REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 0034-9275

ANO 82 — JANEIRO DE 1993 — VOL. 687

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob n. 006/85,
e pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob n. 13 (Portaria n. 8/90)

Publicação oficial do Tribunal de Justiça, Primeiro e
Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;
dos Tribunais de Justiça do Paraná, Mato Grosso, Rio de Janeiro,
Espírito Santo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais,
Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Goiás e dos Tribunais de Alçada
de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Alçada Civil do Rio de Janeiro

NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA APÓLICE DE SEGURO NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

ERNESTO TZIRULNIK E PAULO LUIZ DE TOLEDO PIZA
Advogados em São Paulo

1. Introdução. 2. Opiniões sobre o tema. 2.1. Doutrina estrangeira. 2.2 Doutrina brasileira. 3. Direito Positivo brasileiro. 4. Síntese e conclusão.

> *"... algo nos dice que la vida es más fuerte que las construcciones mentales y que la vida se llevó por delante al derecho tradicional. Entretanto esperemos el doloroso parto del derecho nuevo, tratando de reaccionar adecuadamente con alguna interpretación de ajuste con el secreto pesimismo de que a los que vamos para viejos ya no nos gustará."* (Diez Picazo)

1. INTRODUÇÃO

Não são raras as vezes em que a solução de litígios requer a discussão da natureza jurídica da apólice de seguros. De fato, isso ocorre com freqüência quando se discute, por exemplo, a existência, identificação das partes, foro contratual, conteúdo (interesse assegurado, dimensão da garantia e cláusulas diversas), grandeza e duração do contrato de seguro e suas contraprestações econômicas (prêmio e indenização). Há casos, inclusive, que envolvem situações em que inexiste a própria apólice ou documento similar.

A expressão natureza jurídica, em princípio, parece remeter o estudioso a laborar no campo da filosofia do direito. No entanto, como adverte com muita clareza José de Oliveira Ascenção, "normalmente, as indagações sobre a natureza jurídica situam-se já dentro dos quadros da dogmática jurídica. Então, a natureza busca-se mediante a comparação com institutos jurídicos conhecidos. A determinação da natureza jurídica passa então a ser a identificação de uma grande categoria jurídica em que se enquadre o instituto em análise. (...) A determinação da natureza jurídica é então tarefa da ciência do direito. Mais do que por meio de uma análise conceitual, a determinação da natureza jurídica de um instituto deverá fazer-se mediante a determinação dos seus efeitos. A categoria jurídica a que se chegar deverá exprimir sinteticamente um regime positivamente estabelecido".[1]

Assim sendo, a metodologia empregada neste estudo não será outra senão a de buscar a determinação dos principais efeitos da apólice de seguro no direito brasileiro,

com o escopo de enquadrá-la em determinada ou determinadas categorias jurídicas.

Após rápido exame da doutrina estrangeira e nacional, suficiente, no entanto, para evidenciar as diferentes opiniões sobre os efeitos da apólice, passamos à análise do direito positivo brasileiro e da ainda incerta jurisprudência de nossos tribunais, ressaltando as conseqüências jurídicas produzidas pela dinâmica atual das operações de seguros e sua regulamentação administrativa.

2. *OPINIÕES SOBRE O TEMA*

Revela a análise etimológica[2] da palavra apólice (de seguro) que ela apresenta variada gama de significados possíveis: a) instrumento, b) promessa, c) consentimento e d) prova.

Uma análise doutrinária, da mesma forma, revela divergência a respeito dos efeitos e da natureza jurídica da apólice. É o que demonstraremos a seguir.

Cabe registrar, no entanto, que, à vista da inexistência de operações securitárias envolvendo apólices à ordem ou ao portador no mercado brasileiro de seguros, deixaremos de considerar o debate a respeito de sua qualificação como título de crédito ou documento de legitimação, embora dele tenham-se ocupado a doutrina nacional e estrangeira e haja dispositivos legais disciplinando essas modalidades de apólice. A esse respeito, observamos que já se encontra superado o entendimento que identifica na apólice o efeito de título de crédito.

2.1 Doutrina estrangeira

Mário Stolfi[3], invocando o direito italiano, sustenta que a apólice pode exercer diversas funções e, conseqüentemente, apresentar cinco diferentes naturezas jurídicas. Para ele, antes de tudo, a apólice poderia ser considerada ato jurídico, à medida que teria por escopo manifestar a vontade da seguradora. Por outro lado, à apólice poderia ser atribuída a condição de requisito de validade do contrato de seguro, quando as partes, para terem como certa a conclusão do contrato, não apenas vinculam a validade do negócio à forma escrita, mas antes especificam que tal forma deve constar da subscrição da apólice. Em terceiro lugar, pode a apólice ser entendida como requisito de eficácia do contrato de seguro, quando as partes subordinam à sua expedição o termo inicial da obrigação da seguradora, embora o contrato deva reputar-se concluído desde o momento em que se estabeleceu o acordo de vontade dos contraentes. Em qualquer hipótese, constituiria documento probatório do contrato de seguro, que reputa consensual (não formal), com efeito *ad probationem* e não *ad substantiam*. Finalmente, poderia ser considerada documento de legitimação, quando à ordem ou ao portador.[4]

Cesare Vivante[5] já ensinava que o seguro é um contrato que se torna perfeito pelo simples consentimento, embora seja costume reduzi-lo a um escrito: a apólice. E explica o mestre: "A sancção com que a lei pune a falta de escripto não é a nullidade da contratação, mas consiste simplesmente na restricção dos meios de provar a sua existência, isto, é, na exclusão da prova por testemunhas em todos os casos em que não é admittida pelo Código civil." Sobre sua qualificação como título de crédito, rejeita-a, afirmando que a apólice não pertine a um direito abstrato, mas a um direito material, cujo conteúdo acha-se no contrato de seguro.[6]

Não é outra a posição da argentina María Teresa Pintos de Castellanos,[7] para quem a apólice caracteriza-se como documento *ad probationem*. Após esclarecer que é hegemônico o entendimento doutrinário no sentido da caracterização do contrato de seguro como um contrato consensual, a autora deduz que o contrato pode ser provado por qualquer meio, indicando que a jurisprudência de seu país vem admitindo distintos meios de prova, como os livros do segurador, testemunhas e confissão.[8] Mas esclarece que no direito argentino é necessário um início de prova por escrito. Rubén S. Stiglitz,[9] confirmando essa orientação, ensina: "..., a apólice emitida pelo segurador como expressão de sua vontade de aceitar a proposta do pretendente a segurado, é o instrumento probatório por excelência, pois se trata de um documento apto à verificação do negócio jurídico, ou seja, o acordo de vontades; é a forma como se o tem documentado desde suas remotas origens, mas só pressupõe o aperfeiçoamento de um acordo de vontades que o precede. A apólice sucede a conclusão do acordo. É sua conseqüência. Mas tampouco o contrato encontra na apólice o seu único instrumento probatório. Com efeito, todos os demais meios de prova serão admitidos, se há princípio de prova por escrito. Em conclusão, é possível o contrato de seguro sem que haja apólice que o demonstre. Ao contrário, a apólice sempre instrumenta um contrato de seguro."

Na Espanha, Joaquín Garrigues[10] identifica-lhe o caráter de simples documento probatório e instrumento de aceitação da proposta. J. J. Garrido y Comas[11] propõe que a apólice é documento meramente probatório (*ad probationem*), além de instrumento contratual regular. Como meio de prova, pode ser substituído por outros, mesmo o testemunhal, desde que haja um princípio de prova por escrito. Fernando Luis Blanco Giraldo, por sua vez, informa que a jurisprudência do Tribunal Supremo tem aceitado a natureza consensual do contrato e o efeito meramente *ad probationem* da apólice de seguro.[12]

Picard e Besson[13] sustentam, no regime da lei francesa, que a apólice é o meio normal de prova do contrato de seguro, porém não exclusivo, sendo vedada, apenas, a prova testemunhal. Igual opinião registram Nicolas Jacob,[14] Yvonne Lambert Faivre[15] e Brière de L'Isle,[16] o qual defende, como Stolfi, que a apólice também poderá cumprir a função de requisito de validade do contrato.[17-18]

Luis Ruiz Rueda,[19] examinando o direito mexicano, assevera que a apólice é documento de prova (declaração de verdade) e não constitutivo (declaração de vontade), pertinindo a contrato preexistente. No mesmo sentido, Rafael de Pina Vara[20] reconhece na apólice a função probatória da existência do contrato, que pode ser suprida pela confissão: "É este um elemento probatório, mas não essencial, do contrato de seguro". Raul Cervantes Ahumada[21] compartilha dessa doutrina: "Segundo nossa lei, conforme já indicamos, a apólice perdeu sua histórica solenidade para converter-se em um documento simplesmente probatório, cuja função pode ser substituída pela confissão ou com a evidência do conhecimento, por parte do proponente, da aceitação do seguro por parte do segurador".

