

CONTRATO DE SEGURO E CONTRATO DE RESSEGURO. SINISTRO COMPLEXO E CLÁUSULA DE INTERDEPENDÊNCIA. DEFEITO NO FORNECIMENTO. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL

A prática ("usos individuais") e as relações interempresariais. Comportamento posterior das partes. Comportamento deslealmente contraditório e proteção da confiança legítima. Prescrição e pretensão de direito material

Revista dos Tribunais | vol. 948/2014 | p. 193 | Out / 2014
DTR\2014\12996

Judith Martins-costa

Livre Docente e Doutora em Direito pela USP. Lecionou entre 1992 e 2010 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado, as disciplinas: Direito Civil (Parte Geral, Obrigações e Contratos); Fundamentos Culturais do Direito Civil; Direito Comparado e História do Direito. É atualmente Professora Colaboradora no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Medicina da UFRGS e profere palestras em Universidades brasileiras e estrangeiras. É Presidente do Comitê brasileiro da Association Internationale des Sciences Juridiques e Vice-presidente do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC). Também atua como Árbitra e Parecerista em litígios civis e comerciais no Brasil e no Exterior.

Área do Direito: Civil; Consumidor
Sumário:

Consulta - I)Do "sinistro complexo" - II)Da extensão do seguro de riscos operacionais à Vento Sul - III.Da inocorrência da prescrição - IV)Das respostas sintéticas aos quesitos

Os ilustres colegas do escritório Ernesto Tzirulnik – Advocacia, procuradores de Ferro & Fogo Companhia Siderúrgica ("Ferro & Fogo") e de sua subsidiária Vento Sul Minérios S.A. ("Vento Sul") no Processo XXX.XX.XXXX. XXXXXX-X/XXXXXX-XXX, em tramitação junto à 34.^a Vara Cível do Foro Central Cível Bráulio Botas, dão-me a honra de encaminhar consulta nos seguintes termos redigida:

"São Paulo, 21.12.2012.

Prezada Professora Judith Martins-Costa,

Gostaríamos de consultá-la a respeito de alguns aspectos jurídicos decorrentes da ação de natureza condenatória exercida por nossas clientes, Ferro & Fogo Companhia Siderúrgica ('Ferro & Fogo') e Vento Sul Minérios S.A. ('Vento Sul'), contra Rouxinol Companhia de Seguros ('Rouxinol') e Fonte Nova Resseguros ('Fonte Nova') A Consulta versa sobre três aspectos que podem ser assim sucintamente identificados:

(a) Unicidade do sinistro conformado por múltiplas manifestações danosas e cuja percepção é paulatina.

(b) Legitimidade ativa da Vento Sul para figurar como parte, uma vez que porção significativa dos prejuízos são sofridos pela Vento Sul, empresa do grupo, e há cláusula de interdependência a evidenciar que os legítimos interesses expostos a riscos garantidos incluem os da Vento Sul, embora essa sociedade não seja expressamente mencionada na apólice.

(c) Prescrição – A Súmula 299 do STJ, editada à luz do Código Civil de 1916, é no sentido de o aviso de sinistro suspender o prazo de prescrição até a conclusão da regulação do sinistro; quer-se saber se, na sua opinião, a *ratio* da súmula remanesce depois da entrada em vigor do Código Civil, em 2002, assim autorizando sua incidência nos dias atuais.

Para melhor apreciação desses três pontos, cumpre sintetizar os termos da controvérsia, sem prejuízo da cópia dos autos integralmente fornecida e da documentação complementar que será em breve enviada.

1. No segmento de mineração, a Ferro & Fogo possui minas de minério de ferro localizadas no

Quadrilátero Ferrífero, no Estado de Minas Gerais. A mina de Chalé do Vale, em Aglaura – DI produz minério de ferro de alta qualidade, assim como sua subsidiária Vento Sul, a qual detém minas próprias e comercializa minério de ferro de terceiros.¹

2. O minério extraído é transportado pela Dédalo Logística S.A. ('Dédalo') até o Estado de Minas Gerais, Baía de Eufêmia, onde se localiza o Porto de Ipásia, em cujo interior está compreendido o chamado 'Telomar' (Terminal de Cargas Lobo do Mar). O Telomar consiste em um terminal de granéis sólidos, arrendado pela Ferro & Fogo junto à Companhia Tartuffoo de Minas Gerais em 1997 a fim de ser 'conservado, modernizado, aparelhado, ampliado e explorado pela arrendatária' (cláusula 3.^a, item 3).

3. Até janeiro de 2007, o Telomar operava a descarga de matérias primas importadas (notadamente carvão e coque), que serviam de insumos para a Usina Governador Vasques.

4. Cumprindo o programa de investimentos de seu grupo e visando à ampliação do Terminal arrendado, a Ferro & Fogo encomendou um sistema de transportadores de minério, com fornecimento de empreitada global na modalidade *turn key*, incluindo a concepção, projeto, obra civil, detalhamento, fabricação, fornecimento, montagem etc. Para tanto, a companhia havia primeiramente contratado um projeto de engenharia básica junto à Barbatana Engenharia ('Barbatana'), o qual foi submetido aos potenciais fornecedores, tendo vencido a concorrência a Cachalote Brasil Indústria e Comércio Ltda. ('Cachalote'), com a qual foi celebrado aquele contrato de empreitada global.

6. Durante a implementação da primeira fase do projeto de expansão do Telomar, com a chegada do primeiro trem carregado, iniciou-se, em fevereiro de 2007, a atividade exportadora de minério de ferro. A operação portuária, entretanto, movimentava volumes bastante reduzidos. Tratava-se do *ramp up* da operação portuária com minério de ferro, e havia um gargalo causado pela insuficiência do transporte ferroviário. Esse gargalo se devia ao fato de que, não dispondo de um virador de vagões, ainda em fase de fabricação, o único meio de se fazer a descarga dos vagões no local era a chamada descarga de fundo (por gravidade) e a Dédalo não dispunha de um número elevado de vagões capazes de sofrerem esse tipo de descarga. A Dédalo, há esse tempo, também fazia pesados investimentos na compra de vagões e locomotivas para atender à demanda que haveria no ano seguinte, razão pela qual a Ferro & Fogo e a Vento Sul obrigaram-se junto à Dédalo por cotas mínimas de volume de transporte de minério de ferro a ser executado ('*take or pay*').

7. O sistema fornecido pela Cachalote começou a operar, a partir de fevereiro de 2007, com volume de carregamento que se manteria razoavelmente estável até que entrassem em operação a maior parte dos equipamentos integrantes do projeto em fabricação pela Cachalote.

