

Clésio Galvão

FRAUDE NO SEGURO
AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA

O Seguro no polo ativo da lide

Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual
Constitucional do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix
Belo Horizonte - 2007

Este trabalho é fruto de minha formação acadêmica em direito e da experiência colhida em mais de quinze anos de intensa atividade na técnica securitária, quer seja na averiguação de fraudes, inspeções de riscos, regulação de sinistros, ressarcimento de indenizações, dentre outras.

Dedico este trabalho aos meus filhos
Lorena, Ana Maria e Clécio Filho – razão
de ser de tudo.

RESUMO

Ao longo de minha jornada na atividade securitária, por diversas vezes estive envolvido em processos judiciais na defesa dos interesses das mais diversas seguradoras, em especial, da instituição do seguro. Não obstante o volume de indenizações pagas anualmente, temos que em algumas situações, o desfecho do pleito securitário deságua no judiciário. As circunstâncias que sustentam as lides vão desde a controvérsia na análise do clausulado próprio da apólice de seguro, discordância dos valores apurados pela regulação de sinistros feita de forma unilateral pelas seguradoras, até os casos de fraudes contra o seguro.

Os seguradores possuem quadros altamente preparados e habilitados na análise do direito securitário, afinal esta é sua atividade fim, contudo, temos que admitir que, mesmo que em parcela ínfima do volume de sinistros regulados, os quadros dos seguradores também incorrem em equívoco.

Nos eventos que são submetidos à apreciação do judiciário, comumente o seguro sempre está no polo passivo da lide. Não podemos negar que em alguns casos ocorrem equívocos na regulação do sinistro, ensejando sua correção. Por outro lado, na grande maioria dos casos, pelo aspecto técnico a pretensão almejada estaria sem amparo legal, contudo, a sentença judicial convalida o inverso.

Ocorre que a produção de provas pelo segurador, para embasar o seu direito, é feita de forma unilateral, na maioria das vezes, colhida mediante o trabalho de profissionais terceirizados, sem conhecimento jurídico, o que macula sua robustez e legitimidade. Agravando a questão da fragilidade das provas obtidas, temos que a

condução dos interesses dos seguradores em juízo, apesar da subscrição por renomados escritórios de advocacia, *data venia*, na prática são conduzidas por operadores do direito que não são conhecedores profundos da técnica securitária, ensejando a teses desastrosas e desamparadas de estrutura fática e lógica.

Vale lembrar que o seguro está tutelado pelo direito do consumidor, onde temos, inclusive, o instituto da inversão do ônus da prova em desfavor do segurador/fornecedor. Temos também a boa fé objetiva que deve reinar nos contratos. Não podemos deixar de salientar que na estruturação atual, a grande maioria dos contratos de seguros são de adesão, onde em razão de imperativo legal, suas cláusulas são sempre interpretadas de maneira mais favorável ao segurado/consumidor.

Neste diapasão, o seguro torna-se presa fácil ao ardil de pessoas inescrupulosas, que mediante fraude maculam a boa fé, regente suprema do contrato de seguro. Não é surpresa que ante a supremacia do consumidor, os seguradores colham, na maioria das vezes, derrotas nas demandas judiciais. Daí, surgir a famigerada tese que os seguradores estão sempre “*inventando motivos para não pagar a indenização pleiteada*”.

Não há que se falar em *invenção de motivos*. O seguro é uma das instituições de sustentáculo de qualquer economia e seus princípios revestem-se de profundo interesse social. O volume de indenizações pagas é absurdamente superior aos procedimentos judiciais em decorrência do seguro.

Em vários eventos por todo o território nacional, cujo público alvo é composto de operadores do direito, integrantes do poder judiciário e técnicos securitários, observamos que o poder judiciário, por comumente conviver com o seguro no polo passivo das lides, criou uma espécie de resistência às legítimas teses securitárias, fundada na pecha de *invenção de motivos*.

É importante fazer ver ao poder judiciário que o seguro é uma instituição séria, que não necessita de “*invenções*” para sobreviver. O seguro é um importante instrumento social. Daí, porque, faz-se necessário que o seguro sai da defesa e passe para o ataque. Com esta postura, o poder judiciário verá a instituição com outros olhos, afastando a pecha da invencionice. O seguro, quando firme no seu direito, deve ser o autor da lide e não ficar na expectativa de ser acionado pelo segurado, em especial, nos casos de fraude.

O exercício do direito de ação por parte dos seguradores corrobora o exercício da cidadania, contribuindo para a evolução salutar das relações comerciais, em especial se posicionando de forma pró-ativa contra aqueles que almejam se locupletar financeiramente às custas da mutualidade dos segurados.

Qual o instrumento legal para que o seguro esteja no ataque, qual seja no polo ativo da lide, para salvaguarda de seus direitos? Defendemos o manejo da Ação Declaratória Negativa, cujo pedido será a declaração de não responsabilidade de indenizar, com base nas cláusulas do contrato de seguro, em razão do evento noticiado pelo segurado.

Tomando a iniciativa da ação, o segurador poderá, no iter procedimental, pautado nos princípios constitucionais do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), convalidar as provas que produziu de forma unilateral durante o procedimento administrativo de regulação do sinistro, as quais sustentam seu entendimento pela desobrigação de indenizar.

Também há de se ter em mente que ao final da Ação Declaratória Negativa, corroborados os elementos ofertados pelo segurador, e em havendo indicio da prática de crime de estelionato, poderá o Juízo, de ofício ou a requerimento, encaminhar cópias dos autos ao Ministério Público para que sejam tomadas as providências na esfera penal.

Este ensaio pretende abordar o tema Ação Declaratória Negativa como instrumento para que o seguro esteja no polo ativo da lide, em especial nos casos de fraude. No seu bojo serão analisados os aspectos técnicos e jurídicos, assim como, as diversas nuances desse procedimento.

Há de se fazer ressalva, contudo, que lançamos aqui uma semente neste rico solo da cultura do seguro, a qual, com o manejo e cuidados das brilhantes mentes que integram o seu universo, haverá de prosperar e gerar frutos em prol de toda a sociedade. Assim sendo, não tem esta abordagem a pretensão de esgotar o assunto, ou, muito menos, se arvorar da plenitude da razão, mas sim provocar o debate e, assim, ter a esperança de estar contribuindo para o engrandecimento desta instituição tão importante para a sociedade, qual seja: o seguro.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 1. | INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA..... | 09 |
| 2. | FRAUDE NO SEGURO..... | 12 |
| 2.1 | Marco jurídico da fraude no seguro..... | 14 |
| 2.2 | Aspectos sociais da fraude no seguro..... | 20 |
| 3. | AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA..... | 24 |
| 3.1 | Condições da ação..... | 26 |
| 3.2 | Pressupostos processuais..... | 27 |
| 3.3 | Efeitos da sentença..... | 30 |
| 4. | A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO..... | 32 |
| 4.1 | Conceito de prova..... | 33 |
| 4.2 | Objeto da prova..... | 35 |
| 4.3 | As provas indiciárias..... | 36 |
| 4.4 | A importância dos indícios como meio de prova da fraude no o seguro..... | 41 |
| 4.5 | Ônus da prova | 47 |
| 4.5.1 | Ônus da prova no seguro..... | 50 |
| 4.5.2 | Ônus da prova na ação declaratória negativa..... | 53 |
| 5. | CONCLUSÃO..... | 55 |
| 6. | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 58 |

1. INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA

Um dos elementos caracterizadores do contrato de seguro é o risco, devendo este ser incerto, futuro e aleatório. A ocorrência de qualquer evento sem estes elementos não merece amparo securitário, posto que o ato intencional, com o objetivo tão somente de recebimento da indenização securitária, é caracterizador da ocorrência de fraude contra o seguro.

A ocorrência de sinistro é elemento natural do contrato de seguro, sendo inclusive gênese da conseqüente indenização securitária. Ocorre que em alguns casos, ao se analisar a ocorrência de um sinistro, se verificam elementos ensejadores da não cobertura securitária nos termos das condições gerais da apólice contratada. Não raro, o pretense sinistro noticiado pelo segurado está eivado de fraude, com a intenção de locupletar-se financeiramente, de forma ilícita, mediante o recebimento de indenização securitária indevida.

O segurador ao proceder sua análise unilateral do evento noticiado pelo segurado, entendem pela recusa ao pleito indenitário, motivando o manejo de ação judicial. Em razão da fragilidade do arcabouço probatório construído pelo segurador, como também, pela tutela específica do direito consumerista, as decisões judiciais, muitas das vezes, se recusam a convalidar o entendimento do segurador pela falta de provas objetivas, dando ao caso o enfoque de que o mesmo está apenas utilizando-se de motivos vazios e insustentáveis para não pagar a indenização securitária que lhe está sendo reclamada pelo segurado/vítima/beneficiário. Essa situação também

é motivada em razão do poderio econômico do grupo segurador, em comparação com a hipossuficiência do segurado consumidor.

O segurador ao se ver diante de condições que impliquem na sua não responsabilidade em proceder ao pagamento da indenização securitária pleiteada, não deve tão somente proceder a recusa administrativa. Deve tomar a iniciativa e instaurar procedimento judicial específico, sustentado pela Ação Declaratória Negativa. Em assim procedendo, cria-se a oportunidade de convalidar as provas construídas unilateralmente durante o procedimento de regulação do sinistro, em igualdade de oportunidades fundadas no contraditório, isonomia e ampla defesa – princípios constitucionais regentes do processo.

