



Apesar de sucinta, a lei é clara em relação à perda do direito de ressarcimento da seguradora que não comprovar o envio do protesto do recebedor da mercadoria sinistrada. Evento da APTS discute alternativas ao protesto e saídas legais para garantir o direito de seguradoras.

O primeiro Debate Bom-Dia da APTS, que integra a série de novos eventos no período da manhã, foi realizado dia 27 novembro, na sede da entidade, sob a coordenação da diretora de Novos Projetos Maria Helena Gurgel Prado, sócia do escritório Prado e Saraiva Advogados. Patrocinado pela Argo Seguros e idealizado pela APTS em conjunto com o Grupo Nacional de Trabalho de Transportes da Associação Internacional de Direito de Seguros (AIDA), o evento abordou “O Protesto do Recebedor - Abrangência, Normatização e Consequências para Fins de Ressarcimento”.

Ocorre que o protesto do recebedor, um simples documento que registra a reclamação do interessado contra o suposto causador do sinistro de mercadorias, tem gerado prejuízos às seguradoras. Isso porque, a falta desse documento, cuja exigência legal foi estabelecida em um único artigo do Código Civil, impede as seguradoras de exercerem o direito de ressarcimento contra o verdadeiro causador do dano. O tema, que é específico do ramo de transporte, tem suscitado muitas discussões tanto em relação às questões técnicas, incluindo a forma de apresentação e o prazo, como sobre as divergências entre leis que regulam a matéria. Para o Debate Bom-Dia, a coordenadora Helena Prado convidou três especialistas.

“Seguradora não pode assumir o protesto”

Embora não seja obrigatória, a participação do transportador na vistoria do sinistro de transporte nacional reforça a garantia de ressarcimento à seguradora, especialmente, nos casos em que as avarias não são evidentes. Por isso, além da carta de protesto e da vistoria bem feita, Vanderlei Moghetti, gerente de Sinistro de Transportes na Argo Seguros Brasil, destaca a importância da participação do transportador para a devida caracterização da responsabilidade pelo dano.

Ele também recomendou cautela no uso da cláusula Dispensa de Direito de Regresso (DDR), que classifica como um “monstrinho” criado pelo próprio mercado de seguros e sem a qual os segurados não vivem mais. A seu ver, além de implicar em uma segunda análise de risco, a concessão da DDR traz o risco de isentar totalmente o transportador da responsabilidade pelos danos à carga. “Mesmo conhecendo bem o meu cliente e o seu risco, se ele confiar a carga a um transportador que eu não saiba o histórico, terei de fazer uma análise de risco a partir do zero”, explicou. Junto com a DDR, o Plano de Gerenciamento de Riscos (PGR) é outro “fantasma”, na visão de Vanderlei Moghetti. Segundo ele, ambos devem fazer parte da apólice e serem assinados pelas partes: seguradora, segurado e transportador.

Mas se, geralmente, os danos à carga são visíveis no transporte nacional, o mesmo não ocorre no transporte internacional. O container, uma invenção que desde a década de 60 facilitou o transporte, reduzindo custos e protegendo as cargas, também tem contribuído, por outro lado, para ocultar os danos. Tanto que são comuns as ressalvas dos recebedores sobre mercadorias amassadas, enferrujadas etc. Para Vanderlei Moghetti o maior motivo de preocupação é a falta de lacre ou divergência. “Nestes casos, o protesto precisa ser feito no prazo e da forma correta, mesmo que o dano não seja apurado no momento”, disse. Ele também indica cuidado com a diferença de peso, sobretudo se for acima de 10% ou 15%.