8. Nessa fase inicial, a recuperação do minério (*i.e.*, operação pela qual o produto é retirado das pilhas de minério formadas com o uso de pás-carregadeiras e é colocado sobre as correias transportadoras) realizava-se por meio da máquina Recuperadora R-3, que havia iniciado seu *ramp up* em abril de 2007. Todavia, este equipamento sofreu colapso total em 1º de agosto de 2007, ocorrência prontamente comunicada à seguradora Rouxinol, com quem fora contratado o competente seguro.

9. Com o colapso da Recuperadora R-3, para que a operação portuária tivesse seguimento, a recuperação passou a ser efetuada com o aumento do uso de pás-carregadeiras e de *hoppers* móveis; em seguida, com a utilização das Empilhadeiras-Recuperadoras (ERs. 1 e 2) e, finalmente, entrou em operação o virador de vagões.

10. No momento em que a Dédalo passou a utilizar composições com vagões de maior capacidade, tendo entrado em operação o virador de vagões fornecido pela Cachalote em março de 2008, o volume de minério descarregado elevou-se substancialmente. Nesse momento, diversos equipamentos, inclusive a Recuperadora R-3, cooperariam para a recuperação do minério empilhado no pátio a fim de colocá-lo sobre as esteiras transportadoras que levariam até o carregador de navios, elevando, assim, a taxa de carregamento do Telomar. Nessa fase, se pode notar a falta que a R-3 fazia para a produção do porto.

11. Os prejuízos decorrentes da ausência da R-3, embora já significativos, foram radicalmente elevados com o colapso multifacetário do sistema transportador de minério, integrado por diversos equipamentos interagentes.

12. No início das operações dos Transportadores de Minério ('TMs') sucediam manifestações danosas, que, sem mais aguçada interpretação, foram originalmente percebidas como

particularidades próprias do *ramp up* do complexo operacional recém-instalado, ou eventos de manutenção. Posteriormente, contudo, puderam ser percebidos como os sintomas iniciais de um inesperado e severo processo sistêmico de ruptura.

13. Com efeito, após o *ramp up*, *i.e.*, quando aumentado o volume de trabalho, é que as manifestações danosas revelaram-se, caracterizadamente, na sua natureza e extensão. Compreendido o acidente enquanto tal, a companhia seguradora foi prontamente comunicada, em julho de 2008.

14. O seguro de riscos operacionais, hoje objeto da discussão no caso, foi celebrado durante o monopólio do resseguro da Fonte Nova, então órgão ressegurador oficial. Assim, iniciou-se o procedimento de regulação do sinistro a partir daquelas comunicações enviadas à companhia seguradora em agosto de 2007² e em julho de 2008.³

15. A regulação do sinistro foi confiada pela Fonte Nova à Pão-de-Ló Serviços Técnicos em Seguros Ltda., empresa especializada no ramo.⁴ Observando o conjunto de apólices de seguro que poderiam ser levadas em consideração (conforme quadro em anexo), o regulador da Fonte Nova caracterizou o sinistro na primeira fase de vigência da apólice de responsabilidade da Rouxinol (Apólice 1.234-0), ou seja, o período compreendido entre o dia 21.01.2007 e 21.11.2007. Tal fato é relevante para a compreensão da gênese danosa, uma vez que se trata de sinistro cujos efeitos perduraram após o término da vigência do seguro.

16. Para a pesquisa técnica dos eventos que causaram o sinistro, foi contratada a Fundação Dó-Ré-Mi, que em princípio, quando chamada a examinar os fatos relacionados com a R-3, atuaria em favor de todos os interessados, Ferro & Fogo, Cachalote, seguradoras e resseguradores, cada qual acompanhando os exames com os seus peritos. Posteriormente, a Dó-Ré-Mi persistiu contratada apenas pela Ferro & Fogo. A Dó-Ré-Mi, através de seus estudos,⁵ constatou a existência de '(...) erros graves de projeto, revelando a ausência das boas práticas de engenharia, esperadas de empresas de grande renome, no momento do projeto e da fabricação dos equipamentos'.⁶

17. No entanto, após um longo processo de regulação, que compreendeu inúmeras reuniões, análises de documentos, checagens e rechechagens de dados, a Fonte Nova, em 18.11.2010, comunicou sua negativa em relação à cobertura das manifestações danosas, englobando os danos com a R-3 e com o sistema transportador. Segundo o ressegurador, o colapso da R-3 não constituía sinistro coberto pela apólice emitida pela Rouxinol (Apólice 1234-0), uma vez que (i) o equipamento não se apresentava como um bem segurado pela referida apólice e (ii) a sua introdução no Telomar, diante da modificação da atividade lá desenvolvida (agora voltada também à exportação de minério de ferro), contribuiu para a alteração do risco inicialmente segurado, levando à perda do direito à indenização.⁷

18. Na mesma linha, o ressegurador entendeu que 'os eventos noticiados pela Ferro & Fogo' em relação ao Sistema de Transportadores de Correias 'não constituem sinistro ou sinistros sob qualquer prisma', visto que, em suma, o sistema transportador não consistia em um bem segurado pelas apólices indicadas (Apólice 5.678, Asa-delta Seguros S.A.; e Apólice 1.234-0, Rouxinol); as ocorrências não se enquadrariam na definição de acidente atribuída pelas apólices; a manutenção preventiva manteve-se aquém do necessário; as 'vicissitudes' vinham ocorrendo muito antes da data das notificações às seguradoras; e a modificação da atividade desenvolvida no Telomar alterou o risco inicialmente segurado.⁸

19. A partir da negativa, desenvolveram-se negociações, entre Ferro & Fogo, Rouxinol e Fonte Nova, na tentativa de se construir uma transação. Foram apresentadas, verbalmente, sucessivas propostas de pagamento de valores que não foram aceitas pelo grupo Ferro & Fogo. Destarte, em virtude da possibilidade de a cobertura ser conferida sem a intervenção judicial, a Ferro & Fogo aguardou para ingressar com a ação cabível. Percebeu-se, no entanto, que o período de tratativas estava sendo, na realidade, uma medida para que o prazo prescricional das pretensões securitárias se consubstanciasse. Desse modo, em 16.11.2011, após aguardar, uma vez mais, a proposta dos retrocessionários da Fonte Nova que poderia encerrar o conflito e prevenir a lide, a Ferro & Fogo e a Vento Sul propuseram protesto para interrupção de prazo prescricional, tendo, no dia seguinte (17.11.2011), ajuizado a competente ação judicial.