Tomando a iniciativa da instauração do procedimento judicial, o segurador estará contribuindo para a mudança de entendimento do poder judiciário, em especial, com relação ao argumento de *invenção de motivos para não pagamento da indenização securitária*.

A presente abordagem tem por objetivo geral demonstrar, de acordo com os princípios que norteiam a construção do processo, a razoabilidade do manejo da Ação Declaratória Negativa por parte do segurador, para se antecipar na defesa de seus direitos, em razão do ataque de pessoas inescrupulosas, que buscam o enriquecimento ilícito mediante a prática da fraude contra o seguro.

Parte-se do marco teórico fundado no *Direito de Ação*, tema discutido pela Teoria Geral do Processo e com sustentação nas observações do Prof. Aroldo Plínio

Gonçalves, firme em FAZZALARI, que faz uma revisão do conceito de ação, tomando como critério a legitimação para agir, que não pode ser concebida como atribuída apenas ao autor, mas se estende a todos os sujeitos do processo, o que é perfeitamente lógico, pois sem a legitimação para agir não se poderia compreender o fundamento jurídico de seus atos¹.

Lançamos mão de conceitos acerca da fraude contra o seguro e das questões afetas à sua destinação social, cujas observações foram amalhadas em mais de quinze anos de diário labor na técnica securitária.

A vertente metodológica da pesquisa é a dogmática jurídica. O tipo da pesquisa é jurídico descritivo e jurídico propositivo. Quanto ao setor de conhecimento a pesquisa tem caráter interdisciplinar. Foram utilizados dados primários e secundários. As técnicas a serem utilizadas serão pesquisas teóricas e interpretação/hermenêutica.

¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio, 1943. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro : IDE Editora, 2001. p. 144

2. FRAUDE NO SEGURO²

Tantas são as definições e entendimentos para o termo fraude, mas busca-se em Ricardo Santos Bechara a seguinte amplitude:

“Em qualquer dicionário da língua portuguesa, quiçá de qualquer outra, FRAUDE nada mais é do que a obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio enganoso, chegando a assemelhar-se ao dolo, ao estelionato, e a confundir-se com a burla. Cometer fraude é enganar, lesar, privar, despojar, espoliar. A fraude é a materialização da má-fé, para ocultação da verdade, com intenção de causar prejuízo a terceiro.”³

Desde os primórdios da humanidade, que o homem levado pelo seu egoísmo pessoal e fundado na ganância, busca se locupletar diante situações que lhe são desfavoráveis. A fraude ganha vida nesse ambiente, pois é própria dos seres humanos e traz em si uma *falsa* impressão de legitimidade. A fraude é fria, não tem em si as mazelas da violência, não provoca repugnância, mas sim, instiga as mentes, pois o sucesso na empreitada é tido como um mérito pessoal.

Desde que surgiu, o seguro vem sendo alvo das mais diversas investidas da fraude. Fundado na boa fé - regente suprema de sua essência contratual - o seguro é presa fácil para mentes ardilosas. A fraude é a antítese do seguro, tornando-se seu principal inimigo. A atuaria dá conta de mensurar as conseqüências das forças da natureza, da imprudência, imperícia e negligência humana, mas não consegue

² GALVÃO, Clésio. **Fraude no seguro** – Acidentes Pessoais: admissibilidade da prova indiciária para a caracterização da auto-mutilação e do suicídio premeditado. Revista Agorá. Instituto Metodista Izabela Hendrix. Belo Horizonte, 2005. pg. 393-394.

³ SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de seguro no cotidiano**: coletânea de ensaios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pg 99.

avaliar, de forma razoavelmente precisa, o impacto causado pela fraude na mutualidade dos segurados.

A fraude contra o seguro é um problema de proporções alarmantes, cujas conseqüências são prejudiciais não só ao próprio mercado segurador, mas à sociedade em geral e à totalidade do espaço econômico nacional. Sendo o mutualismo o cerne da estruturação jurídica da operação de seguros, atinge-se, deste modo, todos os agentes econômicos do sistema, com diferentes graus de intensidade.

Nos últimos anos o mercado segurador tem abordado a questão da fraude contra o seguro de forma mais pró-ativa. A FENASEG – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização tem capitaneado das iniciativas, cujos frutos já se começam a colher. Em especial podemos destacar a criação do banco de dados nacional de sinistros – ferramenta de suma importância para a prevenção e combate às fraudes contra o seguro.

No passado os seguradores eram lesados continuamente por pessoas inescrupulosas, cada uma por vez, posto que não havia comunicação e cruzamento de informações. Hoje, mediante simples consulta informatizada, é possível se verificar se o mesmo evento está sendo reclamado perante vários seguradores ao mesmo tempo, ensejando a hipótese de ocorrência de fraude.

Ao abordar o tema A Fraude no Seguro e Sua Prevenção, José Sollero Filho assim registrou:

“...as seguradoras, assim tismadas, podem fazer muito pouco para a prevenção da fraude ou o seu combate, pois sempre pareceriam estar movidas por interesse pecuniário. E se defrontam com a mentalidade comum em que a fraude contra o seguro é tão tolerada como a fraude fiscal, a “lei de Gérson”, o louvor ao “golpe” exitoso.”⁴

Esmorecer diante da fraude é conduzir à ruína a instituição do seguro, justo essa instituição que vem a ser o triunfo da idéia humana sobre as forças cegas da natureza, uma vitória da lógica sobre os problemas ilógicos com que o homem tem de lutar no seu dia a dia.⁵

Apesar das louváveis iniciativas da FENASEG – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização há muito ainda o que se fazer. Salientamos que a grande empreitada está na mudança da cultura social brasileira em relação à fraude.

Assim, temos que a atuação do segurador de forma pró-ativa perante o judiciário, será um grande passo para a mudança da condenável cultura brasileira de que fraudar o seguro é normal, sob o enfoque de que os seguradores são ricos e poderosos. Os seguradores devem sair da defensiva e partir para o ataque contra aqueles que procuram se locupletar de forma ilícita da instituição do seguro.

2.1. Marco jurídico da fraude no seguro⁶

Inicialmente há de se entender o mecanismo da fraude, que não é estático, mas sim dinâmico. Ou seja, um conjunto de ações ligadas em si, com o objetivo do

⁴ FILHO, José Sollero. **Seminário sobre contratos de seguro** – Seguro esse desconhecido. Rio de Janeiro: EMERJ, 1994, p. 32.

⁵ SANTOS, Ricardo Bechara. **Op. cit**, p. 99.

recebimento de uma indenização securitária indevida. Para tanto, o *modus operandi* da fraude pode englobar diversos tipos penais.

O Direito Penal deu a fraude contra o seguro tipificação própria, conforme o art. 171, § 2º, V, do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º – Nas mesmas penas incorre quem:

V – 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 o intuito de haver indenização ou valor de seguro;”⁷

Para a consumação do tipo penal da fraude contra o seguro não há a necessidade que se consume o delito, pois, somente o emprego do meio fraudulento para a obtenção dos fins ilícitos já é suficiente para caracterizá-lo. Nelson Hungria, ao tratar do tema, proferiu as seguintes observações:

“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.”⁸

Luiz Regis Prado, no mesmo sentido, corrobora que:

⁶ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** 394-397

⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848. 07-12-1940. Código Penal.

“...para a consumação do crime, ao contrário dos delitos anteriores, não há necessidade de que o agente obtenha a vantagem patrimonial objetivada, uma vez que se trata de crime formal, de consumação antecipada. Assim, basta que se pratique a ação incriminada para que o delito se consuma.”⁸

No aspecto da caracterização do tipo penal da fraude fica latente a fragilidade da instituição do seguro. Na maioria das vezes, pela própria essência da fraude, não é possível se obter provas robustas e convincentes da ocorrência do delito. Imperam comumente os indícios, contudo, em matéria penal, esses não são suficientes, pois ficam aniquilados diante o princípio do *in dubio pro reu*.

Para o Direito Penal não se pode impor pena com base tão somente em indícios e presunções. O mesmo fato pode ter sido objeto de apreciação pelo Direito Civil e entendido como ilícito e ensejador de nulidade, contudo, as mesmas provas não serão suficientes para a caracterização e imposição de pena pelo Direito Penal.

O Direito Civil a seu turno também se põe contra a fraude, conforme o instituído no Código Civil, *verbis*:

*“Art. 171 – Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II – por vício resultante de **erro, dolo, coação, simulação, ou fraude contra credores.**”¹⁰ (grifo nosso)*

Para Caio Mário o dolo é assim definido:

“Inscrito entre os vícios da vontade, o dolo consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma

⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 242-243.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 524. V. 2.

¹⁰ BRASIL. Lei. N. 10.406. 10-01-2002.

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 [...].”¹¹

Abordando agora outro vício de vontade que é a simulação, Caio Mário, novamente se coloca de forma cristalina:

“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. Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que têm 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.”¹²

A boa-fé, antítese da fraude, foi alçada a um patamar de distinção pelo legislador na codificação civil vigente, eis que foi positivada sua importância para os contratos em geral: *“Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”¹³*

O contrato de seguro tem na boa-fé sua regente suprema. O Código Civil Brasileiro assim estabelece, *verbis*:

¹¹ PEREIRA, Caio Maio da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.333. V. 1.

