

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 149 • Janeiro 2013



Celso de Mello | Ministro do STF

STF, GUARDIÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Editorial: Legítimos defensores da dignidade nacional

Ponderações acerca dos contratos de assistência funerária no direito brasileiro

Direito atual em perspectiva

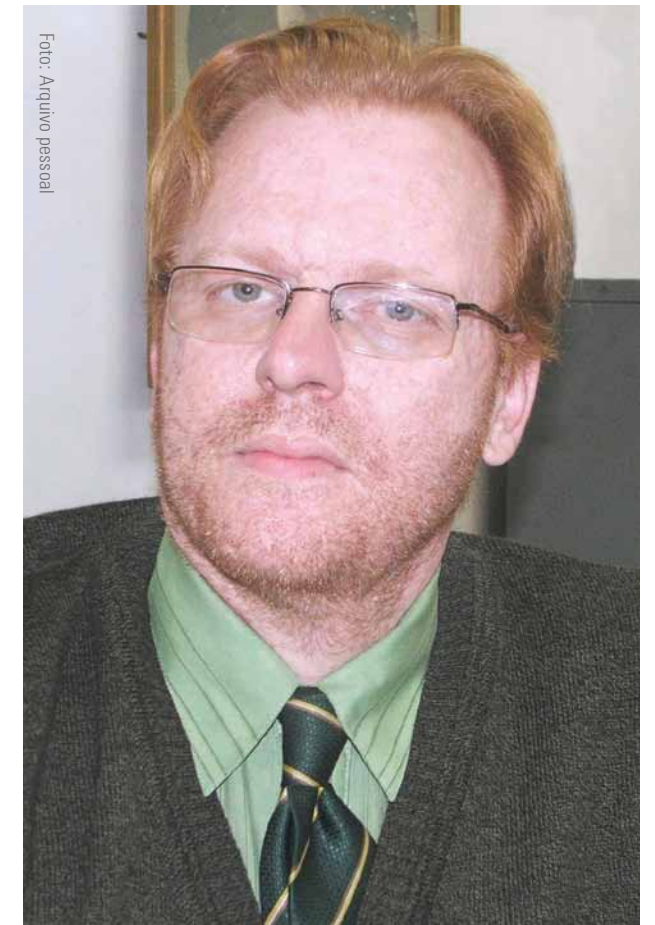
Júlio César Ballerini Silva | Juiz de Direito do TJSP

Os romanos, com sua singular pragmaticidade, asseveravam no sentido de que *mors omnia solvit*, ou seja, em tradução literal, uma ideia de que a morte tudo resolve, de sorte tal que, ao menos hipoteticamente, com o falecimento do *de cujus successiones agitur*, os problemas estariam acabados, tudo estaria resolvido.

Isso porque, no direito romano, bastaria que se morresse com um herdeiro homem que este seria responsável pelo culto dos antepassados, impedindo que os mortos de dada estirpe familiar passassem por necessidades no mundo espiritual, com libações anuais nas sepulturas dos parentes mortos¹. Aí pode-se perceber a gênese dos rituais que empregamos no dia dos mortos.

No entanto, como sabido, as coisas nem sempre se dão desse modo, eis que com a morte do indivíduo um sem número de problemas pode ser destacado, tendo o legislador criado tantas situações polêmicas que hoje não se tem como incomum encontrar-se autores que defendem a necessidade de um verdadeiro planejamento sucessório prévio enquanto conjunto de medidas para preservação patrimonial e da autonomia da vontade². Esta situação parece não excluir o próprio planejamento prévio das exéquias e do sufrágio da alma.

Tudo isso repercutindo na revisão do vetusto adágio romano, eis que a morte parece ser o marco inicial de inúmeros problemas jurídicos notadamente no que se



refere a preocupações dos familiares do *de cujus* com despesas referentes ao funeral e ao próprio sepultamento (as exéquias), incluindo-se aí despesas com ritos religiosos.

Aliás, o Código Civil já estabelece como regra que ritos religiosos somente poderão ser abatidos da herança deixada se houver menção expressa em testamento, nos estritos termos preconizados pelo advento da norma contida no seu artigo 1.998 (as despesas por sufrágio de alma), entendendo-se, ainda, que isso possa ser estabelecido por codicilo³. Do contrário, quem as autorizou arcará com os seus custos, não obstante as demais despesas funerárias saírem do monte da herança⁴.