20. Distribuída com urgência, a ação condenatória proposta pela Ferro & Fogo e pela Vento Sul contra a Rouxinol e a Fonte Nova visava, em apertada síntese, à condenação (i) da seguradora ao reembolso à Ferro & Fogo das despesas efetuadas com medidas de salvamento, com os

honorários pagos à Dó-Ré-Mi e com os demais serviços de consultoria e de perícias pagos pela mesma; (ii) da seguradora ao pagamento às autoras das indenizações devidas a cada uma delas pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes pela ocorrência de um sinistro ou, do mesmo modo, se considerados dois sinistros; (iii) dos réus ao pagamento dos danos decorrentes da execução defeituosa do serviço de regulação e liquidação do sinistro e dos prejuízos advindos da demora no recebimento da prestação indenizatória.

21. No curso do processo, as corrés apresentaram suas contestações, argumentando, em suma, a ausência de seguro para os riscos inerentes a minério de ferro; de cobertura para os eventos ocorridos com a R-3 e com os sistemas transportadores de correia; a impossibilidade de se tratá-los como um único sinistro, conforme desejado pelas autoras; a ilegitimidade ativa da Vento Sul, a qual, dotada de personalidade jurídica própria, não estaria no rol de segurados; e, a prescrição da pretensão das autoras.

22. Em resposta, as demandantes procuraram demonstrar que os interesses da Vento Sul estavam segurados, haja vista a existência da cláusula de interdependência no seguro em discussão na apólice, bem como de outros elementos que refletem a cobertura da atividade empresarial por ela desenvolvida no Telomar; e que não haveria incidência da prescrição ao caso.

23. O magistrado saneou o feito, afastando as preliminares arguidas pelos réus e também a prescrição. Em outro ponto não relevante para o parecer, deferiu a denúncia da lide à Fonte Nova e o ingresso das retrocessionárias estrangeiras da Fonte Nova na qualidade de assistentes simples. A decisão tem o seguinte teor:

‘Vistos.

1 – Cuida-se de pedido indenizatório visando à cobertura de seguro movido por Ferro & Fogo Companhia Siderúrgica e Vento Sul Minérios em face de Rouxinol Companhia de Seguros e Fonte Nova Resseguros.

2 – As rés ofereceram tempestivas contestações, arguindo matérias preliminares e requerendo denúncia da lide.

3 – Houve, outrossim, requerimento de ingresso de terceiras como assistente, sobrevindo manifestações das partes.

4 – As preliminares alegadas nas respostas não merecem prosperar.

5 – Com efeito, a inicial preenche os requisitos dos arts. 282 do CPC, contendo clara narração dos fatos, bem como pedidos certos e determináveis, tal como autoriza o art. 286, II, do mesmo diploma legal. Tal fato permitiu às rés o amplo exercício de seu direito de defesa. A mesma inicial, outrossim, veio acompanhada dos documentos minimamente exigidos para a instauração do processo, na forma exigida pelo art. 283 do CC/2002. Se há documentos que poderiam ter sido juntados – mas não o foram – é matéria referente à prova (e respectivo ônus), a ser apreciada com o mérito da causa.

6 – Não há também que se falar em ilegitimidade ativa. A Ferro & Fogo Companhia Siderúrgica a efetiva contratante no seguro discutido. A empresa Vento Sul Minérios, por sua vez, é empresa, em tese, segurada pela cláusula de interdependência mencionada na inicial, pertencendo ao mesmo grupo econômico da primeira. Importante notar que se fala aqui em condições da ação, de modo que a colocação de uma das partes na posição de credora dá-se meramente em tese. Se há ou não crédito a seu favor é também matéria de mérito, a ser apreciada no momento adequado.

7 – Não há ainda que se falar em prescrição, aplicando-se, à espécie, a Súmula 229, do C. STJ: O pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

(...).

24. Sendo essa a síntese dos fatos, e em vista dos documentos submetidos à apreciação de V. Sa., temos a honra de formular-lhe os seguintes quesitos:

‘1) Considerando-se que o sistema de transportes de cargas do Telomar, integrado por diversos equipamentos interagentes, como a Recuperadora R-3, consistiu em fornecimento defeituoso de sistema portuário que se desdobrou em incontáveis manifestações danosas, pode-se afirmar que os acidentes ocorridos, de percepção paulatina, configuram um único sinistro complexo?

2) Apesar de as apólices não referirem a Vento Sul nominalmente, tendo esta sofrido grande parte dos prejuízos decorrentes do sinistro e existindo, além da cláusula de interdependência, elementos que mostram estar ela compreendida na atividade empresarial garantida, pode-se considerar que os legítimos interesses expostos a riscos garantidos pelo contrato de seguro incluem os da Vento Sul?

3) Tendo em vista o prazo prescricional anual de que trata a alínea *b* do inc. II do § 1.º do art. 206 do CC/2002, bem como o teor da Súmula 229 do STJ, pode-se afirmar que a pretensão de cobrança dos sinistros cobertos pelos seguros envolvidos no caso não estaria encoberta pela prescrição, à luz da jurisprudência e da doutrina atual? Como é contado o prazo prescricional neste contexto?

Atenciosamente,

Ernesto Tzirulnik.”

Passo a emitir, em separado, o meu parecer.

O centro do litígio está no exame das consequências jurídicas derivadas de sinistro consistente na falência do Sistema de Movimentação e Transporte de Minério serviente às atividades do grupo societário Ferro & Fogo. O exame dos temas submetidos à minha consideração deve começar por responder à questão de saber se, no caso, houve danos indenizáveis e se esses danos estavam ou não cobertos pelo seguro, o que implica em determinar, inicialmente, a existência, a causa e a espécie de danos. Consequentemente, na *primeira parte*, tratarei dessas características, evidenciando o fenômeno do chamado “sinistro complexo”. Em seguimento, caberá determinar se os danos estavam ou não cobertos pela garantia do seguro, com o que na *segunda parte* examinarei a extensão do seguro de riscos operacionais à Vento Sul. Finalmente, cumpre responder à pergunta: existentes e cobertos pela garantia, é ainda exigível a mesma garantia? Versarei, então, na *terceira parte*, o tema da prescrição à luz do Código Civil de 2002. Estarei, assim, em condições de dar resposta sintética aos quesitos propostos (*quarta parte*).

I) Do “sinistro complexo”

1. Tinha integral razão o Professor Calmon de Passos ao afirmar que a sociedade contemporânea “caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco”.⁹ No núcleo da “sociedade do risco” estão a ciência e a tecnologia:¹⁰ os riscos cujo incremento é assinalado estão estreitamente relacionados à própria atividade produtiva, embasada na tecnologia. Embora necessária e lícita, a atividade produtiva do metacapitalismo é grande produtora de danos. Dentre esses, para o que ora interessa, estão os danos derivados de erros na concepção e na execução de projetos marcados por elevado grau de tecnologia.