Também para o jurista suíço W. Koenig[22] a apólice constitui meio de prova.

Muito embora reconhecendo que o direito positivo português conduz a conclusão diversa, para J. C. Moitinho de Almeida[23] a apólice é documento probatório do contrato de seguro, prova esta que poderá ser feita por outros tipos de documentos (*tickets*, cartas, notas de cobertura etc.). Rafael Rodrigues da Silva,[24] pressupondo a consensualidade, afirmava ser a apólice o instrumento de prova do contrato, posição que, a par a divergência doutrinária, era acolhida pela jurisprudência.

Divergindo, Jaime Bustamante,[25] perfilha a opinião de que a apólice constitui requisito de formação do contrato de seguro que reputa solene. Para ele, ademais, é prova fundamental do contrato. Com relação ao conjunto de meios de prova restante (confissão, testemunhal, cartas e outros documentos etc.), afirma que o mais que podem provar é a intenção de celebrar o contrato ou o fato de havê-lo celebrado, mas não o próprio contrato (referindo-se ao conteúdo). De resto, ressalta a qualidade executiva de determinadas apólices, quando acompanhadas de prova complementar.

Miguel Angel Angrazio,[26] comentando a regra do art. 1.548 do Código Civil paraguaio que expressamente preceitua a vigência do contrato antes da emissão da apólice, observa que a norma tem sua razão de ser no fato de que, tratando-se de um contrato consensual, o seguro aperfeiçoa-se com o simples acordo de vontade das partes e não a partir da emissão da apólice, exemplificando com a hipótese de ter-se verificado o risco de incêndio antes da emissão da apólice, caso em que o segurador estará, ainda assim, obrigado a concretizar a garantia, pagando a indenização correspondente. No direito paraguaio, ensina o autor, o contrato prova-se por qualquer meio, desde que presente um princípio de prova escrita (art. 1.555).

Finalmente, o boliviano Carlos Morales Guillen,[27] comentando o art. 1.006 do CCom, propõe ser o seguro um contrato simplesmente consensual, em razão do que se prova por todos os meios, desde que concorra um início de prova escrita, sendo a apólice forma *ad probationem* e não *ad solenitatem*.

2.2 Doutrina brasileira

Foi clássica, em nosso país, a doutrina segundo a qual a apólice constitui requisito obrigatório à constituição do contrato de seguro ou, pelo menos, para sua prova.

Silva Costa,[28] que abordou o assunto sob a égide do Regulamento 737/1850, lecionava que apenas por escrito é que se poderia fazer a prova do contrato de seguro, escrito este que correspondia à apólice. Na mesma época, com mais severidade, Teixeira de Freitas, em seu *Vocabulário Jurídico*[29] assim tratou o verbete apólice: "são instrumentos públicos com esta denominação, e classificação: Em apólices de dívida pública — gerais e provinciais. Em apólices de seguros, marítimos ou terrestres".

Clóvis Bevilácqua, autor do *Código Civil brasileiro, comentando* o seu art. 1.433, professava que "A forma escripta é substancial no contracto de seguro. Não há seguros verbaes. Não obriga antes de reduzido a escripto, diz o Código, isto é, antes dessa formalidade, não há contracto. Não basta porém, qualquer fórma escripta. Para a perfeição do contrato é necessario que o segurador entregue ou remetta a apólice ao segurado, ou faça nos seus livros o lançamento da operação".[30]

J. M. de Carvalho Santos,[31] examinando a mesma norma, também entendia que a forma escrita era da substância do contrato de seguro: "a forma escrita é substancial no contrato de seguro, sendo o escrito essencial e indispensável para a prova dos riscos que foram previstos." Registrava que entendimentos mais graves vertiam no sentido de que não só a escrita era essencial, como também fazia-se necessária a remessa ou a entrega da apólice ao segurado, pelo segurador.

Eduardo Espinola,[32] embora tenha deixado de examinar os efeitos da apólice, com esforço na regra civil mencionada afirmava que o "contrato de seguro só por escrito pode ser constituído, denominando-se apólice o seu instrumento; considera-se perfeito desde o lançamento usual da operação." Idênticas as opiniões de João Luiz Alves[33] e Dimas R. de Almeida.[34]

Manuel Ignacio Carvalho de Mendonça[35] entendia que "O contracto de seguro começa a ser obrigatorio quando é admittida a apólice de seguro, que é seu instrumento escripto, ou quando o segurador o lança nos livros em que escriptura suas operações habituaes. Dahi também a conclusão que tal contracto só póde ser provado por escripto."

Não era outra a posição original de Waldemar Ferreira[36] que, entretanto, acabou por entender que a apólice não é elemento constitutivo do contrato de seguro. Não sendo atributiva de direito, é do contrato de seguro já perfeito e acabado sua "expressão instrumental", com finalidade probatória (prova mestra) que pode ser suprida por outros meios.[37]

J. Stoll Gonçalves,[38] a seu turno, ensinava que "Pelo texto legal se conclue no entretanto que a apólice não é necessária para a validade do seguro. Uma vez havido o consentimento, elle se prova por qualquer escripto quer pelo simples recibo do premio, quer por qualquer forma de correspondencia, quer por qualquer outro documento escripto ou pelos livros do segurador."

Numa P. do Valle,[39] no mesmo sentido, ensinava: "... a forma escripta, isto é, um documento escripto é essencial para obrigar as partes, quanto a um contracto de seguro. Não ha documento escripto, não haverá contracto de seguro. Dahi não nos é licito fugir uma vez que a lei positivamente assim o determina. A apólice não é, porém, o seu escripto essencial, visto como este documento pode ser substituido por outro qualquer. (...) À emissão da apólice e a entrega délla ao segurado não são requisitos essenciaes na consummação do contracto de seguro terrestre, visto como a apólice não é requerida, 'ad solenitatem', mas, tão sómente, 'ad probationem'."

Amílcar Santos,[40] entendia que a apólice cumpre dupla função: "primeiro, meio normal de prova do seguro; segundo, regulador dos direitos e obrigações desses contratos, quer quanto aos contratantes, quer quanto aos terceiros que nele possam figurar." O autor vacilava entre "meio normal de prova" e "prova imprescindível", além de "escrito imprescindível para o acabamento e perfeição do contrato".

Pontes de Miranda,[41] modernamente, encarou a apólice como instrumento normal de prova do contrato de seguro, ressaltando que para a jurisprudência basta a prova escrita da proposta e da aceitação para que se repute concluído o contrato, com o que concorda, definindo a apólice como instrumento *ad probationem.*

Ângelo Mário Cerne[42] entende que a apólice é o instrumento do contrato de seguro, meio normal de sua prova e de regulação de direitos e obrigações.

Orlando Gomes,[43] reputando o seguro contrato simplesmente consensual, afirma: "Embora a lei esteja redigida em termos que fazem pressumir a vinculação de sua eficácia à forma escrita, em verdade esta não é da substância do contrato, senão como forma *ad probationem tantum*".

Pedro Alvim,[44] após registrar o entendimento da doutrina estrangeira favorável à consensualidade e à amplitude dos meios de prova do contrato de seguro, assim como o entendimento de Serpa Lopes no sentido de considerar a apólice processo normal de prova, conclui que, apesar dessas interpretações conformarem-se com a doutrina e legislação modernas, seriam estranhas à dogmática brasileira, onde, no seu entender, a apólice constitui, ao lado do lançamento usual da operação pelo segurador, o único meio idôneo de prova do contrato.

Vera Helena de Mello Franco,[45] afirma que a emissão da apólice constitui requisito de eficácia do contrato de seguro, mas rejeita a natureza formal deste e sustenta que a apólice é instrumento de prova, ao lado do lançamento da operação pelo segurador nos seus livros, da aceitação e da existência do contrato de seguro.[46]

Jorge Lafayette Pinto Guimarães,[47] embora admitindo a solenidade do contrato de seguro, nem por isso recusa a possibilidade de ele vir a ser provado por outros meios que não a apólice, como o lançamento da operação nos livros do segurador e a confissão, assim como todo e qualquer escrito, *v.g.* correspondência, recibo de prêmio etc.

