolutamente subjetivo e caberá a cada juiz fixá-lo, segundo o seu prudente arbítrio.

Agora, uma das questões mais instigantes, é a dos famosos pacotes turísticos, que têm sido muito freqüentes, como um reflexo da melhoria do padrão de vida de uma parcela da sociedade brasileira que tem, como um dos sonhos de consumo, viajar. Então, as famosas viagens à Disney com os filhos, um dos sonhos permanentes da classe média brasileira, são feitas através desses pacotes que as agências de viagem fornecem aos seus usuários, aos seus consumidores, e que são vendidos aos clientes da agência de turismo, incluindo a passagem de avião, a hospedagem no hotel, os tíquetes de entrada nos parques temáticos, e assim por diante. Então, o sujeito sai do Rio de Janeiro e adquire um pacote que inclui tudo isso, e o que acontece? A agência de viagens, na verdade, escolhe esses fornecedores múltiplos e, obviamente, na minha opinião, se responsabiliza direta e solidariamente com esses fornecedores subseqüentes – o hotel, o transporte, a entrada no parque etc. E, aí, meus amigos, quando o cliente chega lá, o avião não sai, não existe lugar, o hotel não é aquele que se incluía no pacote, e assim por diante; daí é que temos entendido dever-se aplicar, sem dúvida, o Código do Consumidor e, mais ainda, a indenização, nesses casos, deverá cumular-se com o dano moral.

Porque, reparem bem, há uma discussão se o simples inadimplemento contratual poderia gerar dano moral. Quer dizer, em princípio, se houve um inadimplemento contratual, o contratante prejudicado tem mecanismos para ressarcir-se dos prejuízos daí decorrentes e o simples inadimplemento do contrato não poderia, então, traduzir dano moral. Mas, nesse caso dos pacotes turísticos, não tenho, pessoalmente, a menor dúvida de que se deveria cumular o dano moral, porque é o que se chama de frustração de um sonho, e isso acarreta um sofrimento moral muitas vezes superior a outros que tradicionalmente nós consideramos como um vergão d' alma. Então, essa frustração do sonho da viagem turística, da expectativa de lazer, na minha opinião, justifica, amplamente, uma cumulação do eventual dano material com o dano moral.

O contrato de hospedagem tem suscitado algumas questões interessantíssimas. Quando o hóspede do hotel paga, ele mesmo, a diária, porque

está em férias ou foi realizar um trabalho, não há dúvida que ele seria um destinatário final. A dificuldade surge quando o hóspede tem sua diária paga pela sua empregadora, por exemplo, e está ali para realizar um serviço. Nesse caso, poder-se-ia dizer, que ele não seria um destinatário final do serviço prestado pelo hoteleiro.

Mas, em princípio, o contrato de hospedagem traduz uma relação de consumo e há um acórdão emblemático do Tribunal de São Paulo que mostra muito bem esses novos tempos do direito do consumo: um casal da alta sociedade carioca foi a São Paulo para participar de um evento social e hospedou-se num hotel cinco estrelas. Receberam, na portaria, a chave do seu apartamento e dirigiram-se a ele. Estavam atrasados para o evento, logo, trocaram de roupa e a mulher colocou algumas jóias, com as quais tinha viajado, na gaveta da mesinha de cabeceira e foi para o evento com outras jóias mais valiosas. Ao retornar, teve o dissabor de verificar que aqueles bens que guardara na mesa de cabeceira haviam sumido. Apresentou a reclamação contra o hotel, que se eximiu da responsabilidade, sob o argumento de que havia uma cláusula expressa no regulamento afixado na parte de trás da porta do quarto, segundo a qual o hotel não se responsabilizaria pelos bens deixados nos apartamentos, já que dispunha de um serviço de cofres à disposição gratuita dos hóspedes.