2. O erro de projeto, diz Francisco de Assis Braga, é um erro de concepção, que “ocorre na concepção do produto, quando alguma norma técnica oficial ou algum princípio, critério ou regra daquilo que se convencionou chamar de *state of the art* foi transgredido e desobedecido”.¹¹ E explicita:

“Dizer que a principal característica identificadora do erro de projeto reside num erro ou falha de concepção significa, *ipso facto*, dizer que não se trata de erro ou falha ocorridos na *realização* do projeto. Tal significa que o projeto foi rigorosamente obedecido; destarte, se houve erro de fabricação, montagem ou construção, ou mesmo de informação, tais erros podem ser classificados como de *execução*, no sentido de que alguma discrepância ou divergência ocorreu numa ou noutra das citadas fases de realização do projeto, sendo certo, também, que, para muitas das situações possíveis, constitui tarefa extremamente difícil separar uma fase da outra e dizer onde ocorreu a falha – se durante a fabricação, por exemplo, ou se na fase seguinte, de construção ou montagem”.¹²

3. O *erro de execução* pode estar associado, ou não, ao erro de concepção. Ocorre quando o equívoco se verifica na fabricação, montagem ou construção, ou mesmo no fornecimento de informação sobre o produto.¹³ Nesse caso, pode ter havido descumprimento de detalhes ou especificações contidas na ordem de serviço, segundo o projeto; erro humano; não obediência às regras da ciência ou da técnica do momento da construção etc.

4. Erros de concepção e erros de execução resultam na defeituosidade do produto. Este é defeituoso, dentre outros motivos, por ter havido especificação incorreta dos materiais; ou especificações vagas ou ambíguas para tratamentos, métodos de teste etc; ou *design* pobre para a fabricação, incluindo componentes fabricados com resistência menor do que a desejada, assim

como seleção incorreta de processo e consideração insuficiente de *design* por motivo de barateamento da fabricação e redução de custos; ou, ainda, falha prematura, resultante de testes de confiabilidade insuficientes ou grosseiramente projetadas; ou falhas na previsão de desempenho e na análise de consequências, ou insuficiência nas especificações das exigências quanto ao transporte, resultando em danos ou degradação e contaminação do produto,¹⁴ ou a equívocos na sua montagem, pois uma máquina defeituosamente montada constitui dano *per se* na utilização dos materiais e peças etc.

5. Na espécie, dizem os *experts*, verificou-se a soma entre erro de projeto e erro de execução,¹⁵ com a consequente defeituosidade do produto (dano original com manifestações múltiplas), dos quais resultaram os vultosos danos cuja cobertura securitária ora se discute.

5.1. De fato, desde o sinistro de 01.08.2007 e, notadamente, entre os meses de maio e novembro de 2008, diversos danos nos transportadores de minérios de ferro foram sofridos, chegando a Consulente a referir um estado de *falência generalizada* no sistema de transportadores. Vinculados, os danos, ao emaranhado de erros de projeto e defeitos de execução do fabricante, a Cachalote, que prejudicaram o curso regular do transporte de minérios no Porto de Ipásia. Laudo pericial da autorizada da Fundação Dó-Ré-Mi também alude a esse estado de falência generalizada, e às suas causas.¹⁶ Porém, assegura a Consulente, escudada, ainda, no laudo da Dó-Ré-Mi, embora existentes, essas manifestações danosas só puderam ser percebidas como um mesmo sinistro em meados de 2008, quando o fato foi comunicado ao seguro.¹⁷

6. A prova técnica é inconteste: o mencionado relatório da Fundação Dó-Ré-Mi expressa:

“Como se verifica os defeitos de fornecimento ou erros de projeto e fabricação desencadearam na ruptura da R-3 e depois, por meio de manifestações plurais, que se somaram num conjunto desastroso, o quase estancamento da operação do sistema transportador de correias. Estes fatos determinaram, além de danos materiais, perdas significativas de produção”.¹⁸

7. Ademais, a Fundação Dó-Ré-Mi identificou que, dada a existência de graves e diversos defeitos no projeto, os danos sofridos pelos sistema de manuseio e transportador por correia e demais fornecimentos da Cachalote não consistiam em “fatos de manutenção”. Ao contrário, a equipe de manutenção deveria, em razão dos danos verificados, “aumentar o seu trabalho, já agora na finalidade ou salvamento, considerando que todos os equipamentos estavam com problemas que decorriam do aumento do número de manifestações das imprevistas falhas precoces”.¹⁹ A especificidade deste dano levou à feliz analogia realizada pela Dó-Ré-Mi entre o ocorrido no Telomar e as lesões sofridas pelo ser humano no tímpano, escrevendo:

“É perfeitamente legítimo equiparar o acontecido com as micro agressões sofridas pelo tímpano (percebidas, naquele momento, apenas como fatos de manutenção) até que se caracterize e possa ser diagnosticada a surdez (a demanda do sistema com sua falência praticamente generalizada)”.²⁰

8. Com efeito, os mencionados erros e sua consequência, o defeito do produto, são causas de múltiplas manifestações danosas. Há o que se poderia chamar de “sinistro principal”, decorrente do colapso da recuperadora de minério R-03, em 01.08.2007, antecedido por outras manifestações danosas e sucedido pelos subsequentes danos em outros equipamentos integrantes do Sistema de Movimentação e Transporte de Minério; e há os que, daí decorrendo, impactam negativamente a produção, importando em lucros cessantes. Nesse sentido, aponta o já mencionado relatório da Dó-Ré-Mi, segundo o qual “os prejuízos *persistentes e continuados* advêm do projeto do sistema”.²¹

9. Tais erros e defeito, de *per se* configuradores de um dano, são, por igual, causa de “sinistros em sequência”, ou “sinistros continuados”, isto é, de múltiplos danos de intensidade variável cuja percepção é progressiva.²² E, sendo danos de intensidade variável e cuja percepção é progressiva, sendo, por vezes, constatados *a posteriori*, pode acontecer que cada um (ou vários) dos eventos, se considerados os danos um a um, isto é, atomisticamente, (i) não sejam desde logo imputados a uma causa única, pois a unicidade causal não é de imediato percebida; mais ainda, também pode ocorrer que, (ii) sendo percebidos de forma isolada o prejuízo (atomisticamente considerado), seja inferior à franquia estabelecida, restando, assim, sem cobertura. Novamente, a doutrina está atenta a esses fenômenos. “Enquanto o defeito não é constatado”, explicita Braga, “o produto em questão é considerado irrepreensível e sem perigo;

somente mais tarde é que se descobre – notadamente após a fase de testes admitidos como suficientes, ou quando a reclamação do consumidor se dá a conhecer – que são portadores de propriedades nocivas.”²³

