Primeira Seção

FRAUDE CONTRA O SEGURO
ERNESTO TZIRULNIK e ALESSANDRO OCTAVIANI

Segunda Seção

O CONTROLE DA LEGALIDADE DIANTE DA REMOÇÃO E DA INAMOVIBILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS
DERLY BARRETO E SILVA FILHO

O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E EM PORTUGAL: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS
MÔNICA JACQUELINE SIFUENTES

Terceira Seção

REFORMA PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA
CASSIO SCARPINELLA BUENO

ASSISTÊNCIA E LISTISCONSÓRCIO NO PÓLO ATIVO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE E DISJUNTIVA
MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA

Primeira Seção

FRAUDE CONTRA O SEGURO

ERNESTO TZIRULNIK
Advogado em São Paulo. Diretor da Seção Brasileira da Association Internationale de Droit des Assurances – AIDA. Diretor da Sociedade Brasileira de Ciências do Seguro – SBCS. Consultor do New York Insurance Department. Conselheiro da International Reinsurance Dispurte Reporter.

ALESSANDRO OCTAVIANI
Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: *1. Introdução – 2. Uma visão jus-sociológica da fraude no direito do seguro – 3. Marco jurídico da fraude contra o seguro – 4. A doutrina estrangeira – 5. O direito penal – 6. O direito civil – 7. O direito comercial – 8. O direito processual civil e a questão da fraude: as provas: 8.1 As espécies de prova: uma visão geral; 8.2 Provas indiciárias; 8.3 A prova pericial – 9. A realidade das decisões judiciais envolvendo fraude: um espetáculo desolador, algumas brilhantes exceções*

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho foi, em sua versão original, realizado para ilustrar debate promovido pela Itaú Seguros S.A., que contava com a participação de advogados e técnicos securitários. Após a apresentação, percebendo algumas lacunas, acrescentamos outros pontos, o que não o faz, em hipótese alguma, "arte final". Antes, é uma sumária apresentação do tema da fraude contra o seguro, uma panorâmica sobre os meios de prova

no direito brasileiro e o acréscimo de experiências que vimos acumulando ao longo de quase vinte anos de contencioso securitário.

A dedicação ao direito do seguro e não meramente à defesa de uma das partes da relação (segurado ou segurador), aliás, é o que vem nos proporcionando lições importantes para lutar de modo mais eficaz contra os preconceitos e a falta de conhecimento que ainda imperam.

2. *UMA VISÃO JUS-SOCIOLÓGICA DA FRAUDE NO DIREITO DO SEGURO*

A fraude contra o seguro é um problema de proporções agigantadas, cujas conseqüências são prejudiciais não só ao mercado segurador (seguradoras, segurados e entidades da Administração Pública do setor), mas à totalidade do espaço econômico nacional e regional – uma vez que o princípio da mutualidade é a linha mestra da estruturação jurídica da operação securitária[1] –, atingindo-se, deste modo, todos os agentes econômicos do sistema, com diferentes graus de intensidade.

Por este princípio, organizam-se economias coletivas com o intuito da prevenção das conseqüências de eventos danosos e potencialmente desorganizadores do padrão normal de funcionamento das relações sociais.

Dado que uma das marcas caracterizadoras da Era Moderna é propriamente a certeza da ocorrência de certos acidentes, prevenir-se contra suas conseqüências desastrosas é uma forma de manter o ritmo do desenvolvimento das relações produtivas.[2]

Assim, a função social do seguro revela-se de forma cristalina: garantir, com o auxílio de muitos, que a desorganização que atingiu a uns poucos possa ser superada. Satisfaz-se o interesse de todo o "sistema" em questão, uma vez que as relações podem continuar a se desenvolver, de tal forma que praticamente não sejam sentidas as conseqüências do ocorrido.

Deste modo, fatos que visem a prejudicar o funcionamento adequado e normal da atividade securitária têm um impacto muito maior do que à primeira vista se percebe. São as próprias relações sociais que têm seu funcionamento garantido que sofrerão abalos.

As conseqüências das fraudes dão-se em uma progressão dificilmente quantificada pelos métodos tradicionais utilizados nas ciências sociais e mesmo atuariais. Mais adequada a tal problemática seria a "microfísica das relações sociais", desenvolvida de forma consistente pelo filósofo francês Michel Foucault.

Por tal metodologia pode-se adentrar na arqueologia das ramificações alcançadas pelos efeitos do seguro e entender-se como a garantia prestada pode normalizar as situações atingidas por eventos desestabilizadores.

A contrario sensu, pode-se perceber, com clareza, como qualquer falha nessa "arquitetura" torna-se prejudicial à coletividade, impondo um controle altamente qualificado sobre as várias etapas do processo securitário.

Crises econômicas e períodos recessivos tendem a acentuar a ocorrência de fraudes, como já observado por Leite e Brasil. "As crises econômico-financeiras que atingem

(1) Sobre o princípio jurídico da mutualidade, Fábio Konder Comparato, *O seguro de crédito*, São Paulo : Ed. RT, 1968; J. J. Garrido y Comas, *Ensayo para una teoría de la mutualidad*, Barcelona : Bosch, 1960.

(2) Sobre o conceito de acidente como marca da modernidade, *L'etat providence*, de François Ewald, Paris : Bernard Grasset, 1986.

um País tendem a provocar o incremento de tais ações delituosas, em progressão acentuada (...)."[3]

O específico momento econômico que vivemos no final da década de 90 torna esta questão mais delicada ainda, pois, ao mesmo tempo em que vivemos um período de crises cíclicas (com potencial aumento de fraudes), a importância do seguro – como meio de diminuir o impacto das turbulências e ocorrências danosas – aumenta consideravelmente.

A transnacionalização de uma série de práticas econômicas, o vertiginoso desenvolvimento dos transportes e da informação e a predominância da "financeirização" como padrão hegemônico da economia mundial nos últimos vinte e cinco anos trouxeram como marca imprevista a instabilidade estrutural e as crises cíclicas.[4]

Neste contexto, a atividade securitária tem sua importância multiplicada: as garantias contra eventos desestabilizadores passam a ser uma garantia das coletividades contra as conseqüências ainda desconhecidas, mas já temidas, do próprio processo de globalização, do qual muitas vezes atônitos ouvimos falar, sem idéia das formas de defesa de que dispomos.[5]

Porém, pelo mesmo motivo que a atividade securitária avulta em importância – um período de crise –, tende a ocorrer o aumento de fraudes, uma vez que atitudes ilícitas contra o seguro muitas vezes passam a ser a "última tentativa" daqueles que "naufragaram nas turbulências".

Desta forma, para que o negócio jurídico do seguro cumpra suas funções de forma consistente e construtiva, é preciso que sua "arquitetura" social não sofra revezes, quer oriundos de "má construção" (por exemplo, segurar objeto já sinistrado, ou segurar baseado em informações errôneas apresentadas pelo segurado), quer oriundos de "tremores externos" (por exemplo, sinistros produzidos de forma planejada pelo segurado ou terceiro beneficiário, ou o exagero na reclamação por parte do segurado).

(3) LEITE, Sergio de S. e BRASIL, José Abelardo B. Moura. "As fraudes contra o mercado segurador". *Cadernos de Seguro*, ano III, n. 22, p. 26, São Paulo : Funenseg, 1985.

(4) Tal tese é exposta entre nós com maior visibilidade pelo cientista político José Luis Fiori, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em vários livros, como, por exemplo: *Em busca do dissenso perdido*, *Os moedeiros falsos* e *Poder e dinheiro: a economia política da globalização* (em parceria com a economista Maria da Conceição Tavares). Arrighi e Wallerstein são, no exterior, autores interessantes para a compreensão desta problemática. De Arrighi, ver *O longo século XX* e *A ilusão do desenvolvimento*; de Wallerstein, *O capitalismo histórico* e *El futuro de la civilización capitalista*. Se nos recordarmos das crises nas Bolsas de Nova York e Tóquio no final da década de 80, da "crise do México" em 94, da "crise asiática" e da "crise russa", com seus efeitos estonteantes nas economias da América Latina (além, é claro, da perene e atualíssima questão da "ajuda" prestada pelo Fundo Monetário Internacional ao Brasil, no segundo semestre de 1998), entenderemos bem o "caráter cíclico e estrutural da instabilidade" referida.

(5) Sobre o tema da "globalização", ver *Teorias da globalização*, do professor da Unicamp Otávio Ianni; sobre o caráter econômico e comercial da globalização, do Prof. Paulo Nogueira Baptista Jr., *Mitos da globalização*; sobre globalização e direito, os trabalhos do professor da USP, José Eduardo Faria, *Direito e globalização da economia* e *Direito na economia globalizada*. Os livros indicados, além de tratarem de temas e áreas diferentes, trazem metodologias diversas e concepções muitas vezes antagônicas, proporcionando, desta forma, uma panorâmica a respeito do que está sendo produzido sobre a questão no país.

Tanto uns quanto outros trazem efeitos nefastos à sociedade e às relações produtivas: são fraudes contra o seguro, com conseqüências que se estendem além do horizonte visível, e que, uma vez consumadas, alteram as bases de funcionamento do fundo mútuo, levando a uma situação prejudicial as relações estabelecidas, como atesta o argentino Fernando Bosch em trabalho recente, específico sobre as fraudes contra o seguro:

"(...) si bien este delito ataca directamente al patrimonio individual del asegurador, prolonga sus efectos indirectamente a todo el universo de los asegurados, pues, al modificarse artificialmente los índices de siniestralidad, se altera la hipótesis estadística sobre cuya base se calcula el valor del riesgo asegurado, y como consecuencia de ello, se opera un aumento generalizado del valor de las primas o se reducen algunos beneficios establecidos en favor de los asegurados, lo que, en definitiva, genera un aumento del costo general del seguro. Se produce, de este modo, una cierta afectación del conjunto del sistema asegurador y de la función aseguradora que, como mecanismo solidario de reparto de riesgos, contribuye al desarollo económico".[6]

Entre nós, embora a produção acadêmica sobre o assunto deixe a desejar, tal percepção também existe, como atestam novamente Leite e Brasil: "Como conseqüência, sobrevêm a elevação de prêmios e a natural retração de clientes, diminuindo o número de segurados e instaurando-se um fenômeno em espiral (...). O aumento de fraudes origina o aumento de prêmios; em razão disso, é menor o número de segurados idôneos, já que as tarifas fogem às suas possibilidades; assim, é cada vez maior o percentual de fraudes entre as apólices emitidas".[7]

Para que os efeitos destas práticas sejam enfrentados de forma consistente, é necessária a compreensão dos instrumentos jurídicos de que se dispõe, principalmente no que tange às provas e seus efeitos face ao Poder Judiciário.

3. *MARCO JURÍDICO DA FRAUDE CONTRA O SEGURO*

A fraude contra o seguro é um fenômeno jurídico cuja compreensão correta só é possível através de uma análise que transcenda métodos simplificadores. Devemos analisar posições doutrinárias, as opções legislativas positivadas em vários ramos do direito, a evolução das políticas legislativas e a jurisprudência assentada em nossos tribunais.

Desta forma, o primeiro passo é entender que o fenômeno de fraude é dinâmico, não estático: a fraude contra o seguro é um complexo de ações encadeadas, com o fim de receber uma indenização a que não se teria direito.

Como explicitado, o seguro tem como fundamento jurídico e técnico a organização de economias coletivas para a amenização de conseqüências de eventos prejudiciais. Tecnicamente descobre-se a quantia com que o participante de cada fundo contribuirá através da atuária e da "lei dos grandes números".

O equilíbrio deste fundo reside na manutenção de comportamentos comumente observados. A fraude alteraria, de forma drástica, a relação proporcional existente entre a quantidade de eventos previstos, sua intensidade e os valores cotizados pelos integrantes do fundo.

(6) BOSCH, Fernando. *El delito de estafa de seguro*. Argentina : Hamurabi, 1995. p. 34.

(7) Op. cit.

4. *A DOUTRINA ESTRANGEIRA*

O conceito de fraude contra o seguro no direito estrangeiro corrobora a análise acima delineada, mostrando que sua caracterização se deve dar de forma ampla, abrangendo qualquer ato integrante do complexo de ações destinado a obter uma indenização não suportável de forma lícita pelo fundo constituído.

O direito anglo-saxão, através da construção jurisprudencial que lhe é peculiar, aponta como fraude contra o seguro, entre outros, *a causação do sinistro, o exagero na reclamação e a caracterização errônea do sinistro.*

Segundo Robert Merkin, Professor da Universidade de Exeter, "fraudulent claims can take many forms, of which the following are the most common. a) *Deliberate destruction of the subject matter by the assured.* b) *An excessive claim by the assured.* There are many examples in the cases of overvaluation of the subject matter lost (although here there is a fine line between fraudulent overvaluation and a bargaining position adopted by the assured) and even claims for property which the assured did not possess. Fraud relating to just part of a claim will vitiate the entire claim (...) c) *Fraudulent description of the circumstances of the loss*".[8]

Para os juristas italianos tampouco é diferente. Agostino Ramella aponta como fraude, entre outros atos, a falsa indicação sobre a causa do dano, a indicação de falsos documentos e a falsa indicação de valores, com o intuito de lucro.