A extinção da vistoria aduaneira, em 2010, aumentou a importância da vistoria particular, até porque, segundo Vanderlei Moghetti, a “síndrome da negação” – em que nenhuma das partes assume a autoria dos danos – não é praxe apenas no Brasil. A vistoria, que é posterior ao protesto, contempla o histórico cronológico dos fatos e, às vezes, define a responsabilização. Em relação ao protesto, ele explica que deve ser realizado de maneira formal, no prazo de dez dias, conforme estabelece a lei, enviado pelo correio com protocolo de Aviso de Recebimento (AR). “Porque a carta não pode chegar ao destinatário depois de dez dias, mas a lei é clara sobre o prazo”, disse.

Em seguida, devem ser convidadas para a vistoria particular as partes envolvidas: transportador (marítimo e rodoviário, se houver), operador portuário, depositário e seguradora. A participação não é obrigatória, mas a ausência não exime as partes da responsabilidade. “Há casos em que os danos são evidentes e o ressarcimento é garantido mesmo sem protesto”, acrescentou.

Neste ponto da apresentação, a coordenadora do evento, Maria Helena Gurgel Prado, leu uma pergunta enviada por Milton Gurgel. “O transportador recebe o protesto, mas espera a prescrição, a decadência, a preclusão. Já o Judiciário julga a matéria de várias maneiras: se a seguradora for sub-rogada, diz que tem de fazer o protesto senão perde o direito; se o próprio segurado moveu a ação, diz que não é bem assim; se for o consumidor, concede uma série de privilégios; e, mais ainda, se for o Estado. Para que as seguradoras possam exercer com maior proficiência o DDR, seria possível que ao recepcionar o aviso de sinistro intimasse o transportador de todos os atos subsequentes, como a vistoria, a realização do laudo, a apuração final do prejuízo? Afinal, hoje, com apenas um e-mail se avisa o transportador e a sua seguradora. Seriam apenas três ou quatro e-mails, custaria pouco. Isso evitaria a alegação vã do transportador de que não tem o protesto e não foi avisado. Ora, o protesto pode ter sido realizado fora do prazo, mas produziu sua finalidade. Mais ainda, o transportador foi avisado da vistoria e da apuração do dano, não compareceu porque não quis”.

Vanderlei Moghetti respondeu que depois do fim da vistoria aduaneira algumas seguradoras ainda oferecem a assistência à descarga. Mas esta prática perdeu a finalidade, a seu ver, já que o Termo de Faltas e Avarias registra os danos. Outras seguradoras optam por preparar a carta protesto para que o segurado a envie. Porém ele ressalva: “A seguradora não pode assumir o envio do protesto porque não está envolvida diretamente no transporte”.

Na plateia, um participante relatou que costuma notificar o armador por e-mail, dispensando o protesto. “O protesto é a formalização, mas não é a caracterização. Em alguns casos, o ressarcimento pode ser garantido por outros instrumentos que não sejam o protesto”, afirmou Vanderlei Moghetti. Ao expor sua dúvida sobre o valor legal do e-mail, ouviu de Helena Prado que “tem sim legitimidade”.

Antinomia entre leis

Na legislação, as regras para o protesto constam no antigo Código de Processo Civil (CPC) de 1939 e no atual, de 1973, e também no Código Civil, de 2002. Mas, existe uma antinomia jurídica, ou um conflito entre essas normas, de acordo com a análise de Fábio Spinola Esteves Rocha, sócio responsável pelo departamento de Reestruturação de Ativos da Prado e Saraiva Advogados e membro do Grupo Nacional de Trabalho de Transportes da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA).

Inicialmente, o protesto do recebedor foi regulado pelo artigo 756 do CPC de 1939, o qual estabeleceu: “Salvo prova em contrário, o recebimento de bagagem ou mercadorias, sem protesto do destinatário, constituirá presunção de que foram entregues em bom estado e em conformidade com o documento de transporte. § 1º Em caso de avaria, o destinatário deverá protestar junto ao transportador dentro em 3 (três) dias do recebimento da bagagem, e em 5 (cinco) da data do recebimento da mercadoria”.