10. Novamente, foi o que *in casu* se verificou. Como bem expressa o esclarecedor Relatório Dó-Ré Mi,

“(o)bservando-se a sequência de fatos, verifica-se o início das operações com os equipamentos no dia 22.02.2007 e menos de seis meses depois da entrada em operação, o sistema começou a apresentar manifestações danosas em seu funcionamento, as quais foram consideradas demandas de manutenção. A partir do dia 04.10.2007 os incidentes passaram a chamar atenção pelo curto espaço de tempo decorrido entre eles e, apesar de acontecerem em transportadoras diferentes, foram sempre os componentes mecânicos os responsáveis pelas paradas”.²⁴

11. Depois da primeira manifestação danosa identificada, havida com o Sistema, que aconteceu em abril de 2007, a R-3 sofreu total colapso em 1.º de agosto daquele ano. Devidamente comunicada, a fabricante Cachalote, reconheceu implicitamente a sua responsabilidade, colocando à disposição da um novo produto, a empilhadeira E-4, o que ocorreu em maio de 2008, com a oferta desse equipamento que veio em substituição à R-3, desse fato sendo dada a devida ciência à seguradora.²⁵ Porém, persistiram os acidentes. São os que dão conta os documentos a que tive acesso, sintetizados, quanto à cronologia, da seguinte forma.

27.02.2007: início das atividades exportadoras de minério de ferro, com a chegada do primeiro trem carregado ao Telomar.

Final de fevereiro de 2007 a julho de 2007: operação portuária movimentou volumes ainda reduzidos, em razão do início do desenvolvimento (*ramp up*) da operação portuária com minérios de ferro. Ainda no primeiro semestre de 2007 o sistema transportador de correias da Cachalote começou a operar, aumentando a taxa de carregamento.

Abril de 2007: primeiras manifestações danosas do sistema transportador de correias.

01.08.2007: colapso total da recuperadora R-3, virando sucata, o que foi prontamente comunicado ao seguro.

21.11.2007: findo o prazo de vigência da apólice Sul América.

21.11.2007 a 20.01.2008: período de prorrogação da Apólice de Seguro Rouxinol.

Dezembro de 2007: Dó-Ré-Mi emitiu o relatório PEC 1111, intitulado “Análi-se das causas do acidente na Retomadora de minério R3 no Porto de Ipásia, ZB”.

Janeiro de 2008: Cachalote entrega a ER-1 que logo entra em operação.

Fevereiro de 2008: Cachalote entrega a ER-2.

Fevereiro de 2008: Cachalote entrega o Virador de Vagões.

21.02.2008: Findo o prazo de vigência do contrato com a Rouxinol (Prorrogado), e início de vigência do contrato com a Velázquez.

25.03.2008: Data final do exercício monopolista do Resseguro pela Fonte Nova.

Maio de 2008: após o *ramp up*, quando vieram a cena o virador de vagões e as ERs 1 e 2, torna-se possível a compreensão do significado desastroso da conjunção das manifestações danosas e de sua causa.

Junho/julho de 2008: a percepção de que o que se pensava serem problemas operacionais se transformou em provável expectativa de sinistro. Ferro & Fogo convocou a Cachalote, contratou a pesquisa da Dó-Ré-Mi e comunicou a Rouxinol em 09.07.2008.

28.07.2008: emitido, pela Fonte Nova, relatório de regulação do Telomar relativo a outro sinistro, ali ocorrido em 2003.

Janeiro de 2009: emissão, pela Dó-Ré-Mi, do relatório PEC 11.281, intitulado “Laudo final – Investigação das causas do acidente no sistema dos transportadores de correias de minério no Telomar – Porto de Itaguaí, RS”.

21.02.2009: Findo o prazo de vigência de Apólice de Seguro Velázquez.

30.07.2009: Subscrição, pela Ferro & Fogo, de 8.832 ações ordinárias, todas nominativas e sem

valor nominal, da Vento Sul. A Ferro & Fogo passa a deter 285.040.433 das ações ordinárias da Vento Sul, de um total de 475.067.405 ações ordinárias de emissão da Companhia.

Setembro de 2009: os impactos da perda da recuperadora (R-3) a título de *demurrage* seguiram com severidade até esta data, desde o colapso da R-3.

12. Quando se verificam as primeiras ocorrências danosas com o Sistema de Transporte por Correias, afirma o Consulente²⁶ (e confirma a Dó-Ré-Mi),²⁷ ainda não estava claro tratar-se de um mesmo e único sinistro, derivado de erro no projeto e na execução, atribuíveis à fabricante Cachalote. Por esta razão, o aviso de sinistro só foi encaminhado para a Sul América em 09.07.2008, mencionando "problemas de funcionamento no sistema de correias de minério no Telomar". A efetiva causa ainda não fora detectada, o que é perfeitamente compreensível. A doutrina acena para as dificuldades de prova ínsitas ao "erro de projeto", afirmando Braga:

"No arrolamento das causas responsáveis pelas enormes dificuldades que se põem no caminho de quem quer que tente provar um 'erro de projeto', ressaltam, segundo penso: a) a descoberta quase sempre *a posteriori* da falha e as dificuldades teóricas em rastrear e identificar as causas; b) a responsabilidade pelos erros, muitas vezes, cabe a empresas que detêm sofisticado conhecimento especializado (de 'ponta'), possuindo mesmo monopólio quanto ao conhecimento da tecnologia empregada e que redundou no dano; c) a natural resistência da empresa que errou – ou de seus técnicos – em admitir o erro, notadamente quando se trata de produto novo, quando seu conceito junto aos clientes ou na imaginação da opinião pública poderá sofrer sério arranhão, isto sem falarmos das possíveis consequências de uma condenação judicial, tanto cível como penal; d) a utilização de processos técnicos, com alto grau de mecanização e complexidade, pelas empresas, sem que tenham, ainda, dominado sua crescente complexidade; e) a divisão do trabalho no interior das indústrias, fazendo, muitas vezes, perder-se a visão de conjunto do processo produtivo; f) o estado 'oficial' da ciência ou das técnicas de *know-how*, num momento dado, não permitindo que se conheça o fato suscetível, do ponto de vista do projeto, de afetas as qualidades ou a segurança de um produto".²⁸

13. Quanto ao erro na construção, se constata, igualmente, constituir "tarefa extremamente difícil" dizer em que momento, exatamente, ocorreu à falha – "se durante a fabricação, por exemplo, ou se na fase seguinte, de construção ou montagem".²⁹