Werter R. Faria,[48] talvez no mais interessante escrito sobre a matéria em nosso país, após descaracterizar como fonte primária do seguro terrestre o conjunto de normas civis, resgatando a disciplina unitária dos seguros marítimos e terrestres, encontra no art. 666 do CCom. e na legislação securitária complementar fundamento para sustentar a opinião de que a apólice não constitui requisito essencial para a constituição, validade, eficácia e prova do contrato de seguro, reservando-lhe, no particular, a qualidade de meio normal de prova do consensual contrato de seguro.

3. O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O direito positivo em matéria de seguros não se encontra contido em um corpo ou diploma único. É, ao invés, encontrável no Código Comercial, Código Civil e inúmeros diplomas complementares, desde o Dec.-lei 73/66, passando por atos administrativos e seguindo até o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, recém editado.

Procuraremos desenvolver, ainda que sinteticamente, a apresentação dos elementos desse sistema normativo, com o objetivo de demonstrar que, muito embora a apólice deva ser considerada instrumento normal do contrato de seguro e meio de prová-lo, sua existência é prescindível para a constituição, validade, eficácia e prova da relação contratual securitária.

O Código Comercial Brasileiro, do meado do século XIX, em seu art. 666 estabelece: "Art. 666. O contrato de seguro marítimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e risco do mar, se obriga a indenizar ao segurado da perda ou dano que possa sobrevir ao objeto do seguro, mediante um prêmio ou soma determinada, equivalente ao risco tomado, só pode provar-se por escrito, a cujo instrumento se chama 'apólice'; contudo julga-se subsistente para obrigar reciprocamente ao segurador e ao segurado desde o momento em que as partes se convierem, assinando ambas a minuta, a qual deve conter todas as declarações, cláusulas e condições da apólice".

No artigo seguinte lê-se: "Art. 667. A apólice de seguro deve ser assinada pelos seguradores e conter: 1° o nome e domicílio do segurador e do segurado; declarando este se segura por sua conta ou por conta de terceiro, cujo nome pode omitir-se; omitindo-se o nome do segurado, o terceiro que faz o seguro em seu nome fica pessoal e solidariamente responsável. A apólice em nenhum caso pode ser concedida ao portador. (...) 3° a natureza e qualidade do objeto seguro, e o seu valor fixo ou estimado; (...) 7° menção especial de todos os riscos que o segurador toma sobre si; 8° o tempo e o lugar em que os riscos devem começar e acabar; 9° o prêmio do seguro, e o lugar, época e forma do pagamento; 10° o tempo, lugar e forma de pagamento no caso de

sinistro; (...) 13º e geralmente todas as outras condições em que as partes convenham."

Para a solução de dúvidas a respeito das condições ou cláusulas do seguro, o diploma apresenta quatro critérios básicos (art. 673 c/c. art. 131), a saber: a) cláusulas escritas prevalecem sobre as impressas, b) as que forem claras e expuserem a natureza, objeto ou fim do seguro, servirão de regras para estabelecer as obscuras, e para fixar a intenção das partes na celebração do contrato, c) os usos e costumes do local da contratação prevalecerão sobre o significado vulgar das palavras e d) havendo ambigüidade, atentar-se-á para a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato ou então ao sentido das demais cláusulas, bem como à conduta das partes após a celebração contratual.

As regras dos arts. 132 e 133, acrescentam, pela ordem: a) caso os valores (moeda, peso ou medida) tenham sido designados de modo genérico, adotar-se-á os especificados em contratos da mesma natureza e b) caso omitidas cláusulas necessárias à execução do contrato, adotar-se-á as que forem usualmente praticadas no lugar da execução do contrato.

É importante, neste momento, resgatar o ensinamento de Werter R. Faria:[49] "O Código Comercial brasileiro regulou exclusivamente os seguros marítimos. Em nota ao art. 666, Salustiano Orlando de Araújo e Costa (...) tece a seguinte crítica: 'Não pode deixar de merecer reparo que o Código não se ocupasse dos seguros terrestres, de que aliás temos diferentes companhias, de que, aliás, outros códigos se ocupam em títulos especiais'. (...) A falha, no que concerne a essa classe de seguro, não obscurece, porém o mérito da conclusão do nosso maior jurista[50] de que 'há disposições comuns aplicáveis aos seguros terrestres e aos seguros marítimos mas a separação entre o Direito Civil e o Direito Comercial neste contrato tem obrigado os legisladores a não coligir essas disposições comuns e a nem regular o contrato de seguros terrestres. Tal contrato acha-se reduzido a declarações de seus estatutos e respectivas estipulações; não havendo lugar para ele, nem nas Codificações Civis, nem nas Codificações Comerciais'".

E, como o Código Comercial disciplinara especificamente os seguros marítimos, acrescenta o mencionado autor que muito embora o Dec. 737,[51] de 1.850, tivesse incluído o seguro no rol das operações de mercancia (art. 19, § 4º) e o considerado ato sujeito às disposições do Código Comercial (art. 20, § 4º), não havendo normas precisamente reguladoras dos seguros terrestres, os tribunais ora aplicavam as normas desse Código, ora normas próprias dos contratos civis.[52]

Clóvis Bevilácqua, considerando a ausência de legislação sistemática sobre a matéria,[53] e apesar de pendente de solução a questão sobre a comercialidade dos seguros terrestres, dedicou, no Código Civil, de 1916, um capítulo sobre o contrato de seguro, contendo disposições gerais e disposições sobre o mútuo e o de vida.

Estas as normas do direito civil codificado que se referem à matéria examinada: "Art. 1.433. Este contrato não obriga antes de reduzido a escrito, e considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação. Art. 1.434. A apólice consignará os riscos assumidos, o valor do objeto seguro, o prêmio devido ou pago pelo segurado e quaisquer outras estipulações, que no contrato se firmarem. Art. 1.435. As diferentes espécies de seguro previstas neste Código serão reguladas pelas cláusulas das respectivas apólices, que não contrariarem disposições legais."

É importante ressaltar que, além da polêmica a respeito da aplicação das regras de direito comercial, o tema em estudo — efeitos e natureza jurídica da apólice — sofria uma forte repercussão das regras processuais vigentes. Como veremos, essa fronteira processual terminará em 1939, com o advento do Código de Processo Civil e, no ano seguinte, também se focaliza marco importante para a solução da polêmica a respeito da comercialidade ou não das operações securitárias, com a edição do Dec.-lei 2.063.

O diploma processual vigente em toda a federação, até a edição do Código de Processo Civil de 1939, era o chamado Regulamento 737. O art. 159 deste diploma estabelecia que "Não pode suprir a escritura pública e particular, quando ela é da essência ou substância do ato, como no caso dos arts. (...) e 666 do Código.".

O Regulamento, portanto, considerou a forma escrita da substância do contrato de seguro.

Assim, pode se compreender, também, que muitos estudiosos afirmassem, à vista da regra do art. 1.433 do CC onde nem mesmo consta a referência a minuta, que somente a apólice poderia provar a existência do contrato, dando-lhe validade e eficácia jurídicas. A discussão dava-se, principalmente, em torno da prova confessional, uns sustentando sua possibilidade e outros rejeitando-na.[54]

Em 1920, O Dec. 14.593, impõe à exploração da atividade seguradora, com poucas exceções, a forma de sociedade anônima, cuja natureza comercial era reconhecida no direito positivo desde o final do século XIX. Vinte anos depois, o Dec.-lei 2.063, confirma a imposição, enquanto que a comercialidade do objeto das companhias também recebe reforço (Dec.-lei 2.627/40, art. 2º, parágrafo único). Até hoje, por força da vigente Lei das Sociedades Anônimas,[55] qualquer que seja o seu objeto, a companhia será sempre mercantil e reger-se-á pelas leis e usos comerciais.

A maioria dos autores brasileiros, de formação hegemonicamente civilista, tratam o seguro terrestre à luz do Código Civil. Teixeira de Freitas, escrevendo antes da codificação civil, afirmava que tais seguros regulam-se por suas apólices.[56] Outros aceitam recorrer à lei comercial, no silêncio da civil e, finalmente, um terceiro grupo, considerando a disciplina legal que acabamos de introduzir, sustenta que o seguro privado rege-se basicamente pelo direito mercantil. Werter Faria, dentre estes, afirma: "A lei civil precede os usos mercantis; nunca porém, o Código Comercial. É este que se aplica, primeiramente, ao chamado direito do seguro privado. A falta de normas sobre os seguros terrestres, bem como a similitude destes com os seguros marítimos, obrigam a preencher a lacuna com as disposições do tít. VIII do Código Comercial".[57]

Em 1939, o Código de Processo Civil revoga o Regulamento 737 e, sobre a matéria, disciplina conferindo maior liberdade: "Art. 208. São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais."

