Prova legal ou convencimento racional?

ERNESTO TZIRULNIK [11]

Estimulado pelos debates desenvolvidos em aula ministrada pelo jurista argentino Rubén Stiglitz [1], retomo o exame do Artigo 758 do novo Código Civil [2]

Com o brilho que lhe é particular, Stiglitz, para quem o seguro é um contrato consensual, sustentou que o **Artigo 758** apresenta um rol exaustivo de provas - e não exemplificativo como sustentamos em artigo publicado no número anterior desta revista (S&R, nº 171, pág. 11 e 12). Para ele, a apólice ou o bilhete e, na falta desses, o comprovante do pagamento do prêmio, seriam os únicos meios probatórios do contrato de seguro. A regra de direito material traria o que se denomina por prova legal.

A questão é preocupante e polêmica. Fábio Ulhoa Coelho, em seu curso de Direito Comercial comunga a opinião hegemônica - também nossa - de que o seguro tem natureza consensual e acresce que a mesma é revelada pelo fato do desaparecimento da regra do **Artigo 1.433** do Código Civil de 1916: "Atualmente, não mais reproduzindo a lei aquela norma de exigência da documentação como elemento constitutivo do vínculo contratual, moderniza-se o direito do seguro brasileiro. A apólice, o bilhete do seguro ou qualquer outro documento servem de meio de facilitação da prova da existência do contrato".[3] Como se vê, o autor não restringe a eficácia probatória aos documentos arrolados no **Art. 758**. Nelson e Rosa Maria Nery também o consideram consensual e, ao anotarem o **Art. 758**, trazem como referência menção à "prova testemunhal complementar".[4] Maria Helena Diniz, para quem - embora apresentando argumentos que deixam claro valer-se do **Art. 1.433** do Código de 1916 e não do **Art. 758** do novo diploma - o seguro seria um contrato formal, parece inclinar-se para o entendimento de que o contrato somente pode ser provado pelos documentos discriminados no **Art. 758**.[5]

Sabemos que a prova se destina a produzir a convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos. Esse processo cognitivo, contudo, não é arbitrário, devendo o juiz observar um critério de pesquisa. São três os critérios observados ao longo da história:

a) o critério da prova legal;
b) o da livre convicção e
c) o do convencimento racional.

O primeiro - critério da prova legal - foi há muito abandonado pelos sistemas processuais. Segundo esse critério, o juiz é praticamente um dispositivo lógico, afere a verdade a partir da simples aplicação de uma hierarquia probatória fixada na lei, de forma que sua "convicção" mais do que um processo cognitivo ou reconstrutivo

(da verdade) é o resultado dessa operação lógico-formal. O formalismo, assim, é o paradigma, e não a busca da verdade real.

O critério da livre convicção é justamente a antinomia do critério da prova legal. Prevalece a íntima convicção do juiz, que é absolutamente livre para pesquisar (escolher os meios de prova) e valorar (estabelecer os critérios de avaliação dos resultados obtidos). Essa discricionariedade, que chega a mobilizar até mesmo elementos estranhos ao processo, contudo, é uma ameaça ao princípio do contraditório, garantia que os sistemas jurídicos modernos preservam de forma tônica.

O critério do convencimento racional, por fim, é aquele que tem caracterizado os sistemas processuais advindos desde a Revolução Francesa, e que, entre nós, prevalece, quer no que tange ao direito positivo, quer no que tange à doutrina e à jurisprudência. Esse critério conduz a que o julgamento resulte de uma operação lógica fundada nos elementos de convicção existentes no processo. Sem o engessamento que decorre do critério da prova legal, nem a discricionariedade inerente ao critério do livre convencimento, o julgador decide com base exclusivamente nas provas produzidas no processo e, não obstante esteja livre para examiná-las, deverá cingir-se aos fatos e circunstâncias provados e, sob pena de nulidade (CF, **Art. 93**, IX; CPC, **Art. 131**), indicar na decisão os fundamentos de seu convencimento.