14. O fato de a *percepção* da efetiva causa dos danos se ter dado apenas em maio de 2008, depois da entrega do primeiro relatório da Dó-Ré-Mi³⁰ e após transcurso o período de *ramp up*, não desfaz o *nexo causal* entre o sinistro complexo (resultado) e os fatos causadores do dano (causa), quais sejam, os já mencionados erros de projeto e execução do Sistema Transportador que inclui os fornecimentos feitos pela Cachalote e que estavam segurados, em determinado "local de risco" (o Telomar), pela Rouxinol. É incontroverso, segundo os relatórios dos *experts*, terem sido os erros de projeto e execução a causa necessária – e, como tal, adequada – à produção do dano. E, como já tive ocasião de mencionar, a *causa necessária* do dano, para os fins previstos no art. 403 do CC/2002, não é aquela *temporal ou cronologicamente imediata* à inexecução, mas aquela cujo efeito é *logicamente* imediato, adequando-se, como tal, à produção do dano.³¹ Como escrevi em outra sede:

"Sabe-se que todo dano, além de *certo*, deve ser *atual*. Não há dúvidas de que, cronologicamente, todo dano é, necessariamente, posterior ao *eventus damni*, uma vez que todos os danos são, sempre, consequência ou efeito do evento que os causou, a lógica evidenciando que o prejuízo é sempre posterior, no tempo, à sua causa. Muitas vezes há de ocorrer como que uma 'instantaneidade' entre a causa e o efeito, porém, por mais veloz que seja o efeito, ele sempre se produz num momento 'futuro' em relação à causa geradora. Por outras vezes essa instantaneidade não se verifica: as consequências danosas se projetam ao longo do tempo, às vezes por períodos muito extensos, como sucede com a invalidez permanente de alguém prejudicado no âmbito de um contrato de transporte, ou de serviços médicos".³²

15. Esses elementos já permitem alcançar as primeiras conclusões: na espécie é incontroversa a (i) existência do sinistro, (ii) atribuível a um somatório de danos, verificados ao longo do tempo, (iii) cuja percepção foi paulatina, paulatina também sendo a percepção de suas causas, qual seja, (iv) o defeito de projeto e o erro na execução do produto. Esta é uma causa de *sinistro segurável* e, na espécie, estava positivamente segurada pela contratação de seguro de riscos operacionais.

16. Qualificado, nesses termos, o sinistro sofrido pela Consulente no Terminal Telomar cabe agora, examinar se é, ou não, dele beneficiário também a Vento Sul, sociedade subsidiária de Ferro & Fogo.

II) Da extensão do seguro de riscos operacionais à Vento Sul

17. Três fatores, distintos e conjugados, me levam a concluir pela extensão da cobertura do seguro de riscos operacionais à Vento Sul: (i) a compreensão do "interesse segurado"; (ii) a interpretação da cláusula de interdependência estatuída contratualmente à luz da definição dos danos indenizáveis; e (iii) o fato de a seguradora e o ressegurador terem tido ciência inequívoca de que as atividades estariam sendo desenvolvidas no Telomar pela Vento Sul, mas, posteriormente, virem a negar a cobertura. Esta última circunstância leva a cogitar da caracterização, na espécie, de uma situação de exercício jurídico contraditoriamente desleal, por parte de Rouxinol e da Fonte Nova, de modo a se caracterizar o vedado *venire contra factum proprium*, bem como uma situação de *suppressio*. Explicito, pontualmente, esses três argumentos.

(i) a compreensão do interesse segurado

18. Começemos por lembrar que o interesse é *elemento essencial* dos tipos contratuais "seguro" e "resseguro". Considerado *in abstracto* e em termos gerais, o interesse é "o vínculo entre o bem e a necessidade a que atende, na perspectiva do sujeito que a experimenta",³³ sendo, portanto, noção vinculada a determinada necessidade e ao bem que a satisfaz.³⁴ O dano – bem percebeu Antígono Donati – é, justamente, a sua negação.³⁵ Por isto a fórmula, segundo a qual é o dano *lesão a um interesse*.

19. No contrato de seguro, o interesse deve estar necessariamente, vinculado a certo risco, pois, de outra forma, não seria *interesse segurável* que, com o contrato, se transforma em *interesse segurado*.³⁶ O interesse segurável (e, depois de concluído o contrato, segurado) não é propriamente uma "coisa": é de se supor a elipse.³⁷ Trata-se, mais propriamente, da "relação valorada perante uma determinada coisa que se coloca em risco".³⁸

19.1. Acentue-se este ponto, há muito evidenciado por Comparato e por Pontes de Miranda:³⁹ o interesse segurável, como objeto material do contrato de seguro, não é uma coisa, mas uma relação, como indica a própria etimologia (*inter esse*).⁴⁰ Nesse sentido, o risco "cifra o interesse, enquanto objeto segurável", moldando-o como "legítimo interesse jurídico-econômico" a justificar a cobertura securitária ou ressecuritária, constituindo ambos (interesse e risco) o "núcleo duro do negócio securitário".⁴¹ O aspecto econômico é inafastável, mencionando Aleu:

"El interés asegurable consiste en la voluntad de querer conservar indemne un valor incorporado a una relación jurídica de contenido económico que vincula a un sujeto con un objeto; en concreto, en la voluntad de conservar un valor incorporado a un derecho subjetivo".⁴²

20. Sendo assim, imprescindível é detectar, no caso, qual foi o interesse segurado, sabendo-se que na apreensão do interesse, para fins securitários, a noção de *atividade empresarial* é de grande importância, pois é sobre a atividade que recai o risco segurado.

21. *Atividade empresarial* é uma noção de elaboração histórica relativamente recente, o que se deve ao fato de ter havido apenas na contemporaneidade a necessidade de atribuir relevância jurídica ao conjunto interligado de atos jurídicos como objeto autônomo, valorando-o de forma distinta dos atos singulares. Na conhecida definição de Auletta, a atividade é o conjunto de atos jurídicos coordenados, ou unificados, que possuem escopo comum.⁴³ Ao traçar os seus célebres perfis do fenômeno econômico da empresa, Asquini deu relevo ao perfil funcional da empresa como atividade,⁴⁴ verdadeira "força em movimento" em vista de uma finalidade produtiva de riqueza, o que foi expressamente considerado pela Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil hoje em vigor: nas palavras de Miguel Reale, o termo *empresa*, no Código Civil, não deve ser entendido como entidade, mas como "atividade empenhada na produção, circulação e distribuição da riqueza",⁴⁵ acabando o vigente Código Civil por dispor: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços" (art. 966). Essa definição apontam Bulhões Pedreira e Lamy, "utiliza os conceitos econômicos de atividade econômica de produção, empresa e empresário", consistindo a atividade produtiva na aplicação "da ação humana sobre outros fatores de produção".⁴⁶

22. O dinamismo ínsito a essa ação dirigida a criar bens econômicos não compactua com a

rigidez das formas. Muito comumente uma mesma e única atividade empresarial é exercida por mais de uma pessoa jurídica, coordenadamente, em um grupo, de fato ou de direito. No grupo empresarial, há *articulação dinâmica* entre as várias pessoas que o compõem. Por razões da mais variada ordem (organizacional, tributária, estratégica etc), a atividade formalmente cometida a A passa a ser desempenhada, no todo ou em parte, por B. Como bem definiu Ascarelli na sua também muito conhecida e pioneira análise da atividade empresarial: sujeito da atividade empresarial é o sujeito dos atos dos quais resultam a mesma atividade.⁴⁷

23. Estas notas já permitem descer à realidade para detectar qual foi, no caso, o interesse segurado, apontando-se, de forma concreta, à *atividade empresarial* sobre a qual recai o risco segurado.