¹² PEREIRA, Caio Maio da Silva. **Op. cit**, p. 339.

¹³ BRASIL. Lei. N. 10.406. 10-01-2002.

“Art. 765 – O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”¹⁴

Tamanha é a importância da boa-fé para o contrato de seguro que o legislador instituiu sanção para o caso do segurado maculá-la, conforme o Código Civil, *in verbis*:

*“Art. 766 – Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, **perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido**”.*

Parágrafo único – Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.”¹⁵ (grifo nosso)

Postas essas considerações acerca da boa-fé, pode-se concluir que ao acolher as declarações do segurado como verdades, se estas não passam de inverdades, o segurador estaria sendo levado a emitir uma declaração de vontade viciada, sendo tal situação suficiente para fulminar o contrato de seguro e suas obrigações decorrentes, com fundamento no art. 765 do diploma civil, reproduzido acima.

Amílcar Santos, abordando a questão da boa-fé, em especial nos contratos de seguros, registra:

“A lei obriga os contratantes a serem sinceros e verdadeiros em sus declarações, sob pena de nulidade do contrato. Quando se chama ao seguro contrato de boa-fé, expressão que perdeu, no

¹⁴ BRASIL. Lei. N. 10.406. 10-01-2002.

¹⁵ BRASIL. Lei. N. 10.406. 10-01-2002.

Direito moderno, sua significação romana, pretende-se indicar que o segurado está particularmente obrigado à bem informar o segurador sobre todas as circunstâncias que lhe permitam apreciar a natureza e a extensão do risco que toma a seu cargo. Deve abster-se de falsas declarações, como não deve guardar silêncio sobre circunstâncias necessárias à opinião sobre o risco. Qualquer informação falsa, no contrato de seguro, presume-se de má-fé, ainda que seja apenas expressão de mera leviandade, ou falta de zelo. As declarações do segurado concernentes, portanto, aos antecedentes e aos elementos do risco, como base que são do contrato, devem ser completas e verdadeiras. Qualquer inexatidão, ainda que involuntária, constitui causa de nulidade do contrato.”¹⁶

Outro dispositivo importante para o entendimento desta análise é o Art. 166, II, da codificação civil pátria: “*É nulo o negócio jurídico quando: [...] II – for ilícito, impossível ou indeterminado seu objeto*”.¹⁷

Ao apreciar esse mandamento legal deve-se buscar espelho em Ernesto Tzirulnik que professa:

*“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*

¹⁶ SANTOS, Amílcar. **O seguro**. São Paulo, 1986. p. 37.

¹⁷ BRASIL. Lei. N. 10.406. 10-01-2002.

não teria direito, pois isto agregaria um elemento ilícito ao objeto do contrato.”¹⁸ (grifo e destaque nossos)

Fica evidente que a fraude macula de morte o contrato de seguro, pois ataca sua essência. O ordenamento jurídico pátrio é taxativo em prescrever a nulidade do contrato de seguro em face da fraude. A seu turno a legislação penal também tipifica a fraude contra o seguro na modalidade de estelionato. Portanto, em havendo previsão legal para a repulsa da fraude contra o seguro, não podem e não devem os julgadores se furtar em aplicar tais dispositivos legais, em detrimento de qualquer concepção subjetiva alimentada no âmago de suas consciências.

2.2. Aspectos sociais da fraude no seguro¹⁹

É inequívoca a função social do seguro, pois esse visa garantir a superação de eventos imprevistos, incertos e aleatórios. Através do mutualismo social do seguro se consegue distribuir as perdas de um indivíduo para toda a comunidade, preservando-se assim a continuidade dos negócios e a estabilidade social.

Assim, fatos que visem atacar e prejudicar o funcionamento regular da atividade securitária tem um impacto negativo muito maior do que se pode inicialmente conceber. São as relações sociais garantidas pela instituição do seguro que terão sua normalidade maculada.

¹⁸ TZIRULNIK, Ernesto. **Estudos de direito do seguro**: regulação de sinistro (ensaio jurídico): seguro e fraude. Colaboração Alessandro Octaviani. São Paulo: Max Limomad, 1999. p. 182.

¹⁹ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** P. 400-401.

As conseqüências das fraudes contra o seguro acontecem em uma progressão dificilmente quantificada pelos métodos tradicionais utilizados nas ciências sociais e mesmo atuariais. Independente do valor apurado e além dos prejuízos diretos causados ao segurador e à massa segurada, é certo que ao final quem acaba pagando a conta das fraudes contra o seguro é o consumidor. A atividade securitária privada tem como objetivo o lucro e, portanto, esse é intrínseco da operação. Desta feita, o resultado apurado na operação em determinado período atuarial será automaticamente considerado na formulação dos preços, fazendo com que a conta acabe sendo paga pela massa de segurados.

Numa visão grosseira, mas bastante simplista da operação de cálculo do valor do prêmio do seguro, pode-se estabelecer que se toma o montante de sinistros indenizados e divide-se pela massa de segurados, carregando-se em seguida os custos de comercialização e administração da operação, impostos e acrescentando o lucro pretendido. Verifica-se, pois, que a base do custo do prêmio do seguro é o volume de sinistros indenizados, qual seja a sinistralidade. Quando se admitem nessa massa os sinistros fraudulentos, na verdade o que se faz é repartir o prejuízo entre todos os segurados, em prol daquele que isoladamente se beneficiou da fraude.

Abordando o tema fraude em seguros, Fernando Bosch, afirma que as fraudes se estendem além do horizonte visível, e que uma vez consumadas, alteram as bases do funcionamento do fundo mútuo, levando a uma situação prejudicial às relações estabelecidas, *in verbis*:

“...se este delito ataca diretamente o patrimônio individual do segurador, prolonga seus efeitos indiretamente a todo o

*universo dos seguros, pois, ao modificar artificialmente os índices de sinistralidade, altera as hipóteses estatísticas sobre cuja base se calcula o valor do risco segurado, e como consequência disso, se opera um aumento generalizado do valor do prêmio ou se reduzem alguns benefícios estabelecidos em favor dos segurados, o que, em definitivo, gera um aumento do custo geral do seguro. Se produz, deste modo, uma certa afetação do conjunto do sistema segurador e da função seguradora que, como mecanismo solidário de repartição de riscos, contribui para o desarranjo econômico.*²⁰

Faz parte da cultura popular do brasileiro o relato de histórias onde alguém se *deu bem* em cima da instituição do seguro. As pessoas, tomadas por um dos elementos ensejadores da fraude – a expectativa do sucesso – relatam casos dos mais variados, se vangloriando do resultado.

Como bem diz Ricardo Bechara, a sociedade brasileira está inoculada com o *bacilum fraudis*²¹, considerando tal a gravidade da questão para a sociedade que já considera a fraude contra o seguro como uma doença que sucumbe essa instituição tão séria que é o seguro.

Também é sabido que o *bacilum fraudis* tem sua ação impulsionada pelas crises econômicas e períodos recessivos, já que as atitudes ilícitas contra o seguro muitas

²⁰ BOSCH, Fernando. **El delito de estafa de seguro**. Argentina: Hamurabi, 1995, p. 34. “...si bien este delito ataca directamente al patrimonio individual Del asegurado, 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 a 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 desarrollo económico”.

²¹ SANTOS, Ricardo Bechara. **Op. cit.**, p. 99.

vezes passam a ser a “última tentativa” daqueles que naufragaram nas turbulências da economia.²²

Portanto, ao se premiar a fraude contra o seguro, através de uma análise simplista do conjunto probatório, sobejando-se a prova pericial em detrimento dos indícios que levariam à conclusão pela ocorrência da mácula maior desta instituição, tem-se na verdade uma pulverização do ilícito. Posto que o custo da operação do seguro é dividido pela massa de segurados, obedecendo-se a cálculos da ciência atuarial.

Tem-se, então, mais uma forte razão, agora não só jurídica, mas sim social, para que os casos de fraude contra o seguro sejam analisados com mais critérios pelo judiciário, e ao final, quando do sentenciamento do caso concreto se leve em consideração a prova indiciária.

Para tanto, o segurador deve sair da situação passiva que se encontra, esperando ser acionado judicialmente pelos segurados e ou beneficiários mal intencionados. Uma proposta para que o segurador passe a agir de forma ativa contra as mazelas da fraude contra o seguro é a Ação Declaratória Negativa, onde este levará ao judiciário as suas razões para não proceder ao pagamento da indenização securitária pleiteada. O segurador, assim, estará agindo de forma positiva para fazer valer seus direitos. Deve-se trabalhar para que a visão do judiciário seja modificada, afastando-se a pecha de que *“o segurador está sempre inventando um motivo para não pagar a indenização”*.

²² TZIRULNIK, Ernesto. **Op. cit.**, p. 164.

3. AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA

Feitas considerações sobre a fraude contra o seguro, propiciando ao leitor uma visão de seu conteúdo jurídico e conseqüências nefastas à mutualidade dos segurados, passamos, doravante, a abordar o tema que dá título a este ensaio, qual seja: Ação Declaratória Negativa.