Porém, o CPC atual tratou da matéria no artigo 1.218, definido que: “Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939”, entre os quais “a vistoria das fazendas avariadas” (artigo 756). Mas, Fábio

Spinola observou que, posteriormente, o protesto do recebedor sofreu um abalo pela criação do artigo 754 do Código Civil (CC), que trouxe duas alterações substanciais. A primeira foi a mudança do prazo de cinco para dez dias. “É como se desse com uma mão e tirasse com a outra – primeiramente, aumentou o prazo de 5 para dez dias, no entanto, estabeleceu uma suposta decadência do direito do destinatário que não fizer a denúncia e efetivar esse protesto no prazo de dez dias”, disse.

O artigo 754 define: “As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega”.

Estudando o tema, Fábio Spinola constatou uma “antinomia” entre os artigos 1.218 (CPC atual) e 754 (CC). Para ele, os dois dispositivos legais tratam da mesma matéria, dispondo características diversas. Recorrendo ao entendimento de Maria Helena Diniz, referência no Direito Civil brasileiro, ele explicou que a antinomia de leis pode ser resolvida pelo critério hierárquico (prevalecendo a lei superior); pelo critério da especialidade; ou, ainda, pelo critério cronológico (prevalecendo a lei atual). Por este último critério, o entendimento é que o artigo 756 (antigo CPC) foi revogado pelo artigo 754 do atual CC. Porém, Fábio Spinola não concorda com esta interpretação, por considerar que a medida não seria recomendável aos interesses das seguradoras para fins de ressarcimento.

“Costumo dizer que a melhor saída é o diálogo das fontes legais, ou seja, utilizar o que for válido para o segurador em termos de ressarcimento em ambos os artigos”, disse. Segundo seu entendimento, o artigo 756 do antigo CPC faculta a substituição do protesto por qualquer outro meio idôneo, na medida em que a redação começa por “salvo prova em contrário”. Este artigo validaria a substituição do protesto por uma detalhada vistoria conjunta que comprove a existência do dano. Tal substituição não seria possível, porém, se prevalecesse o entendimento de que o artigo 754 do CC revogou o artigo 756 do antigo CPC.

Na visão de Fábio Spinola, qualquer ente que tenha o legítimo interesse sobre a incolumidade da carga tem capacidade de emitir um protesto, independentemente de se questionar a validade de uma procuração. “O sinistro cria a expectativa de ressarcimento, quando for o caso, em favor da seguradora. Entendo que qualquer ente que tenha legítimo interesse sobre a incolumidade da carga tem sim capacidade para tomar medidas, ou interrompendo o prazo de prescrição ou emitindo o protesto”, disse.

Conceitualmente, o protesto do recebedor é a medida que o proprietário da carga ou quem o equivaler (segurador sub-rogado, operador portuário) dispõe para denunciar eventual inadimplemento contratual. Em suma, é a manifestação do inconformismo decorrente da falta praticada pelo transportador, quer seja marítimo, terrestre, aéreo ou ferroviário. Segundo Fábio Spinola, trata-se de meio de prova informal, prescindível e de presunção relativa.

Entendimentos sobre decadência

A perda do direito de ressarcimento de seguradoras com base no artigo 754 do Código Civil foi algo que sempre incomodou José Carlos Van Cleef Almeida Santos, sócio do escritório Almeida Santos Advogados. “Duas linhas em um único artigo”, segundo ele, têm sido o bastante para “tolher o direito de seguradoras, mesmo diante de casos concretos, em que existe prova cabal de danos à mercadoria”. No artigo, ele aponta que o problema está na interpretação do termo “decadência”. “Não é porque o legislador escreveu que temos de ficar batendo a cabeça anos e anos e, pior, vendo indenizações negadas pela falha contida no papel”, disse.