À primeira vista, ou seja, pelos antigos padrões, o hotel venceria tranqüilamente a causa porque, de fato, estava lá afixado, na parte de trás da porta do apartamento, essa advertência. Mas o Tribunal de São Paulo, em boa hora, condenou o hotel a indenizar o hóspede, sob o argumento do art. 46 do Código do Consumidor, de que essa condição não fora levada ao conhecimento do hóspede no momento da celebração do contrato, que se deu na portaria, quando do preenchimento da ficha. Porque, vejamos, na verdade, quem de nós aqui, nesse auditório, e aproveito para fazer um estudo estatístico – quem de nós já se hospedou num hotel e perdeu alguns minutos depois de ter entrado no quarto, para ler aqueles “quarenta e tantos” itens de um regulamento, principalmente dependendo da destinação da hospedagem? Quer dizer, há certas destinações, muito freqüentes, que impedem que se queira perder um minuto sequer, lendo o regulamento do hotel. Imaginem a frustração da mulher, atrasada para o evento, chamando o companheiro e ele dizendo: “espere, porque estou acabando de ler o regulamento do hotel”. Quer dizer, o que menos interessa, na maioria das vezes em que nos hospedamos num hotel, é saber as suas regras. Então, o regulamento não

foi dado ao conhecimento do consumidor no momento da celebração do contrato, logo, o hotel foi condenado a indenizar; e é por isso que os hotéis, hoje, colocam essa advertência num quadro bem visível na portaria, onde se celebra o contrato de hospedagem.

Uma outra questão, que tem dado muitos problemas, é a do depósito. É pacífico que o depositante responderá, perante o depositário, por todo e qualquer dano que o valor ou o objeto depositado venha a sofrer. Mas a jurisprudência vinha entendendo que isso só se aplicaria diante de um contrato típico de depósito. Só que, agora, com os influxos oxigenadores do Código do Consumidor, ampliou-se isso para as situações a que chamamos, hoje, de depósitos tácitos, que é o que ocorre, por exemplo, nos pátios dos shopping centers, dos supermercados, nas portas de restaurantes que colocam a serviço de seus clientes o estacionamento de seus veículos. Entende-se que, ainda que não se cobre nada por esse estacionamento, haveria uma habitualidade, uma remuneração indireta, porque esses estabelecimentos valem-se desse serviço para captar clientela, e vencer uma concorrência cada vez mais acirrada. De maneira que, mesmo nos chamados depósitos tácitos, haveria um fornecimento de serviço.

Deixei para o fim, meus amigos, dois temas propositadamente, porque de todos os que aventamos, talvez sejam os mais discutidos. Em primeiro lugar, a questão dos seguros, principalmente do seguro de saúde. Têm sido muito freqüentes as ações em que segurados reclamam, com base no Código do Consumidor, por vícios do serviço, coberturas que não são feitas, prazo de prescrição da ação do segurado contra a seguradora – as divergências são terríveis. E a outra questão que tem me preocupado muito, pelo volume cada vez maior de reclamações, é a questão do corte dos serviços essenciais, pelo inadimplemento dos usuários – corte de luz, de água, de telefone e assim por diante.

No que se refere aos serviços colocados à disposição do povo, através de concessionárias, como luz, gás e telefone, há uma questão interessante, porque o Código do Consumidor diz, se não me falha a memória, no art. 22, que o Estado é obrigado a fornecer esses serviços continuamente.

Vejam que coisa brilhante: o consumidor não quer anular o contrato, embora o saiba maculado pela lesão. O que ele quer é modificar a cláusula que lhe é lesiva, quer manter o contrato, pois precisa do produto ou do serviço. Por isso, sabiamente, o Código do Consumidor não equiparou a lesão a um vício de consentimento, para ensejar a anulação do contrato, mas

tão-somente a sua modificação. Mas a lesão pode aparecer num segundo momento; o contrato pode nascer perfeitamente equilibrado, absolutamente justo, com a sua equação econômica correta porém, no curso de sua vida, nos chamados contratos cativos, contratos de duração, pode surgir um fato superveniente que rompa essa equação econômica. E, aí, é um direito básico do consumidor pedir a revisão, já não é mais a modificação, e sim a revisão dessa cláusula. E o Judiciário não só pode como deve rever essas cláusulas que se tenham tornado excessivamente onerosas.

Um exemplo candente e atual, é o dos contratos de *leasing*. Quando o consumidor brasileiro médio assinou esses contratos de *leasing*, vinculando a sua prestação ao dólar, é evidente que ele sabia que corria um risco, havia uma álea inerente a esse sistema – a flutuação da moeda. Mas, meus amigos, o dólar estava sendo mantido quase ao par do real, por uma intervenção permanente do Estado, que dizia que a política cambial era uma das âncoras do real. Portanto, o brasileiro médio, embora pudesse prever uma modificação na política econômica, porque só um débil mental, a desafiar uma intonação no Pinel, suporia que no Brasil um plano econômico é estável e permanente, não há nada mais volátil do que os planos econômicos no Brasil. Então, embora o brasileiro pudesse prever essa modificação, certamente a consideraria pouco provável, porque o Presidente da República, a todo momento, anunciava que mexeria em tudo, menos na política cambial, porque essa era a âncora do real.