Nos termos da classificação contida no Código de Processo Civil, que ordena a ação segundo à pretensão, ou seja, quanto a provimento jurisdicional buscado, a ação declaratória estaria enquadrada em uma subdivisão das ações de conhecimento.

A ação declaratória, como ação de conhecimento, se processa pelo rito do procedimento ordinário. Na ação declaratória, toda pretensão estará satisfeita com a sentença, em que se declare a existência ou inexistência da relação jurídica.

Ação declaratória está assim capitulada pelo CPC²³, *verbis*:

*Art. 4º - O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;
II – da autenticidade ou falsidade de documento.
Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito".*

Diante a norma legal reproduzida acima, devemos buscar o conceito de relação jurídica. Silvio Rodrigues²⁴ assim se posiciona: "*Relação jurídica é aquela relação humana que o ordenamento jurídico acha de tal modo relevante, que lhe dá o prestígio de sua força coercitiva*".

²³ BRASIL, Lei n. 5869. 11-11-1973. **Op. cit.** p. 19

²⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** p. 36.

Para Miguel Reale²⁵ a relação jurídica possui dois requisitos necessários para o seu surgimento como fenômeno jurídico. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem conseqüências obrigatórias no plano da experiência.

Portanto, decorre entender qual tipo de relação jurídica daria objeto à ação declaratória. O texto legal, conforme reproduzido acima, não faz qualquer restrição, sendo que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, são coerentes em admitir que qualquer tipo de relação jurídica pode ser declarável, seja de direito público ou privado, contratual ou não.

Vejamos o que diz o saudoso mestre Pontes de Miranda²⁶, *verbis*:

"Há ação declarativa para declarar-se, positiva ou negativamente, a existência da relação jurídica, quer de direito privado, quer de direito público, quer de direito de propriedade, quer de direito de personalidade, quer de direito de família, das coisas, das obrigações ou das sucessões, civis ou comerciais".

O pedido declaratório há que escoar-se em relação jurídica concreta, decorrente de fatos precisos e determinados, e não meras conjecturas ou suposições. Assim, extrai-se do texto legal que as ações declaratórias visam, simplesmente, via prestação jurisdicional, a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, que no contexto desta análise se reveste da obrigação de indenizar.

O segurador ao propor a ação declaratória negativa, buscará, pela sentença, a declaração de que não está obrigado ao pagamento da indenização pleiteada pelo

²⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 216.

segurado, em razão do evento noticiado. Poderá, também, pedir a extinção do contrato de seguro, na hipótese de fraude.

3.1 Condições da ação

Conforme capitulado no Art. 267, VI, do Código de Processo Civil²⁷ as condições da ação, quais sejam os requisitos para se buscar a prestação jurisdicional, são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a *legitimatío ad causam*. Preenchidas as condições da ação, tem-se por consequência, sentenças cujo dispositivo podem ter conteúdo meramente processual ou de mérito.

Salienta-se que especial atenção deve ser dispensada ao interesse de agir, pois, o interesse processual há de ser o mesmo para ação declaratória e para qualquer outra. Na ação declaratória aquele se confunde muitas vezes, com o próprio mérito da causa. Ainda que ténue a linha divisória entre o interesse de agir e o mérito da causa, não há como confundi-los, porque, no campo das condições da ação, não se indaga se ocorreu violação ao direito ou se o autor tem razão, mas tão-somente se os fatos narrados caracterizam, em tese, violação a direito ou situação que autorize a tutela pretendida. Basta, pois, a caracterização do interesse de agir, a alegação de fatos idôneos de que decorra a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional. No contexto desta análise fica evidente que o segurador tem pleno interesse de agir, posto que busca a tutela jurisdicional para salvaguardar os seus direitos, em virtude de obrigação assumida no contrato de seguro.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Ações**. p. 36

A legitimidade *ad causam*, outro dos requisitos da ação, se firma na qualidade intrínseca para figurar num dos pólos da relação processual. Apenas há detém quem tem a titularidade do direito material disputado, salvo se permitido por lei pleitear direito alheio em nome próprio (legitimação extraordinária).

No caso deste ensaio, o segurador detém legitimidade para figurar no polo ativo da ação declaratória, posto que é uma das partes contratantes no contrato de seguro que da gêneses à contenda.

A possibilidade jurídica do pedido nada mais é do que a admissibilidade de provimento do pedido submetido aos ditames do ordenamento jurídico. No contexto deste trabalho o pedido de declaração de não responsabilidade de indenizar, em razão do evento noticiado, é perfeitamente possível, assim como, a extinção do contrato de seguro em razão de fraude.

3.2 Pressupostos processuais

Antes de adentrarmos especificamente na análise dos pressupostos processuais, faz-se necessário firmar o marco teórico acerca da relação processual. Comungamos do conceito de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. Nos filiamos à doutrina de Fazzalari, firmes nos ensinamentos do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves., *verbis*:

“Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema

²⁷ BRASIL. Lei 5.869. 11-1-1973. **Op. cit.** p. 269.

jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção” há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.”²⁸

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”²⁹

Firmado o marco teórico que balizará os conceitos de processo e procedimento, podemos então passar à análise dos pressupostos processuais, que são os requisitos necessários para a existência, validade e desenvolvimento regular do procedimento. Em outros termos, os pressupostos processuais, são os elementos necessários para que a relação processual exista, e, em existindo, possa se desenvolver, validamente.

Não obstante as diversas referências da doutrina aos pressupostos processuais, nos filiamos à uma corrente mais moderna da teoria geral do Direito Processual, que assim os enumera:

- instauração perante um órgão estatal investido de jurisdição;

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro : AIDE Editora, 2001. p. 68

- partes capazes;
- uma demanda regularmente formulada.

Para melhor compreensão faz-se necessário compatibilizar a classificação acima com a clássica distinção da doutrina entre pressupostos processuais de existência e de validade. A existência do procedimento está condicionada ao seu processamento perante um órgão jurisdicional.

Com relação à validade e desenvolvimento do procedimento, temos que há a necessidade de partes capazes e uma demanda regularmente formulada, que possua causa de pedir e pedido.

A causa de pedir está relacionada com os fatos que fundamentam a pretensão manifestada pelo demandante. Divide-se a causa de pedir em próxima e remota. A causa de pedir remota refere-se ao fato constitutivo do direito afirmado e a causa de pedir próxima refere-se à lesão ou ameaça de lesão ao direito afirmado.

O outro elemento a ser analisado é o pedido, que nada mais do que a pretensão do demandante, qual seja, o que se busca com o provimento jurisdicional. O pedido tem dois aspectos – o imediato e o mediato. O pedido imediato é a própria prestação jurisdicional. Já o mediato é o próprio bem jurídico de direito material a ser tutelado pela sentença.

No caso da ação declaratória negativa o pedido será a declaração de não responsabilidade do segurador em pagar indenização securitária em razão do

²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Op. cit.** p. 115.

evento noticiado pelo segurado. Poderá, também, ser cumulado pedido de extinção do contrato de seguro, no caso de caracterização de má-fé do segurado.

3.3 Efeitos da sentença

Na ação declaratória obtém-se apenas um pronunciamento jurisdicional conceitual; a execução da decisão dependerá de uma posterior ação condenatória com vistas à execução. No entanto, a segurança da coisa julgada tornará essa segunda demanda bastante simplificada. Os efeitos da sentença declaratória são *ex tunc*, ou seja, retroagem à época em que se formou a relação jurídica, ou em que se verificou a situação jurídica declarada.

Na ação declaratória o segurador buscará a prestação jurisdicional para se ver livre do pagamento de indenização securitária indevida. Posteriormente, caso entenda razoável, poderá intentar ação de cobrança em face do seu segurado, visando receber do mesmo todas as despesas que custeou em razão do ato ilícito praticado pelo mesmo (fraude contra o seguro).

Ocorre uma situação peculiar na ação declaratória negativa: a decisão pela qual a ação declaratória negativa é repelida pela existência da relação jurídica negada, encerra também a declaração positiva dessa existência, sem que seja necessário, para tanto, a propositura de uma reconvenção.

Isto quer dizer que se os pedidos da ação declaratória negativa forem julgados improcedentes, restará convalidada a obrigação do segurador em prover o

pagamento da indenização securitária. Tal situação, inclusive, traz paz social e jurídica para o motivo da contenda. O segurador terá a oportunidade de expor seus argumentos e provas em relação ao fato noticiado, sendo que, saindo vencido na demanda, terá a certeza de que pagará a indenização securitária de forma legítima.

Por outro lado, tem que ser levado em conta que no caso de caracterização de indícios da ocorrência de fraude, poderá o Juízo Cível, de ofício, determinar a extração de cópia dos autos e seu encaminhamento ao Ministério Público, para que sejam tomadas as medidas criminais cabíveis. Desta forma, estaria se contribuindo de forma efetiva para a punição das pessoas inescrupulosas que atacam a instituição do seguro.

Se o procedimento da ação declaratória negativa for conduzido de forma capaz a ensejar o provimento final pretendido, com o manejo adequado das provas e garantias processuais, o segurador, mesmo que vencido, estará tranquilo, pois, restará afastada a hipótese de má-fé.