"Anche nell'esercizio dell'azione d'indennizzo esiste da parte dell'asicurato l'obbligo dell'osservanza delle norme della buona fede. Egli quindi *non deve agir com frode per dar consitenza alla sua azione, nè esagerar l'importo dell'indenizzo.* Certe leggi hanno adotato all'uopo speciali provvedimenti nell'interesse privato della Compagnia e pur quello publico per tutela della buoa fede nella contratazioni. Cosi l'art. 40 della legge svizzera esonera la Compagnia dall'osservanza del contratto e quindi dall'obbligo dell'indenizo pel caso che l'avente diritto a indenità occulti o riferisca inesattamente circostanze le quali escluderebbero o atenuarebbero l'obligo di prestazione della Compagnia, quando ciò avvenga a scopo fraudolento, mentre per nostra legge, che nulla di simile dispone, sarebbero applicabili le sanzioni ordinarie sul risarcimento dei danni quando sai provato l'atto di frode. Questo avverrebbe nel caso di *false indicazioni sulle cause del danno, di produzione di falsi certificati di morte per conseguir la somma assicurata, di false indicazioni del valore della cosa e del prezzo per lucrar un maggior indennizzo, specie ricorrendo a false fatture o attestati inveritieri, di dichiarazione d'essere state colpite da sinistro cose inesistenti o già consumate, infine d'ogni altra asserzione mendace diretta ad occultare una doppia assicurazione od un'assicurazione per somma inferiore al valore dell'interesse assicurato.*"[9]

No direito espanhol, que acompanha a tendência hegemônica, salienta-se novamente a *causação de sinistro, o aumento ou agravamento das lesões, com a intenção de fraudar o segurador e o fundo constituído.*

"Com la evolución de la actividad mercantil, el legislador penal toma conciencia de la importancia de la actividad aseguradora, en nuestro país, com una importante proyección

(8) MERKIN, Robert M. *Tolley's insurence handbook*. Inglaterra : Tolley L. C. L., 1994. p. 47.

(9) RAMELLA, Agostino. *Trattato delle assicurazioni*. Milão : Dottor Francesco Vallardo, 1921. p. 235-236.

internacional, y opta por crear una figura que se refiera expresamente a la estafa a las entidades aseguradoras.

Era necesario pensar de forma adecuada aquellos fraudes que se realizaran contra las empresas y compañias de seguros, ya que de esta forma se protegían otros intereses de gran trascendencia, como el orden público, la economia nacional y el patrimonio de los aseguradores.

La Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983 dota de nueva redación al artículo 529, que en su apartado 4.º establece: 'Cuando se produzca *destrucción, daño u ocultación de cosa propria, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero*'."[10]

Para Viret, em consonância com a concepção dominante, cumpre lembrar as condições objetivas e subjetivas. Assim, "l'art. 40 LCA délie l'assureur du contrat si l'ayant droit, *dans l'intention de l'induire en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur.* Il en est de même si les comunications prévues par l'art. 39 LCA (y compris celles que le contrat met à la charge de l'ayant droit) n'ont pas été faites ou ont été tardivement, également dans le but d'induire l'assureur en erreur.

La prétention frauduleuse implique une condition objective (telle que l'inexactitude relative aux circonstances du sinistre ou à la valeur de l'objet assuré) et une condition subjective (l'ayant droit a fait ces déclaration inexactes consciemment, afin d'obtenir par là une indemnité plus élevée). L'art. 40 LCA n'exige pas que l'intention d'induire en erreur l'assureur ait eu effectivement pour conséquence l'offre d'une prestation injustifiée: *la volonté de tromper suffit*".[11]

Quanto ao direito nacional, a legislação sobre fraude, na mesma toada que toda a normatização sobre seguros, é esparsa, tendo como conseqüência uma produção doutrinária de pouco alcance quantitativo e qualitativo. Ainda assiste-se a uma fase embrionária, cabendo às gerações presentes o adensamento da compreensão da problemática dos seguros e os desvendamentos das imposições legislativas, rumo a um sistema mais coerente e sólido para as decisões.

Tal registro é feito pelo mais ilustre dentre os securitaristas José Sollero Filho: "No tocante à fraude contra o seguro, *escassa é a doutrina nacional* com grave prejuízo social pela desatenção. Os vultosíssimos danos sofridos pelo Inamps nada mais são do que fraudes ao seguro social em que opera o instituto para cobertura de pensões, benefícios, atendimento médico-hospitalar. Não se esqueçam dos prejuízos escandalosos, ocorridos com as indenizações do seguro habitacional".[12]

(10) MERINO, Jose Maria Elguero y. *La estafa de seguro*. Espanha : Montecorvo, 1998. p. 71.

(11) VIRET, Bernard. *Droit des assurances privées*. Suíça : E. S. E. C., 1991. p. 143.

(12) SOLLERO FILHO, José. "A fraude no seguro e sua prevenção". *Seguro, esse desconhecido*, Rio de Janeiro : Emerj, 1994. p. 30. Prossegue o autor: "No seguro privado, não temos estatísticas válidas de ocorrência de fraude entre nós. Ao ler as revistas de jurisprudência, estamos imunes a esse mal. No exterior, os dados são catastróficos. Nos Estados Unidos, o número de incêndios propositados passou de 1.400, em 1953, para dez mil em 1982, e as indenizações viciosas correspondem à terça parte do total. O mesmo percentual ocorreu na Europa em 1993, segundo os dados da Experódica".

Porém, mesmo rareando a doutrina, é inegável que o legislador deixou um caminho inequívoco para as decisões sobre fraude. *Este caminho segue as tendências internacionais acima expostas, considerando fraude contra o seguro de forma ampla, podendo ocorrer desde o momento da contratação até o momento da exigência da indenização, após a ocorrência do sinistro.*

Pode ficar caracterizada a fraude, por exemplo, na contratação do seguro ou descrição do sinistro com dolo, na causação dolosa do sinistro, no desvirtuamento da função do negócio securitário, com o exagero deliberado da reclamação, entre muitas outras atitudes.

Cada ramo do direito pátrio que normatizou aspectos da fraude contra o seguro contribui de maneira específica para essa ampla caracterização. Assim, devemos percorrê-los, ainda que de forma concisa, para visualizarmos as diretrizes normativas que nos devem guiar as condutas.

5. O DIREITO PENAL

O direito penal contribui para a compreensão da fraude contra o seguro com uma assertiva de fundamental importância: *para que haja fraude, não é necessário que se consume o delito*, pois somente o emprego do meio fraudulento para a obtenção dos fins ilícitos já é suficiente para caracterizá-la.

O penalista Nélson Hungria, ao tratar do art. 171 do CP, faz as seguintes observações: "*Fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro*. Desta modalidade cuida o inc. V do art. 171, configurando-se no fato de que quem 'destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com intuito de haver indenização ou valor de seguro'. Diversamente do que ocorre com a figura central do estelionato e com as outras modalidades até agora apreciadas, não se exige, aqui, a efetividade da locupletação ilícita e correlativa lesão patrimonial de outrem: *basta, para existência do crime, a prática de qualquer dos atos mencionados no texto legal como meio fraudulento dirigido à obtenção da indevida vantagem. O só emprego do meio fraudulento já é o crime no seu elemento de fato.* Trata-se, portanto, de crime formal ou de consumação antecipada".[13]

Damásio de Jesus, no mesmo sentido, sustenta que "a objetividade jurídica é o direito patrimonial do segurador. (...) O crime é formal, bastando a prática da conduta 'com o intuito de haver indenização do seguro'. Não é necessário que o sujeito obtenha a indevida vantagem econômica, sendo suficiente que realize o comportamento com aquela finalidade".[14]

Magalhães Noronha afirma que "patrimonial que é o delito, segue-se ser o patrimônio o objeto jurídico tutelado. Dispensa-se, destarte, proteção às empresas de seguro privado e aos institutos de previdência social, que exploram as operações de seguro contra incêndio, marítimos e transportes em geral, acidentes pessoais, no trabalho (...). Essas sociedades são obrigadas a ter um capital, a possuir um patrimônio próprio, com o qual fazem face às responsabilidades assumidas e que por isso deve ser defendido. Dado o desenvolvimento que as operações de seguro, em geral, têm tido, e considerada sua

(13) HUNGRIA, Nélson e FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. v. 8, p. 242-243.

(14) JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 452.

finalidade, pode dizer-se que *a proteção legal se inspira no interesse público*, como acontece, por exemplo, nos acidentes de trabalho.

As violações contra o patrimônio daquelas pessoas jurídicas representam não só um dano para elas, como para os segurados, segundo acentua Manzini: '*E não é exposto a perigo ou ofendido somente o interesse patrimonial, mas também aquele da economia nacional* concernente à constância do trabalho, e igualmente aquele relativo à integridade física da classe operária'. Na proteção que a lei dispensa ao patrimônio dos seguradores, movida por objetivo de natureza social, *não espera que a fraude logre efeito concreto e real, pois a pune dês que seja provado se dirige contra o seguro que*, tendo por fundamento o risco, não comporta a ação voluntária do agente, provocando o evento".[15]

6. O DIREITO CIVIL

Com o objetivo de articular os comandos diretivos, passamos agora ao direito civil. Para tanto, recorremos ao disposto no art. 147 do CC, que dispõe claramente que "*é anulável* o ato jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de *erro*, *dolo*, coação, *simulação*, ou *fraude*".

Salientamos que o Código Civil permite a anulação do contrato de seguro – e todas as obrigações dele advindas – em várias situações nas quais se enfrentam os sofisticados enredos arquitetados pelos praticantes de delitos econômicos contra o seguro.

Analisaremos algumas situações onde ocorrem dolo, simulação e a fraude, lembrando que a realidade jurídica é de tal modo dinâmica que tais figuras nunca aparecem só: muito pelo contrário, enredam-se e entrelaçam-se de tal forma que o emaranhado de ações visando a obter indenização indevida passa a ser um verdadeiro laboratório vivo para a observação da diversidade que o direito toma na realidade.

Caio Mário da Silva Pereira, ao definir dolo, é cristalino: "Inscrito entre os vícios da vontade, o dolo consiste nas *práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro*. (...) A malícia humana encontra meios variadíssimos de obrar, a fim de conseguir seus objetivos. Pode alguém proceder de maneira ativa, falseando a verdade, e se diz que procede por ação ou omissão. Mas é igualmente doloso, nos atos bilaterais, o silêncio a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado (...)".[16]

Orlando Gomes registrava que "o dolo consiste em manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado. É a provocação intencional de um erro. A vontade maliciosa que determina o erro pode ser do outro contratante, ou de terceiro. Somente quando o dolo é praticado por uma das partes, dá causa à anulação do contrato. (...) Não há dolo sem vontade de enganar. O *animus decipiendi* é requisito indispensável desse vício do consentimento. Necessário que o autor da malícia tenha a intenção de induzir o *deceptus* em erro".[17]

(15) NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal* – 2. São Paulo : Saraiva, 1979. p. 420-421.

(16) SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. v. 1, p. 359-360.

(17) GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 370-371.

Desta forma, fica claro que o dolo, na relação jurídica securitária, pode ocorrer no momento da *contratação do seguro* (por exemplo, com a falsificação dos riscos oferecidos ao segurador, o que desnaturará por completo a alocação dos recursos das economias coletivas), *ou no momento de ocorrência do sinistro e de seu comunicado ao segurador*, para a exigência de indenização (por exemplo, com a causação ou caracterização errônea do evento ou exagero do valor da reclamação).

Em todos estes casos, há a intenção de obter uma declaração de vontade que não existiria caso não estivesse o segurador sendo enganado.