24. Como é de conhecimento geral, a Ferro & Fogo é uma das maiores companhias siderúrgicas e de mineração do mundo. Suas atividades econômicas se espraiam pela siderurgia, mineração, produção de cimento, energia, portos e ferrovias. Na área de siderurgia e mineração suas atividades estão concentradas em quatro minas, importando, para o que aqui concerne, a *mina Chalé do Vale* e as unidades de exploração e beneficiamento que alimentam a própria Ferro & Fogo e a sua subsidiária Vento Sul. Desde 2007, esta operacionaliza as atividades de transporte e exportação de minérios, transportados de Diomira para o Porto de Ipásia, em Zenóbia, onde se encontra o Telomar – Terminal de Cargas Lobo do Mar, como está na apólice da Sul América ao arrolar a “atividade principal” levada em conta pelas condições particulares do seguro contratado.⁴⁸ No Telomar, está localizado o *Sistema de Movimentação e Transportador de Minério* que serve às atividades do grupo societário Ferro & Fogo justamente para operacionalizar a movimentação e o transporte do minério de ferro no porto, e do carvão destinado à siderurgia.

25. Tal Sistema Transportador de Minério foi fornecido à Ferro & Fogo pela Cachalote que, em regime de *turn key*, ofereceu os projetos (a partir do projeto de engenharia básica da Barbatana) e fabricou todos os equipamentos para tal fim.⁴⁹ O “sistema” – justamente porque é “sistema”, isto é, conjunto articulado de bens – engloba a R-3 e os equipamentos Transportadores de Minério (“TMs”) e as Correias. Há um todo em que se articulam os equipamentos de descarga, manuseio e transporte de minério de ferro que a Ferro & Fogo adquiriu da fornecedora Cachalote, como dão conta as cláusulas “Do objeto” dos respectivos contratos de fornecimento datados de 2004 e 2005.⁵⁰ E o que colapsou – como acima já se viu – causando o sinistro, foi esse mesmo “Sistema de Movimentação e Transportador”, por meio da quebra do seu equipamento chave, a máquina R-3, bem como de outros equipamentos que o integravam.

26. Como se pode facilmente compreender no caso em exame, a necessidade a que atende o contrato de seguro firmado entre Ferro & Fogo e Rouxinol (como, anteriormente, com Asa-delta Seguros e, posteriormente, com a Velázquez) estava, justamente, em garantir a *atividade econômica* da Ferro & Fogo no setor siderúrgico, de mineração e de logística, em determinado *local* (Telomar, assim definido na apólice como “Local de Risco 05”) e *período de tempo* (21 de janeiro a 21.11.2007), contra *riscos* (operacionais) que dessa mesma atividade poderiam advir. Foi em vista do interesse em garantir os riscos operacionais próprios a essa atividade – naquele local e período que foi firmado o contrato de seguro com a Rouxinol.⁵¹

26.1. As atividades da Telomar sempre foram desenvolvidas pela Ferro & Fogo, inclusive a exportação de minério de ferro. Primeiramente, a Ferro & Fogo se encarregava da exportação de modo exclusivo e direto. Depois, no ano de 2007, passou a deferir parte dessas atividades à Vento Sul que, por meio do contrato de prestação de serviços de operação portuária. Já era a Vento Sul integrante do grupo Ferro & Fogo, desde quando fora constituída, em 03.11.2006, tendo a Ferro & Fogo como acionista detentora de 99,99% das ações,⁵² quando concluído o contrato de seguro, a atividade econômica empresarial que veio a Vento Sul em parte titular, nos meses subsequentes, já existia e já estava localizada no Telomar.⁵³

26.2. O fato bem evidencia o dinamismo ínsito à atividade empresarial acima lembrado. E nenhuma surpresa causou às oras rés a assunção, pela Vento Sul, de parte das atividades de exportação de minério: como atestam o Relatório Dó-Ré-Mi e correspondências da Rouxinol e da Fonte Nova (Fonte Nova Resseguros) solicitando documentos da Vento Sul, durante o procedimento de regulação, o fato de ser a Vento Sul, subsidiária, cotitular do interesse segurado nunca foi objetado, sendo, ao revés, pacificamente aceito.

27. Tenha-se presente que, como está na lição doutrinária faz pouco lembrada, o interesse segurável é cifrado pelo risco a que sujeita aquela atividade econômica. No caso, atesta o Relatório Dó-Ré-Mi:

“Foi considerada a inter-relação essencial de interesses produtivos entre a Ferro & Fogo, Vento Sul e os demais ativos que integram o conjunto de bens e veículos e equipamentos, de modo que os danos e prejuízos pudessem ser compreendidos na sua completude e realidade”.⁵⁴

27.1. Ora, não seria crível e escaparia a toda razoabilidade considerar que a Ferro & Fogo, grupo econômico cuja atuação na área da mineração (incluindo a importação de carvão e a exportação de minério de ferro) é notória, fosse excluir justamente essa atividade da cobertura securitária. O primeiro passo do raciocínio há de ser configurado, de fato, pela compreensão da atividade econômica desenvolvida pela Ferro & Fogo, por si e por meio de suas subsidiárias e entidades “operacionais”, dentre as quais a Vento Sul. O risco implicado por essa atividade econômica (em que há de ser buscado o interesse legítimo do segurado) não justificaria o seccionamento da garantia.

27.2. Consequentemente, e *prima facie*, se há de considerar *razoável e conforme o que normalmente acontece* à alegação da Consulente de que “o seguro contratado por uma das sociedades, para cobertura de determinado risco, não deixa de existir apenas por ter assumido a correspondente atividade econômica outra ou outras das sociedades do mesmo grupo”.⁵⁵ Se tal se verificasse – argumentam, com propriedade, as autoras – haveria enriquecimento sem causa da seguradora, pois, embora recebendo prêmio para oferecer determinada garantia, pretendesse estar liberada da obrigação porque, no interior do grupo econômico, a atividade econômica explorada por uma das sociedades tivesse passado a ser exercida, total ou parcialmente, por outra sociedade do mesmo grupo.