*Stiglitz, para quem o seguro é um contrato consensual, sustentou que o **Artigo 758** apresenta um rol exaustivo de provas*

Essas considerações iniciais servem para propor que, entre nós, no que subsiste, é demasiadamente residual o critério da prova legal, encontrado, fundamentalmente, no que se relaciona a institutos de longeva tradição e que se caracterizam pela solenidade imprescindível para sua consubstanciação jurídica, como a aquisição da propriedade imóvel.

No que toca a negócios modernos, que como os seguros se caracterizam pela mobilidade de praxes e formas, a idéia de prova legal há de ser vista com grande reserva.

Uma tal concepção, afinal, impacta tanto no que diz respeito ao conteúdo do vínculo securitário, como à sua própria existência. Se para provar a existência e o conteúdo do seguro o único meio é a apresentação da apólice ou do bilhete e, na falta de um desses documentos, o comprovante do pagamento do prêmio, a eventual inexistência desses específicos documentos implicaria a impossibilidade de se fundamentar qualquer pretensão com base no contrato.

Stiglitz, ao mesmo tempo em que afirma haver-se instituído no Brasil, a partir do **Art. 758** do novo Código Civil, o critério da prova legal em matéria de seguro trata de preservar os interesses dos consumidores articulando a possibilidade de se responsabilizar as seguradoras, na falta de apólice ou bilhete, assim como de prova do pagamento do prêmio, com fundamento na responsabilidade pré-contratual.

O direito à indenização, assim, não representaria a eficácia do seguro contratado, mas decorreria, sim, de complexa aferição de responsabilidade civil.

Em 1992, numa contribuição enviada para o Congresso Ibero-latino-americáno de Direito do Seguro realizado na Cidade do México, já sustentávamos [6] a possibilidade de aceitação tácita das propostas de seguro por parte das seguradoras:

"O Dec. 60.459, de 13/3/67, em seu Art. 2°, § 2° deixa claro que a apólice é documento posterior à conclusão do contrato, ao dispor que deve ser emitida até 15 dias, a contar da aceitação da proposta. O Art. 3°, por sua vez, estabelece que, além das condições previstas na legislação em vigor, as propostas e apólices deverão obedecer às instruções baixadas pela Susep.

Assim, não bastasse a regra supramencionada para firmar a consensualidade do contrato de seguro, eliminando qualquer dúvida relativa à vinculação da sua existência, validade e eficácia, à emissão da apólice e, igualmente, ao registro da opera-

ção nos livros do segurador (**Art. 1.433** do CC), também a Circular Susep 47/80 veio contribuir para a ruptura com o direito tradicional. Com modernidade consentânea com a realidade dinâmica atingida pelas operações de seguros, dispôs que, uma vez transcorridos os prazos que fixa (15 dias em geral; 7 dias para o ramo transportes em operação restrita a uma única viagem) para a seguradora recusar (Art. 1°, §§ 2° e 3°) formalmente (por escrito) a proposta, caracterizar-se-á a aceitação tácita (§ 5°), devendo a apólice ser emitida no prazo de 15 dias contado da sua aceitação (Art. 3° caput) e, finalmente, que o início da cobertura retroage à data indicada na proposta ou caso omissa, à data de seu recebimento (da proposta) pela seguradora (Art. 3°, § 2°)."

O critério da livre convicção é justamente a antinomia do critério da prova legal. Prevalece a íntima convicção do juiz

A idéia de aceitação tácita vigorou no Brasil, com base nas normativas mencionadas na transcrição acima, mesmo quando a lei pronunciava de tal maneira (CC 1916, **Art. 1.433**) que uma parte significativa da doutrina reputava o contrato de seguro formal ou mesmo solene.

Em 1995, para o Congresso Ibero-latino-americano de Direito do Seguro realizado em Santiago do Chile, ao considerar a figura do corretor de seguros e a natureza de sua intervenção, opinamos [7]:

"Parece mais acertado, em função disso tudo, o entendimento de que se tratam de intermediários que, tanto em favor de um quanto do outro contratante, exercem arbítrio no momento da formação negocial e têm de prestar serviços técnicos que se estendem à fase de execução do contrato. Esse arbítrio decorre de longa tradição e subordina-se à convalidação das partes, isto se não houver mandato escrito outorgado por uma delas.