Então, se o dólar flutuasse ao sabor do mercado (digamos, mais 5%, mais 2%, um dia sobe um pouco, outro dia cai), evidente que isso não poderia ser invocado para se modificar ou se rever essa cláusula. Mas não foi isso o que ocorreu. O que ocorreu foi que, da noite para o dia, o governo mudou inteiramente a sua política econômica e liberou o câmbio. E em 24 horas – isso não é uma expressão retórica, é cronologicamente correta – o dólar subiu 100%. Meus amigos, eu não vejo situação mais cristalinamente tipificada no art. 6º, inciso V, do que essa – foi um fato superveniente, pouco provável, que justifica a revisão dessa cláusula.

Portanto, reparem: a flutuação do dólar não decorreu dos movimentos normais do mercado, quando o Governo mantém uma intervenção no câmbio. Ao contrário, essa flutuação decorreu de um movimento puramente especulativo, até porque, a inflação, no Brasil, não aumentou 100% - graças a Deus, se não, teríamos todos quebrado. O que houve foi um movimento puramente especulativo, que fez com que o dólar dobrasse e, conseqüen-

temente, as prestações. Então, meus amigos, é evidente que aí estaria um exemplo clássico da chamada cláusula geral – a cláusula geral da segurança e da confiança, ou seja, o locatário confiava, no momento da celebração do contrato, que a política cambial manter-se-ia estável, não a cotação normal do dólar que, repito, ora sobe 1%, ora desce, fica naquele patamar, mas subir 100%, nenhum brasileiro poderia confiar ou esperar.

Então, tem-se discutido isso, e a Décima Primeira Câmara manteve o contrato de *leasing*, sob o argumento de que ele constituiria uma álea natural que o consumidor assumiria ao condicionar o valor da prestação ao dólar. Já, a Décima Quinta Câmara entendeu que, ao contrário, isso tipificaria uma lesão e que se justificaria a revisão do contrato.

Concluindo, meus amigos, esses são os grandes temas que, no fundo, mostram uma verdade: queiramos ou não, estamos vivendo um novo tempo – um novo tempo econômico, diante dos fenômenos da globalização e da massificação. As megafusões estão aí, está-se chegando a imaginar que os Estados desaparecerão no futuro, substituídos pelas grandes corporações financeiras – fato que já não é mais uma ficção, já é quase palpável. Estão aí as megafusões, estão surgindo empresas com patrimônios de alguns trilhões de dólares, muito maiores do que 80% dos orçamentos dos Estados atuais, quer dizer, o capital dessas megacorporações é infinitamente maior do que o produto interno bruto de 80% dos países de hoje. E uma megacorporação dessas pode quebrar um país em 24 horas, apertando um botão de um computador e transferindo os seus recursos de um país para o outro, de uma bolsa para outra.

Então, diante desse novo tempo econômico da globalização que, na minha opinião, é um perigo extraordinário para o qual muitos de nós ainda não nos apercebemos, o Direito também tem que se transformar, e transformando-se o Direito, nós, magistrados, temos também que nos transformar. Não podemos mais ser a “boca da lei”, como queria Montesquieu; não podemos mais nos deixar engessar por esses dogmas individualistas do ideário liberal do Século XIX; ao contrário, temos que perceber a feição social que o Direito vai adquirindo, principalmente no que se refere à teoria dos contratos.

Os conflitos que emergem dos contratos não poderão mais ser resolvidos por nós, magistrados, penso eu, por esse ideário liberal do Século XIX. Eles têm que ser resolvidos com essa feição social e com esses novos valores – o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da equivalência das

condições, o princípio da transparência, o princípio da segurança, e o que se quer, na verdade, hoje, é que os contratos realizem a justiça, que sejam a mola propulsora daquilo que Hostoff chamava de *welfare state*, quer dizer, o estado do bem-estar, o estado da felicidade, o estado da satisfação das necessidades mínimas de todos os seus cidadãos. E o Judiciário, que até então era um mero espectador desse processo, um aplicador da lei, é, hoje, graças a esses princípios do Código do Consumidor, o mais poderoso dos instrumentos para que se realize esse ideal e para que se empregue, no contrato, essa nova dimensão ética, que permite a todos os contratantes tirar dele, assim como a sociedade, benefícios sociais.