Disposto a desvendar a decadência, Van Cleef, que é autor de livros e de artigos sobre Direito Processual Civil e Direito Securitário, decidiu procurar justificativas jurídicas em algumas obras clássicas do Direito, a começar pela base do Direito Processual Civil, cujos princípios foram inspirados pelo famoso jurista italiano Giuseppe Chiovenda (1872-1937). Entre os autores

nacionais, ele também consultou a obra do professor Agnelo Amorim Filho, que discutiu os critérios científicos para distinguir a prescrição da decadência.

Com base na obra de Chiovenda, constatou que a decadência pode ser conceituada a partir de dois grupos de direitos objetivos da ciência jurídica. O primeiro é o dos direitos prestacionais, que são aqueles em que uma parte tem o direito de exigir da outra uma prestação. “O indivíduo que teve seu direito lesado tem força para questionar o sujeito obrigacional passivo de fazer ou entregar o prometido”. Segundo ele, o não cumprimento da prestação, ou inadimplemento, apresenta duas saídas: provocar o Judiciário para conseguir aquela prestação ou obter o equivalente das perdas e danos em quantia financeira.

O outro grupo de direitos são os potestativos, que não criam ao titular a intenção sobre uma prestação, mas a possibilidade, a partir de uma declaração de vontade, de sujeitar o outro à sua imposição. “O indivíduo não espera que a outra parte preste algo, mas que, querendo ou não, se submeta a certos efeitos jurídicos”. Entre os exemplos estão o direito do procurador de revogar seu representante e o direito do cônjuge de se divorciar.

Para apresentar outra classificação da decadência, Van Cleef recorreu à teoria trinária de Chiovenda, que compreende a ação condenatória, constitutiva e declaratória. Na condenatória, o Judiciário exige uma prestação do réu; a constitutiva não objetiva prestação alguma, mas a modificação de uma ação jurídica; e a declaratória é sobre a certeza de um direito. No passado, Agnelo Amorim Filho encaixou os direitos potestativos na classificação das ações constitutivas.

Segundo Van Cleef, veio do direito alemão a regra de que a prescrição começa a partir do surgimento da pretensão. Tanto que o Código Civil brasileiro estabeleceu de forma expressa no artigo 189 que “violado o direito nasce para o titular a pretensão”, o qual se extingue pela prescrição. “Então o nosso direito positivo criou a regra que a pretensão se sujeita à prescrição e esta, portanto, relaciona-se aos direitos prestacionais”, disse.

E o que isso tem a ver com protesto do recebedor? Van Cleef frisou que o artigo 754 define que se o recebedor não protestar a pena será a decadência. “Mas quando falo em inadimplemento de transporte, refiro-me ao transportador que não fez o que deveria fazer e, portanto, deverá substituir o que não pôde fazer por indenização”, disse. Em seguida explicou que a “prestação só se submete à prescrição e jamais à decadência”. Daí porque concluiu que a expressão “decadência” citada no artigo 754 “está errada”. A seu ver, a falta do protesto não inviabiliza o direito de pleitear na justiça a prestação devida. “Tenho bastante convicção disso. Cumpre-nos levar ao Judiciário”.

O advogado incluiu, ainda, em sua análise o parágrafo segundo do artigo 786 do CC, o qual considera uma “novidade” por definir como ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga em prejuízo do segurador os seus direitos. “Se o segurado não fez o protesto, isso é um problema dele. Tal fato não pode ser imposto ao segurador já que o ordenamento culmina o ato com a pena de ineficácia”. Entretanto, fez questão de frisar que não aconselha “esquecer” o protesto, que é importante e deve ser feito. “Mas, eventualmente, na falta do protesto ou na hipótese do protesto intempestivo, não significa que a seguradora não possa recuperar aquele valor. É de se investir nesses casos porque isso trará um benefício direto para a seguradora e segurado”, concluiu.

Fonte: Revista APTS Notícias – Associação Paulista dos Técnicos de Seguros, Ano XXV – Nº 109, Novembro/Dezembro de 2013, páginas 10 a 14.

Jornalista: Márcia Alves