Pode-se concluir, então, que o manejo da ação declaratória negativa torna-se um hábil instrumento de conduta pró-ativa, para o segurador estar perquirindo a verdade dos fatos noticiados pelo segurado, podendo, assim, buscar a salvaguarda de seus direitos, quer mediante o não pagamento da indenização securitária, como também, no caso de vencido pela correta fixação do valor a ser indenizado.

4. A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO³⁰

Para a amplitude do êxito no procedimento da ação declaratória negativa faz-se necessária a abordagem de considerações acerca das provas a serem produzidas no iter procedimental. Vale, ressaltar, que o embasamento do segurador para propor a ação declaratória decorrerá sempre de material probante obtido durante procedimento unilateral de sua parte afeto à regulação do sinistro. Tais provas são obtidas longe dos olhos do contraditório, muitas das vezes por profissionais terceirizados. Assim sendo, faz-se necessário que todas as provas e indícios garimpados unilateralmente pelo segurador sejam apresentadas ao contraditório, quando então, poderão ser convalidadas para a garantia do direito pretendido.

No direito processual civil brasileiro tem-se a regra da verdade formal, onde o que não está nos autos não está no mundo. Cabe às partes levar aos autos as provas que servirão de base para sustentar suas afirmações. Temos a predominância do princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assumindo especial relevância a questão pertinente a quem cabe o ônus da prova.

Em atendimento ao princípio dispositivo, o juiz não deve levar em consideração os fatos não afirmados pelas partes. Às partes incumbe, pois, a afirmação dos fatos e das circunstâncias que os envolvem, não cabendo ao magistrado, em princípio, investigá-los ou complementá-los.

Toda pretensão posta em juízo refere-se a algum fato, ou fatos. Cabe ao autor da demanda afirmar a ocorrência do fato que sustenta seu pedido, caracterizando-o

³⁰ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** p. 408-409

juridicamente e dessa sua afirmação extrair as conseqüências jurídicas que pretende com a prestação jurisdicional.

As afirmações postas pelo autor podem ser ou não verdade, cabendo a ele provar o alegado. Em resposta às afirmações do autor se contrapõem as afirmações feitas pelo réu em sentido oposto, que também por sua vez, podem ou não ser verdade. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações das partes constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, com base nas provas construídas na fase instrutória do processo, sempre em contraditório.

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o juiz entende a realidade do caso concreto, sua eficácia será mais precisa, quanto mais clara, plena e mais seguramente ela influir na convicção do julgador de estar de posse do entendimento dessa realidade.

Vale destacar a diferença existente entre convicção e certeza em sentido técnico-jurídico. A certeza é objetiva, sendo uma qualidade do fato, e a convicção por sua vez é subjetiva e se forma na mente do juiz. Portanto, o que se busca pelas provas é formar na consciência do julgador a convicção acerca da certeza do fato ocorrido. As provas produzidas pelas partes em contraditório servirão para embasar o provimento jurisdicional.

4.1. Conceito de prova³¹

Prova é assim definida por De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico:

³¹ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** p. 409-410

“Prova: do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. A prova constitui, em matéria processual, a própria alma do processo ou a luz, que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados. Mas, tomado num duplo sentido, objetivo e subjetivo, não se mostra somente a demonstração material, revelada pelo conjunto de meios utilizados para a demonstração da existência dos fatos (sentido objetivo), como também a própria certeza ou convicção a respeito da veracidade da afirmação feita (sentido subjetivo). A força da prova objetiva ou da prova material produzindo a prova subjetiva ou convicção, é que forma integralmente a prova jurídica, gerando os efeitos pretendidos, isto é, os de estabelecer uma demonstração inequívoca acerca dos fatos alegados ou afirmados. Nesta acepção, incluem-se, especialmente, as provas propriamente ditas, decorrentes da materialidade dos fatos, de que se formou a certeza. São as provas diretas, preparadas pelos próprios interessados ou demonstradas por eles, no que se diferem das provas indiretas, constituídas pelos indícios e presunções.”³²

Encontra-se em Cintra, Grinover e Dinamarco a seguinte definição: *“A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”³³.*

Humberto Theodoro Júnior conceitua prova judiciária levando em conta seus aspectos objetivo e subjetivo. No aspecto objetivo ele define *“...como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.)”*; no subjetivo *“...que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório.*

⁴⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**.V. 2.Rio de Janeiro:Forense.1998, p. 656.

³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 347.

*Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”.*³⁴

Assim, pode-se conceber que a prova, como instrumento do processo, serve para que as partes, em contraditório, possam materializar suas afirmações em algo concreto, demonstrando os fatos alegados e propiciando assim elementos a influir na formação da convicção do julgador, para que este possa emitir o provimento jurisdicional pedido pelas partes.

4.2. Objeto da prova³⁵

Partindo-se da premissa de que a prova em regra incide sobre matéria fática é comum se verificar na doutrina afirmações de que os objetos da prova são os fatos³⁶. Com base nos ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara esta também não nos parece, todavia uma afirmação correta³⁷.

É natural que os fatos existem ou não existem. A prova não tem o condão de criar a certeza sobre a ocorrência ou não do fato alegado, mas sim de influir na formação da convicção do julgador sobre tal certeza. Desta feita, é razoável admitir que o objeto da prova é constituído pelas alegações das partes a respeito dos fatos. Esta é

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. I. p.375.

³⁵ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** p. 410

³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol IV. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1994, p.5

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004, p. 397

a visão de Santiago Sentis Melendo³⁸, para quem as alegações das partes podem ou não espelhar a verdade, e o que se pretende com a prova é exatamente levar o juiz a se convencer de que tal alegação corresponde à verdade dos fatos. Assim, as alegações sobre fatos e não os fatos propriamente ditos constituem o objeto da prova.

Como regra as provas podem recair sobre matéria fática. Contudo, somente os fatos pertinentes e os relevantes são alvo de prova. Estão excluídos os fatos notórios (conhecidos de todos), os fatos impertinentes (estranhos à causa), os fatos irrelevantes (embora pertençam à causa, não influem na decisão), os fatos incontroversos (alegado por uma das partes e admitido pela outra), ou que sejam cobertos pelo manto da presunção legal de existência ou de veracidade.

4.3. As provas indiciárias³⁹

A prova indiciária tem sua sustentação nos indícios e presunções. Por indício entende-se como elemento tangível e apreciável, que se vincula ao fato abstrato ou incerto e que propicia a sua visualização ou mesmo a determinação de sua veracidade. É o fato que se identifica, por via indireta e refletiva, a existência de outro, ao qual se une por uma relação de causalidade. Os indícios permitem que se chegue a uma verdade, não pela robustez e consistência da prova direta, mas sim por indução de elementos diversos conexos entre si, sendo entendidos como prova circunstancial.

³⁸ MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba** - los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 12.

Presumir é admitir a existência de um fato, antes desse ser provado, de ser percebido. Pode-se então presumir a existência de um fato ou alegação mediante a verificação de indícios neste sentido.

No dicionário encontramos a seguinte definição para a Prova Indireta:

*“...ao contrário da prova direta, que é demonstrada ou produzida por documentos, testemunhas ou outros meios indicados em lei, a **prova indireta** ou **subjéitiva** é a que se firma numa **presunção legal**, com força probante atribuída por lei, ou no **indício**, de que se conclui a existência do fato alegado. Nesta razão, a **prova indireta** é constituída pela **prova indiciária** ou pela **prova presuntiva**. É, pois, **indireta** porque não é produzida **imediatamente**, propriamente, pela demonstração da existência do fato afirmado, mas por determinação da lei, quando estabelece a **presunção**, fortalecida com a atribuição probatória, ou pelo **indício** de que se gera a convicção acerca do **fato afirmado**.”⁴⁰ (destaques do autor)*

A prova indiciária é a específica dos atos de má-fé, e que, sempre que se trata de induzir o dolo, a simulação, a fraude, estes meios de convencimento perdem seu caráter meramente subsidiário, elevando-se à categoria de prova autônoma e independente de outras. Em regra, os juizes, cujo espírito conservador já se tornou proverbial, exageram de tal arte a prudência, que se lhes costuma recomendar, na interpretação da prova circunstancial, que esta acabou por se tornar praticamente inoperante.⁴¹

³⁹ GALVÃO, Clécio. **Op. cit.** p. 418-421

⁴⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V. 2. Rio de Janeiro: Forense.1998, p. 657.

⁴¹ MARTINS, Pedro Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Revista Forense, III, p.141.

Em estudo sobre as novas teorias da prova, Antonio Dellepiane traz a seguinte reflexão sobre os indícios e as operações que devem ser realizadas para adensá-los e, conseqüentemente, torná-los úteis à atividade probatória:

“O que é um indício? E todo rastro, vestígio, pista, circunstância, e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor dizendo, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de interferência, ao conhecimento de outro fato desconhecido. Como é que, mediante um fato comprovado, podemos chegar a conhecer outro que ignoramos e que não havíamos ainda percebido, nem havia sido percebido nas informações de testemunhas, nem havia sido consignado em nenhum documento escrito, nem havia sido revelado pelo próprio autor? Graças a uma operação de inteligência, como acabamos de adiantar; graças a uma interferência, que, para conseguir tal fim, se apóia nas relações necessárias derivadas da natureza das coisas. Se baseia nas coisas, nos seres e nos fatos que nos circundam, nada ignorando, estando vinculados entre si por relações diversas, de semelhança e diferença, de causalidade ou simples sucessão, de coexistência, de finalidade e, quando se tratar de fatos únicos, ao menos por relações de lugar e de tempo.”⁴²

Inicialmente faz-se necessária uma releitura do Código de Processo Civil de 1939, que em seu art. 252, capitulava que **“o dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé, poderão ser provados por indícios e circunstâncias”**⁴³ (grifo nosso).