Quanto a vocês, não sei se os cumprimento, ou deploro a sua sorte porque poderão, no futuro, dizer aos seus netos: “Meninos, eu vi” – como falou o poeta – “eu vi a mudança, e não apenas a vi, eu fiz a mudança, participei da mudança”. Mas, também, devemos deplorar a nossa sorte, porque toda mudança profunda é traumática. Os fantasmas do passado nos assombram, o medo do futuro desconhecido nos apavora, de maneira que, também, esse processo de mudança está-nos cobrando muito – cobrando insegurança, cobrando angústia, essa angústia existencial de que estamos, hoje, possuídos. Mas, de qualquer maneira, é preciso ter a coragem para enfrentar esses novos tempos, e de todos os profissionais que hoje exercem as suas funções, os que mais precisarão de coragem para não trair seus ideais são os magistrados. Porque os magistrados, repito, não são mais os meros aplicadores da lei; eles são, hoje, os grandes equilibradores éticos da sociedade brasileira.

Estamos aqui, hoje, aguardando as perguntas que os senhores deverão fazer - sobre os casos concretos que têm, os processos que têm sob as suas vistas, que estão decidindo, ou que irão decidir.

Nos planos de saúde, por exemplo, uma grande discussão é a diferença entre cláusulas limitativas do risco e cláusulas limitativas da responsabilidade. Nós temos tido uma grande preocupação quanto a isso. Em se tratando de seguro, seja de saúde ou qualquer outro, sempre foi um direito do segurador limitar os seus riscos, porque só a seguradora conhece as suas próprias potencialidades econômicas e sabe até onde poderá garantir a indenização do sinistro, caso o risco se converta em realidade. De maneira que não se pode forçar o segurador a garantir acima das suas disponibilidades.

Então, por exemplo, uma cláusula limitativa de risco seria aquela que diz: “Não cubro ‘tal’ evento; não cubro ‘tal’ doença; não cubro terremoto

(no Japão); não cubro danos decorrentes de vendaval (na Flórida) etc” – porque isso poderia levar uma seguradora à ruína no primeiro vendaval, no primeiro terremoto que lá ocorresse. Então, a limitação do risco, na minha opinião, sempre foi um direito do segurador que, por sua vez, também só pode responder por aqueles riscos expressamente previstos no contrato. Porque se nós condenarmos uma seguradora a indenizar por um fato não expressamente previsto, nós estamos colocando em risco o próprio mutualismo, que é a base econômica do seguro. Ou seja, aquele “bolo” que é resultante da soma dos prêmios pagos pelos segurados, é exatamente usado para pagar as indenizações, e se a seguradora indenizar o que não estava previsto, esse mutualismo romper-se-á, colocando em risco a própria saúde financeira da seguradora.

Agora, limitação da responsabilidade é outra coisa, ou seja, se a seguradora assumiu aquele risco, ela não pode limitar a responsabilidade, porque o Código de Defesa do Consumidor diz que é abusiva qualquer cláusula que vise a transferir a responsabilidade a terceiro, ou limitá-la.

Um exemplo significativo, que ocorria muito freqüentemente (agora esse assunto já está mais ou menos resolvido), era que os contratos de seguro iniciais, diziam o seguinte: “Internações no CTI – só durante 15 ou 30 dias.” Então, o que acontecia? O segurado sofria um infarto e ia para o CTI, só que se complicava o seu estado mórbido, e os médicos percebiam a necessidade de mantê-lo no CTI por mais algum tempo. Ao chegar o 15º dia previsto no contrato, o hospital mandava-o sair do CTI, porque havia acabado a sua cobertura, o que representava um atestado prévio de óbito porque, saindo do CTI, era quase morte certa.

Então, na minha Câmara, temos entendido que, no momento em que a seguradora assumiu o risco de doenças coronarianas, não pode limitar a sua responsabilidade, pois ninguém fica doente porque quer, nem mais tempo do que precisa. Mesmo o hipocondríaco mais impenitente, na minha opinião, não gostaria de ficar no CTI, com tubos enfiados no nariz. Se você está no CTI, mantido pelos médicos, é porque precisa e, nesse caso, essa cláusula seria limitativa de responsabilidade, por isso seria abusiva.