As informações prestadas pelo segurado terão papel crucial nas decisões tomadas pelo segurador, em função da estrita boa-fé, pela qual se rege o contrato de seguro e pelo fato de ser este, modernamente, um contrato de massa – o que impossibilita o controle sobre as centenas de informações prestadas no momento da emissão de cada uma das milhares de apólices expedidas por dia no país.[18]

Por isto o art. 1.443 do CC preceitua que segurado e segurador são obrigados a guardar no contrato a *mais estrita boa-fé e veracidade*, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Deste modo, o segurador tende, seguindo o preceito legal, a encarar como verdades as declarações do segurado. Se este age com dolo, em um primeiro momento, é mais do que óbvio que o segurador emitirá declaração de vontade viciada, uma vez que pensa estar

(18) Em trabalho publicado na *Revista Brasileira de Direito de Seguros*, ano I, n. 1,"Apontamentos sobre a operação de seguros", p. 30-31, sublinhávamos tal aspecto: "O seguro é uma indústria complexa, poliédrica e necessariamente de grande massa. (...) Pese toda a complexidade, a massa de negócios e a própria dinâmica dos riscos subjacentes aos seguros impõem um ritmo de operações que se caracteriza por excepcional celeridade. Demonstram-nos exemplos inúmeros, como este: em poucas horas, por força de urgência, impor-se-á uma operação de içamento de um grande transformador aplicado para fins hidrelétricos. O responsável por essa operação pretende assegurar-se contra os riscos advindos da mesma, que sempre é complexa, delicada e envolve valores acima da sua capacidade de retenção de riscos. Decide contratar um seguro, procura seus corretores, estes correm atrás da colocação do seguro junto a uma seguradora, com extrema urgência tratam pelo telefone, negociam as coberturas e o prêmio etc., mas a seguradora precisa também redistribuir o vultoso risco; afinal, sozinha, não teria como responder sem comprometer a solvabilidade do fundo de prêmios que administra. Terá de ressegurá-lo e o segurador de retrocedê-lo. Ou então terá de operar a formação de um co-seguro discutindo tudo isso com os corretores que representam o proponente etc. Só a mera contratação do seguro, que pode ter decorrências durante muitos dias, ou mesmo meses (colocações internas e no mercado internacional), tornaria impossível a garantia da operação de içamento do transformador. Ainda mais lento seria o processo caso a seguradora exigisse uma vistoria sobre o transformador, os equipamentos que seriam empregados no içamento etc., discutindo com vários consultores, cada um especializado numa área do conhecimento, complementando diligências etc. Fora assim, sempre, e o seguro jamais atenderia às necessidades dinâmicas às quais se destina. Também não constituiria um instrumento eficaz para a proteção das forças produtivas expostas a variada gama de riscos, nem atingiria a necessária massa, sem a qual é realmente, do ponto de vista econômico, jogo ou aposta. Numa situação utópica (massa + exame prévio), teríamos outros problemas: quantos médicos, engenheiros, advogados, químicos, físicos etc. seriam necessários para atender à demanda das seguradoras? Milhões? E quanto isto custaria? Muito mais caro do que os próprios interesses asseguráveis? Quem

ouvindo a verdade. Tal situação é suficiente para, incidindo a regra do art. 147, fulminar o contrato e as obrigações que dele sobrevieram.[19]

O mesmo guia se repete no art. 1.444, ao dispor que "se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido".[20]

Outro vício que pode ocorrer no dia a dia e que deve fatalmente espancar a validade do contrato é a simulação. Caio Mário da Silva Pereira, novamente, ao definir a simulação é extremamente claro: "Não há na simulação um vício de consentimento, porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas *há um defeito do ato*, ou um daqueles que a doutrina apelida de vícios sociais, positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela, ou em razão da técnica de sua realização.

pagaria? E se fosse necessário regular cada sinistro valendo-se de uma equipe multidisciplinar de especialistas? Quanto demorariam os processos em geral e qual seria o custo agregado? A celeridade imposta aos seguradores no momento da contratação de cada seguro (aceitação e emissão) e, igualmente, no momento da regulação e liquidação dos sinistros, é inevitável. Por isso o regime da 'boa-fé' é tão fundamental. Por isso a má informação, ou informação insuficiente, ou imprecisa, ainda que não culposa, mas desde que, de algum modo, possa ter efeitos de tal sorte que conhecida a verdade o risco seria imediatamente declinado ou taxado de outra forma, garantido com ressalvas etc., implica a incidência de uma série de normas protetoras do segurador".

(19) Ainda que as propostas sejam caracterizadas por extrema singeleza, a simples nomenclatura do risco submetido à emissão de garantia pelo segurador poderá levá-lo a erro se formulada indevidamente, como é exemplo a oferta de proposta indicando *risco de obrigação não-pecuniária* a ser coberto no ramo *seguro-garantia*, quando a verdadeira natureza do risco é de *obrigação pecuniária*, que somente caberia em seguro do ramo *crédito*. Esta situação fraudulenta é verificável quando se sabe que o segurador recusaria o *risco pecuniário* ou lhe daria abrigo menos farto, "motivando" a apresentação de oferta pedindo a garantia mais certeira ou vantajosa e, assim, indicando o ramo de *garantia* e não de *crédito*.

(20) Em recentíssima tese de doutoramento, Ronaldo Porto Macedo Jr. trata da atualidade da questão da boa-fé: "O conceito de boa-fé vem ganhando importância cada vez mais destacada no âmbito da reflexão e da prática contratual contemporâneas, constituindo-se, em boa medida, na principal norma de ligação do direito contratual moderno. As evidências deste processo são muitas, mas bastaria citar o crescimento da importância do conceito de boa-fé no direito contratual do *common law* nos últimos anos, bem como a existência de previsões expressas nos códigos de direito privado da maioria dos países de tradição jurídica continental européia (*civil law*), como a França, a Alemanha, a Itália, a Suíça etc., e sua recente revalorização. (...) O aspecto relevante e comum aos significados possíveis é o de que a boa-fé é uma norma de referência à qual os membros de um grupo mantêm suas relações frente aos demais. Neste sentido, a boa-fé reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados. Por outro lado, cabe notar também que há vários aspectos nos quais a boa-fé se manifesta. Ela pode se manifestar positiva ou negativamente, enquanto um excludente da má-fé. (...) A boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual, situação em que ela ganha absoluta centralidade para a teoria contratual. Dentro de uma tal visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe. Há, contudo, outros objetivos e valores da sociedade, como as idéias de

Consiste a simulação em *celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir*. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa".[21]

O artigo menciona fraude. Utilizando-nos novamente de Caio Mário da Silva Pereira, temos que "fraude é, pois, segundo os princípios assentados em nosso direito, em consonância com as idéias mais certas, a *manobra com o fito de prejudicar terceiro*; e tanto se insere no ato unilateral (caso em que macula o negócio ainda que dela não participe outra pessoa), como se imiscui no ato bilateral (caso em que a maquinação é concertada entre as partes). Distingue-se dos demais defeitos dos negócios jurídicos. Difere do erro em que o agente procede com pleno conhecimento dos fatos; do dolo, em que, neste, o agente é induzido a engano de que resulta a declaração de vontade; da coação se distancia pela inexistência do processo de intimidação que é elemento desta; com a simulação não se confunde porque não há, em sua etiologia, o disfarce para o negócio jurídico, que se apresenta caracterizado nos seus extremos normais. (...) *Seus requisitos são a má-fé* (...) *e a intenção de impor um prejuízo a terceiro*".[22]

Assim, as maquinações e manobras para a "fabricação" de situações artificiais quanto aos fatos ocorridos no momento de fechar o contrato ou no momento da exigência da indenização (qualquer que seja sua natureza, se física, financeira etc.) caracterizariam fraude, uma vez que sempre teriam tanto a má-fé quanto a intenção de impor prejuízo indevido a terceiros (o segurador e, conseqüentemente, a coletividade de segurados que formou o fundo administrado pelo primeiro).

Outro dispositivo importante é o art. 145, que dispõe que "é nulo o ato jurídico: (...) II – *quando for ilícito*, ou impossível, *o seu objeto*".

A conclusão a ser extraída da leitura articulada deste dispositivo em confronto com os conceitos definidores da atividade securatória é que *pode ser considerado nulo o contrato de seguro em que ocorra fraude por parte do segurado, visando, deste modo, a receber indenização a que não teria direito, pois isto agregaria um elemento ilícito ao objeto do contrato.*

Lembramos que "(...) *o objeto da obrigação é uma prestação*, e este sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo".[23]

A prestação a que o segurador está obrigado é a de *garantir indenização quanto à possível ocorrência de eventos danosos*, desde que estejam em profunda sintonia com as condições pré-estipuladas no contrato.

A base conceitual desta interpretação é que não se pode aceitar condutas contrárias ao acerto contratual (e, portanto, exacerbadamente antijurídicas) determinando indenizações. Carvalho Santos, analisando estes dispositivos, é claro ao afirmar que "o Código nada mais faz aqui que aplicar, ao contrato de seguro, os princípios gerais, de acordo com os quais a validade do ato jurídico requer objeto lícito (art. 82), sendo nulo o ato cujo objeto

justiça distributiva ou bem-estar dos indivíduos, que devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé. Neste sentido, o direito contratual moderno evidencia a tensão entre pólos e direções, ou princípios e contraprincípios" (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo : Max Limonad, 1998, p. 22 8-30).

(21) Op. cit., p. 367.

(22) Op. cit., p. 371.

(23) Op. cit., v. 2, p. 21.

for ilícito (art. 145, II). (...) *Nulo, por exemplo, seria o seguro que admitisse a indenização ainda que o fogo posto ao prédio o fosse propositadamente pelo segurado, ou seus prepostos*".[24]

Beviláqua engrossa o coro desta corrente ao sustentar que "o art. 82 da parte geral afirmou o princípio de que a validade dos atos jurídicos requer objeto ilícito, e o art. 145, II, *fulminou de nulidade absoluta aquele cujo objeto fosse ilícito*. Não podia o contrato de seguro fugir a esta regra, e era inútil repeti-la a respeito dele".[25]

Para Pedro Alvim, elaborando uma síntese das várias questões expostas, "consoante nosso direito comum, *é anulável o ato jurídico*: por incapacidade relativa do agente; por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou *fraude* (art. 147). *Estas normas se aplicam também ao contrato de seguro*. Pode ser anulado, por exemplo, se for contraído por um menor, relativamente incapaz; *se o segurador for induzido por fraude ou dolo a aceitar o risco, mediante declarações inexatas da proposta*. Mas os preceitos especiais sobre seguros contemplam outros casos de anulabilidade inerentes ao contrato: *Sendo, o seguro excessivo e provado que o segurado obrou de má-fé, terá o segurador direito de anulá-lo, sem restituição do prêmio, nem prejuízo da ação penal que no caso couber (CC, art. 1.438)*. A inexistência do risco anula o contrato, porque seu objeto se torna impossível; mas, se esta impossibilidade é superveniente, o contrato é anulável. É o que se verifica no caso de seguro de incêndio de um imóvel que veio a ser demolido, durante a vigência do contrato. Se o segurador não concordar com a rescisão o segurado poderá pleitear em juízo sua anulabilidade. O Código Civil, por sua vez, acrescenta: *nulo será este contrato, quando o risco, de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer de outro* (art. 1.436)".[26]

7. O DIREITO COMERCIAL

Diferente não é o espírito da legislação comercial e do entendimento consagrado na doutrina. *A fraude* é entendida também neste ramo de maneira ampla, *como qualquer ação que tenha como objetivo o desvirtuamento das bases em que se assenta o negócio*.

O art. 700 do CCo dispõe que "sempre que se provar que o segurado procedeu com fraude na declaração do valor declarado na apólice, ou na que posteriormente se fizer no caso de se não ter feito no ato do contrato (arts. 692 e 694), o Juiz, reduzindo a estimação do objeto segurado ao seu verdadeiro valor, condenará o segurado a pagar ao segurador o dobro do prêmio estipulado". O art. 701, com o mesmo espírito, assegura que "a cláusula inserta na apólice – valha mais ou valha menos – não releva o segurado da condenação por fraude; nem pode ser valiosa sempre que se provar que o objeto seguro valia menos de um quarto que o preço fixado na apólice".

Há muito o conceito de fraude no direito comercial está estabelecido. Segundo o magistério de Carvalho de Mendonça, sabe-se que, "geralmente, a fraude consiste em machinações dolosas empregadas para enganar aquelle com que se contracta".[27]

(24) SANTOS, J. X. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1981. p. 268.

(25) BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – comentado*. p. 567. Rio de Janeiro : Rio, 1979.

(26) ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 495.

(27) MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito commercial brazileiro*. Rio de Janeiro : Besnard Frères, 1916. v. 7, p. 545.

Com lastro nesta concepção, assevera Pedro Alvim que "o Código Comercial brasileiro fulmina de nulidade, entre outros casos os seguintes (art. 677): a) o seguro feito por pessoa que não tenha interesse no objeto segurado; b) que recair sobre algum objeto cujo seguro é proibido; c) *sempre que houver prova de fraude ou falsidade por alguma das partes*; d) quando o objeto do seguro não chega a ser posto em risco; e) o seguro de mercadorias que se conduzirem em cima dos convés, não se tendo feito na apólice declaração expressa desta circunstância; f) sobre objetos que na data do contrato se achavam já perdidos ou salvos, havendo presunção fundada de que o segurado ou segurador podia ter notícia do evento ao tempo em que se efetuou o seguro".[28]

Além disso, prossegue o autor, ao tratar do momento da formação do contrato, "figura no Código Comercial brasileiro (art. 678) que o seguro pode também anular-se: *a) quando o segurado oculta a verdade ou diz o que não é verdade; b) quando faz declaração errônea, calando, falsificando ou alterando fatos ou circunstâncias, ou produzindo fatos ou circunstâncias não existentes, de tal natureza e importância, que, a não se terem ocultado, falsificado ou produzido, os seguradores, ou não houveram admitido o seguro, ou o teriam efetuado debaixo de prêmio maior e mais restritas condições*".[29]

Fábio Konder Comparato, procurando uma forma adequada de entender nossa legislação através do direito comparado, sustenta que "o Código Civil italiano filiou a fraude à lei ao elemento causal do negócio, reputando 'ilícita a causa, quando o contrato constitui o meio para eludir a aplicação de uma norma imperativa' (art. 1.344). Ou seja, reconhece-se que *há um desvirtuamento da função econômico-social do negócio, acarretando a falha do objetivo visado pelo legislador*".[30] Parafraseando o autor, importa definir, no caso de seguro, essa finalidade ou objetivo eludido pela relação "segurado e segurador". Em outras palavras, em função de que objetivos a lei garante o funcionamento do fundo securitário?