⁴² DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**. Colômbia: ET, 1994, p.57. “¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, em general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de interferencia, al conocimiento de outro echo desconocido. ¿Cómo es que, mediante um hecho comprobado, podemos llegar a conocer outro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros, ni ha caído bajo la percepción de um testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado em documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor? Merced a uma operación de la mente, como acabamos de adelantarle; merced a uma interferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya em las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas. Em afecto, las cosas, los seres y hechos que nos circundan, como nadie ignora, hállanse vinculadlos 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”.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 1608. 18-09-1939. Institui o Código de Processo Civil.

Aos tratadistas da época havia consenso de que em matéria de fraude haveria de se dar maior ênfase aos indícios e circunstâncias e não à prova incisiva.

Com relação à apreciação dos indícios o CPC (1939) regia: “Art. 253 – 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”.⁴⁴

O Código de Processo Civil de 1973, embora não tenha revogado os princípios acolhedores da prova indiciária, pecou ao não lhes dar destaque como na legislação antecedente, pois não traz nenhum dispositivo como o art. 252 do CPC de 1939.

O professor Ovídio Baptista faz uma 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), *in verbis*:

“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 do 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,

⁴⁴ Ibidem

*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 [...].*⁴⁵

Diferentemente do Direito Processual Civil atual, o Direito Penal, que perquire a verdade real, dá grande importância à prova indiciária, contudo há de se registrar o princípio do *in dubio pro reu*. Reconhecidos doutrinadores, mesmo divergindo em alguns aspectos conceituais, salientam a importância que este instituto possui.

Indícios na visão de Paulo Lúcio Nogueira são:

*“... 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.”*⁴⁶

Também pontuando a importância dos indícios em matéria penal, Vicente Greco Filho, traz a seguinte colocação:

“...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

⁴⁵ BAPTISTA, Ovídio. **Jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1997, p. 132-3.

⁴⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 111-2.

*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 tenha de provocar a convicção sobre a existência (ou inexistência) daqueles outros previstos em lei.*⁴⁷

Sendo então os indícios elementos pelos quais se chega ao conhecimento de outros, estes têm de ser apreciados segundo sua procedência objetiva (verossimilhança) em relação ao conjunto probatório produzido nos autos em contraditório.

Assim, com base no *sistema do livre convencimento* o julgador haverá de pautar sua convicção sobre os fatos alegados, levando também em conta os indícios e não tão somente as provas diretas. A fundamentação da decisão é que dará legitimidade ao convencimento motivado, pois este é o meio de garantia do controle da atividade jurisdicional, propiciando a verificação se o provimento foi proferido com base nos elementos de prova constantes dos autos.

4.4. A importância dos indícios como meio de prova da fraude no seguro⁴⁸

A comprovação da fraude contra o seguro é tarefa árdua e se alicerça, muitas das vezes, em provas indiciárias. Desta feita é de suma importância a admissibilidade dos indícios como meio de prova para caracterização da fraude no seguro.

⁴⁷ FILHO, VICENTE GRECO. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.185

A observação mostra que os julgadores, alicerçados no ônus da prova, nem sempre têm consciência da gravidade da fraude contra o seguro. Em muitos casos, procuram a prova absoluta, impossível, inexistente, e supervalorizam os laudos periciais, desatendendo à prova indiciária, trabalhosa, difícil.⁴⁹

Pode-se entender essa atitude dos juízes como sendo um preconceito contra as seguradoras, pois em casos conhecidos, alguns magistrados admitem em suas decisões que as seguradoras não pagam sinistros como deveriam, que redigem contratos leoninos, com letras pequenas, chegando a afirmar que junto ao contrato deveriam fornecer uma lupa para que o segurado se inteirasse de seu conteúdo. Verifica-se aqui uma incoerência com princípios basilares que conduzem o processo, dentre eles a imparcialidade. Quando se verificam declarações e mesmo sentenças com cunho pessoal, se agride de forma contundente o princípio da imparcialidade, que deve nortear a atuação jurisdicional.

Sendo a fraude um crime de inteligência, frio, não violento e dotado de premeditação, não há que se querer que sua apuração seja empreitada fácil. A própria concepção da fraude implica em dificultar sua apuração. O agente da fraude, ao conceber o seu plano, pensa em seus mínimos detalhes, já que seu sucesso dependerá em malograr a inteligência dos responsáveis pela sua análise.

Ao articular seu plano, o fraudador leva em conta seus pontos vulneráveis e dedica a eles especial atenção, pois tem conhecimento que o ônus da prova caberá a quem

⁴⁸ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** p. 397-399

⁴⁹ FILHO, José Sollero. **Op. cit.**, p. 32-33.

alegar erro em sua conduta – no caso o segurador. Haverá então de se dedicar a produzir contra-provas e a dificultar sua identificação, como também, o acesso aos objetos de prova que possam lhe ser prejudiciais.

Diante esse quadro nebuloso, a apuração da fraude em seguro é tarefa árdua, a ser desenvolvida por profissionais capacitados e dotados de grande experiência. A fama dos profissionais envolvidos com a apuração de fraude contra o seguro é tamanha que, nos países mais desenvolvidos, sua experiência é aproveitada pelos órgãos oficiais de inteligência. Esse crédito dado aos profissionais encarregados de apuração das fraudes em seguro é fruto das dificuldades encontradas no seu labor e que necessitam ser superadas com grandiosa capacidade e inteligência.

Em virtude das dificuldades concebidas e impostas pelo agente da fraude, não se pode esperar que mesmo o profissional mais competente possa sempre lograr êxito na obtenção de provas inequívocas do ato ilícito. Contudo, quando não é possível a obtenção de provas tidas como contundentes e capazes de levar a um convencimento sem dúvidas do julgador, quebrando-lhe o preconceito contra a instituição do seguro, sempre restarão indícios da ação ilícita, os quais, se bem correlacionados com o contexto processual, deverão ser mais bem avaliados e por fim valorados de forma significativa pelo julgador.

A esse entendimento se junta Ricardo Bechara Santos ao afirmar:

“...insta não se olvidar de que ao menos a prova indiciária deve ser perseguida pelo regulador/investigador, porque, enquanto na esfera criminal os indícios nem sempre fazem

prova para uma condenação, em face do princípio do in dubio pro reu, no cível podem ter eles relevância...⁵⁰

Vê-se em julgados que tem como pano de fundo a fraude contra o seguro, onde a decisão não leva em consideração o conjunto probatório, mas sim a presunção de culpa ou dolo do mais forte, como se essa fosse a condição para a proteção do segurado/consumidor. Aceitar essa concepção seria macular o princípio da imparcialidade da Justiça.

Ararino Sallum de Oliveira, ao abordar o tema fraude em seguros, assim se pronunciou:

“A prova da fraude, insofismável indubitosa, só existirá se o próprio fraudador a confessar. E essa confissão, sabemos todos, nunca será obtida, salvo se arrancada à custa de forte coerção, por sua vez, também condenável. Nos casos em que a seguradora recusa-se a pagar indenização por dispor de fundados indícios de fraude, apoiados também na convicção dos técnicos experimentados da seguradora, a posição mais razoável é considerar o caso fora do tratamento de rotina inerente ao sistema de proteção ao consumidor [...] Nesses casos, havendo fundados indícios de fraude, compete ao Poder Judiciário deslindar a controvérsia. Para isso, a lei processual permite ao juiz sentenciar segundo seu livre convencimento a respeito das provas, inclusive indiciárias, constantes do processo. É possível no processo judicial intimar testemunhas, colher perícia técnica e produzir todas as provas em direito admitidas.⁵¹

Nessa esteira, deve o julgador garimpar com afincos os indícios e presunções trazidas aos autos e procurar fazer, no exercício do princípio da iniciativa oficial, com

⁵⁰ SANTOS, Ricardo Bechara. **Op. cit.**, p. 102.

⁵¹ OLIVEIRA, Ararino Sallum de. **Revista Plano Direto de Seguros**. Abril/1995, p. 14-5.

que os mesmos se materializem em provas robustas, admitindo providências probatórias requeridas, como também, as determinando de ofício para o bem da formação lúcida e cristalina do seu convencimento. Cumpre salientar que a boa-fé é a regente suprema do contrato de seguro. Atualmente a boa-fé foi positivada como elemento fundamental de qualquer negócio jurídico. A presunção de legitimidade deve, contudo, vicejar em prol de ambos os contratantes, no caso o segurado e o segurador. Assim, qualquer alegação de ambas as partes deve merecer a mesma atenção. Mais uma vez afloram os princípios norteadores do processo legal: contraditório, isonomia e ampla defesa.