E sobre a confissão, o novo diploma (art. 233) veda-a tão somente quando a escritura pública for da substância do contrato.

Assim, a prova confessional passou a integrar o elenco de meios probatórios do contrato de seguro, desde que não é requerida a escritura pública para sua existência.

A norma do art. 1.433, do CC, por outro lado, ao dispor que o contrato de seguro "não obriga antes de reduzido a escrito", permite o raciocínio a *contrario sensu*, i.é, que todo e qualquer escrito pode ser utilizado para o desenvolvimento de sua prova. Esta, aliás, a conclusão de Jorge Lafayette[58] e de Werter Faria.[59]

Neste ponto, já se pode dizer que, além da prova documental — não necessariamente a apólice —, prova-se o seguro através da confissão.

Entretanto, o sistema jurídico brasileiro em matéria de seguros sofreu radical transformação. Leis especiais trataram a matéria, abrindo vala para uma próxima multidão de atos administrativos. Também nossa cultura jurídica evoluiu. E o direito processual civil, igualmente.

O diploma central é a Lei de Seguros.[60] Destacam-se, inicialmente, duas regras principais:

"Art. 1º Todas as operações de seguros privados realizadas no país ficarão subordinadas às disposições do presente decreto-lei.

"Art. 2º O controle do Estado se exercerá pelos órgãos instituídos neste decreto-lei, no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro."

A Lei de Seguros, especial, afastando a dicotomia do direito privado, abrange todos os contratos de seguro, sejam marítimos, sejam terrestres. Além disso, estabelece o princípio de que o Estado, por agentes qualificados que institui (Conselho Nacional de Seguros Privados, Superintendência de Seguros Privados e Instituto de Resseguros do Brasil), exercerá intervenção (normativa, fiscalizadora e punitiva) tendo sempre em grau superior de preocupação o interesse dos segurados e beneficiários.

Em seu art. 9º, dispõe que o seguro será contratado através de proposta assinada pelo segurado, seu representante legal ou corretor habilitado, com emissão da respectiva apólice. Já aí uma sensível diferença com relação às normas codificadas que mencio-

namos. O art. 10 abre a possibilidade de celebrar-se o contrato mediante proposta verbal, com a simples emissão de bilhete de seguro pela seguradora, remetendo ao Conselho Nacional de Seguros Privados a regulamentação desta norma, com a padronização das cláusulas e impressos necessários.

Percebe-se que a redação da norma do art. 9º já não tem o condão de autorizar raciocínio partidário da apólice como instrumento *ad solenitatem*. Nem mesmo permite seja considerada a apólice requisito de validade e eficácia do contrato de seguro. É, aliás, o que confirmam o *caput* e o § 1º do artigo seguinte, admitindo a proposta verbal e a substituição da apólice, em sua configuração tradicional de instrumento contendo todas as cláusulas e condições, por um bilhete, documento resumo semelhante ao *slip* do direito inglês.

Entretanto, o § 2º desta última norma, ao dizer que o art. 1.433 do CC não é aplicável aos seguros contratados ao seu abrigo, permite *a contrario sensu* o entendimento de que os seguros contratados na conformidade do art. 9º estão sujeitos à aplicação do art. 1.433.

A princípio, então, o art. 1.433 parece persistir vigindo. Contudo, como veremos a seguir a nova legislação, de cunho especial, adotou com folgada clareza a consensualidade do contrato de seguro e extraiu da atividade das partes o rigor formal antes verificado, trazendo para a atividade de controle operacional pelo Estado uma minuciosa tarefa que torna sem sentido a concepção tradicional a respeito da apólice.

Com efeito, ao CNSP outorgou competência para fixar as características gerais dos contratos de seguro (art. 32, n. IV) e à SUSEP competência para fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional (art. 36, *c*), inclusive examinando e aprovando as condições de coberturas especiais, além de fixar as taxas aplicáveis (idem, *e*).

A intervenção regrada pela Lei de Seguros é encontrada, se não na sua totalidade, por certo na imensa maioria dos países.

Ruben S. Stiglitz,[61] referindo-se ao exemplo argentino, reflete: "O Estado exerce o controle de uma parte essencial do direito contratual do seguro (...) Isto significa que as partes conservam sua liberdade de conclusão, ou seja, são livres para decidir se querem ou não concluir um contrato e com quem vão formalizá-lo. Mas não dispõem da possibilidade de estabelecer livremente o conteúdo dele, ou seja, carecem de liberdade de configuração interna."

Também assim doutrina, entre nós, Eros Roberto Grau:[62] "Passou o Estado, então, não apenas a regular a capacidade de padronização dos contratos pela parte hipersuficiente, mas também a substituir a adesão de uma das partes pela adesão de ambas as partes a padrões deles, que fixou. Aí o surgimento de contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal. Deita-se por terra, assim, em nome da realização de justiça social — mas também do desenvolvimento — o princípio da liberdade de contratar, enquanto liberdade de configuração interna dos contratos. Tome-se como exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro.[63]

O Dec. 60.459, de 13.3.67, em seu art. 2º, § 2º deixa claro que a apólice é documento posterior à conclusão do contrato, ao dispor que deve ser emitida até 15 dias, a contar da aceitação da proposta. O art. 3º, por sua vez, estabelece que além das condições previstas na legislação em vigor, as propostas e apólices deverão obedecer às instruções baixadas pela SUSEP.

Assim, não bastasse a regra supramencionada para firmar a consensualidade do contrato de seguro, eliminando qualquer dúvida relativa à vinculação da sua existência, validade e eficácia à emissão da apólice e, igualmente, ao registro da operação nos livros do segurador, também a Circular SUSEP 47/80 veio contribuir para a ruptura com o direito tradicional. Com modernidade consentânea com a realidade dinâmica atingida pelas operações de seguros, dispôs que, uma vez transcorridos os prazos que fixa (15 dias em geral; 7 dias para o ramo transportes em operação restrita a uma única viagem) para a seguradora recusar (art. 1º, §§ 2º e 3º) formalmente (por escrito) a proposta, caracterizar-se-á a aceitação tácita (§ 5º), devendo a apólice ser emitida no prazo de 15 dias contado da sua aceitação (art. 3º *caput*) e, finalmente, que o início da cobertura retroage à data indicada na proposta ou, caso omissa, à data de seu recebimento (da proposta) pela seguradora (art. 3º, § 2º).

Sabe-se que as apólices, estruturalmente, contém condições gerais, especiais e particulares. As primeiras encerram as cláusulas básicas, comuns a todos os contratos de um mesmo ramo de seguro. As segundas referem-se a especificações (modalidades) compreendidas nos ramos, bem como a coberturas complementares, supressão de coberturas, franquias etc. Finalmente, as particulares compreendem elementos muitas vezes específicos, como o nome das partes, instituição de beneficiários, valor do prêmio, limites da importância segurada, prazos específicos e outros aspectos pertinentes a um determinado contrato.

As condições gerais e especiais são objeto de padronização, mediante a atividade regulamentadora estatal, sendo indiferente constar o seu texto de um documento individualizado para efeito de conhecer-se o seu conteúdo. A questão, destarte, restringe-se em saber como, na falta da apólice, poderão ser conhecidas as condições particulares.

Em nosso sistema, tais elementos podem ser encontrados na proposta de seguro (*v.g.*, Circular SUSEP 34, de 22.6.72), que deverão obedecer as instruções baixadas pela SUSEP, por força do art. 2º, do Dec. 60.459/67. E, havendo eventuais omissões, que não a tornem inepta, poder-se-á recorrer às regras de interpretação aplicavéis aos contratos, como as já mencionadas do Código Comercial.

Há, porém quem negue qualquer validade aos atos normativos administrativos que dispõem de modo diverso do direito legiferado. Esta a situação, aliás, do sistema regulamentar posto em prática pela SUSEP, à medida que incorporou expressamente a consensualidade do contrato de seguro e, mais do que isto, dispôs de modo a tornar empiricamente indefensáveis as exegeses que, à luz do direito tradicional, colhiam nas apólices efeitos fundamentais.

Mas tais atos administrativos, em face da celeridade com que são produzidos, foram os meios de que pode lançar mão o Estado para adequar as normas a uma prática em constante desenvolvimento, própria da atividade securitária.

Sem endossarmos a dicotomia do direito privado,[64] alguma razão nos parece terem aqueles que defendem a natureza mercantil do contrato de seguro, como Rocco,[65] Vivante[66] e Werter Faria, posto servir-lhe de fonte o uso e ter como uma de suas características a informalidade: "Em face da técnica própria do direito comercial, e de seu objetivo de regular operações em massa, em que a rapidez da contratação é elemento substancial, forçou-se a supressão do formalismo".[67]

Tércio Sampaio Ferraz Júnior,[68] com muita propriedade, ao tratar das fontes do direito, ensina:

"Em suma, o costume, como fonte de normas consuetudinárias, possui na sua estrutura, um elemento 'substancial' — o uso reiterado no tempo — e um elemento 'relacional' o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimentos rituais ou silêncios presumidamente aprovadores.