Pode-se, assim, imaginar situação em que o corretor formula e assina, em nome do segurado, uma proposta que prevê a formação do contrato de seguro, a partir do recebimento do prêmio. Simultaneamente recebe, ele corretor, o prêmio - como a lei admite em casos excepcionais - que recolherá à caixa do segurador. Não havendo recusa pela seguradora, estará celebrado o contrato, que reputamos consensual.

A consensualidade nas operações securitárias, no entanto, deve ser relativizada, a fim de que a recusa da aceitação, assim como a confirmação do interesse manifestado em proposta, somente tenham validade quando razões técnicas evidenciem a impropriedade, quer de uma, quer de outra. O seguro consiste, afinal, num importante instrumento previdenciário e está compreendido por circunstâncias cuja dinâmica muitas vezes não pode, legitimamente, estar condicionada ao arbítrio absoluto dos contratantes.

Uma proposta que normalmente seria aceita pelo segurador não pode ser recusada, por exemplo, quando o risco a que se refere realizou-se em sinistro no prazo para manifestação da recusa, salvo, é claro, a incidência de comportamento reticente ou de má-fé. Assim, também, não se justifica o arrependimento do segurado apenas porque, antes da manifestação formal do segurador ou do vencimento da obrigação de pagar o prêmio, tenha cessado o risco cuja proteção estaria normalmente contemplada, sem a ocorrência de sinistro.

Verifica-se, em tais casos, a mesma motivação que levou o legislador brasileiro a tornar obrigatória a aceitação do risco pelo ressegurador, apenas ressalvada a existência de comprovado e relevante impedimento de ordem técnica, aqui compreendidas as qualidades essenciais da operação específica e a estrutura da capacitação técnico-operacional do segurador.

Negar validade a contratos celebrados desse modo, respeitados os princípios informadores do seguro, contraria a informalidade e celeridade que orientam as operações securitárias e, via de regra, são exigidas pela dinâmica dos riscos na sociedade moderna. O corretor é o auxiliar sem o qual esse comércio estaria fadado a tornar-se demasiadamente estático e assimétrico.

Entretanto, há situações em que, como visto, o risco exsurge e encerra rapidamente e sua proteção securitária não pode ficar dependente de ritos demorados. Nestes casos, principalmente, a atuação do corretor que, respeitando a técnica securitária vigente perfaz a proteção, obriga as partes, como exemplifica a citada decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa ordem de idéias, a indenização securitária não poderia ser negada ao segurado, em caso de sinistro, se a seguradora, por exemplo, tivesse sido meramente comunicada, pelo corretor, da existência da proposta de seguro, ou se, caso apenas remetida, ainda não a tivesse recebido, contanto que correspondesse às características normais do contrato que seria aperfeiçoado caso não se verificasse tão prontamente o sinistro, ou seja, contanto que pudesse integrar-se ao conjunto das operações usualmente praticadas."

O Código Civil de 2002, a nosso ver, não vem contrariar a praxe regulamentada da aceitação tácita, como se verifica na seguinte cláusula geral:

"**Art. 111.** O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa."

O uso amplamente aplicado às contratações de seguros no Brasil, durante décadas, é o de somente não se considerar aceito o seguro se a seguradora recusar expressamente a proposta no prazo fixado na Circular nº 47/80. [8]

Além disso, dispõe o Código, em seu **Artigo 113**, que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

E não se ignora que a sociedade em geral tem por pacífico que, acaso não recusada a proposta, isso significa que aceitou-a a seguradora.

Finalmente, se é inegável que o contrato de seguro é consensual e não formal - opinião comungada por Stiglitz e predominante na doutrina especializada, incide o **Artigo 107** do Código: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

O **Artigo 758** do Código Civil, a nosso ver, oferece um rol não taxativo ao dizer que "O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio".

O contrário implica admitir que o seguro é um contrato formal, um contrato que necessariamente deve ser registrado por escrito de autoria do segurador (que se aperfeiçoa e se torna eficaz com a emissão da apólice ou bilhete) ou mesmo real (que se aperfeiçoa e se torna eficaz com a entrega do prêmio).