A cláusula que excluía a AIDS, por exemplo, sempre me pareceu legítima, desde que claramente exposta no contrato, por causa do princípio da transparência, da veracidade e da boa-fé dos contratos de seguro. Quer dizer, se estava lá expresso: “Não cubro AIDS, porque isso ultrapassaria as minhas disponibilidades”, não pode o segurado pretender cobertura para

essa doença. Por isso é que, agora, a nova lei, para espancar todas essas questões, modificou o sistema, tornou obrigatória a cobertura para todas as doenças, mas isso provocou, como não poderia deixar de ser, uma elevação do prêmio – isso é óbvio! Porque, na doutrina clássica dos seguros, há uma pergunta que eu acho interessantíssima - perguntou-se uma vez a um mestre da teoria dos seguros: “É possível segurar uma casa que já começou a pegar fogo?” Sabem o que ele respondeu? “Claro, depende do prêmio! Se você pagar um prêmio exatamente igual ao valor da casa, eu faço o seguro, não tem nenhum problema”. Quer dizer, tudo em seguro depende do prêmio que se vai pagar, então, é possível segurar uma casa que já está pegando fogo – vai depender do prêmio que a seguradora vai cobrar do segurado.

Então, é evidente que, no momento em que a nova lei dos seguros de saúde ampliou a cobertura para todas as doenças, inclusive infecto-contagiosas, e não mais permite limitações de uso do CTI, é óbvio que os prêmios tiveram que ser, também, elevados. Mas, aí, criou-se o quê? Vários patamares de segurança. Então, você pode fazer um plano menos oneroso em matéria de prêmio, que não cubra todas as doenças, um só para ambulatório, e assim por diante. Assim, me parece que a lei ficou mais clara sobre isso.

Uma outra questão, também, de seguros, que tem sido muito discutida, é o problema do suicídio – nós já tivemos três casos de suicídio na minha Câmara, três! Em princípio, entende-se que a seguradora não cobre atos dolosos do segurado, então, é evidente que, pondo fim à sua vida, você praticou um ato doloso, quis imolar-se voluntariamente. Desta forma, não poderiam os beneficiários do seguro reclamar a indenização mas, finalmente, já se sumulou que, o suicídio chamado involuntário, seria coberto pelo seguro de vida. Essa expressão “suicídio involuntário” parece absurda, já que suicídio involuntário seria, na verdade, um acidente, porque alguém só se suicida quando quer, voluntariamente, pôr fim à vida. Se alguém morre sem querer, trata-se de um acidente.

Então, essa expressão “suicídio voluntário” e “suicídio involuntário” parece, à primeira vista, um anacronismo, mas não é. Suicídio voluntário, e que não seria coberto pelo seguro de vida, é aquele que o segurado, ao celebrar o contrato, já tinha a intenção de fazê-lo, por isso, o seguro foi uma maneira que ele encontrou de expiar um pouco a sua culpa, permitindo que a família pudesse beneficiar-se com a sua morte, recebendo a indenização. E o suicídio involuntário, seria aquele que o segurado, ao celebrar o contrato, não tinha a menor intenção de matar-se; veio a se suicidar depois, por um

fato superveniente, uma crise depressiva, uma tragédia que o abateu e o levou à depressão e ao suicídio.

O novo Código Civil, percebendo a dificuldade que os juízes ficam para decidir se o suicídio foi voluntário ou involuntário porque, para isso, precisaria mergulhar no profundo poço da alma humana e, o pior, de uma pessoa que já morreu, quer dizer, vejam que dupla dificuldade: primeiro, saber se havia ou não a intenção e, segundo, de uma pessoa que já morreu, que não pode nem ser consultada quanto a isso. Então, o novo Código estabeleceu um sistema interessantíssimo – não sei se vocês já leram: se o segurado se suicidar até dois anos depois de celebrar o contrato, não terá direito ao seguro; se se suicidar após dois anos da celebração do contrato, a indenização será sempre paga. Ou seja, criou-se mais um prazo - um prazo para suicidar-se, quer dizer, nessa vida, cada vez mais submetida a prazo, teremos mais esse, e a família se reunirá e dirá ao chefe: “Pelo amor de Deus, não se suicide, porque ainda faltam dois meses e quatro dias para decorrer o biênio decadencial.” E, no fim, quando completarem os dois anos, a esposa dirá ao marido: “Agora, meu filho, pode suicidar-se à vontade, porque já receberemos a indenização”.