A impositividade das normas consuetudinárias, que têm por fonte o costume, é dotada de validade e eficácia, como as normas legais. Sua condição de validade, i. é, o título que as faz normas integrantes do sistema, repousa, porém, num elemento diferente daquele que conhecemos para as normas legais. Não se trata de procedimentos regulados por normas de competência, mas a própria *opinio necessitatis*, o processo de institucionalização que as consagra como normas obrigatórias. Neste sentido, toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-origem, pois sua validade deriva diretamente da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (...)

Norma-origem, a norma consuetudinária constitui séries de normas derivadas, com força própria, inclusive com efeitos revogatórios. É o costume negativo ou 'contra legem' de que já falamos. Tecnicamente a doutrina tende a recusar esta possibilidade, fundando-se no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: 'Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que 'outra' a modifique ou revogue' (grifamos). Apesar disso conhecem-se inúmeros exemplos de costumes 'contra legem' que acabam por se impor na prática judiciária."

Nenhuma dúvida há quanto ao fato de que a celeridade e informalidade na contratação do seguro há muito constitui uma praxe em constante desenvolvimento. Os diplomas modernos vêm procurando confeccionar-se de normas que permitam o incremento dessa vivacidade, reconhecendo o risco de ineficácia e, portanto, de quebra da ordem jurídica que encerram os preceitos rígidos do direito tradicional. Daí justificar-se a consideração dos costumes *contra legem*, salvo quando possam romper não com meras regras legais, mas com princípios jurídicos. Essa lição não implica lesão à ordem jurídica; ao contrário, confere segurança e certeza jurídicas ao sistema normativo, corrigindo a potencialidade negativa de normas antagônicas com os imperativos da realidade.

Resultado de doutrinas do século XVIII e XIX, as codificações caracterizam-se por uma rigidez que, embora aparentando aquela segurança e certeza, não condiz com o acelerado processo de mudanças próprio da civilização industrial, sob a égide do Estado-gestor.

Perfeitamente admissível, portanto, a atividade normativa da administração e o entendimento doutrinário em desconformidade com a rígida submissão ao princípio da legalidade (hierarquia das fontes do direito), produzindo e legitimando regras *inferiores* que excedem ou, até mesmo contrastam com outras *superiores*.

Referindo-se ao princípio da legalidade, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sustenta: "apesar disso, é conhecido o problema do moderno Estado-gestor que, em face da complexa celeridade das transformações econômicas, acaba por contrariar aquela restrição, produzindo no rol das normas regulamentadoras, prescrições que ou são incompatíveis ou extrapolam as limitações legais. Isto ademais, não ocorre apenas com os decretos, mas também com outros atos normativos do executivo, como as 'portarias'... etc.

Na verdade, o advento e o crescimento do Estado-gestor tornou muito mais complexa a legislação como fonte do direito. Se no início ela pode se restringir à produção de leis, hoje abarca um rol enorme de atos, como resoluções, regimentos, instruções normativas, circulares, ordens de serviço etc. que, em tese (liberal), deveriam estar subordinadas às leis enquanto expressão da vontade do povo, mas que, na prática, implodem a chamada estrutura hierárquica das fontes. (...)

Assim, nada obsta que, de fato, uma fonte (a) que, por suas normas, atribua a outra fonte (b) a produção de certas normas, termine por atribuir-lhe a competência de modificar normas de uma terceira fonte (c) que, em tese, lhe seria superior. (...) Para explicar esta "anomalia" só mesmo recorrendo à noção de norma-origem como aquela que confere, a uma série normativa, o seu título de validade, e à idéia de que os sistemas normativos contém não uma única, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico, regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da 'eqüifinalidade', isto é, que um mesmo ponto final pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios".[69]

A conclusão a que chegamos, da análise do sistema regulamentar vigente, é que a exigência da apólice, quer para a existência, quer para a validade, quer para a eficácia do contrato de seguro, ou mesmo para a sua prova, exigência essa que, muito embora polêmica na doutrina e aqui tendente ao desaparecimento, estaria aparentemente contida nas regras dos arts. 666 do CCom. e 1.433, do CC, hoje não faz qualquer sentido.

Se esta é a conclusão a que nos levam os dispositivos especiais, voltando à consideração a respeito do valor probante da apólice, vejamos como o atual Código de Processo Civil trata a matéria.

Inicialmente, em seu art. 332, dispõe: "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."

Quanto à prova testemunhal, o novo diploma prevê que somente não será admissível quando só por documento puderem ser provados os fatos (art. 400, inc. II) e que será imprescindível o documento, quando a lei considerar da substância do ato a escritura pública (art. 366). Limita-se a prova exclusivamente testemunhal aos contratos

cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados (art. 401), mas será possível, qualquer que seja o valor do contrato, quando houver começo de prova por escrito (art. 402 n. I).

Quanto à confissão, somente não terá valor probante no caso do art. 366 mencionado ou quando se referir a fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351).

Merece notar que a prova por meio de telegrama, telex, fonograma e gravação magnética tem sido aceita pelos tribunais.[70]

À vista das disposições processuais, poderá ser provado o contrato de seguro e fatos a ele relativos, com bastante liberdade. Não sendo exigida a formalização contratual por meio de escritura pública, em tese a mera prova testemunhal poderia bastar. Entretanto, se esta possibilidade nos parece depender de especialíssima casuística, o certo é que, respeitadas as características e problemáticas do contrato, independentemente de exceder ou não o valor estabelecido no art. 401,[71] será viável a prova testemunhal acompanhada de início de prova por escrito (carta, proposta, *telex*, recibo de prêmio etc.). As demais provas, como os registros da seguradora, a confissão, a perícia ou a gravação magnética têm poder probatório do contrato de seguro.

A jurisprudência brasileira em matéria securitária tem-se mostrado assistemática. E nisto não difere da doutrina. Dentre as razões que levam a essa situação, pode-se dizer que se encontra o fato de a cultura jurídica brasileira estar arraigada a uma formação essencialmente civilística, bem como o fato de o contrato de seguro não ter atraído a atenção dos estudiosos, com raras exceções.

Assim, embora possamos encontrar nas decisões judiciais diversas proposições a respeito da importância da apólice para a identificação das partes, do limite de garantia, das cláusulas em geral ou mesmo para a existência do contrato, o debate subjacente a essas decisões não encerra maiores precisões técnicas.[72] Inúmeras decisões referem disposições da apólice, quando, na realidade, invocam condições padronizadas pela SUSEP.[73]

Encontram-se, outrossim, decisões em que se reconhece o direito do segurado a garantia não prevista na apólice, quando esta deixou de consignar cobertura para o risco contra o qual desejava proteger-se o segurado.[74]

Finalmente, alguns acórdãos consideram que a apólice não constitui o único meio de prova do contrato, podendo ele ser provado através da proposta ou por meio de outros documentos.[75]

Pelo exposto, o direito legiferado e os regulamentos, assim como parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, convergentes com o entendimento que prevalece no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência alienígenos, emprestam fortes elementos no sentido de que a apólice não vincula o contrato de seguro, sendo dele mera expressão, podendo, enquanto prova, ser substituída por outros meios, escritos ou não.

4. SÍNTESE E CONCLUSÃO

Parece não restar dúvida de que o contrato de seguro é um contrato consensual e não formal.

A caracterização da apólice como forma *ad substantiam* e como meio de prova exclusivo do contrato de seguro não encontra muita vozes que a sustente no direito comparado, ao passo que, na doutrina brasileira, os efeitos da apólice ainda dividem os autores. Talvez isto se explique, fundamentalmente, pelo fato de que se tratou da matéria, com maior ênfase, no início do século. A par da tradição essencialmente civilística de nossa cultura jurídica, é preciso lembrar que foi justamente nessa época que se editou nosso Código Civil, ainda vigente, onde os seguros terrestres foram disciplinados, inauguralmente. Como vimos, as únicas disposições encontráveis eram as do Código Comercial de 1850, circunscritas ao seguro marítimo.

Autores mais recentes tendem a acompanhar o entendimento que prevalece na doutrina estrangeira, atribuindo à apólice dois efeitos básicos, porém não exclusivos: instrumentalização e meio de prova do contrato de seguro.