Nessa linha de raciocínio, *ocorre fraude quando desvirtua-se a função econômico-social do seguro, uma vez que justamente sua equilibrada existência é o objetivo da lei*.

Ora, como vimos fartamente, *a função do seguro é garantir que o fundo constituído mutuamente*, de acordo com a observação das técnicas atuariais, *possa suportar de forma equânime às previsões as conseqüências de fatos adversos*, tornando o imprevisto um fator incapaz de gerar desorganização.

A causação do sinistro, sua caracterização errônea, o exagero da reclamação ou a prestação de informações falseadas no momento da celebração do contrato (que podem acarretar, inclusive, indevida alocação do risco) são ações totalmente inesperadas, que alteram de forma drástica o funcionamento do fundo comum, prejudicando sobremaneira a função econômico-social do seguro. Deste modo, percebe-se claramente que a essência do instituto da fraude contra o seguro no direito comercial segue o "fio vermelho" existente em todo nosso ordenamento.

Importante salientar que a má representação não dolosa do risco, do sinistro e do prejuízo não são consideradas atitudes que possam caracterizar fraude.

Na linha do conceito funcional, clareado por Comparato, sustentamos que uma outra exceção é a *fraude inexistente* ou a *falsa fraude*: subjetivamente ocorre fraude, mas isto

(28) Op. cit., p. 493-494.

(29) Idem, p. 495.

(30) COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle nas sociedades anônimas*. São Paulo : Ed. RT, 1977. p. 284.

não se sustenta quando de uma análise mais acurada da situação. Como exemplo, pode-se citar o caso de eventual contrato no qual o segurado acredita estar cometendo fraude através da modificação das informações para enquadrar o sinistro nas condições da apólice. Entretanto, o sinistro verdadeiramente ocorrido já se enquadrava nas condições, sem o conhecimento do segurado. Ou seja: de fato o sinistro ocorrido estava coberto pelo contrato, devendo, portanto, em havendo a consciência desta situação fático-jurídica, ocorrer os efeitos devidos pelo segurador. Tal conclusão deriva dos postulados fundantes da lógica jurídica formal, uma vez que é impossível caracterizar algo como aquilo que este algo não é.[31]

8. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A QUESTÃO DA FRAUDE: AS PROVAS

A fraude contra o seguro é uma figura jurídica capaz de impedir que a indenização seja paga. Quer em função das conseqüências civis ou comerciais. Além disso, várias ações fradulentas, como visto, acarretam conseqüências penais, por restarem enquadradas como estelionato.

Cumpre-nos, neste momento, compreender quais são os *mecanismos que permitem provar a ocorrência de fraude contra o seguro*. Em vista desta abordagem, cabem alguns questionamentos: até que ponto a visão que os operadores da atividade de seguros têm de alguns instrumentos, como o *laudo pericial*, por exemplo, é a mais adequada e eficiente para tratar dos problemas de fraude? Estarão estes operadores *aptos a produzirem relatórios durante a regulação de sinistro que se sustentem perante um debate judicial?* Qual é o posicionamento dos Juízes perante as provas periciais e a figura dos peritos? E os peritos, qual é a formação de que dispõem? Como se comportam?

Estas são algumas questões importantes para que possamos delimitar outros aspectos do problema da fraude, uma vez que o ponto de vista da prática forense nos permite enxergar a questão em movimento.

8.1 As espécies de prova: uma visão geral

Para uma visão geral sobre a questão das provas em nosso direito, devemos iniciar pelo art. 332, que traz as primeiras disposições sobre o tema. "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."

(31) Segundo Fernando Coelho, *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 210: "No plano lógico-formal, a interpretação jurídica procura aplicar as leis do pensamento correto, tal como são sistematizadas pela ciência da lógica. Estas leis são quatro, a saber: a) o princípio de identidade, b) o princípio de contradição, c) o princípio do terceiro excluído e d) o princípio da razão suficiente. O princípio de identidade afirma que uma coisa é idêntica a si mesma e não ao seu contrário; ele se anuncia: 'O que é, é, o que não é, não é'. Na anotação simbólica da lógica contemporânea, pode ser expresso pelo signo matemático da igualdade: A = A, constituindo o juízo analítico por excelência, pois o atributo não somente está contido no sujeito como também com ele se identifica. Outra formulação desse princípio é a seguinte: 'Uma coisa é idêntica a si mesma'". Assim, no caso referido, seria impossível considerar como fraude aquilo de fato não é. Houve o sinistro em conformidade com as estipulações contratuais, desencadeando-se, assim, os efeitos conseqüentes.

Tratando das características das provas, sustenta Humberto Theodoro Júnior que "toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. (...) Os meios legais de prova são os previstos nos arts. 342 a 443; mas, além deles, permite o Código outros não especificados, desde que 'moralmente legítimos' (art. 332). Há, outrossim, um método ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que forma o procedimento probatório minuciosamente regulado pelo Código e que deve ser observado pelas partes e pelo Juiz para que a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença".[32]

Pontes de Miranda definia que "meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o Juiz recebe os elementos ou motivos da prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos, ou julgamento sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios (quando a testemunha diz, por exemplo, que viu A ferir B, ou assistiu à entrega da coisa por B a C)".[33]

De um ponto de vista histórico, costuma-se apontar as ordálias e os juramentos como primitivos meios de prova, antecedentes às contemporâneas concepções. Entretanto, "preciso era, com a abolição das ordálias, com a condenação do duelo no princípio do século XIV, se estabelecer um meio de prova que àqueles substituísse e servisse para corrigir os vícios e abusos resultantes do mau uso do juramento. Voltaram-se então os povos para a prova testemunhal. Porque com a condenação das ordálias, cujo reinado na Idade Média afastou ou reduziu ao mínimo aquele gênero de prova, se restaurou o prestígio que a testemunha merecera na Antigüidade e sobremodo em Roma. (...) Acompanhando a prova testemunhal, desenvolveu-se a prova literal, depois que a escrita foi descoberta. (...) Retornava-se, por essa forma, à prova testemunhal e à literal dos romanos, com abolição das ordálias e a evolução do juramento. Tabeliães, com caráter público, foram instituídos, atribuída autenticidade aos atos por eles lavrados. Quando se compreendeu que a escritura é um testemunho dificilmente corrompido, em França promulgou-se conhecida ordenação, que se deve a L'Hospital, estatuindo a proibição da prova testemunhal para os contratos superiores a cem libras, a menos que houvesse começo de prova escrita. (...) Daí, do século XV, mais ou menos, a prova literal entrou em definitivo no sistema probatório, sempre e cada vez mais generalizando o seu uso, obrigatório e indispensável para a apuração de uma porção, dia a dia maior, de atos e convenções, em todas as legislações dos povos modernos. Depois do século XV, abria-se ao mundo o direito probatório que, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, perdura no direito contemporâneo. Permaneceram as provas testemunhal e literal; manteve-se ainda o juramento, sob várias modalidades, mas restrito a dadas hipóteses e ultimamente mais compreendido como 'compromisso' do que como apelo ao testemunho divino; surgiram as vistorias, arbitramentos e mais exames periciais, bem como se estabeleceram a confissão e o interrogatório das partes".[34]

(32) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1997. v. 1, p. 417.

(33) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1974. t. IV, p. 222.

(34) SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 32-38. Sobre o mesmo tema, profícua reflexão de Chaïm Perelman, *Lógica jurídica*, São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 35-37. "Estudando a história da prova judiciária, notaremos que no Ocidente, até o Concílio de Latrão (1215) e, às vezes, mesmo mais tarde, a prova dos fatos e mesmo a prova da justiça de uma causa era

Os ordenamentos estrangeiros e as diversas culturas jurídicas trouxeram aspectos importantes à consolidação do direito probatório.

Partindo de uma análise funcional, Döhring traz profícuas explicações, que influenciaram grande parte da doutrina européia.

"La finalidad de la labor probatoria es poner en claro si un determinado suceso (o situación) se ha producido realmente o, en su caso, si se ha producido en una forma determinada. Con el auxilio de la instrucción probatoria, el averiguador intenta formarse un juicio acertado sobre el estado de los hechos. Si ya tiene sobre, el caso una opinión provisoria fundada en presunciones, escrutará si esa opinión es acertada. Teniendo en mira especialmente cómo se va formando la convicción, esto puede expresarse también así: el juzgador quiere esclarecer si hay puntos de apoyo suficientes para suponer que son ciertas determinadas circunstancias fácticas y si, conforme a esto, puede considerarse convencido de su realidad. Mediante el procedimiento probatorio se busca crear una concepción del estado de los hechos que sea segura, vinculante también para terceros, o poner en claro que tal concepción no es asequible. Esto vale por igual para el procedimiento penal como para el proceso civil, el litigio administrativo y las demás especies de proceso. (...) Por regla general, el objeto que se persigue con tales empeños son hechos; hechos de cuya existencia el legilador ha hecho depender la producción de una consecuencia jurídica, o circunstancias fácticas no integrantes de una hipótesis legalmente normada, las cuales, sin embargo, con el auxilio de la experiencia, permiten deducir la existencia de otros hechos que constituyen, por su parte, una característica legal de una hipótesis (indicios). Un grupo especial de esas circunstancias fácticas sólo mediatamente relevantes (indiciarias) lo constituyen aquellas que permiten arribar a una conclusión sobre la fidedignidad de un testigo o la confiabilidad de una información documental."[35]

fornecida pelas ordálias, consideradas o julgamento de Deus. Quem triunfasse em um duelo, na prova da água, do fogo ou de qualquer outro meio admitido, provava assim que Deus o designara como aquele que dizia a verdade, que defendia uma causa justa. Conforme uma tradição medieval de inspiração diferente, a realidade dos fatos contestados devia estar atestada pelo juramento de uma das partes, acompanhada por um número variável de 'co-jurantes', cuja presença não deixava de impressionar o Juiz. A partir do século XII é a confissão do acusado que, cada vez mais, constitui a prova que inspira mais confiança, de modo que se buscou obtê-la por todos os meios, inclusive a tortura. Tendo-se esta generalizado, a confissão arrancada mediante torturas tornou-se cada vez mais suspeita (...). Sob o Antigo Regime, por causa da rejeição das ordálias, foram introduzidos meios de prova do direito culto, ensinado nas universidades, quer se tratasse do direito romano ou do direito canônico. Em oposição aos direitos bárbaros, nos quais muitas vezes era o acusado que devia fornecer as provas de sua inocência, admitir-se-á que é o autor ou o acusador que deve provar aquilo que afirma. A importância do juramento, resquício das ordálias, diminui: seu papel é reduzido ao de uma prova supletiva. Os antigos co-jurantes transformam-se em testemunhas da moralidade. Aumenta a importância do depoimento, mas seu papel limita-se cada vez mais ao que as próprias testemunhas viram ou ouviram (...). No final do Antigo Regime estabeleceu-se uma hierarquia legal de provas diante da qual o Juiz tinha de curvar-se, mas já no século XVIII, sob a influência dos livros de Beccaria, principalmente em direito penal, a prova dos fatos passará a depender cada vez mais da íntima convicção dos Juízes."

(35) DÖHRING, Erich. *La prueba – su practica y apreciación*. Buenos Aires : Ejea, 1986. p. 12-13.

Melendo, em obra de suma importância, apontava que, fundamentalmente, *a prova é liberdade*. "La vida está formada por hechos; se discute sobre hechos; y de ellos nace el derecho: ex facto oritur ius. El puro derecho, desconectado de los hechos, no existe. El derecho que se aplica al hecho, el hecho que se subsume en el derecho, son, no fenómenos recíprocos, sino el mismo fenómeno. Y para realizarlo nos hace falta la prueba, que ya hemos visto que es a lo largo de esos capítulos que exige su estudio o de los problemas que plantea su conocimiento. Pero nos falta una faceta de cada uno de ellos, la cual respecto de todos sólo puede expresarse con una palabra que apenas he utilizado a lo largo de esta exposición, a la cual cabe atribuirle un título que, no por efectista, dejaría de ser exacto. Se le puede titular: *la prueba es liberdad. Sin liberdad no hay prueba; podrá haber, como he dicho antes, sucedáneos, sustitutivos de prueba, pero no verdaderas pruebas*."[36]

Quanto à questão de quem deve provar, o ordenamento pátrio, no art. 333, estabelece que "o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Frederico Marques é lúcido ao tratar da questão. "As normas produtoras de efeitos jurídicos constituem, em última análise, verdadeiras configurações abstratas de fatos e acontecimentos, a cuja existência se prendem as conseqüências de ordem jurídica que os preceitos legais prevêem e disciplinam. Necessário é, por isso, que *a pessoa que pretenda obter esses efeitos jurídicos previstos nas normas e regras da lei prove e demonstre a existência dos fatos de onde tais efeitos se originam*. Corolário desse fenômeno é a regra de que 'cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência de todos os pressupostos (inclusive os negativos) das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito sua pretensão processual. Como *os fatos indicados pelo autor são elementos constitutivos do pedido que deduziu em juízo, cabe-lhe o ônus de provar esses fatos para que sua pretensão seja acolhida e julgada procedente*. Quanto ao réu, os fatos que lhe incumbe provar são os que forem invocados como extintivos ou impeditivos do pedido do autor'."[37]

(36) MELENDO, Sentis. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires : Ejea, 1978. p. 22-23. Prossegue o autor: "Si la prueba es verificación, y creo que difícilmente se pueda discutir, ¿quién puede verificar sin sentirse en absoluta libertad para hacerlo? Si lo que se verifica son afirmaciones, ¿quién puede formularlas sin gozar de esa libertad que al juez le es necesaria para verificarlas? Es posible que hayan de practicarse averiguaciones y también para eso necesitará el ciudadano, o la autoridad, toda la libertad. Ya hemos dicho que se prueba haciendo uso de fuentes con determinados medios. ¿Puede limitarse entonces la libertad? Todos los medios son hábiles, nos dirán los códigos modernos. Pero lo interesante es que las fuentes encuentren su medio; porque las fuentes son inagotables. Cuando se nos habla de la fotografía, de las grabaciones magnetofónicas, ¿cómo no van a encontrar esas fuentes un medio para llegar al proceso, para que el juez las examine? ¿Puede alguien dejar de pensar en la revolución probatoria que las técnicas modernas pueden producir? ¿Cómo no van a ser utilizadas la radio, la televisión? Pero, sobre todo, ¿habéis pensado en la fotografía retrospectiva? Su desarrollo significaría un cambio de todo el proceso; pero, si llega, habrá de incorporarse. Y entonces sí que el problema de las garantías procesales habrá de funcionar con toda intensidad. Sólo con liberdad, el litigante, la parte, podrá aportar todas las fuentes, y el juez podrá hacer uso de todos los medios (...)".