No direito comparado, pode-se encontrar no direito português a ideia de que todas as despesas, inclusive as de sufrágio de alma, sejam suportadas pelas forças da herança (artigo 2.068 do Código Civil Português); enquanto que no direito alemão, o BGB estabelece que tais despesas serão suportadas pelo espólio, desde que havidas com moderação (art. 1.968)⁵, quiçá, essa última providência mais adequada, eis que havida sob a perspectiva de um juízo de proporcionalidade no caso concreto.

Essas demais despesas funerárias, mencionadas no Código Civil brasileiro, devem ser entendidas em sentido amplo, envolvendo “não apenas aqueles gastos referentes ao funeral propriamente dito, mas também todos os gastos derivados de sua morte, como por exemplo, as despesas médicas e hospitalares, jazigo ...”⁶. De todo modo, isso repercutirá nas forças da herança, em prejuízo do quanto cada herdeiro poderia vir a perceber.

Com relação às despesas médico-hospitalares, estas geralmente se encontram cobertas pelos planos de saúde ou seguro-saúde, que contêm disciplina legal própria, qual seja, a Lei nº 9.656/98, que deve ser interpretada em conjunto com a Lei nº 8.078/90, eis que inequívoco o caráter consumerista dessas relações contratuais, conforme já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 469 que, em linhas gerais, confirma a redação do artigo 35-H da Lei dos Planos de Saúde).

Tais preocupações, no entanto, não passam despercebidas a uma considerável parcela da população brasileira, sobretudo no que concerne às classes economicamente menos privilegiadas⁷, em que o apreço pelos familiares gera o anseio de livrá-los do fardo de arcar com despesas deste jaez o que tem aspecto mais relevante em tempos de ascensão social desta nova classe média emergente. Classe média que nessas condições pode se permitir despesas de planejamento das exéquias, em mercado que já capta milhares, senão milhões de usuários, sem que o Estado tenha se preocupado com sua disciplina, de um modo mais específico, até o momento.

Tanto assim que tais contratos acabam encontrando sua normatização em preceitos contidos nos artigos 21 e

22 do Código de Ética e Autorregulamentação do Setor Funerário organizado pela Abredif – Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários⁸, o que, obviamente, não exclui a incidência de regras atinentes à proteção dos contratantes dentro de um regime consumerista, desde logo, ou seja, mesmo antes da aprovação de uma lei específica que discipline o setor, como se passará a expor nas linhas a seguir.

Isso porque, mesmo com o advento de lei futura e específica, não se poderá negar o caráter consumerista destas relações, que restam havidas, as mais das vezes, por contratos de massa, com cláusulas previamente impressas, em manifesta situação de hipossuficiência para quem adere (como sabido esses contratos são preparados por corpo jurídico que busca preparar um cenário jurídico mais favorável ao prestador de serviços).

Mesmo que se abstraísse o caráter de contratação de massa, ainda assim não se poderia deixar de entender esses contratos como relações de consumo, eis que quem se dispõe à aquisição de tais planos o faz como destinatário final dos produtos e serviços oferecidos (presença dos requisitos do artigo 2º da Lei nº 8.078/90), sendo inequívoco que aí se insira uma relação de consumo e que, mesmo havendo lei específica, não poderá tal lei deixar de ser interpretada de acordo com os cânones de justiça contratual e da função social dos contratos em relações de consumo.

Assim, para esse tipo de contrato não seria vedada a aplicação de regime jurídico próprio consumerista, com possibilidade de arrependimento em sete dias, vedações à publicidade enganosa, possibilidade de inversão de ônus probatórios, proibição de emprego de técnicas contratuais abusivas (com relação a tanto não se poderia deixar de apontar que muitas vezes o contratante está imerso em estado de fragilidade emocional, própria da situação de perda de entes queridos) etc.

Mas, para preenchimento desta lacuna legislativa se encontra em discussão o Projeto de Lei nº 7.888, de novembro de 2010, de autoria do Deputado Federal Antônio Mendes Thame, com disciplina específica dos Planos de Assistência Funerária, diploma muito preocupado com a questão de reservas financeiras e regularidade contábil dessas operações – prevenindo-se, quiçá, fraudes em contratos de longa duração, eis que pela sua própria peculiaridade (lida com a questão do chamado termo incerto – a morte) tendem a perdurar por longos espaços de tempo até que se verifique a morte do titular, dando ensejo a que esses fornecedores cumpram com suas obrigações.