O desenvolvimento do ordenamento jurídico especial e, principalmente, o uso e os regulamentos editados pelo Estado especialmente convergentes com a proteção dos consumidores[76] e as necessidades impostas pela dinâmica da empresa de seguros, não

só confirmam, como atribuem maior força às opiniões que restringem à apólice as funções de prova e meio normal de instrumentalização do contrato de seguro.

Tudo leva a crer que a apólice, inicialmente da substância do contrato, solenidade essencial para a sua própria existência jurídica, frutificara da mesma necessidade que agora a faz diminuir de importância. Júlio Gratton, falando do seu aparecimento e posterior desenvolvimento, afirma: "Indício característico... da circunstância que o contrato de seguro, para responder às necessidades da vida febril do comércio, deve possuir requisitos de agilidade, de rápida compreensibilidade, de fácil estipulação, sem a necessidade da intervenção pesada do letrado, é o fato de que o documento que o contém muda muito rapidamente seu primitivo nome de *scritta* pelo mais cômodo e genérico de apólice, que ainda hoje se conserva".[77]

Concordando com Gratton, sustenta Alfredo Manes:[78] "Os graves documentos notariais começaram a decair no século XIV, vindo ocupar seu posto os documentos puramente privados dos seguradores, outorgados quase sempre por intermédio de um agente ou corretor, a que se deu o nome de 'apólice'."

E prossegue o professor berlinense: "Nestes documentos continham-se todas as normas pelas quais haveria de reger-se o seguro, e sobre elas logo modelou-se a legislação".[79]

Modeladas as legislações, sob o influxo das apólices, hoje o conteúdo destas é quase totalmente regrado[80] e, na maioria das vezes, completamente regrado. Em grande parte dos países o que inclui o Brasil — apenas não constam da regulamentação, das condições-padrão obrigatórias, o nome das partes e, com exceção para alguns ramos, a descrição do interesse assegurado, o termo inicial do prazo de vigência, a instituição de beneficiários, o limite da garantia e outras disposições inerentes a cada operação individual, que a proposta[81] ou regras de suplementação contratual podem solucionar no mais das vezes.

A situação é diferente daquela encontrada séculos atrás, quando nas apólices estava o único repositório das obrigações das partes, exercendo este documento, por tal razão, com exclusividade, as funções constitutiva, instrumentalizadora e probatória do contrato de seguro. Entretanto, à medida que passou a informar a constituição dos textos legais, sofreu progressiva perda de importância.

Se antes na apólice estavam concentradas todas as cláusulas e condições contratuais, hoje as condições gerais e especiais surgem como padrões anexos às apólices. E as condições chamadas particulares, quando pertinem a modificações importantes no estatuto da relação segurado/segurador, pressupõem a chancela da Administração. Perdendo o contrato suas características, natural que sofresse o seu instrumento, a apólice. Embora muito se critique a intervenção do Estado na área de seguros privados, o que amiúde é compreensível frente a desvios políticos que travam a atividade seguradora, qual *Ogro Filantrópico*, a história tem demonstrado que esta e outras operações em massa, quanto mais se amplificam, mais exigem uma unificação, impondo dialeticamente a regulamentação pública.

Ainda que se possa criticar o entendimento de que o seguro constitui uma espécie de serviço público,[82] ou que a vocação última do Estado é a providência,[83] é inegável sua relevante função social.[84]

Tércio Sampaio Ferraz Júnior[85] chama a atenção para o desgaste da dicotomia entre o direito público e o privado: "O crescimento da influência do Estado sobre a esfera privada, porém, fez aparecer uma série de conjuntos normativos que possuem também natureza pública na medida em que nelas prevalece o caráter soberano dos atos públicos e o interesse público relevante. Trata-se de normas que regulam o trabalho, os salários, a previdência social (Direito do Trabalho, Direito Previdenciário), a proteção social de certos negócios (Direito dos Seguros, da atividade bancária, dos negócios de financiamento) ou planejamento da econômia nacional (Direito Econômico). Estes ramos, ao contrário daqueles que estritamente dizem respeito aos entes estatais e sua relação soberana sobre os entes privados (...), têm uma natureza pública menos coerente, o que tem provocado uma certa imprecisão na distribuição entre público e privado, falando-se destarte na progressiva publicização do direito privado."

Essa publicização do direito do seguro, afastando substancialmente a autonomia da vontade na formação do conteúdo da relação securitária, praticamente afasta a noção clássica de contrato, sugerindo, em seu lugar, a identificação de ato-união, tomado no sentido de convenção de conteúdo sujeito à discricionariedade estatal prévia e posterior, embora o Estado não integre, como parte, essa relação, permanecendo imanente. A consensualidade, pois, praticamente restringe-se à decisão de contratar ou não, por ambas as partes.[86]

Podemos, a final, concluir que a apólice surte, como efeitos fundamentais, embora não privativos, o de instrumento do contrato de seguro — meio de expressar a aceitação pelo segurador (a que sucede) — e o de prova documental deste contrato. De resto, cumpre as funções secundárias e excepcionais de elemento integrante de título executivo extrajudicial[87] e, na hipótese de ser emitida tempestivamente, porém em desconformidade com a proposta, surtirá o efeito próprio desta.[88]

A categorização jurídica em que se pode assentar a apólice, portanto, é a de documento privado de conteúdo regulamentado,[89] recognitivo ou testemunhal[90] da relação contratual securitária, não indispensável ou casual.

NOTAS

1. "Natureza jurídica", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, SP, 1977, v. 54.

2. A apólice (francês = police; italiano = polizza; espanhol = póliza; inglês = policy; alemão = police), para alguns teria sua origem no latim medieval apodixa, migrando para o italiano polizza com o significado de cédula — papel (instrumento) onde se inscreveu uma promessa de pagamento (De Plácido e Silva, verbete "Apólice", in *Vocabulário Jurídico*, Ed. Forense, RJ, 1987, v. I; idem, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, ob. cit., vol. 7). Para outros, provém do grego *polyptychum*, no sentido de tábua de escrever. Há quem conteste esta origem grega, inclusive argumentando que a tábua de escrever compunha-se de duas lâminas ou folhas, enquanto a apólice nunca se teria cartularizado em mais de uma... Lucien Gallix, após pesquisar a origem da palavra, identificou o italiano polizza como proveniente do grego antigo *apodehixis*, que significa exposição, demonstração, ensaio, prova; entretanto, esse autor prefere dar razão aos italianos que a recuperam em *polliceor*, no sentido de fazer promessa, pois a apólice contém as promessas que se concretizam quando da regulação do sinistro (*Il Etait une Fois ... l'Assurance*, Ed. L'Argus, Paris, 1985, p. 96). Entre nós, Castro Lopes refuta ser *polizza* a origem, pois este vocábulo seria reservado para designar documento que relaciona cargas e mercadorias, preferindo situá-la em *apollice* (dedo polegar), remontando a uso dos antigos romanos que juntavam os dedos indicador e polegar para significar a concordância durante pactos verbais (*premere pollicem* = aprovar e verterem *pollicem* = desaprovar), enquanto José da Silva Costa, no sentido aprovado por Gallix, recupera do latim *polliceo* e *polliceor*, que significa prometer voluntariamente. (Pedro Alvim, *O Contrato de Seguro*, Ed. Forense, RJ, 1986, p. 143, § 111.). Encontra-se, também, a origem no latim *pollicitatio* (prometer), *polypticum* (escrito duplo), ou *politicum*, derivado do grego *poluptuchos* (muitos documentos) (Raul Cervantes Ahumada, *Derecho Mercantil*, Ed. Herreros, México, 1976, p. 590).

Sem dúvida é bastante complexa a recuperação etimológica. Enquanto para uns *polizza* vem de *apodixa* (cédula), como vimos, para outros substituiu *scritta*, originando-se do latim *polliceri* (promter) e, outrossim, não se restringiria aos conhecimentos de cargas e mercadorias. Júlio Gratton, a propósito: "... o documento que o contém muda muito rapidamente seu primitivo nome de 'scritta' pelo mais cômodo e genérico de apólice, que ainda hoje se conserva. Apólice é uma voz que deriva do latim *polliceri* (prometer) e significa promessa (temos apólices de câmbio, apólice de carga — que hoje em dia se chama 'conhecimento' —, etc.), documento que pode dar fé do pactuado sem necessidade de que seja revestido pelas formas solenes, reservadas aos contratos redigidos pelos escrivães. A apólice de seguro é assinada sem outra formalidade pelos seguradores e se redige na linguagem comercial do tempo, ou seja, em italiano." (*Esquema de una Historia del Seguro*, Ed. Arayú (Depalma), Buenos Aires, 1.955, p. 47).