Se admitimos que o seguro é consensual e prescinde de forma especial - conclusão hegemônica na doutrina brasileira e internacional, adotada por Stiglitz -, então incide o **Artigo 212** do Código, que diz "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia", com as limitações à confissão e à prova por testemunhas inscritas nos **Artigos 213 e 214** (confissão) e **227**, este limitando aos "casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal", prova esta que, de resto, "só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados."

Os seguros se caracterizam pela mobilidade de praxes e formas, a idéia de prova legal há de ser vista com grande reserva

Podemos ainda dizer que é também (não apenas) em virtude do regime da aceitação tácita que o legislador inclui como elemento indispensável para a formação do contrato uma proposta escrita que contenha os elementos fundamentais do interesse a ser garantido e do risco:

"**Art. 759**. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a

ser garantido e do risco."

Luis Diez-Picazo registra[9], a propósito, que se é verdade que "el silencio y la inactividad del destinatario de la oferta por sí solos no constituyen aceptación", por outro lado considera: "Parece admisible un previo convenio de las partes, que seria convenio regulador de sus relaciones precontractuales, por virtud del cual el silencio y la falta de rechazo, hayan de considerarse como aceptación. Además, los usos o prácticas particulares de las propias partes que éstas hayan establecido entre ellas en ocasiones anteriores, pueden conducir a la misma conclusión. También los usos vigentes en un determinado marco o ramo de actividad negocial, que las partes hubieran conocido o podido conocer y que, además, sean generalmente observados por personas involucradas en el mencionado ramo de negocios. Es ésta una doctrina perfectamente conocida entre nosotros, que fue establecida en la STS de 18 de octubre de 1982. Esta sentencia admitió el valor del silencio como declaración de voluntad contractual, cuando, dada la existencia entre los litigantes de anteriores relaciones contractuales, con efectos todavía vivos, lo normal era contestar aquella declaración con un expreso disentimiento, si es que ésta era la opción escogida. La sentencia señala, además, otra idea valiosa, que puede ser considerada como una concreción del principio de buena fe. No es legítimo que el destinatario de una oferta, que sabe, o debe saber, que su silencio provocará en el oferente un error de interpretación, se aproveche de ello."

No Brasil - é de ser sublinhado - a aceitação tácita exsurge da regulamentação administrativa e, ademais, constitui uso intenso na contratação de seguros, tornando apropriada a doutrina acima transcrita do eminente jurista espanhol.

Se é verdade que sempre criticamos a ingerência normativa da Susep, não parece lícito ignorá-la, especialmente quando eficaz e convergente com os interesses socialmente relevantes. O Decreto-Lei 73/66, ademais, em seu Art. 2º, estabelece que o Estado regulamentará as operações de forma a atender aos interesses de segurados e beneficiários. Ou seja, a lei prevê a intervenção no sentido mais favorável aos consumidores. No caso da aceitação tácita, não temos dúvida de que se trata de uma regra favorável para a proteção dos direitos dos consumidores. E também sabemos que se trata de uma regra que foi incorporada na vida real, que se transformou num uso geral.

A tudo quanto apresentado acima, soma-se o disposto no parágrafo único do **Artigo 221**: "A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal". A apólice, tanto quanto o bilhete, ou mesmo o recibo de pagamento de prêmio constituem instrumentos particulares.

Não temos dúvida de que, se para fazer valer o direito do segurado, ou de seus "beneficiários", é indispensável prová-lo com a apólice ou o bilhete e, subsidiariamente o recibo de pagamento do prêmio, então, do ponto de vista prático, sempre que for litigiosa a própria existência do seguro, a eficácia do direito estará geneticamente dependente da forma (apólice ou bilhete) ou da entrega do prêmio, resultando pouca, ou mesmo nenhuma, a eficácia jurídica do seguro, assemelhando-o a um contrato formal ou mesmo real.