Com tais previsões, inclusive, pretende evitar-se os problemas dos chamados fundos mútuos que foram muito difundidos no mercado brasileiro, na década de 70.⁹

O artigo 2º do Projeto em questão, em seus incisos, se refere à necessidade de que as entidades regularmente estabelecidas que pretendam oferecer esses planos devam efetuar reservas técnicas e reservas de insolvência, no intuito manifesto de proteção aos consumidores que venham a aderir a tais contratos.

Outro dado interessante deste mesmo conseqüente é o fato de que se exige que a atividade seja exclusivamente voltada ao oferecimento destes planos, o que leva a entender que não se poderia pretender manter a *práxis* contratual atual desses planos oferecerem outros tipos de serviços agregados, tais como contratos de seguro de vida ou de seguro saúde.

O projeto em questão, em seu artigo 3º, parágrafo único, estabelece qual seria o objeto desses novos contratos de assistência funerária, apontando no sentido de que “considera-se plano funerário ou serviço de assistência funerária o conjunto de serviços contratados a serem prestados ao titular e seus dependentes, compreendendo toda a realização de um atendimento funerário, organização e coordenação das homenagens póstumas, do cerimonial e dos traslados, providência administrativa, técnicas legais e fornecimento de artefatos”.

Ou seja, tais contratos serão complexos, abrangendo exéquias e despesas por sufrágio de alma, que deverão estar englobadas na contratação, que se pressupõe seja feita por empresa regular (o Projeto exige que exista regularidade contábil e quitação de todos os tributos¹⁰), que deverá estabelecer toda a logística desse tipo peculiar de obrigação, inclusive com análise de documentos para viabilizar administrativamente o sepultamento (para que o consumidor e/ou seus dependentes não tenham que passar pelo gólgota burocrático, nesse tipo de situação – a prestadora terá que cuidar desta logística).

Tais contratos, portanto, contêm em seu bojo obrigações de resultado e não de risco, dada a sua própria natureza, sendo certo que a responsabilidade dessas empresas prestadoras será manifestamente objetiva no que disser respeito a danos que venham a ser experimentados pelos beneficiários – normalmente o titular não será pessoa na acepção técnica do termo, eis que sua personalidade estará extinta (a menos que se cuide do falecimento de um dependente). Como se exporá linhas adiante, mesmo antes de regramento legal específico, a jurisprudência já trata dessas espécies contratuais como relações de consumo.

Ocorre, portanto, prestação de serviços com fornecimento de mercadorias, ou seja, os artefatos peculiares desta prestação, tais como caixões, velas, coroas de flores, etc.. Recomenda-se que tudo isso esteja devidamente discriminado na minuta contratual, eis que, sendo relação de consumo, seria de se aplicar o brocardo *in dubio pro debilis*.

O próprio artigo 6º do Projeto em análise prevê um conteúdo mínimo obrigatório a ser fornecido para o consumidor, com exigência de descrições detalhadas de todos os serviços compreendidos nessa assistência funerária, com apontamento de tudo que vier a ser consumido, ou não, abrindo margem para que ocorram contratos coligados com terceiros (art. 6º, alínea “a”, parte final). Por exemplo, pode haver contratação de uma floricultura para decorar o local do velório, que não seja necessariamente a prestadora do plano de assistência funerária, não se excluindo a possibilidade de que grandes prestadoras do setor venham a firmar contratos com funerárias de menor porte, em localidades do interior, para o efetivo cumprimento das obrigações contratuais.

Do mesmo modo se assegura que o titular possa fazer o plano com acréscimo de seus dependentes e que haja sempre uma cláusula assecuratória da rescisão sem a prestação do serviço funerário em questão. Isso pretende acabar com uma *práxis* do setor de querer estabelecer contratos perpétuos¹¹, conferindo indevido caráter absoluto ao *pacta sunt servanda*.