Moacyr Santos Amaral, estudioso das provas que é, ao abordar a força dos indícios enquanto meios de prova, assim se pronuncia:

*“Vastíssimo é o campo de aplicação de presunção do homem. Mas, onde se manifesta, em toda a sua plenitude, a importância das presunções e indícios, é quando se cura de provar estados de espírito – a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé, etc. – e, especialmente, de provar as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos. Tratando-se de intenções suspeitas, ou melhor, **nos casos de dolo, fraude, simulação e atos de má-fé em geral, as presunções e indícios assumem o papel de prova privilegiada ou, sem que nisso vá qualquer exagero, de prova específica.** Salientando a significação das presunções e indícios nesse terreno, dispunha o Código de Processo Civil de 1939, art 522: “O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias”⁵² (grifos do autor)*

⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 506. V.2.

Ricardo Bechara Santos cunhou a seguinte citação: “*O sentimento investigatório do juiz, há de iluminá-lo, para que, com ponta diamantina, busque fundo a verdade, para cortar rente a fraude que se vislumbre no tecido securitário.*”⁵³

Diante a amplitude das ponderações de José Sollero Filho, são as mesmas trazidas para corroborar este trabalho:

*“ Vencidos os preconceitos e as desconfianças, acolhida a “instrumentalidade do processo”, deixando de lado o fetiche da prova pericial, considerando que quem pratica fraude cuida em disfarça-la, poderá o Judiciário contribuir decisivamente para reduzir a fraude no seguro.”*⁵⁴

Por todo o exposto, a admissibilidade das provas indiciárias para caracterização das fraudes contra o seguro é de suma importância para a instituição do seguro. Deve-se abandonar velhos preconceitos, pautados na máxima popular que o segurador é forte e o segurado é fraco. Quando defendemos o abandono de velhos preconceitos não adubamos o terreno do ataque às garantias constitucionais do processo. Defendemos com afinco que o julgador não se afaste jamais dos princípios norteadores do processo e que o provimento seja pautado pela ampla defesa e construído pelas partes observando-se o contraditório e a isonomia.

O Processo Legal é a única garantia do pleno exercício da cidadania. Não há que se alardear o poderio econômico do segurador, mas sim se buscar a preservação da instituição do seguro contra o germe da fraude que tanto mal causa à sociedade.

⁵³ SANTOS, Ricardo Bechara. **Op. cit.**, p.103.

4.5. Ônus da prova⁵⁵

Para definir o que seja ônus da prova, primeiro há de se entender o significado da palavra *ônus* que segundo Moacyr Santos Amaral, quer dizer:

*“Ônus – do latim onus – quer dizer carga, fardo, peso. Onus probandi traduz-se apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes”.*⁵⁶

O juiz deve julgar *secundum aleegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam*. Surge, pois o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, mas também de provar suas alegações. Assim, cabe a quem alega o ônus da prova, ou então àquele a quem aproveita o reconhecimento do fato.

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 130 que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, cunhando assim o princípio da iniciativa oficial. Há, contudo, de se ter cautela na análise desse dispositivo legal, à luz dos demais princípios que norteiam a prestação jurisdicional. Moacyr Santos Amaral, chama a atenção para a atuação do juiz no sentido da produção de provas, ressaltando:

“Cumpre observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência

⁵⁴ FILHO, José Sollero. **Op. cit.**, p. 33.

⁵⁵ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** p. 421-422.

⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 2. p. 344.

*tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa. Bem por isso o despacho, pelo qual ordena-las, deverá ser motivado”.*⁵⁷

O Código de Processo Civil em seu art. 333 impõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.⁵⁸

Sobre o tema José Frederico Marques é lúcido ao afirmar:

*“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 negativos) das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito sua pretensão processual.”*⁵⁹

Ressalva se faz a esse princípio a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078, de 11/09/90) que veio possibilitar a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando o juiz considerar verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, VIII).

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras(...)**, p. 350.

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 5.869. 11-11-1973. Op.cit, p. 80.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.188. V. 2.

Desta maneira, ônus da prova é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida.

Humberto Theodoro Júnior assim se manifesta sobre o ônus da prova:

“...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 mesmo que fato inexistente.”⁶⁰

O instituto do ônus da prova ganha vida no momento em que o juiz irá avaliar as provas para proferir a sentença. Ao avaliar a prova e, percebendo a sua insuficiência, o julgador recorrerá ao ônus da prova. Portanto, o ônus da prova serve como regra de julgamento para o juiz que se encontra diante de um quadro de incerteza no momento de proferir a sentença. É quando o material probatório apresentado não se mostrou suficiente para formar, no espírito do magistrado, uma convicção razoavelmente satisfatória a respeito dos fatos relevantes para a solução controversa.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 417.

4.5.1 Ônus da prova no seguro⁶¹

Inicialmente há de se registrar a escassez de doutrina pátria acerca do direito do seguro. Lamentavelmente ainda não se tem consolidada a abordagem doutrinária sobre o seguro. Talvez aí, também, esteja fundada a *discriminação* às vezes vista em decisões judiciais e alicerçadas na resignação do direito do forte sobre o fraco. O judiciário muitas das vezes acolhe por inteiro a concepção de hipossuficiência sacramentada pelo Código de Defesa do Consumidor, impondo ao segurador o ônus da prova, sem antes exigir do segurado que faça prova consistente de sua pretensão. Bastam meras alegações do segurado, com o conseqüente prejuízo fático do sinistro, para que se obrigue o segurador a apresentar provas *consistentes e convincentes* acerca de suas alegações.

Pela pouca doutrina existente no Brasil, há de se buscar ensinamentos no direito comparado e na doutrina alienígena, citando-se Ruben S. Stiglitz, por exemplo, que aponta que:

“...a questão está submetida aos princípios gerais que preconizam que a carga probatória recairá sobre o segurado, pois é ele quem deve provar o fato (sinistro que sirva de pressuposto à norma – contrato de seguro) que consagra o efeito jurídico perseguido por ela (ressarcimento do dano ou a prestação convencionada).”⁶²

Abordando o tema “Carga de la prueba” Issac Halperin assevera que “O segurado deve provar que ocorreu o sinistro e que seu resultado está dentro do risco

⁶¹ GALVÃO, Clésio. **Op. cit.** p. 423-425

*contratado: ao dizer, comprovará que o fato narrado se encontra dentro da garantia pactuada.*⁶³

O italiano Guianguido Scalfi, ao seu turno, afirma que:

*“O segurado deve provar que ocorreu o fato e que este produziu um dano, conforme o art. 2697, § 1º. do CC: assim o direito do segurado de receber a prestação do segurador provém do contrato e do sinistro (entendido como o fato gerador do dano). É possível que o contrato inverta o ônus da prova. A prova pode ser produzida por todos os meios. Discute-se se o segurado deve também provar que o sinistro inclui-se na garantia prestada, quanto ao tempo, espaço, e a causa.”*⁶⁴

Profundo conhecedor em matéria de seguros, Pedro Alvim, apoiando a concepção estrangeira, faz 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 um desses eventos é objeto de seguro, basta uma certidão extraída pela autoridade ou uma cópia ou um atestado de seu registro para a

⁶² STIGLITZ, Ruben S. **El siniestro**. Argentina: Ed. Astra de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1980, p. 105. “...la cuestión está sometida a los principios generales, o sea que la carga probatoria recaerá sobre el asegurado, pues es él quien debe acreditar el hecho (siniestro que sirva de presupuesto a la norma – contrato de seguro) que consagra el efecto jurídico perseguido por ella (ressarcimiento del daño o prestación convenida)”.

⁶³ HALPERIN, Isaac. Seguros. Buenos Aires: Argentina: Depalma, 1983. p. 837. “El segurado deve 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”.

⁶⁴ SCALFI, Gianguido. **I contatti di assicurazione – l'assicurazione danni**. Itália: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991, p. 228-230. “L'assicurato deve provare che è accaduto il fatto e che esso há prodotto um danno, inconformità al principio dell'art. 2697, 1º comma, c.c.: infatti il diritto dell'assicurato di ricevere la prestazione dell'assicuratore deriva dal contratto e dal sinistro (inteso come fatto produttivo di danno). È per altro possibile che il contratto inverta l'ônere 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 da rischio assicurato. [...] Infine si suole dire che l'assicurato deve provare anche la misura del danno”.

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. [...] O ônus desta prova incumbe ao segurado ou ao interessado no recebimento do seguro, pois se refere a fato constitutivo de seu direito.⁶⁵

Quanto as divergências em relação a amplitude do ônus da prova para o segurado, consoante também o disposto no Código de Defesa do Consumidor, muitos são os que defendem que deve haver um limite compreensível para esse ônus, pois sempre haverá de se considerar a dificuldade encontrada pelo segurado, muitas das vezes, para provar as circunstâncias em que ocorreu o sinistro. Alguns defendem, inclusive a possibilidade de considerar como inválido tal ônus, avocando a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Ataca-se aqui a fraude contra o seguro. Essa sim macula a toda a sociedade. Neste contexto parece-nos um contra-senso querer enquadrar uma relação complexa, tal qual a fraude contra o seguro, nos limites da legislação de amparo ao consumidor, muito embora sejamos defensores deste diploma legal na defesa do hipossuficiente. Tal posicionamento não tem a menor pretensão em questionar a função social da norma de amparo ao consumidor.