(37) MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 2, p. 188.

Para Theodoro Júnior, "esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo Juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (...) Cada parte, portanto, *tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo Juiz na solução do litígio*".[38]

No campo dos seguros, polêmica é a discussão sobre o ônus da prova. Uma importante corrente classifica-o como sendo do segurado. Stiglitz, por exemplo, aponta que "la cuestión está sometida a los principios generales, o sea que *la carga probatoria recaerá sobre el asegurado*, pues es él quién debe acreditar el hecho (siniestro que sirva de presupuesto a la norma (contrato de seguro) que consagra el efecto jurídico perseguido por ella (resarcimiento del daño o prestación convenida)".[39]

Halperin assegura sobre o tema "Carga de la prueba" que *"el segurado debe probar que se produjo el siniestro y que fue causado* dentro del estado del riesgo contratado: es decir, acreditará que el hecho acaecido se halla dentro de la garantía pactada. Basta que pruebe la verosimilitud de estos extremos".[40]

O italiano Scalfi, por sua vez, afirma que *"l'assicurato deve provare che è accaduto il fato e che esso há produto un danno*, inconformità al principio dell'art. 2697, 1.º comma, c.c.: infatti il diritto dell'assicurato di ricevere la prestazione dall'assicuratore deriva dal contratto e dal sinistro (inteso come fatto produttivo di danno). È per altro possibile che il contratto inverta lónere della prova. La prova può essere data com ogni mezzo. Si discute se l'assicurato debba anche provare che il sinistro rientra nella garanzia prestata, quanto al tempo, allo spazio, alla causa. Di norma, producendo la polizza o richiamandosi ad essa, l'assicurato assume, anche implicitamente, che il sinistro non è escuso dal rischio assicurato. (...) *Infine si suole dire che l'assicurato deve provare anche la misura del danno*".[41]

De L'isle, nos mesmos ventos, afirmava que "le sinistre consiste dans la réalisation du risque prévu au contratt, et dont l'assureur doit garantie. A détermination dépend donc de la volonté des parties et varie avec chaque branche d'assurances. C'este à l'assuré, conformément au droit commun, d'établir que le sinistre correspond au risque pris en charge par l'assurreur, et, en principe, qu'il ne constitue pas lún des cas d'exclusion prévue par la police. Le doute sur les circonstances de l'accident ne peut profiter à l'assuré. *L'assuré peut faire cette preuve par tous moyens*, et notamment à l'aide de présomptions simples suffissamment graves, precises et concordantes".[42]

(38) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 423.

(39) STIGLITZ, Ruben S. *El siniestro*. Argentina : Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980. p. 105.

(40) HALPERIN, Isaac. *Seguros*. Buenos Aires : Depalma, 1983. p. 837.

(41) SCALFI, Gianguido. *I contratti di assicaurazione – l'assicurazione danni*. Itália : UTET, 1991. p. 228-230.

(42) L'ISLE, G. B. de. *Droit des assurances*. França : Presses Universitaires de France, 1986. p. 165.

Entre nós, solidamente apoiando tal concepção, Pedro Alvim traz a seguinte exposição. "(...) *cumpre ao interessado no recebimento do seguro fazer a prova da ocorrência para esclarecer suas causas*, pois nem todas vinculam a obrigação do segurador. *Há determinados riscos que interessam à ordem pública* a apuração de suas origens, tais como incêndio, acidentes de avião, atropelamentos, naufrágios etc. *Quando ocorrem, os órgãos competentes tomam logo as medidas necessárias* para o exame dos indícios e circunstâncias que ajudem a esclarecê-los. Outros são atestados por especialistas, como a morte das pessoas para efeito do registro de óbito ou figuram nos arquivos médicos, como os acidentes pessoais, ou nos registros das repartições públicas, como os fenômenos meteorológicos que dão origem a geadas, queda de granizo, inundações etc.

Quando um desses eventos é objeto de seguro, basta uma certidão extraída pela autoridade ou uma cópia ou um atestado de seu registro para a comprovação perante o segurador. Se o fato não foi objeto de algum registro especial, *a prova pode ser feita por todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos*, segundo prescreve a legislação processual civil em vigor em nosso país. (...) Mesmo os fatos notórios que, normalmente, independem de comprovação, segundo a lei processual civil, não devem ser excluídos da prova para os efeitos do seguro. É que interessam a este não o fato em si, mas suas causas devidamente analisadas e esclarecidas. *Essa exigência de comprovação das causas do sinistro encontra sua justificativa no próprio contrato de seguro.* Os riscos cobertos são geralmente designados por expressões genéricas, como, por exemplo, roubo, incêndio, acidentes pessoais, responsabilidade civil etc., que abrangem esses eventos sem qualquer distinção de causa. (...) Tornar-se-á efetiva a obrigação do segurador, quando ficar comprovado que o sinistro ocorreu por causa ou causas abrangidas pela cobertura. *O ônus desta prova incumbe ao segurado ou ao interessado no recebimento do seguro*, pois se refere a fato constitutivo de seu direito."[43]

Assim, o próximo passo é percorrer vários tipos de prova que o legislador normatizou para o ordenamento pátrio.[44] Salientamos que a exposição não tem grandes pretensões, trazendo de modo amplo as prescrições legais e episódios de nosso testemunho profissional.

(43) Op. cit., p. 403-405. Ressaltamos a divergência sobre a profundidade do ônus da prova para o segurado, uma vez que alguns sustentam que deve haver um limite claro a este ônus, bem como a possibilidade de considerar-se invalidado tal ônus. Sustenta-se que vigoraria neste particular os prescritos nas Leis de Defesa do Consumidor. Tal matéria é polêmica, tanto por querer enquadrar uma relação complexa quanto a securitária nos limites dos conceitos consumeiristas quanto por decretar a nulidade de princípio processual que norteia todo direito probatório brasileiro. Para a doutrina internacional, que, embora na maioria dos pontos é homogênea, há divergências quanto ao nível de profundidade do ônus atribuído ao segurado.

(44) Para compreendermos como estrutura-se o direito probatório, devemos lançar mão de uma série de princípios de interpretação. De um ponto de vista mais tradicional, que entendemos ser complementar, jamais excludente, em relação ao ponto de vista esposado por Melendo ("prova é liberdade"), aponta-se como tipos de prova a lógica e a histórica. Trazemos Carnelutti, *La prueba civil*. Buenos Aires : Depalma, 1982. p. 60: "En todo caso, consiste, desde luego, en que la prueba lógica o dialéctica se desenvuelve únicamente mediante una actividad deductiva: en este sentido. Sigwrt define la prueba de una proposición como la 'deducción silogística de ésta de otras proposiciones reconocidas como ciertas y necesarias, o sea, en último extremo de definiciones y axiomas; en cambio, la prueba histórica se desenvuelve sólo (prueba directa) o también (prueba indirecta) mediante una actividad perceptiva: en este sentido. Heusler advierte

Entre os vários tipos de prova que o código enumera, como o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a testemunhal, a pericial e a inspeção judicial, no dia-a-dia da advocacia securitária, alguns acabam por ser mais utilizados. A prova pericial, por sua enorme importância, será tratada em capítulo separado, específico, resvalando o direito vigente e o anterior. Por ora, trataremos por alto e superficialmente das outras espécies legais.[45]

O depoimento pessoal é normado no art. 342: "O Juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa".

Quando tratamos de fraudes, os depoimentos pessoais são importantes, pois podem revelar contradições e falhas na argumentação. Em uma determinada oportunidade, perguntamos ao representante legal de uma sociedade que pleiteava a indenização pela queima de um quiosque a respeito da reconstrução havida e o mesmo acabou contando que aquele quiosque não lhe havia custado nada. Fora o presente de uma revendedora de cerveja. E aduziu que a mesma revendedora lhe ofereceu gratuitamente outro, o que foi recusado porque era muito fácil incendiar-se. Na causa discutia-se justamente a não abrangência da cobertura de piaçaba, que não configurava a construção de nível superior garantida pelo seguro. Além de confessar o nenhum interesse ou prejuízo econômico e o alto risco que implicava a cobertura de piaçaba, esse depoente, exposto à pena de confissão (ver a seguir), acabou contrariando a alegação feita na petição inicial segundo a qual a área coberta era de aproximadamente setecentos metros quadrados, dizendo que a cobertura era um círculo de, no máximo, três metros de diâmetro. A sentença proferida naquela causa foi favorável à seguradora, especialmente em função dessas confissões.

que la prueba lógica no requiere ningún aparato exterior, puesto que únicamente maneja proposiciones, mientras que la prueba histórica necesita del aparato exterior para hacer valer el argumento de prueba. Dicho aparato está constituido por las personas que aparecen como el vehículo de la percepción o de la comunicación".

(45) Trataremos da prova relativa aos fatos alegados. Lembramos que o direito pátrio, no art. 337, determina que "a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o Juiz." A função de tal prescrição é clara: uma vez que a profusão de legislação emanada pelos Municípios e pelos Estados da federação, principalmente após 1988, é um fato incontestável, cabe às partes demonstrar o ajustamento de tais normativas ao caso concreto. Além disso, quanto ao direito internacional, devemos lembrar que a multiplicidade de ordenamentos jurídicos é correspondente, hoje, ainda, praticamente, ao número de Estados nacionais. Assim, em casos versantes sobre direitos internacionais, estabelecidos os elementos de conexão, determina-se o direito aplicável. Para tais casos, cabe à parte que alega o direito o ônus de prova de seu adequamento. Quanto a estes casos, a contribuição do Prof. João Grandino Rodas é valiosa: "A multiplicação e a diversidade de sistemas jurídicos são dados de fato. Cada Estado possui o seu ordenamento jurídico, em princípio aplicável dentro de suas fronteiras. Tal limitação não é absoluta, pois há relações que extrapolam os lindes de determinado Estado. Quer sejam chamados fatos anormais, elementos estrangeiros ou de estraneidade, ou ainda fatos mestiços ou fatos interjurisdicionais, o fundamental é que geram o tradicionalmente denominado conflito de leis no espaço, que em última análise significa a potencialidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular determinada situação jurídica" ("Elementos de conexão do direito internacional", *Contratos internacionais*, São Paulo : Ed. RT, 1995, p. 9-10).

A confissão é realmente meio de prova importante, seja em depoimento pessoal perante o Juiz, seja extrajudicial. Pelo art. 348 "há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial". Algumas vezes, em função do acúmulo de evidências e da qualidade do material probatório, pode-se ver a parte contrária optar pela confissão, como uma saída menos prejudicial. Mas é necessário lembrar que as conhecidas confissões extrajudiciais colhidas por investigadores na maioria das vezes acabam sendo ineficazes em juízo. É melhor que a confissão extrajudicial seja feita diretamente ao representante legal da seguradora do que a um terceiro (regulador externo, investigador etc.), pois o art. 353 dá menor força à confissão feita a terceiro. Diz o art. 352 que "quando emanar de erro, dolo ou coação", pode ser revogada a confissão.

De uma feita, numa cidade do interior do Pará, procuramos o Juiz da comarca para que ele e seu escrivão assinassem como testemunhas a confissão que nos fazia um segurado que havia escondido o maquinário (dado por perdido num naufrágio de balsa) no pátio do Corpo de Bombeiros. O advogado que o assistia, naquela oportunidade, fez o que pôde para evitar houvessem testemunhas, certamente pensando na hipótese de uma futura demanda com a seguradora.