Tudo isso, no entanto, deve ser devidamente apontado, de modo expresso, no contrato em questão, que deve obedecer às linhas gerais do direito consumerista, com linguagem clara e de fácil entendimento, sob pena de se gerar nulidade absoluta por descumprimento ao direito de informação adequada com burla dos escopos básicos previstos pela legislação protetiva dos consumidores (artigos 6º, 51, 54 e consectários úteis da Lei nº 8.078/90 a ser aplicada de modo sistemático com a lei em questão, quando de sua eventual promulgação).

O Projeto, ademais, evita maiores especulações a respeito do caráter consumerista destes contratos, eis que, de modo expresso, estabelece no advento de sua norma contida no artigo 9º que tais contratos serão considerados relações de consumo para efeitos legais, estabelecendo que tais planos serão fiscalizados pelo Procon (artigo 7º) – como não poderão oferecer serviços de assistência à saúde, isso excluiria a fiscalização pela ANS, ao menos nos contratos que vierem a ser celebrados quando da vigência da lei que vier a ser aprovada.

Quanto a isso anda bem o Projeto, eis que reitera entendimento pacífico da jurisprudência pátria que tem entendido esses contratos como efetivas relações de consumo, com as respectivas proteções próprias de tais

espécies contratuais. Nesse sentido, de se pedir vênias para destacar:

CONTRATO DE PLANO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS – RELAÇÃO DE CONSUMO. Prestação dos serviços negada quando do falecimento do beneficiário. Ilegitimidade da conduta. Necessidade de contratação de outra empresa. Danos materiais comprovados. Dever de indenizar caracterizado. Art. 14, CDC. Dano moral *in re ipsa*. Constrangimento e abalo psíquico. Hipótese em que a r. sentença apreciou corretamente os elementos fáticos e jurídicos existentes nos autos, além de estar satisfatoriamente fundamentada. Aplicação do art. 252 do RITJ. Sentença integralmente mantida. Recurso não provido. (TJSP Apelação nº 0015974-94.2010.8.26.0077 Rel. Des. Rubens Cury 18ª Câmara de Direito Privado Julgado em 18.4.2012).¹²

Ainda com o mesmo entendimento, de se continuar a pedir vênias para destacar, do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Recusa da prestação de serviços funerários – Fato hábil a desencadear real dor interna/Morte de ente querido que tem força legal para conferir estofo à lesão a direito personalíssimo do credor dos senados funerários – Quantum indenizatório arbitrado de forma adequada e proporcional – Recurso improvido. (TJSP – Apelação nº 0065240-92.2007.8.26.0000 Rel. Des. Rômulo Russo 24ª Câmara de Direito Privado Julgado em 19.5.2011).

De todo modo, sempre se tem como conveniente que a lei explicita tais questões de modo a pelo menos obstar que os prestadores possam tentar se eximir alegando que suas contratações seriam disciplinadas pelo Código Civil ou pretendendo resgatar prelados de um tempo contratual iluminista e absoluto (calcado nos moldes da máxima *laissez faire, laissez passer*), de todo incompatível com o Estado Democrático de Direito, com toda a proteção constitucional que se pretendeu revestir as relações de consumo.

Isso por se cuidar de contratos que lidam com objetos que se revelam em horas de fragilidade emocional dos contraentes e seus beneficiários – enlutados, não podendo ser surpreendidos com artimanhas legais camufladas no texto contratual, sob pena de serem exemplarmente punidas (o artigo 8º do Projeto prevê uma série de penas administrativas que podem ser aplicadas aos planos de assistência funerária) no âmbito da responsabilidade civil.

Impondo responsabilidade civil nessas horas por prestação não ocorrida ou deficiente, também de se destacar precedentes na jurisprudência pátria, tais como:

RECURSO APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Prestação de


serviços indevidamente negada no momento do falecimento de parentes da beneficiária. Necessidade de contratação de outra empresa. 1. Danos materiais comprovados. Restituição simples, eis que não configurado dolo das contratadas apto a ensejar o ressarcimento em dobro. Regularidade. 2. Dano moral. Configuração. Indenização devida. Valor do “quantum” mantido, eis que obedecidos aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. 3. Honorários advocatícios. Fixação de acordo com o artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Admissibilidade. Procedência. Sentença mantida. Recurso não provido. TJSP Apelação com revisão nº 0003515-17.2008.8.26.0114. Comarca de Campinas. Relator Marcondes D’Angelo.