O corretor é o auxiliar sem o qual esse comércio estaria fadado a tornar-se demasiadamente estático e assimétrico

Adotando-se esse raciocínio, que nada mais é do que a simples adoção de uma interpretação literal da norma do **Art. 758**, necessariamente se estaria ofendendo a teleologia da norma do **Art. 113** do Código: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Isto, especialmente, se considerado que a aceitação tácita é a regra vigente na vida dos seguros.

É verdade, porém, que o legislador, para evitar confusões, andaria por bom caminho caso tivesse incluído um parágrafo único no **Art. 758**:

"Parágrafo único. Justificada a inexistência das provas mencionadas, é admissível qualquer outro meio de prova de conformidade com o **Art. 212** e seguintes".

Em suma, não há razão para se colocar de lado a praxe vigente, que atende aos interesses das partes, especialmente dos consumidores, em prol de uma interpretação literal do **Art. 758** que resgata a denominada prova legal, instituto de direito processual em franco declínio e de uso residual.

O Código Civil de 2002, a nosso ver, não vem contrariar a praxe regulamentada da aceitação tácita

Como adverte Luis Diez Picazo, "todo ensayo de configuración general de una institución jurídica o de construcción de un concepto general, debe basarse, si quiere tener un fundamento sólido, en la realidad que la experiencia nos permite observar. Los conceptos jurídicos no tienen valor, si no son inducidos de la realidade jurídica".[10]

---

[1] *Curso de Formação em Direito do Seguro que o Instituto Brasileiro de Direito do Seguro realiza em São Paulo com o apoio institucional da Ajuris - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Escola Paulista da Magistratura (TJ-SP), Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (TJRJ), Escola da Magistratura "Edésio Fernandes" (TJ-MG) e do IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.*

[2] *"Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio."*

[3] *Vol. III, 3ª ed., SP, Saraiva, 2002, p. 147.*

[4] *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, RT, São Paulo, 2002, 1ª ed., nota nº 2 ao Art. 763 e nota nº 2 ao Art. 758, págs. 288 e 286.*

[5] *Código Civil Anotado, Saraiva, São Paulo, 2002, 1ª ed., p. 464, notas aos Artigos 758 e 759.*

[6] *TZIRULNIK, Ernesto; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Notas Sobre a Natureza Jurídica e Efeitos da Apólice de Seguro no Direito Brasileiro Atual in RT-687, São Paulo, 1993, p. 14). Antes disso, em 1988, publicamos nesta revista um artigo intitulado Contrato de Seguro sem apólice (julho de 1988, p. 30).*

[7] *TZIRULNIK, Ernesto; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação in RT-723, São Paulo, 1996, ps. 80-82*

[8] *As Cortes brasileiras já reconheceram a natureza consensual do seguro e seu aperfeiçoamento e plena eficácia obrigacional a partir da inexistência de recusa expressa tempestiva por parte das seguradoras: JTACSP - LEX 145 / 145; RJTJESP - LEX 90 / 309. A dispensabilidade da emissão da apólice e do pagamento do prêmio, ambos atos que dependem da vontade e atuação das seguradoras, como elementos de prova, também é reconhecida: "Contrato de seguro. Consignação em pagamento visando à extinção da dívida decorrente do prêmio. Alegação, pela seguradora, de não formação do contrato. Hipótese de aperfeiçoamento. Apelo improvido. Equipamentos Villares S/A ajuizou uma ação consignatória contra a Nacional Cia. de Seguros, visando a extinção de dívida de prêmio de seguro celebrado para cobrir risco decorrente da instalação de uma ponte rolante. Segundo a inicial o equipamento sofreu avarias, que lhe acarretam perda total, havendo recusa por parte da seguradora quanto ao recebimento do prêmio, procedimento que tem por escopo o não pagamento da indenização correspondente." (Apelação cível nº 228.661.1/5 - SP, apelantes: Equipamentos Villares S/A e Nacional Cia de Seguros, apelados: os mesmos, 14.06.95).*

[9] *Fundamentos del derecho civil patrimonial, tomo I, 5ª ed., Civitas, Madri, 1996, p. 309.*

[10] *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Bosh, Barcelona, 1957, p. 9.*

[11] *Advogado em São Paulo - Presidente do IBDS - Instituto Brasileiro de Direito do Seguro.* ▼