Outra questão, é o problema das declarações falsas. As seguradoras, freqüentemente, estão se exonerando de pagar a indenização, sob o argumento de que o segurado não prestou as informações fiéis, verdadeiras, impedindo-as de decidir se lhes convém ou não assumir o risco. A minha Câmara tem entendido que há uma diferença enorme entre informação falsa e omissão de informação que, por exemplo, o segurado não puder aquilatar o seu real significado, principalmente no seguro de vida em grupo, em que não há um exame mais aprofundado das condições de saúde do segurado. Porque, quando você faz um seguro de vida individual, dependendo da sua idade, a seguradora o submete a um exame médico, mas num seguro de vida em grupo, preenche-se apenas o formulário, e tudo na base de “quadrinhos” em que se responde sim ou não. Aí, há uma pergunta clássica: “O senhor já teve alguma doença grave?”, e o sujeito responde que não, porque para o brasileiro leigo, doença grave é aquela que tem que operar, ficar internado. Se ele tem uma diabete melitus, cuja gravidade às vezes desconhece, responde que não, então, muitas vezes o sujeito responde que não tem nenhuma doença grave, porque acha que a sua doença não é grave – olha a boa-fé subjetiva – ele está trabalhando, desenvolvendo as suas atividades, então, acredita que não tem doença grave. É preciso ter muito cuidado quanto a isso, e minha

Câmara tem sido muito conscienciosa para verificar se ali está tipificada uma má-fé, que o sujeito deveria saber da doença e que ela era grave ou se, ao contrário, ele respondeu que não porque, para ele, e para a maioria dos brasileiros leigos, aquilo não seria uma doença grave. Até porque, muitas vezes, o paciente é iludido, ninguém lhe alerta sobre a gravidade daquela doença, para não torná-lo ansioso e depressivo, e assim por diante. Então, às vezes é difícil decidir.

Uma outra questão tem sido o problema do valor médio dos carros, e o Superior Tribunal de Justiça, agora, fez uma uniformização de jurisprudência, e acabou decidindo que a indenização é pelo valor da apólice. Eu, pessoalmente, sou contra e entendo que tem que ser pelo valor médio do mercado, porque o seguro tem natureza indenizatória e, conseqüentemente, você não pode receber pelo carro um valor superior ao que ele tem no momento do sinistro porque, senão, o sinistro traduziria, para você, um benefício econômico, e você passaria a deixar o seu veículo, já bem desgastado, à porta do cinema, aberto, com a chave na ignição e, ainda, com uma plaquinha: “roube-me”, porque a indenização seria superior ao preço de mercado do bem.

Aí, há um argumento que diz sim, mas na hora de cobrar o prêmio, ela cobrou pelo valor que está na apólice. Isso, dentro da teoria clássica dos seguros é irrelevante, porque aquele valor da apólice é para formar o fundo de seguro e se você tiver o seu carro roubado no dia seguinte, aí sim, você irá receber o valor da apólice. Mas, se o segurador começar a devolver aos segurados parte do prêmio porque o carro só foi roubado depois, e a indenização era menor, pode-se romper o equilíbrio econômico do contrato de seguro. Então, dentro da teoria clássica dos seguros - não estou falando da teoria contratual, mas, da filosofia do seguro -, eu, pessoalmente, sempre decidi que a indenização é pelo valor de mercado do bem, no momento do sinistro. Agora, o Superior Tribunal de Justiça, talvez por uma questão mais social, entendeu que a indenização deve ser pelo valor que está constando da apólice.

Então, acho que são esses, talvez, os assuntos mais polêmicos envolvendo seguro. Também se fala, agora, no perfil do segurado, que acho perfeitamente válido - isso não fere a isonomia, quer dizer, as seguradoras, hoje, dizem o seguinte: “Se o senhor quer um seguro com um prêmio mais barato, o senhor responda a essas perguntas: - quem vai dirigir o carro – é o senhor, ou sua mulher?” Se for a sua mulher, pagará menos porque, por

incrível que pareça, os cálculos atuariais mostraram que os acidentes com mulher são infinitamente menores do que com homens, a mulher é muito mais cuidadosa ao dirigir, muito menos imprudente. “O senhor tem filhos adolescentes que vão dirigir o carro?” Se não tiver, o prêmio será menor, porque o risco é muito maior se o seu filho de 18, 19 ou 20 anos também dirigir o carro. “O senhor deixa o carro guardado na rua ou dentro de garagem?” Se for na garagem, o prêmio será menor. “O senhor dirige e guarda o carro em Caxambu ou no Rio de Janeiro?” Se for em Caxambu, será mais barato, porque o número de furtos de veículos lá é infinitamente menor do que aqui.