No mesmo sentido, também precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a evidenciar que não se cuida de entendimento isolado, se continua a pedir licença para destacar:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – RESOLUÇÃO DO CONTRATO – DANOS MORAIS – NÃO PRESTAÇÃO DE “SERVIÇOS FUNERÁRIOS” – INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO

O simples inadimplemento de uma das partes contratantes dá à outra o direito de resolver o contrato ou de exigir o cumprimento da obrigação, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos (art. 475 do Código Civil de 2002). O fato de o contratante inadimplente ter reparado os danos materiais causados ao outro não retira deste o direito de resolver o contrato; e a simples oferta de compensação extra pelo prejuízo não é causa excludente de responsabilidade civil pelos danos morais causados. Presume-se o sofrimento de danos morais pelo consumidor que, durante anos, paga a sua mensalidade de **plano funerário** e, no momento de valer-se dos serviços contratados, em razão da morte de ente querido, vê injustamente negado pelo fornecedor a sua contraprestação, fazendo com que ele, consumidor, contraia empréstimo com familiar para conseguir sepultar a filha. Na fixação da indenização por danos morais, dois critérios objetivos devem nortear o julgador, que deve buscar o duplo objetivo de compensar a vítima e punir o ofensor, sem descurar que a indenização não pode ser fonte de enriquecimento para a primeira, nem inexpressiva a ponto de não reprimir a conduta do segundo, desestimulando-o da prática de futuros atos semelhantes”. TJMG AC 5013112-17.2000.8.13.000 (1).Relator Walter Pinto da Rocha.¹³

No entanto o Projeto em questão falha ao não disciplinar de modo claro os parâmetros pelos quais o consumidor poderá rescindir tais contratos, deixando em aberto situações que poderiam ser facilmente resolvidas pelo texto legislativo. Por exemplo, seria de se indagar se

consumidores terão direito a algum reembolso de quantias pagas (o CDC permite que isso ocorra em consórcios, em situação análoga, com captação de poupança popular), ou se a prestadora poderá reter alguma parte desses valores a algum título, o que se espera seja resolvido pelos legisladores pátrios, evitando-se com isso um sem número de ações idênticas com o mesmo fundamento. 

Notas

¹ Fustel de Colanges. A Cidade Antiga, como mencionado nas referências ao final deste texto.

² À guisa de exemplificação, assim vaticina Maria Berenice Dias em obra mencionada nas referências deste texto, p. 367.

³ Como preconizado por Jorge Shiguemitsu Fujita, p. 1.386 da obra destacada em referência neste texto.

⁴ De se presumir que quem as autorizou queria prestar última homenagem ao falecido, o fazendo às suas expensas. Nesse sentido: Mauro Antonini., obra indicada em referência, p. 1.927.

⁵ Nesse sentido o quanto apontado por Zeno Veloso, p. 1.991, em comentário ao respectivo consectário normativo.

⁶ Tatiana Antunes Valente Rodrigues, em obra indicada em referência bibliográfica deste texto, p. 250.

⁷ Cláudia Lima Marques, em obra indicada em referência bibliográfica deste texto, p. 523/524.

⁸ Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 524.

⁹ Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 524.

¹⁰ Isso realmente protege os consumidores contra surpresas geradas por atos de gestão fraudulenta, em que os valores do fundo captado estejam comprometidos ao pagamento de preferências fiscais de expropriação, frustrando-se expectativas legítimas de cumprimento contratual.

¹¹ Em minha experiência profissional como magistrado já me deparei com situações de empresas de grande porte no setor funerário pretendendo que somente se poderia desistir do contrato após o pagamento de oitenta prestações. No caso concreto cuidava-se de pessoa idosa o que contribuía para que se entendesse tal obrigação como impossível gerando vantagem exagerada para a prestadora em situação de lesão a tornar inválida a disposição. E mesmo em se cuidando de pessoas que não sejam tecnicamente idosas o mesmo poderia ser dito *mutatis mutandi*, eis que, em se tratando de relação consumerista, disposições deste jaez parecem não se harmonizar com o arcabouço protetivo dessas relações.

¹² Todos os julgados do TJSP, destacados neste texto, foram extraídos do sítio oficial da biblioteca do referido Areópago.

¹³ Acórdão retirado do sítio do referido TJMG.

Referências bibliográficas

ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência*. Barueri: Manole. 2007.

COLANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Ediouro, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Comentários ao Código Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.