Muito interessante pode ser a exibição de documento ou coisa. O art. 355 versa que "o Juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder". Mas não só durante o curso de um processo judicial isto é possível. Muitas vezes, no curso de uma regulação com prospectivas litigiosas, pode ser interessante a obtenção, antes mesmo de deflagrado o litígio, de documento ou coisa em poder do segurado. O Código prevê essa medida cautelar, no art. 844 e incisos: "Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: I – de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; II – de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios; III – da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei". Esta medida cautelar é muito utilizada para garantir elementos probatórios. Quando o regulador sabe que existem documentos de interesse manifesto para a boa regulação do sinistro e sabe que estão sendo ocultados em determinado lugar, é de todo conveniente que se acione o departamento jurídico da seguradora a fim de que seja promovida uma medida exibitória e, desse modo, evitadas surpresas futuras, como as tão praticadas contabilidades de última hora.

A prova documental tem ampla normatização no Código, sendo a seção, inclusive, subdividida. A subseção I trata da força probante dos documentos; a II, da argüição de falsidade; a III, da produção da prova documental.

Tratativas via *fax*, documentos contábeis, cartões de ponto, registros públicos, são sempre elementos interessantes para o desmonte de fraudes. Mas devemos lembrar que a atenção deve se voltar para a montagem e formação de um conjunto articulado de indícios.[46]

(46) Em importante estudo sobre as novas teorias da prova, o professor das Universidades de Buenos Aires e Paris, Antonio Dellepiane, *Nueva teoría de la prueba*, p. 57 (Colombia : ET, 1994), traz a seguinte reflexão sobre indícios e as operações que devem ser realizadas para adensá-los e, conseqüentemente, torná-los úteis à atividade probatória. "¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de interferencia, al

Se por um lado os livros contábeis fazem prova contra o seu autor (art. 378), é importante estarmos atentos para o fato de que o comerciante se pode valer de todos os meios de prova para demonstrar que os lançamentos feitos nos seus livros não correspondem à verdade (art. 378, segunda parte). Por isso é necessário formar-se uma verdadeira rede de provas, uma a respaldar a outra, ao invés de se imaginar que a fraude está provada apenas à luz de um lançamento contábil. As particularidades dessa prova são muitas. Por exemplo, fotografias provam se acompanhadas dos negativos (art. 385, § 1.º) e, quando ilustrando jornais, além do original (do jornal) também serão necessários os negativos (idem, § 2.º).

Outra prova é a testemunhal. Também tem a sua seção subdividida em duas subseções: da admissibilidade e do valor da prova testemunhal e da produção da prova testemunhal. O art. 400 determina que "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O Juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I – já provados por documento ou confissão da parte; II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados".

Inegável é o valor desta prova, por muitos criticada, para o desmonte de fraudes. Incêndios criminosos, que exigiam indenizações altíssimas, só puderam ser desvendados através de testemunhas. Recentemente obtivemos duas decisões onde se provou, fundamentalmente com o emprego da prova testemunhal, que o fogo fora ateado em circunstâncias que envolviam as pessoas dos representantes legais das sociedades comerciais seguradas (sentenças acompanham este trabalho). Assim como a exibição de documentos ou coisas, a prova testemunhal também pode ser garantida em providência judicial cautelar. Quando muito importante um depoimento testemunhal, é indispensável que se procure formalizá-lo em juízo tão breve quanto possível. As pessoas somem, esquecem, mudam de versão ou calam-se. Para evitar que tais atitudes desnaturem a possibilidade probatória do testemunho, o Código oferece-nos a *justificação* (arts. 861 a 866).[47]

Uma última prova que iremos mencionar, antes de passarmos à prova pericial, é a *inspeção judicial*. Diz o art. 442 que "o Juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando: I – julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos

conocimiento de otro echo desconocido. ¿Cómo es que, mediante un hecho comprobado, podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que no ha sido percibido por nosotros, ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor? Merced a una operación de la mente, como acabamos de adelantarlo; merced a una interferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas. En efecto, las cosas, los seres y hechos que nos circundan, como nadie ignora, hállanse vinculados entre sí por relaciones diversas, de semejanza o diferencia, de causalidad o simple sucesión, de coexistencia, de finalidad y, cuando se trata de hechos únicos, al menos por las relaciones de lugar y de tiempo."

(47) A justificação pode ter uma importância crucial para a própria testemunha. Uma vez que o Judiciário brasileiro está emperrado e soterrado de casos, a celeridade na oitiva de testemunhas não é a regra, e sim a exceção. Muitas vezes isto traz grande inconveniente para a testemunha, que passa a ser ameaçada antes de prestar depoimento, situação que pode perdurar por meses, tirando por completo a paz de espírito e a tranqüilidade de pessoas fundamentais para a produção probatória. Em caso que vivenciamos pessoalmente, a testemunha sofreu agressões físicas duas vezes antes de depor, o que teria sido evitado ante o recurso à justificação, uma vez que seu depoimento não seria mais alterado.

que deva observar; II – a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III – determinar a reconstituição dos fatos".

Esta é uma possibilidade muito interessante para que o Juiz de fato tenha elementos vivos para a formação de seu convencimento, até porque existe a necessidade de acompanhamento da parte, que poderá pontuar opiniões frente ao Juiz, sobre os elementos a serem elucidados.[48]

Como encontramos, muitas vezes, resistência à utilização deste meio probatório por parte dos integrantes do corpo julgador, somos levados a buscar na criatividade a solução para os problemas. Em determinados momentos, fizemos, literalmente, uso do velho provérbio árabe "se Maomé não vai a montanha, a montanha vai a Maomé": produzimos fitas audiovisuais ilustrando a situação que queríamos fosse observada pelos julgadores. O vídeo, instrumento ágil e agradável, revela-se de uma eficácia impressionante, ainda mais quando literalmente quebra a rotina na qual estão enredados os Magistrados. Em um dos casos, o relator responsável declarou ter ido ao local apontado no vídeo em um domingo, seu dia de folga, para ver até que ponto o apresentado correspondia à realidade, dizendo-se, posteriormente, muito impressionado com a qualidade do que lhe foi provado.

8.2 Provas indiciárias

Um dos mais interessantes pontos do direito probatório diz respeito à prova indiciária. Sua importância para o problema das fraudes contra o seguro é salientada, principalmente se lembrarmos que muitas vezes as maquinações são realizadas com sofisticação tão aguçada (e apostando-se no efeito diluidor e esfacelador que o passar do tempo traz intrínseco[49]) que somente através de indícios se pode provar o realmente ocorrido.

Assim, percorrendo o caminho histórico-legislativo, o Código de Processo Civil de 1939, art. 252, estipulava que "o dolo, *a fraude*, a simulação e, em geral, os atos de má-fé, *poderão ser provados por indícios e circunstâncias*". O saudoso processualista Jorge Americano, ao analisar esta diretiva, entendia que "é assentado pelos tratadistas que, em matéria de fraude, e, em geral, quanto à prova de todo ato em que se procurar iludir a outrem, admite-se como de grande relevo não a prova incisiva, mas a certeza inferida de indícios e circunstâncias".[50]

Esta regra era complementada pelo art. 253, que dispunha que, "na apreciação dos indícios, o Juiz *considerará livremente* a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa".

Já sob a vigência do Código de 73, sistematizando de forma ampla as provas no sistema brasileiro, Moacyr Amaral Santos afirmava que "quis o legislador distinguir os

(48) Em caso no qual solicitamos inspeção judicial, dois Juízes distintos emitiram opiniões completamente diversas quanto ao mesmo local, em condições idênticas, demonstrando as dificuldades de a objetividade ser a marca característica dos julgamentos fáticos. Mesmo reconhecendo o valor de tal instrumento probatório, apontamos que, novamente em função da estruturação do Judiciário brasileiro hoje, abarrotado de processos e burocratizado em suas rotinas, torna-se pouco freqüente o uso de tal instrumento.

(49) Sobre a relação entre tempo e processo, uma obra interessante é de autoria do Prof. José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e processo*, São Paulo : Ed. RT, 1997.

(50) AMERICANO, Jorge. *Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1958, p. 395.

indícios das presunções, espécies por muitos autores confundidas. Distinguem-se estes daquelas pelo próprio princípio em que se fundam. Câmara Leal, em poucas linhas, salienta essa distinção de forma clara e precisa. 'O indício – diz ele – é o fato conhecido do qual, em virtude do princípio de causalidade, se induz o fato desconhecido, ao qual se atribui a função de causa ou efeito em relação ao fato conhecido. A presunção, ao invés, não tem por fundamento o princípio da causalidade, mas sim o da identidade, porque do fato conhecido induzimos indiretamente o fato desconhecido, em virtude de certas circunstâncias que em casos idênticos costumam verificar-se.' A prova indiciária tem grande aplicação, principalmente na apuração do dolo e da fraude, da simulação e, em geral, dos atos de má-fé".[51]

Vale ressaltar – e o lamentamos – que o Código vigente, embora não revogando os princípios que legitimam as provas indiciárias, perdeu a clareza do diploma anterior, não mais trazendo nenhum dispositivo como esses. Interessante análise sobre a tentativa de diminuição da importância da prova indiciária, enquadrada em um movimento jurídico-cultural mais amplo (classificado de "matematização" ou "geometrização" do processo), nos traz o Prof. Ovídio Baptista:

"O que realmente interessa, na análise que empreendemos, ao destacar a influência das filosofias liberais, dominantes a partir do século XVII, particularmente a verdadeira cristalização histórica do modelo do *ordo iudiciorum privatorum* romano, com sua correspondente decorrência lógica da *actio* e da ação condenatória, é mostrar como a ciência do Direito Processual Civil nasceu comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito numa ciência em busca da verdade, análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta, como desejavam, justamente, os filósofos racionalistas que forjaram o mundo moderno. (...) Os juízos de verossimilhança que, desde Aristóteles, legitimavam a categoria da aparência, como critério de avaliação probatória, foram suprimidos do horizonte teórico dos processualistas, transformando-se o próprio conceito de prova (...), de modo que o direito passou a conceber a prova como demonstração de certeza, tal como a concebem os cientistas das ciências experimentais ou lógicas, como a matemática. *É oportuno lembrar, por outro lado, que o conceito moderno de prova, não como prova de verossimilhança, mas de certeza, a gravar invariavelmente o autor, contém um componente francamente conservador*, vinculado ao próprio procedimento ordinário (...). É interessante observar por que o fenômeno tem a aparência de uma lei invariável do desenvolvimento histórico, que, tal como a Idade Média abusou do argumento de autoridade, invadindo indevidamente o campo das próprias ciências experimentais, introduzindo-lhes argumentos e raciocínios dialéticos, agora a Idade Moderna procura reagir em sentido diametralmente oposto, indo ao exagero de submeter as ciências humanas aos princípios metodológicos das ciências empíricas. (...) O singular em tudo isto é que a História parece esboçar o curso de um desenvolvimento dialético, em que se poderia vislumbrar seus dois estágios iniciais, mas uma espécie de inércia impediria que se viesse a concluir o círculo, com a consumação da síntese dialética. Tem-se a impressão de que cada estágio alcançado pela história das instituições humanas,

(51) SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 83-84. Coleciona, ainda, o autor, jurisprudência consagradora do entendimento esposado, na nota 34. " 'O Juiz não está adstrito a regras de direito quanto à verificação da prova da fraude ou má-fé' (ac. TAMG, *RF* 84/394). (...) 'Para a prova de simulação bastam indícios veementes ou mesmo presunções precisas e certas; para obtê-la deve procurar-se a *causa simulandi*, isto é, o interesse que têm as partes em celebrar o contrato simulado' (ac. TASP, *RT* 94/428)."

depois de radicalizar-se, cristaliza-se, exigindo que se realize uma autêntica revolução cultural, como sugere Thomas Khum, para que a humanidade retome, às vezes, o caminho interrompido, ou então descubra um novo sentido em sua evolução".[52]

Entretanto, mesmo sofrendo os ataques conservadores que aponta o Prof. Ovídio Baptista, a prova indiciária manteve-se em nossa cultura jurídica, tendendo a ampliar-se, visto que ocorre hoje uma tomada de consciência de que um problema de suma importância é a efetividade dos direitos, para o que se fará importante uma concepção ampla e democrática da produção probatória.[53]

Assim, vale a pena apresentar, ainda que de modo sucinto, as formas como o processo penal tem encarado a prova indiciária. Notadamente preocupado com a verdade real, o legislador deu margem à ampla utilização da prova indiciária. A doutrina, mesmo divergindo em alguns pontos conceituais, não deixa de salientar a importância que tal instituto possui.

Para Aranha, "indícios, presunções e circunstâncias têm o mesmo significado, a mesma natureza jurídica, representam o mesmo tipo de prova, apenas usados em campos diversos. (...) A palavra indício tem a sua origem etimológica no termo latino *indicium*, que significava o que é apontado, o que é indicado, isto é, aquele que, pelos elementos colhidos, pelas circunstâncias fáticas assinaladas, é o provável autor do fato. É sempre um fato ligado ao crime que indica o possível autor. O indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*. É a conjetura provável de uma coisa incerta".[54]

(52) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução*. São Paulo : Ed. RT, 1997. p. 132-133.