⁶⁵ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.403-5.

Neste diapasão, vale registrar que cabe ao segurado produzir a prova que vai embasar o seu direito ao pagamento da pretensa indenização securitária. Quando o segurado é autor de ação judicial visando o recebimento de indenização securitária, o que vemos comumente é tão somente a alegação da ocorrência do pretense fato gerador do direito, cabendo ao segurador provar o contrário.

4.5.2 Ônus da prova na ação declaratória negativa

Não se pode encerrar esta análise do ônus da prova sem que se faça uma abordagem à respeito de suas implicações na ação declaratória negativa. A doutrina diverge sobre a forma de distribuição do ônus da prova no caso em comento. Para alguns autores ocorre verdadeira *inversão do ônus*, cabendo ao réu, no caso o segurado, provar o fato constitutivo de seu direito, e ao autor (segurador) a existência de fato extintivo ou impeditivo do direito do demandado.⁶⁶ Outros autores afirmam que não há que se falar em inversão do ônus da prova, cabendo ao autor (segurador) demonstrar a ilegitimidade do direito buscado pelo segurado, qual seja a inexistência da relação jurídica deduzida em juízo, qual seja a inexistência do motivo ensejador ao pagamento da indenização securitária⁶⁷.

No caso da Ação Declaratória Negativa manejada pelo segurador, este irá alegar os fatos e apresentar seus fundamentos para recusa ao pagamento da indenização securitária pleiteada, fazendo provas das suas alegações. Ao comparecer ao

⁶⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 156.

⁶⁷ BUZAID, Alfredo. A ação declaratória no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo : Forense, 1986, p.336-337.

processo para se defender, o segurado terá contra si o ônus da prova em desconstituir a pretensão do segurador. Não ficará mais o segurado *à cavaleiro*, impondo ao segurador o ônus de desqualificar suas alegações. Não bastará tão somente um boletim de ocorrência policial. O segurado haverá de fazer provas robustas do seu direito, pois haverá de desconstituir as alegações do segurador para fazer valer as suas.

Desta forma, obedecido o contraditório, temos que as partes segurado/segurador estarão em igualdade de condições em atendimento ao princípio da isonomia, nivelando-se assim outro princípio basilar do processo, qual seja a ampla defesa. Não mais bastará ao segurado se firmar em um mero registro policial. Haverá ele de fazer provas robustas de sua pretensão. A convicção do julgador será formada com caráter mais crítico, posto que desconstituir provas é muito mais difícil que apresentar meras alegações. Não bastará ao segurado simplesmente alegar que tem direito ao recebimento da indenização securitária pleiteada, haverá ele de apresentar provas contundentes neste sentido, capaz de desqualificar as provas e indícios apresentados pelo segurador. Neste contexto, não há que se ouvidar que os indícios ganham força probante, posto que estará correlacionados com todo o arcabouço probatório dos autos.

Salienta-se, por fim, que em relação à distribuição do ônus da prova na ação declaratória negativa, tem-se mais um fator favorável ao seu manejo pelo segurador, visando a garantia de seus direitos e a declaração de não responsabilidade de indenizar, forçando o segurado a produzir provas contundentes de sua pretensão, ao invés de ficar em singelas alegações.

5. CONCLUSÃO

Sob censura dos doutos, passaremos às considerações finais que nos permitimos fazer sobre o tema proposto, mediante tudo o que foi explicitado no corpo deste ensaio.

Um dos grandes males que atacam a instituição do seguro é a fraude. Por se tratar de crime de inteligência, sua caracterização não é tarefa fácil. Muitas das vezes não é possível a obtenção de provas tidas como robustas e incontestáveis. Não se dispondo então dos elementos de prova tidos como diretos e para que se tenha uma prestação jurisdicional imparcial, amparada no contraditório e ampla defesa, assim como, para o bem das relações sociais, com amparo no ordenamento jurídico, haverá o julgador de considerar a prova indiciária. É dever ressaltar que a prova indiciária deverá ter estreita consonância com o fato alegado e o conjunto probatório constante dos autos.

Há de se salientar que apesar do CPC vigente não positivar explicitamente a aceitabilidade das provas indiciárias, não houve expressa revogação do art. 252 do CPC de 1939. Haverá de prevalecer o princípio da verdade, moral da justiça e anseio de todos, fundado no princípio de apreciação de provas da *livre persuasão racional*. Tudo corroborado pelo devido processo legal, em sintonia com seus princípios regentes, qual sejam: isonomia, contraditório e ampla defesa.

O seguro é vítima do ataque da fraude, contudo, não age de forma pró-ativa contra a mesma. O segurador fica na passividade, esperando ser acionado judicialmente pelo

segurado. Encerrado o procedimento administrativo da regulação do sinistro, realizado de forma unilateral por parte do segurador, este quando se depara com a hipótese de fraude contra o seguro, se limita a tão somente encaminhar uma carta ao asegurado recusando o pagamento da indenização securitária.

Esta atitude passiva do segurador somente contribui para o enfraquecimento de sua posição. Vale registrar que as provas da fraude são obtidas longe dos olhos do contraditório e muitas das vezes distantes da forma legal. Tal fragilidade das provas enseja na não caracterização da fraude alegada. O asegurado/fraudador sabe da fragilidade e assim se aventura no judiciário, onde o segurador possui má fama.

Perante o judiciário o segurador está na maioria das vezes no pólo passivo da lide, levando a se cunhar a preconceituosa concepção de que *o segurador está sempre inventando motivos para não pagar a indenização*. Aliada a este contexto, temos ainda que as ações de cobrança e ou execução em que o segurador é réu, sempre é avocada a inversão do ônus da prova, com base na legislação consumerista.

Todo este quadro reforça a necessidade de ações ativas do segurador na mudança da cultura atual. Nesta esteira temos na Ação Declaratória Negativa um hábil instrumento para a salvaguarda dos direitos do segurador, bem como, para o fomento de uma nova cultura, lastreada na credibilidade da instituição do seguro perante o judiciário.

A Ação Declaratória Negativa, conforme demonstrado no corpo deste ensaio, se apresenta como instrumento legal para a ação ativa do segurador contra segurados inescrupulosos.

Assim sendo, concluímos que o manejo da Ação Declaratória Negativa por parte do segurador, com o intuito de ver declarada a sua não responsabilidade de proceder ao pagamento de indenização securitária em razão do evento noticiado, é um forte instrumento para uma atuação pró-ativa contra a fraude no seguro e salvaguarda dos interesses da mutualidade dos segurados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BAPTISTA, Ovídio. **Jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

BOSCH, Fernando. **El delito de estafa de seguro**. Argentina: Hamurabi, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1608. 18-09-1939. Institui o Código de Processo. Civil.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848. 07-12-1940. Código Penal.

BRASIL. Lei n. 5.869. 11-11-1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05-10-88.

BRASIL. Lei. N. 10.406. 10-01-2002. Novo Código Civil.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo : Forense, 1986.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría de la prueba**. Colômbia: ET, 1994.

FILHO, José Sollero. **Seminário sobre contratos de seguro – Seguro esse desconhecido**. Rio de Janeiro: EMERJ, 1994.

FILHO, VICENTE GRECO. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALVÃO, Clésio. **Fraude no seguro** – Acidentes Pessoais: admissibilidade da prova indiciária para a caracterização da auto-mutilação e do suicídio premeditado. Revista Agorá. Instituto Metodista Izabela Hendrix. Belo Horizonte, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio, 1943. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro : AIDE Editora, 2001.

HALPERIN, Isaac. **Seguros**. Buenos Aires: Argentina: Depalma, 1983.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. V. 4.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** – Primeiros estudos. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1999.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MARENSE, Voltaire Giavarina. **O seguro no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1994.

_____. **Seminário sobre contratos de seguro** - (1992 : Campos do Jordão). Seguro, esse desconhecido / Centro de Debates e Estudos (CEDES) do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EMERJ, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 2.

MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MELENDO, Sentis. **La prueba** – los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: E.J.E.A., 1979.

MOITINHO DE ALMEIDA, J. C. **O contrato de seguro no direito português e comparado**. Lisboa: 1971.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVEIRA, Ararino Sallum de. **Revista Plano Direto de Seguros**. Abril/1995.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contrato de seguro: interpretação doutrinária e jurisprudencial**. Campinas: LZN Editora, 2002.

PEREIRA, Caio Mauro da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.333. V. 1.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1974. V.4.

Tratado de Ações.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. V. 2.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**.

SANTOS, Amílcar. **O seguro**. São Paulo, 1986.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 2.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCALFI, Gianguido. **I contatti di assicurazione – l'assicurazione danni**. Itália: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

STIGLITZ, Ruben S. **El siniestro**. Argentina: Ed. Astra de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1980.

TAGLIARI, Carlos Agostinho. **Fraude no seguro: análise jurídico-crítica com escopo social**, 2001. 20 f. (Monografia Curso de Graduação em Direito) – Curitiba, Universidade Federal do Paraná.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. I.

TZIRULNIK, Ernesto. **Estudos de direito do seguro: regulação de sinistro (ensaio jurídico): seguro e fraude**. Colaboração Alessandro Octaviani. São Paulo: Max Limomad, 1999.