3. "La polizza di assicurazione", in *Assicurazioni*, ano XXIX, fasc. 3 (maio-junho/62, pp. 232 e ss.).

4. Agoscino Ramella defende que, primordialmente, a apólice é um documento probatório, mas também poderá constituir um título de crédito (em certos ramos, desde que à ordem) e, então, será reputada constitutiva de crédito (*Trattatto delle Assicurazioni* Ed. Francesco Vallardi, Milão, 1921 pp. 102 e ss.). Aceitando a possibilidade da caracterização da apólice como título de crédito, v. tb. Giuseppe Ferri ("La funzione della polizza nella transmissione del raportto assicurativo nella assicurazione danni", in *Assicurazioni*, 1939, ano VI, parte I, pp. 373 e ss.). Como documento de legitimação, v. Nicola Gasperoni ("Se la polizza di assicurazione contro i danni all'ordine o al portatore sia titolo di credito", in *Assicurazioni* 1939, ano VI, parte I, p. 438).

5. Instituições de Direito Commercial, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1910, pp. 278 e 279.

6. Cf. Aurelio Donato Candian, *Forma e Assicurazione — un contributo in tema di conttrati* a *prova formale*, Dott. A Giuffrè, Milão, 1988, em especial pp. 99 e ss.

7. "La póliza de seguros. Naturaleza. Efectos" in *Revista Del Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1974, ano 7, pp. 703 e ss.

8. Soler Aleu discorda da consensualidade, entendendo que o contrato de seguro é um ato formal por descaracterizar a possibilidade de outros meios de prova e, embora admitindo, como exceção a nota de cobertura ou documento provisório de garantia emitido pelo segurador, conclui: "A apólice tem, pois, caráter de prova do contrato de seguro e constitui o único meio de prová-lo." (*El nuevo contrato de seguro*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 116).

9. "La póliza. Condiciones particulares y generales", in *Revista del Derecho Comercial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, ano 13, p. 54.

10. *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1983, pp. 96 e ss.

11. *El Contrato de Seguro*, Ed. Spes, Barcelona, 1954, pp. 83 e ss.

12. *La Ley de Contrato de Seguro en la Doctrina del Tribunal Supremo* (1980 — 1990), Dykinson, Madri, 1991, pp. 88-89).

13. *Les Assurances Terrestres*, Ed. LGDJ, Paris, 1982, p. 87.

14. *Les assurances*, Dalloz, Paris, 1979, pp. 76-77, §§ 90-91.

15. *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 1985, p. 95.

16. *Droit des Assurances*, Press Universit. de France, Paris, 1986, p. 79.

17. Idem, pp. 67-68.

18. Cf. M. P. Pradier-Fodéré, *Compendio del Derecho Mercantil*, trad. esp., Flores y Monsalve, México, 1875, pp. 329 e 334.

19. *El Contrato de Seguro*, Porrúa, México, 1978, pp. 112 e ss.

20. *Derecho Mercantil Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 247.

21. *Derecho Mercantil*, Ed. Herrero, 1986, México, p. 590. O autor agrega: "Como já indicamos, a apólice é um documento simplesmente probatório, que não incorpora direitos e cujos efeitos probatórios são substituíveis por outros meios de prova (...) E que a apólice não é documento solene, constitutivo de direitos ou de situações jurídicas, nem incorporativo de direitos, reconheceu a Suprema Corte de Justiça da Nação, ao decidir que a apólice não é necessária para exercitar os direitos derivados do contrato de seguro." (p. 591).

22. *Droit des Assurances*, Payot, Lausanne, 1971, pp. 40-41.

23. J.C. Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Ed. Sá da Costa, Lisboa, 1971, pp. 36 e ss. e 43 e ss.

24. *Os Seguros — Elementos de estudo*, Lisboa, 1963, p. 60.

25. *Manual de Principios Jurídicos del Seguro*, Ed. Temis, Bogotá, 1983, pp. 89-90.

26. *El Código Civil Paraguayo Comentado*, Ed. Cromos, Assunção, 1986, t. I, p. 1.323.

27. *Código de Comercio — concordado y anotado*, Gisbert y Cia., La Paz, 1971.

28. *Seguros Marítimos e Terrestres*, Ed. H. Laemmert & C., RJ, 1883, p. 120.

29. Ed. Saraiva, SP, 1983, 1/13.

30. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Ed. Rio, ed. hist., RJ, 1979, p. 564.

31. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Ed. Freitas Bastos, RJ, 10ª ed., 1981, XIX/214 e ss.

32. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, Ed. Conquista, RJ, 1956 pp. 473-474.

33. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Saraiva, SP, 2ª ed., 1935, 2º/472.

34. *Repertório de Jurisprudência do Código Civil*, Ed. Max Limonad, SP, 1957, *Direito das Obrigações*, III/466.

35. *Contractos no Direito Civil Brasileiro*, Freitas Bastos, RJ, 1938, t. II, p. 323.

36. *Instituições de Direito Comercial*, Freitas Bastos, RJ, 1953, 3º/451, § 1.103.

37. *Tratado de Direito Comercial*, Saraiva, SP, 1963, 11º/539-540, § 2.623.

38. *Do Seguro Contra Fogo*, Ed. Paulo, Pongetti & C., RJ, 1926, p. 66.

39. *Seguro Terrestre*, Casa Duprat, SP, 1922, pp. 289 e ss.

40. *Seguro: doutrina, legislação, jurisprudência*, Ed. Record, RJ, 1959, pp. 61 e ss.

41. *Tratado de Direito Privado*, Borsói, RJ, 1964, t. XLV, 2ª ed., pp. 303 e 316, §§ 4.917,4 e 4.920,1, respectivamente.

42. *O Seguro Privado no Brasil*, Ed. Francisco Alves, RJ, 1973, p. 61.

43. *Contratos*, Ed. Forense, RJ, 1986, p. 466.

44. Ob. cit., pp. 144 e ss., § 112 e ss.

45. "A formação do contrato de seguro no direito brasileiro; a proposta e a apólice de seguro (confronto com o direito comparado)", in *RDM*, Ed. RT, 1978, n. 31, p. 57.

46. "Contrato de seguro" in *Novos Contratos Empresariais*, Ed. RT, SP, 1990, p. 188.

47. *Verbete* "Apólice de seguro" in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* — J. M. de Carvalho Santos coadjuvado por José de Aguiar Dias (orgs.), Ed. Borsói, RJ, 1947, IV/18 e ss.

48. "A apólice de seguro", *RDM*, Ed. RT, SP 1984, nº 54, pp. 40 e ss.

49. Ob. cit., p. 40.

50. Refere-se a Augusto Teixeira de Freitas.

51. O art. 159, do Regulamento 737 considerou a apólice como documento 'ad substantiam, isto é, da essência do contrato, embora o art. 666 transcrito previsse a existência e eficácia contratual a partir do acordo de vontade contido na minuta.

52. Idem, p. 41.

53. Ob. cit., p. 560.

54. Cf. Jorge Lafayette Pinto Guimarães, ob. cit., p. 20.

55. Lei 6.404, de 14.12.76, art. 2º, § 1º.

56. No léxico citado, escreveu a respeito do seguro, em 1883: "Seguros são contratos ou de seguros marítimos, de que trata nosso Código do Comércio, arts. 666 a 730; ou de seguros terrestres, etc., que entre nós não tem legislação privativa, e se regulam por suas apólices impressas." (pp. 300-301).

57. Ob. cit., p. 42.

58. Ob. cit., p. 20.

59. Ob. cit., p. 44.

60. Dec.-lei 73, de 21.11.66.

61. "Caracteres jurídicos del contrato de seguro" in *Seguros y Responsabilidad Civil*, n. 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 232 e ss.

62. *Elementos de Direito Econômico*, Ed. RT, SP, 1981, pp. 78-79.

63. Ivone Lambert Faivre, ob. cit., p. 68, adverte que mesmo em se tratando o seguro de contrato sob forte ingerência do Estado, que o regulamenta imperativamente, os seguradores persistem sendo os pré-redatores das apólices e, portanto, as regras de proteção aos segurados, especialmente no que se refere à interpretação segundo o princípio *in dubio pro* segurado, continuam sendo reconhecidas pela jurisprudência francesa, mesmo após a Lei de 13.7.30. Outra não é a situação no Brasil, onde a jurisprudência tem, sistematicamente, por reconhecer a forte influência das entidades representativas das seguradoras sobre o processo de regulamentação, entendido que as dúvidas, ambigüidades e contradições resolvem-se contra o segurador.