(53) A reflexão de José Roberto dos Santos Bedaque é pertinente (*Direito e processo*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 14-15): "A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados. O legislador constituinte percebeu essa circunstância fundamental e, em boa hora, estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para a proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir. (...) Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado o estudioso a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência".

(54) ARANHA, Adalberto. *Da prova no processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1987. p. 157. Adiante, o autor complementa seu raciocínio, baseado na classificação dos modelos de raciocínio. "Dedução – É a argumentação que torna explícitas verdades particulares contidas em verdades universais. O ponto de partida é o antecedente, que afirma uma verdade universal, e o ponto de chegada é o conseqüente, que afirma uma verdade menos geral ou particular contida implicitamente na universal. A técnica desta argumentação consiste em construir estruturas lógicas, pelo relacionamento entre antecedentes e conseqüentes, entre hipóteses e teses, entre premissas e conclusões. (...) Pela observação chegamos à conclusão de que a pessoa encontrada com o bem apossado é provavelmente

Segundo Nogueira, "indícios são certas circunstâncias que nos permitem chegar à verificação da existência de um fato. Por um raciocínio intelectual a partir de um fato conhecido e demonstrado (indício) chega-se (por presunção) à demonstração de outro fato. (...) A prova indiciária ou circunstancial tem o mesmo valor que as demais em face do princípio da livre convicção (*RT* 484/278, 478/301)".[55]

Vicente Greco Filho ressalta também a importância dos indícios no processo penal, uma vez que "(...) nem sempre é possível a prova direta desses fatos específicos, ora porque foram clandestinos, ora porque são subjetivos, ora porque a prova direta pereceu ou é impossível. Nesses casos o labor probatório se desenvolve com a prova indireta, cujo objeto são fatos que não estão previstos na lei como geradores de conseqüências jurídicas, mas que podem levar à conclusão sobre a existência daqueles fatos legalmente relevantes para se alcançar o resultado pretendido. Esses fatos, objeto da chamada prova indireta, são os indícios, que se conceituam como fatos ou circunstâncias de fato que podem levar à conclusão da existência de outros fatos. A sua pertinência e relevância dependem da aptidão que tenham de provocar a convicção sobre a existência (ou inexistência) daqueles outros previstos em lei. Observe-se, porém, que o Código de Processo Penal às vezes utiliza o termo 'indícios' como sinônimo de elemento de prova, direta ou indireta, e lhe dá um qualificativo, para significar maior ou menor grau de convicção. Assim, o Código, para determinados efeitos processuais, exige ora indícios veementes e ora prova, com isso querendo significar que, no primeiro caso, bastam alguns elementos de prova, no segundo são exigidos elementos razoáveis para aquele estágio processual, no terceiro deve existir convicção consistente, e no último deve haver certeza sobre determinado fato".[56]

8.3 A prova pericial

Após esta superficial panorâmica sobre os meios de prova, devemos analisar talvez aquela que mais importância tenha para o dia a dia securitário: a prova pericial.

Primeiramente, vale lembrar que "a função de toda a atividade probatória é *fornecer ao Julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento* a respeito dos fatos controvertidos no processo. (...) Esta investigação sobre pessoas ou coisas, inclusive documentos (pode), exigir conhecimentos técnicos especiais da pessoa encarregada de fazê-la (e neste caso) estaremos frente à necessidade de prova pericial".[57]

Voltando à análise da anterior legislação processual civil, artigos seguintes tratavam dos exames periciais. O art. 255 dava ao Juiz discricionariedade para negar a perícia quando o fato dependesse do testemunho comum e não do juízo de técnicos, quando desnecessária à vista das provas e quando a verificação fosse impraticável, em razão da natureza transitória do fato.

o autor do assalto: eis a premissa maior. Fulano foi encontrado logo depois com o relógio e a carteira da vítima: é a premissa menor. Portanto, fulano é provavelmente o autor do assalto: a conclusão. (...) Os indícios, sob o ponto de vista temporal, dividem-se em três grupos: anteriores, contemporâneos e posteriores ao crime, podendo, num determinado caso, haver uma mescla deles."

(55) NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1987. p. 111-112.

(56) GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 185.

(57) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1991. v. 1, p. 319.

Quanto a esta regra, Pedro Batista Martins já ressaltava que, "dominado pelo ideal da economia do juízo, o Código orientou-se sistematicamente no sentido de armar o Juiz da autoridade necessária para, em cada caso concreto, evitar que as partes promovam inúteis diligências probatórias, com a preocupação malsã de adiar a decisão da lide".[58]

O art. 256 estabelecia que, "para a realização dos exames, o perito procederá livremente, podendo ouvir testemunhas e recorrer a outras fontes de informação. Parágrafo único. Os peritos responderão aos quesitos *em laudo fundamentado*, no qual mencionarão tudo que ocorrer na diligência".

Jorge Americano, ao comentar tal artigo, trata da importância da fundamentação. "*A fundamentação do laudo é tão necessária quanto à da sentença*. O laudo envolve ordinariamente um juízo, e o juízo vale pelo rigor da argumentação. O Juiz tem, no perito, um auxiliar importante, que o esclarece sôbre matéria técnica. (...) O laudo o convencerá ou não. Convencido, o Juiz o aceita. Não convencido, manda proceder a outra perícia (art. 258). Mas só pode convencer-se com a fundamentação do laudo, sujeito à própria apreciação lógica. Esta só pode verificar-se quando o laudo é fundamentado. O laudo conterá, porém, uma parte narrativa ou relatório, em que as afirmações do perito têm só a presunção da verdade, desde que verossímeis e não contrariadas por outras provas."[59]

Batista Martins, ao tratar desta questão, ressalta a necessária objetividade que deve ter o laudo. "O laudo pericial é uma *conclusão que deve derivar de fatos concretos, de dados objetivos*. Para que a conclusão do perito possa ter autoridade, isto é, para que o Juiz possa reconhecer-lhe fôrça persuasiva, é necessário que venha precedida da exposição de motivos que a teriam determinado. O laudo não vale pela autoridade de quem o subscreve, mas pelas razões em que se funda a conclusão. O parecer do perito é meramente opinativo e vale pela fôrça dos argumentos em que repousa. Se o perito subtrair ao conhecimento do Juiz e dos interessados os motivos em que se baseou para emitir a sua opinião, nenhum valor se poderá atribuir ao seu laudo: é como se não existisse laudo pericial. Por outro lado, *não se pode recusar às partes o direito de crítica da prova em geral*. Esse direito de controle não poderia ser exercido em tôda a sua plenitude se o interessado ignorasse as razões em que se teriam apoiado as afirmações do perito. Por isso, exige o parágrafo único do art. 256 que a resposta dada aos quesitos seja um laudo fundamentado, no qual se indiquem, por meúdo, os dados que serviram de base à conclusão."[60]

Muito importante artigo é o 258, a determinar que "*o Juiz não ficará adstrito ao laudo* e poderá determinar nova perícia". Por este artigo, *infere-se de forma clara a importância do advogado e do assistente técnico, uma vez que, se o Juiz for convencido de que as provas produzidas por estes são mais acertadas do que a do perito indicado por ele, pode perfeitamente acatar-lhes os argumentos*.

Ainda nas palavras de Batista Martins sobre o papel do advogado face ao trabalho do perito, aquele "terá naturalmente que discutir o laudo, quer para impugná-lo, quer para defendê-lo. Para a realização dessa tarefa, a lei lhe outorga, também, a faculdade de invocar a cooperação de um técnico, que lhe suprirá a falta de conhecimentos especializados, fornecendo-lhes os dados necessários à apreciação crítica do laudo. *Como o parecer do*

(58) MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense. 1942. p. 160.

(59) Op. cit., p. 406.

(60) Op. cit., p. 164.

perito vale apenas pela fôrça persuasiva de seus fundamentos, bem pode acontecer que o Juiz prefira ao laudo de seu perito a opinião contrária do assistente técnico de qualquer das partes, o que lhe é expressamente permitido pelo art. 258".[61]

Americano, em consonância, entendia que "(...) *o Juiz pode ver diversamente do perito, formular quesitos diante dos fatos e ficará habilitado a tirar conclusões próprias.* Pode, pois, rejeitar conclusões ilógicas, inverossímeis ou inverídicas, como pode mandar proceder a nova perícia, sempre com a mesma liberdade de orientação e rejeição. Além disso, devendo ser fundamentado o laudo, a falta de fundamentação torna impossível ao Juiz apreciar-lhe o valor lógico ou técnico. Finalmente, poderá ficar infirmado o laudo, por outras provas produzidas na causa, e é outro motivo pelo qual o Juiz mandará proceder a nova perícia".[62]

O Código de Processo vigente, no que respeita à questão da prova pericial, localiza-a nos arts. 420 a 439.

Pelo art. 420 a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, cabendo indeferimento da perícia quando a prova não depender do conhecimento especial de técnico, quando for desnecessário em vista de outras provas produzidas ou a verificação for impraticável.

O art. 436, consagrando entendimento anterior, dispõe que "o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos".

Para Moacyr Amaral Santos, "a prova pericial, como as demais provas, será livremente apreciada pelo Juiz. (...) Deixando de constituir um juízo técnico, como o considerava a velha e já superada doutrina, para ser *apenas um parecer de técnicos, o laudo não fornece 'a prova'*, isto é, às conclusões dos peritos não se vincula o Juiz, mas fornece tão-somente elementos que, livremente examinados e apreciados por este, contribuirão para que ele forme convicção quanto aos fatos da causa".[63]

Para Pontes de Miranda, insculpiu o legislador neste artigo o princípio da não-adstrição ao laudo. "A atitude do Juiz, diante do laudo e do exame das outras provas, pode ser: a) a de não aceitar todas as conclusões do laudo, desprezando-o e determinando nova perícia; b) a de não aceitar todas as conclusões, desprezando-o e, ao mesmo tempo, tendo por inútil ou supérflua ('desnecessária') qualquer nova perícia; c) a de aceitar somente parte do laudo, e determinar nova perícia sobre a parte repelida; d) a de aceitar somente parte do laudo, e reputar desnecessária qualquer nova perícia; e) em qualquer dos casos b e do fundamento da recusa pode também ser a impraticabilidade ao tempo da apreciação do Juiz (art. 420, par. ún., III); f) ordenar nova perícia, para aproveitar, ou não, o que consta do laudo apresentado. *Em todas essas espécies, o Juiz não fica adstrito ao laudo*, em tempo, pois a sua livre apreciação só se exaure com a sentença."[64]

Corroborando tais doutrinas, importante decisão judicial, relatada pelo então Ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro, estabeleceu que "o Juiz forma sua convicção pelo método da crítica sã do material probatório, não estando adstrito aos laudos periciais, cuja utilidade é evidente, mas que não se apresentam cogentes, nem em seus fundamentos nem

(61) Idem, p. 171.

(62) Op. cit., p. 407.

(63) SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1982. p. 347.

(64) Op. cit., p. 462-463.

por suas conclusões, ao Magistrado, a quem a lei confia a responsabilidade pessoal e direta da prestação jurisdicional".[65]

Entretanto, mesmo com a doutrina e a jurisprudência deixando clara a possibilidade de decisão independente do que diz o laudo, é muito comum vermos decisões utilizando-o como argumento de autoridade máxima. A triste realidade é que o acúmulo de imensa quantidade de trabalho para uns e a falta de paciência e seriedade para outros vêm determinando que um certo número crescente de Juízes apeguem-se ao primeiro argumento minimamente legitimado, e, de forma pouco refletida, emitam decisões.[66]

Desta feita, trabalhos poucos sérios e superficiais passam a orientar decisões sobre temas complexos, para verdadeiro desacorçoamento daqueles que têm na prova técnica uma arma para desmontar esquemas sofisticados de fraude e outras maquinações.

Para poder influenciar de maneira importante na produção das provas periciais, dispõem as partes da figura do assistente técnico. Muitas vezes este é o caminho para corrigir falhas do laudo oficial, ou mesmo desmistificá-lo perante o Juiz.

Reza o art. 421 sobre o tema que "o Juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1.º Incumbe às partes, dentro em cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I – *indicar o assistente técnico*; II – apresentar os quesitos".

O assistente técnico elaborará parecer, podendo o Juiz acolher as opiniões ali esposadas, em detrimento da opinião do laudo oficial. Para Arruda Alvim, por exemplo,

(65) NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 24. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 300.