E, aí surge o problema da declaração falsa. “Onde é que o senhor guarda e usa o seu carro?” – e o segurado responde: “Em Caxambu”, porque lá, tem um apartamento onde vai duas vezes por ano mas, na verdade, ele usa o carro no Rio de Janeiro, onde foi furtado. Então, é evidente que a seguradora, se provar (porque o ônus da prova é dela) que o segurado fez uma declaração falsa, dizendo que usa o carro em Caxambu, quando, na verdade, ele usa no Rio, ela pode eximir-se de pagar a indenização, porque faltou o princípio da boa-fé objetiva. Isso não quer dizer que se eu fizer o seguro em Caxambu, não poderei usar o carro no Rio, só que tem que ser eventualmente, e não o oposto. Quer dizer, se eu uso o carro habitualmente no Rio e eventualmente em Caxambu, tenho que declarar que a sede é aqui no Rio e, portanto, o prêmio é maior.

Dessa forma, o que se deve fazer, no contrato de seguro, é examinar exatamente aquele dispositivo do Código Civil, que se não me falha a memória, é o art. 1443 que diz que, no contrato de seguro, as partes, tanto o segurado quanto a seguradora, têm que guardar a mais estrita veracidade e boa-fé. Aliás, é o único contrato do atual Código Civil em que se fala, expressamente, na boa-fé. Quer dizer, em todos os demais contratos, a boa-fé é apenas um substrato ético, mas no contrato de seguro, a boa-fé é condição do contrato, porque há um artigo expresso que diz que, no contrato de seguro, as partes têm que guardar a mais estrita veracidade e boa-fé.

Professor, Desembargador Sylvio Capanema, com relação ao valor da apólice de seguro, as seguradoras, na atualidade, não estão mais atribuindo valor a essa apólice, pelo menos de forma clara ou expressa. Elas omitem esse dado. Então, parece que, a partir de agora, vai ficar prevalecendo o preço de mercado.

O que aconteceu foi o seguinte: as seguradoras acertaram, com a SUSEP, um outro sistema igual ao dos planos de saúde e estão, agora, oferecendo aos segurados dois planos distintos: um, em que a indenização seria pelo valor da apólice e, aí, o prêmio é maior; e uma segunda opção, pelo valor de mercado e, então, o prêmio é menor. Só que isso ainda não está definitivamente regulamentado, mas eu não tenho a menor dúvida de que se fluirá para isso, quer dizer, assim como se fez nos planos de saúde, com várias opções, o seguro de automóveis terá essas duas opções.

E, com relação ao seguro de vida, em que a apólice é considerada, hoje, um título executivo extrajudicial, por vezes, o segurado entra com uma ação de cobrança, porque não concorda com o valor ou qualquer outro motivo, mas, então, eu indago: o juiz pode analisar essa questão da alegada má-fé numa contestação? Porque, se há um título executivo extrajudicial, a boa-fé deve prevalecer, a validade e eficácia devem prevalecer. Como o juiz poderá examinar isso numa alegação de uma contestação? Ele não teria que entrar com uma ação própria, ou então com uma reconvenção, para que o juiz pudesse desconstituir o título? Você não acha que esse argumento de ordem processual pode prevalecer?

É verdade que esse é um argumento de ordem processual, e eu sempre declinei o meu cuidado em opinar em matéria processual, porque sou um modesto civilista, e sempre há uma certa rivalidade entre os civilistas e os processualistas. Mas, tecnicamente, pelo pouco que conheço de processo, seria, realmente, necessário uma ação própria ou uma reconvenção para discutir isso.

Também me lembrei, agora, de uma questão polêmica, que é o prazo prescricional da ação do segurado contra o segurador. Pelo art. 178 do Código Civil, o prazo é de um ano; pelo Código de Defesa do Consumidor é de cinco anos. O Desembargador Cavalieri, que é o grande paladino do consumo no nosso Tribunal, tem sustentado que o prazo prescricional deve ser unificado e, sendo relação de consumo, há de ser cinco anos. Portanto, aquele dispositivo do Código Civil estaria derogado pelo Código do Consumidor, e a ação do segurado contra a seguradora teria um prazo prescricional, agora, de cinco anos.