64. "Mais ninguém hoje sustenta a necessidade de se manter essa seperação no campo das obrigações entre direito civil e direito comercial. A verdade é que os últimos anteprojetos e mesmo projetos de código no Brasil, contemplavam já a unificação da parte obrigacional. O que interessa é uma regulamenntação, ou melhor, uma regulação empresarial para todas as atividades contratuais de empresa, e isto escapa àquela divisão clássica entre direito civil e direito comercial." (Fábio Konder Comparato, "A constituição e o seguro", in *O Seguro e a Nova Ordem Constitucional*, editado pela Sociedade Brasileira de Ciências do Seguro, SP, 1989, pp. 36-37.).

65. Alfredo Rocco, in *Principios de Derecho Mercantil*, Ed. Nacional, México, 1966, p. 174: "A última classe de atos de comércio, segundo sua natureza intrínseca, são os seguros." Apesar de fazer uso da expressão ato de comércio e de admitir a possibilidade de, para o segurado, em determinados casos, deixar o seguro de caracterizar-se como ato de comércio, o jurista italiano ressalta da essência do contrato de seguro a comunidade de riscos e a sua exploração necessariamente empresarial.

66. *Trattato di Diritto Commerciale*, Ed. Francesco Vallardi, Milão, 1934, v. I, Introdução, § 6º: "Os negócios comerciais não se desenvolvem mais no isolamento, tal como no direito civil. As grandes operações de crédito põem em contato, entre si, grandes massas de interesses, que necessitam de garantias e de controles coletivos e administrativos. Os portadores de títulos emitidos no interesse da indústria e do crédito (debêntures, cédulas fundiárias e agrárias), os segurados, os portadores de papel-moeda, os depositantes e os acionistas necessitam de garantias coletivas, massas hipotecárias, reservas matemáticas, reservas metálicas, operações ativas precedentemente distribuídas e a curto prazo, sobre as quais a vigilância dos particulares interessados é impossível."

67. *Curso de Direito Comercial*, Ed. Saraiva, SP, 1977, v. I, p. 30.

68. *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Atlas, São Paulo, 1988, p. 219.

69. Ob. cit., pp. 212 e 214.

70. Cf., sobre prova por fita magnética v. acórdão do TJSP, rel. Des. Régis de Oliveira, AI 390.784 (Iolanda Meirelles *versus* Léo Rabello), Com. de São Paulo, de 10.5.88. Trata-se de embargos opostos contra a execução de dívida embasada em cheque, onde o único meio de prova para apresentar nos embargos consistia na gravação em fita magnética de conversa entre o credor e um terceiro, empregado da devedora. O tribunal entendeu que tendo sido a gravação feita por um dos interlocutores, consistia em meio de prova válido e, desde que autêntica a gravação, hábil para desconstituir o título executivo.

71. Os autores que reconhecem no art. 1.433 vigência e o interpretam extraindo a exigibilidade do escrito, como João Carlos Pestana de Aguiar, negam a possibilidade de ser possível a mera prova testemunhal relativamente ao contrato de seguro, qualquer que seja o valor. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. RT, São Paulo, 1977, vol. IV, p. 290).

72. Cf. *RT* 590/186.

73. Cf. *RT* 574/136.

74. CF. *RJTJRS* 86/460, em que, a apólice continha a cobertura para transporte marítimo, quando, na realidade, o segurado expunha-se aos riscos do transporte aéreo. O Tribunal optou por reconhecer a cobertura, argumentando que a guia de importação apresentada à seguradora quando da proposta esclarecia que a mercadoria seria transportada por avião.

75. Cf. *JTACivSP* 67/85, onde embora recusada a proposta pela seguradora, após o pagamento do prêmio inicial e a ocorrência do sinistro, tendo-se verificado, em vistoria prévia feita pela seguradora sobre o bem relativo ao interesse assegurável, a viabilidade técnica da aceitação do risco, foi considerado existente o contrato de seguro e condenada a seguradora ao pagamento da indenização reclamada.

76. No Código de Defesa e Proteção do Consumidor recém editado (Lei 8.078, de 11.9.90) encontramos claramente incluído o contrato de seguro na categoria dos contratos de adesão (art. 54), sendo imperativa a clareza da redação de suas cláusulas (§ 3º), especialmente se implicarem em limitação do direito do segurado (§ 4º), sempre interpretando-se no sentido mais favorável aos segurados (art. 47) e, se houver redação dificultando no sentido e alcance de uma cláusula, relativamente a ela não estará obrigado o segurado (arts. 46 c/c 51 § 2º). Ao nível do ônus da prova, a regra é a mesma, incumbindo ao segurador provar inequivocamente o suporte fático da exclusão (arts. 51, VI e 6º, VIII).

77. Ob. cit. na nota n. 2, p. 5.

78. *Tratado de Seguros — Teoría General del Seguro*, Edit. Logos, Madri, 1930, pp. 42-43.

79. Idem, p. 43.

80. Juan Carlos Rezzónico: "Se há um contrato em que as Condições Negociais Gerais são de utilização sem exceções, é o contrato de seguro." in *Contratos con Cláusulas Predispuestas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 118, § 60.

81. Rubén S. Stiglitz, tratando das condições particulares, ressalta: "Poderíamos aventurar-nos a afirmar que na atualidade sempre se consignam mecanografadas. (...) Obviamente, as condições particulares são providas pelo 'tomador' e habitualmente são enunciadas na proposta." ("La póliza...", ob. cit., p. 70).

82. Cf. Soler Aleu, *Seguro de incendio*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, pp. 80-81.

83. François Ewald, *L'Etat Providence*, Ed. Grasset, Paris, 1986.

84. Cf. Juan Carlos Felix Morandi, *El riesgo en el contrato de seguro*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 27, nota 18.

85. Ob. cit., p. 137.

86. Nos seguros privados obrigatórios, dada a compulsoriedade da contratação, desapareceria qualquer vestígio de acordo de vontades.

87. Nos ramos vida e acidentes pessoais, realizando-se os riscos de morte ou invalidez permanente, o contrato de seguro, por força de lei (art. 585, n. III, do CPC), é considerado título executivo extrajudicial para embasar processo de execução. A noção de título pressupõe um documento escrito, daí por que os tribunais têm entendido que, não emitida a apólice ou documento correspondente (o certificado), será inviável a cobrança da soma devida pelo segurador através da execução (Cf.*RTJ* 115/770). Mas a apólice, por si, não cumpre a função de título, à medida que deve ser complementada, para atingir os

requisitos da executividade (certeza, liquidez e exigibilidade — CPC, art. 586 *caput*), com a apresentação de documento que evidencie a realização do risco hábil para autorizar a execução (morte ou invalidez permanente) e do documento comprobatório do pagamento do prêmio, porque muitas vezes caracteriza o termo inicial do período de cobertura (seguros coletivos). Pontes de Miranda, p. ex. reconhece a necessidade da apresenntação da certidão de óbito para o caso de ter-se realizado o risco de morte do segurado (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, SP, 1976, t. XIX, p. 333). Assim, não vemos razão pela qual não se possa substituir a apólice ou o certificado pelo conjunto de documentos supridores do conteúdo daqueles (condições gerais, especiais, proposta etc.). Isto é principalmente ponderável quando a apólice ou o certificado não tiverem sido emitidos, hipótese em que, exigindo-se tais documentos, estar-se-ia dificultando ou inibindo o exercício, pelo segurado ou beneficiário, de um direito (à execução) em virtude da omissão, ato unilateral do segurador.

88. O art. 1.083, do CC estabelece que a aceitação com adições, restrições, ou modificações, corresponde a nova proposta. No sistema jurídico brasileiro, não há prazo para a manifestação pelo segurado, aceitando ou rejeitando a apólice que divergiu da proposta original. Tem-se entendido que, caso vença-se a dívida de prêmio após haver recebido a apólice divergente, configurará a aceitação do segurado o pagamento respectivo. A falha legal, entretanto, reclama o desenvolvimento de regulamentação, posto que o segurado pode ter, na prática, feito o pagamento do prêmio antes do recebimento da apólice e, mesmo que venha a fazê-lo posteriormente, parece-nos demasiado rígido, à falta de preceito legal, exigir que examine detalhadamente a apólice recebida a fim de identificar sua correspondência com o proposto. De qualquer modo, nas hipóteses do art. 1.083 ter-se-á descaracterizado a apólice, à medida que passa a significar nova proposta.

89. Cf. art. 1.435, que submete as apólice às disposições legais.

90. Cf. Francesco Carnelutti, in *La Prueba Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 177 e ss., § 41. Moacyr Amaral Santos denomina tais documentos como narrativos testemunhais (in *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, ed. Max Limonad, SP, 1972, IV/62).