(66) Uma percuciente crítica ao Poder Judiciário e à formação dos Juízes brasileiros encontramos nos trabalhos de sociologia jurídica do professor da USP, José Eduardo Faria, como *Justiça e conflito – os Juízes face aos novos movimentos sociais* ou *Direito e justiça social*. Optamos, entretanto, por trazer ao trabalho a reflexão do mestre Dalmo Dallari, também professor da USP, que analisa a questão de forma ampla, buscando as raízes políticas para a atual crise do Poder Judiciário, no seu livro *O poder dos Juízes*, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 5-7: "Embora se tenha criado a aparência de maior respeito pelo Judiciário, que não dialoga com os demais Poderes mas também não se envolve em disputa com eles, o fato é que, aceitando passivamente tal situação, a magistratura, na prática, ficou imobilizada, voltada para si própria, incapaz de perceber que, em alguma medida, os outros procuravam adaptar-se ao dinamismo da sociedade enquanto ele estagnava. Isso ocorreu no Brasil e em grande parte do mundo. No Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos Julgadores nos Tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século. Mas, o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permaneceu a mesma, tendo começado a ocorrer, recentemente, um movimento de mudança, nascido dentro da própria magistratura. (...) Uma rápida observação retrospectiva dos acontecimentos deste século revela que ocorreram fatos determinantes de profundas mudanças nas relações sociais. (...) O Poder Judiciário permaneceu em atitude de olímpica superioridade e praticamente ignorou tudo isso, como se o tempo tivesse escoado muito lentamente e as condições de vida de hoje fossem quase as mesmas do início do século. Assim o Judiciário envelheceu e o que muitos, dentro dele, veneram como tradições não passa de sinais de velhice. (...) As reformas de que o Judiciário necessita são muitas, indo desde a atualização da mentalidade até o pormenor da mudança de condições materiais de trabalho".

"a própria *ratio essendi* da perícia recomenda ao Juiz que atenda aos elementos dela constantes, *acolhendo uma das três orientações que lhe são apresentadas a partir do mesmo fato*, pois, de acordo com as modificações implementadas pela Lei 8.455, de 24.08.1992, o perito e os assistentes técnicos trabalharão independentemente, apresentando em separado suas conclusões. Assim, é possível que o Juiz se defronte com três diferentes orientações: a do perito, que consiste em laudo (art. 433, *caput*, com a redação da Lei 8.455/92); e a dos assistentes, que consistem em pareceres (art. 433, par. ún., com a redação da Lei 8.455/92".[67]

O mesmo entendimento quanto à função do assistente técnico foi consagrado também em nível jurisprudencial. Acórdão unânime do TACivSP assim decidiu a questão: "A função do assistente técnico é justamente acompanhar, fiscalizar e informar em nome da parte. *Nada impede que o Juiz acolha as suas informações, ao invés das do perito* judicial, ou nomeie um novo perito de sua confiança, se desmerecidas as informações do anteriormente nomeado e fique impossibilitado de formar Juízo".[68]

Neste momento cabe uma reflexão sobre os relatórios de regulação de sinistro e a forma como são encarados pelos operadores de seguro. Podem representar peça extremamente útil ao convencimento judicial, se realizados com densidade para tal, ainda mais quando o atual Código traz inovações quanto à matéria.

Diz o art. 427: "O Juiz *poderá dispensar* prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes".

Portanto, se ambas as partes, nas suas falas iniciais (a inicial e a contestação), trouxerem laudos ou pareceres ou documentos que o Juiz considere suficientes para a elucidação das questões de fato controvertidas, não haverá perícia judicial.

Essa regra ainda tem aplicação reduzida. O costume processual civil inercialmente parece conduzir à produção da perícia judicial. Mas a cada dia revela-se a tendência no sentido da aceleração processual, avançando a supressão da prova pericial em juízo, paulatinamente, nos casos em que as partes municiam o Julgador com pareceres e laudos esclarecedores.

A importância de uma boa regulação, com bons laudos periciais, se antes era reduzida nos casos conflituosos, pois o Juiz inevitavelmente se valeria de outra perícia, feita por técnico de sua confiança, agora tende a tornar-se de grande relevância ante a aplicação da regra do art. 427.

É, portanto, hora de se modificar a abordagem na fase de regulação. Torná-la mais densa e abrangente. Aproveitar que o momento da regulação é privilegiado no que respeita à contemporaneidade com o sinistro, podendo apresentar fatos e relações que depois serão praticamente impossíveis de serem percebidos. A proficiência no registro de provas no momento regulatório pode ser responsável pela sobrevivência das alegações em juízo.

Infelizmente, no cotidiano segurador os relatórios não são preparados com este intuito – de substituir eventual prova pericial em processo futuro –, parecendo, em muitos dos casos, mais constituir um elemento burocrático, de característica superficialidade.

(67) ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo : Ed. RT, 1997. v. 2, p. 571.

(68) PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 73.

Assim, tudo quanto se aplica à perícia judicial deve ser observado no momento em que se desenvolve a regulação do sinistro, de forma que em sendo o caso de aplicação da regra mencionada, haja uma boa consonância entre os laudos apresentados e a expectativa de elucidação do Juiz.

Quanto ao perito, em juízo, devemos ressaltar que, além de haver possibilidade de contraposição às suas opiniões, através dos assistentes técnicos, há, ainda, a possibilidade de recusá-lo ou mesmo substituí-lo.

O art. 423 reza que "o perito pode escusar-se (art. 146), ou *ser recusado por impedimento ou suspeição* (art. 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o Juiz nomeará novo perito".

O art. 424, por sua vez, possibilita sua substituição. "O perito pode ser substituído quando: I – carecer de conhecimento técnico ou científico (...)."

Estes dois artigos abrem a possibilidade legal para combater certo tipo de perito infelizmente encontrado na vida forense. Por um lado, muitas vezes nos deparamos com peritos absolutamente *generalistas*, que insistem em dizer o óbvio, trabalhando com o "senso comum", sem enfrentar questões mais complexas. Assuntos absolutamente densos, como tentativas de causação de sinistro, verdadeiras engenharias contábeis ou financeiras, passam desapercebidos nos laudos desses profissionais. Entretanto, pior ainda é quando nos deparamos com peritos venais, corruptos, ávidos por venderem a influência de sua opinião perante o Juiz àqueles que quiserem e puderem pagar.

Em acórdão unânime proferido pelo TACivSP, decidiu-se que "se é necessária a perícia e se o perito não correspondeu à relevância de seu *munus*, caso é de substituir-se o nomeado e não de desprezar a defesa. Na verdade, a parte não é responsável pela má atuação do perito".[69]

Este tipo de decisão não é abundante, sendo mais comum a ocorrência de uma malemolente complacência para com o que os peritos escrevem.

É claro que isto não é geral, pois há peritos que honram a categoria, apresentando trabalhos de alta qualidade e compromisso com a tentativa de chegar à verdade, e Juízes atentos, que exercem a crítica com acuidade e labor intelectual.

O art. 425 é muito importante quando se tem por objetivo o desmonte de fraudes. Abre a possibilidade de apresentação de quesitos. Reza o dispositivo que "poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrária".

Quesitos "são perguntas ou indagações que os sujeitos da relação processual formulam aos louvados, a respeito dos fatos que constituem objeto da perícia".[70] Assim, pode a parte formular as questões que entende importantes, a fim de que constem da análise que o perito realizará. Esta é uma oportunidade ímpar para, literalmente, "fechar o cerco" sobre os pontos que se quer elucidados, uma vez que há a obrigatoriedade do perito em responder de forma clara às questões apresentadas. Dependendo de como se encadeiem as questões, até mesmo o perito mal-intencionado terá dificuldade para burlar a verdade.

E deve-se considerar, ainda, que o perito pode ser convocado a prestar esclarecimentos em audiência (art. 435).

(69) Idem, p. 80.

(70) AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Ed. RT, 1977. v. 4, p. 381.

9. *A REALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO FRAUDE: UM ESPETÁCULO DESOLADOR, ALGUMAS BRILHANTES EXCEÇÕES*

Quando vamos ao cotidiano da advocacia que lida com a tentativa de desmonte de fraudes ou engenharias estelionatárias contra o seguro, percebemos que as possibilidades de interpretação, que fartamente demonstramos acima como sendo as mais acertadas, são pouco comuns.

Como já apontado, os Juízes, quer por gigantesco acúmulo de trabalho, quer por um certo conservadorismo formalista, quer por ter havido da parte dos advogados uma má gestão probatória, ou mesmo a preguiça e o comodismo, dão às decisões sobre fraude um colorido pouco animador.

Entretanto, há um número crescente de exceções, como atestam inúmeros casos que vivenciamos pessoalmente. São casos em que Juízes comprometeram-se a adentrar no material probatório sem preconceitos, dispostos a compreender o que as partes tinham a dizer sobre a realidade dos sinistros e das condições financeiras dos envolvidos. Certamente confrontaram-se com bom material probatório.

Numa causa recente, após o desenvolvimento de provas indiciárias inúmeras, uma indústria de aparelhos eletrônicos teve frustrada sua tentativa de recebimento de milionária indenização. Após exaustivo trabalho probatório, conseguiu-se sensibilizar o Juiz para o verdadeiro pano de fundo. A sentença é surpreendente, face à regra geral imperante na realidade jurisprudencial brasileira. Ei-la:

"É inegável que a boa-fé presume-se e a má-fé prova-se, e que inexiste prova absoluta de o representante da autora-reconvinda haver ateado fogo no antigo estabelecimento que por ela era ocupado. Entretanto, não obstante isso e porque situações semelhantes quase nunca são assistidas por alguém e são revestidas de grandes cuidados para que não sejam testemunhadas, não se pode exigir a prova absoluta do fato.

A prova produzida é segura a indicar que o fato sucedeu em noite de sábado, o local não era vigiado, e não permitia o acesso e mesmo vista de seu interior por transeuntes. Não é possível, portanto, exigir a prova direta ou histórico-representativa da autoria, como se apega a autora (f.). Basta a prova indireta, ou crítico-lógica, sobretudo caracterizada por um conjunto de fatos conhecidos, dos quais, por regra de experiência, é possível remontar ao fato ignorado.

(...) Há prova de mais de um fato indicativo da ocorrência de fraude ao contrato de seguro. Estão demonstrados vários acontecimentos que permitem dizer ter havido coincidências demais para aceitar-se a versão de incêndio causal. Assim é que a autora já havia transferido sua sede do imóvel sinistrado, restando ali poucos equipamentos, o incêndio irrompeu em dois focos distintos, não houve qualquer prova no sentido de haver sido fruto de curto-circuito, houve aumento inusitado no valor da indenização dias antes do incêndio.

(...) Cabe aqui a pergunta clássica: *Cui pro est?* A quem interessava o incêndio em tais circunstâncias. A resposta encontra-se nos elementos contábeis coligidos, quanto à saúde financeira da autora, ou seja, a ela mesma. (...) Diante da sucessão de fatos comprovados, tenho que é possível remontar ao fato ignorado, tal seja, tratar-se de incêndio posto em interesse da segurada, notadamente porque, como se viu, a indenização seria maior do que o produto da venda, principalmente quando se constata o aumento do valor do seguro (f.).

Portanto, a recusa no cumprimento do contrato de seguros está perfeitamente justificada e encontra base na infringência do dever de agir com boa-fé".

Um outro caso, no qual se obteve sentença também ímpar em nossa seara, envolvia uma tentativa de empresa segurada de forjar assalto para obter vultosa indenização. A decisão apresentada mostra *como pode ser importante o relatório de regulação de sinistro*, desde que realizado com densidade:

"A autora não nega, ao contrário admite expressamente na petição inicial, a conclusão a que chegou a reguladora do seguro no sentido de que, na escrituração contábil dela, autora, havia o registro de mercadorias de apenas 1,7% do valor segurado, como igualmente que os bens de que se disse privada com a subtração foram aquisitados no Exterior pelo modo que não o legal, ou seja, sem o prévio controle dos órgãos oficiais e destituída a operação do recolhimento dos tributos incidentes. Enfim, não fez a autora prova, pelos modos legítimos, de sua propriedade sobre os bens tidos como roubados.

Foi bem anotado pela ré que não se trata de contabilidade atrasada, mas de contabilidade adredemente omissa, já com o equívoco propósito de sonegar tributos, enfim, de exercer a mercancia à margem da lei, com habitualidade. (...) Aliás, como bem anotado pela ré, a bem da verdade, estaria ela inibida de vir se assenhorear da mercadoria tida como roubada, caso viesse a ser apreendida, a menos que se quisesse chamar para si toda uma gama de responsabilidade tributária, afora o risco de sua apreensão em definitivo por ser produto de contrabando".

Há casos, inclusive, em que dada a configuração das provas e a indisputável certeza que elas traziam, os fraudadores optaram por abandonar o litígio processual, em busca de uma "saída elegante". Por exemplo, as desistências que ocorreram no caso de uma *trading* que, não temos dúvida, maquinou, a mando do banco do grupo ao qual pertencia, uma sofisticada engenharia financeira para fraudar o seguro, mas que retrocedeu face ao acúmulo de elementos probatórios, vindo a desistir de diversas ações sob o argumento de que havia cedido seu crédito a terceiro *sem o seguro*.

As conclusões a serem extraídas, muito mais que rumarem ao campo doutrinário, devem ser dirigidas aos que militam na área dos seguros. As fraudes, como elemento desestabilizador de economias coletivas, devem ser combatidas, a fim de que o segurado honesto não saia prejudicado.

Isto exige qualificação técnica, dedicação e mudanças de atitudes. Exige que os reguladores tentem compreender como pensa e age o Judiciário, como podem interferir nas decisões. Exige um diálogo profícuo entre advogados e técnicos de seguro.

Enfim, exige que o espírito esteja aberto a mudanças, porque, lembrando o poeta português, para mudar, a alma não pode ser pequena.