Professor, o Decreto Legislativo nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 – contrato de transporte – está em pleno vigor, apesar do Código do Consumidor?

Repare bem. Essa lei, pela qual tenho uma especial predileção, considero uma lei extraordinária, pois sendo anterior ao Código Civil, adotou a teoria do risco quando todo direito brasileiro se inspirava na teoria subjetiva. Então, vem essa lei das estradas de ferro e diz, por exemplo, que os proprietários marginais poderão exigir indenização por todo e qualquer dano produzido pela composição e isso representou algo extraordinário. Discutiu-se, após o advento do Código Civil, se este havia derogado ou revogado essa lei ao adotar a teoria subjetiva.

Entendo que as duas leis são absolutamente compatíveis; o Código do Consumidor só teria derogado, eventualmente, qualquer dispositivo da Lei das Estradas de Ferro que com ele colidisse. Mas, se não houver colisão, e essa é a tese da Prof^a Cláudia Lima Marques, os sistemas são compatíveis, porque o Código do Consumidor é um sistema aberto, e a Lei das Estradas de Ferro e a Lei das Locações são sistemas fechados e especiais. Quer dizer, então, se for possível compatibilizar, façamo-lo, porque, quanto mais proteção se der, melhor.

Agora, naquilo que o Código do Consumo colidir com a Lei das Estradas de Ferro, evidentemente, prevalecerá a Lei do Consumo, que é posterior. Mas, que eu me lembre, não vejo nenhuma colisão entre o Código do Consumidor e a Lei das Estradas de Ferro. Ao contrário, os sistemas são absolutamente idênticos ao adotar a teoria do risco, no que se refere à responsabilidade civil do transportador.

Na questão do leasing, uma vez comprovado que o arrendante também teve prejuízo, em decorrência da desvalorização, gostaria de saber se o Código de Defesa do Consumidor permite que a causa seja decidida em amplo favor do consumidor.

Ótima pergunta, excelente pergunta, porque há duas defesas clássicas das empresas de *leasing*: a primeira diz que há uma resolução do Banco Central, se eu não me engano de nº 239, dispondo que toda vez que o empréstimo for tomado no exterior, as prestações têm que ser vinculadas ao dólar. Então, não poderia o Judiciário contrariar esse dispositivo. Entendo que pode, porque essa resolução surgiu em 1995, sob outras condições, e acredito que ela não pode se sobrepor a um sistema aberto que é o do Código do Consumidor que tem, inclusive, origem constitucional. Então, entre o Código do Consumidor, com a teoria da lesão, e uma circular ou uma resolução do Banco Central, eu, pessoalmente, não tenho a menor dúvida em

colocar o CDC muito acima dessa resolução do Banco Central.

O segundo argumento das instituições de *leasing* é no sentido de que, como elas tomaram dinheiro no exterior, terão que pagar em dólar e se receberem em reais, terão um prejuízo tremendo. Não tenho a menor dúvida que sim, é claro que se a empresa tomou o dinheiro no exterior em dólar e vai receber em real, terá prejuízo. Agora, uma das duas partes arcará com o prejuízo – isso é inevitável. No momento em que o dólar for liberado, uma das partes terá prejuízo. Se mantivermos a vinculação ao dólar, o prejuízo será do consumidor; se o desvincularmos, será do fornecedor. E, como um dos princípios básicos do Código é deslocar o risco do consumo para os ombros do fornecedor, retirando-o do consumidor, entre os dois prejuízos, prefiro que recaia sobre os ombros do fornecedor, porque o fornecedor, hoje, tem que saber que, se em decorrência da álea inerente a todo e qualquer contrato houver algum prejuízo, é ele quem terá que suportá-lo.

E, por outro lado, o prejuízo das empresas de *leasing* não deverá levar nenhuma delas à falência, ao contrário, todas elas obrigatoriamente pertencem a grupos financeiros e, por isso, suponho que os extraordinários lucros que têm sido anunciados nos balanços suportam, perfeitamente, esse episódico prejuízo. Ao passo que se ele recair sobre os ombros do consumidor, poderá representar a ruína e a desgraça de uma família, porque uma prestação que, de repente, passa de 700 para 1.400 reais, desequilibra qualquer orçamento doméstico, podendo semear um verdadeiro caos econômico na família. Então, na distribuição eqüitativa do prejuízo, entendo que ele deve ser suportado pelo fornecedor.

Muito obrigado a todos. ◆