28. Tanto assim é que a cláusula segunda da apólice emitida pela Rouxinol e vigente no momento do sinistro estabelece:

“Cláusula 2.^a – Prejuízos indenizáveis

(...)

4 – Na determinação da indenização devida, sob as condições desta cobertura, deverá ser dada a devida consideração:

4.2 – aos resultados operacionais combinados de todas as empresas coligadas, afiliadas ou subsidiárias do Segurado durante o período de interrupção, conforme definido nesta apólice, em função da interdependência operacional existente entre elas, cujos locais estejam ou não incluídos nesta apólice”.

29. A clareza dessa disposição ilumina a interpretação da cláusula de interdependência que, para a Rouxinol, obstaria o pagamento da indenização à Vento Sul.

(ii) A interpretação da Cláusula de Interdependência

30. Conforme expõe a Consulente, embora contratado o seguro com a Sul América para o período de 21 de janeiro a 21.11.2007, a respectiva apólice (Apólice de Seguro 1.234-0), emitida em 14 de fevereiro, só foi encaminhada à seguradora Ferro & Fogo em data de 03.07.2007, quando já haviam se manifestado problemas com o Sistema de Transporte e Movimentação, embora a efetiva causa do dano (que viria a se agravar em 1.º de agosto daquele ano, com o colapso total da máquina R-3) ainda não tivesse sido percebida. Só então foi possível constatar a inserção de cláusula de interdependência com redação atípica: ao invés de determinar, como usual, que em caso de sinistro deveriam ser considerados os resultados operacionais combinados de “todas as empresas coligadas, afiliadas ou subsidiárias do segurado durante o período de interrupção” (tal como constara em contratos anteriores e como é da prática nesse setor⁵⁶ para a determinação da indenização por “interrupção de negócios” devida em caso de sinistro), ali estava escrito:

“14) Cláusula de interdependência

Fica entendido e acordado que esta apólice, nos termos de suas Condições, Definições e Disposições, cobre a perda de Lucro Bruto sofrida por qualquer das Empresas Seguradas, consequente de evento coberto ocorrido em locais por elas ocupados e mencionados na apólice desde que a perda de lucro decorra, exclusivamente da interdependência entre elas.

(...)”.

31. Não há de ser descurada a relevância, para o adequado deslinde do caso, dessa inusitada modificação textual inscrita em apólice entregue ao segurado sete (7) meses depois do início da vigência do contrato, e desbordante da praxe do setor.

31.1. Como é sabido e consabido, a prática tem peso exponencial e um significado muito específico nas relações interempresariais (“comerciais”). Nesse setor, a prática de mercado ingressa no direito contratual, primeiramente, como fonte de regras pelo seu papel conformador de uma parte da realidade social, que é a vida econômica, podendo ter não apenas função interpretativa, mas verdadeiramente normativa (isto é: prescritiva), no dizer de Pontes de Miranda⁵⁷ e de Miguel Reale⁵⁸. Ingressa, outrossim, no plano hermenêutico, como fator indicativo da habitualidade ou regularidade das práticas, isto é: como fator de segurança para que os agentes econômicos possam avaliar os riscos a que estão sujeitos.

31.2. No Direito positivo brasileiro, a importância maximizada que tem a prática (“usos e costumes comerciais”) acabou por migrar para o Direito Civil, que unificou as obrigações civis e as comerciais (v.g., art. 113, art. 473, parágrafo único do CC/2002,⁵⁹ referindo “os usos” e a “natureza do contrato”). E o Enunciado 409 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil (BRASÍLIA, novembro de 2011) prescreve: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes”.⁶⁰

31.3. Não é diferente no Direito Comparado. No sistema norte-americano, por exemplo, acentua-se a importância conformadora dos usos e costumes, relativamente às particulares operações econômicas, reconhecendo-se a existência de *implied terms* contratuais.⁶¹ No contexto europeu, o art. 1.9 dos Princípios Unidroit determina que as partes, devem ser obrigadas pelos usos e práticas estabelecidas entre elas e pelos usos que sejam generalizadamente tidos como aplicáveis.

32. Volte-se a ponto acima mencionado: a relevância especial das práticas habitualmente seguidas e observadas está, primeiramente, em que suscitam uma *expectativa de regularidade nas condutas seguidas pelos agentes econômicos*, o que é sintetizado na expressão *princípio da confiança legítima* que constitui uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva. Como acentuei em outra sede,⁶² a prática compõe o cenário do desenvolvimento de uma *expectativa de confiança* – e de um *investimento de confiança* – que é juridicamente protegido, caracterizando, portanto, *fator indutor de confiança* que onera o autor da conduta contrária àquela expectativa gerada pela prática com “deveres de solicitude para com os interesses em causa”.⁶³ De fato, como bem aponta Paula Forgioni à prática induz a uma situação de confiança (“boa-fé”) que resulta da *previsibilidade* absolutamente necessária para o cálculo do risco.⁶⁴ Situações que escapam a essa “regularidade nas condutas” indutoras de uma expectativa legítima ou justa por parte dos destinatários das declarações negociais e de quaisquer condutas negocialmente vinculantes, devem, portanto, ser objeto de um tratamento informativo que bem demarque a inovação que está a ser consagrada. Assim afirma, com indiscutível autoridade, Jacques Ghestin, para quem há a obrigação de informar (*obligation de renseignement*), mesmo na ausência de norma legal expressa nesse sentido, quando o proponente (ou o vendedor, ou o segurador) modifica o que correspondia à prática “geralmente seguida”.⁶⁵ Há, portanto, para quem modifica a prática, o dever de falar claro, comunicando a modificação, dever que se acentua enormemente quando essa modificação vem em desfavor da contraparte e em contrato de adesão cujo instrumento é entregue ao segurado meses depois de concluído o ajuste!

33. Em vista da confiança derivada da previsibilidade de condutas geradas pela prática, os deveres de agir segundo a boa-fé não de ser aferidos coligadamente ao que “normalmente acontece”. Em razão dessa “imantação pela prática” (que condiciona ao mesmo tempo em que é por ela influenciada), a boa-fé se apresenta nas relações empresariais em conformidade com o *standard da probidade específica* (“pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”, como estava no Código Comercial de 1850). É com esse viés específico que incide a boa-fé, como cânone hermenêutico, nas questões relacionadas à interpretação da apólice: numa interpretação conforme a boa-fé se impedirá, por exemplo, que seja atribuído às cláusulas da apólice um significado incompatível com o interesse segurado; se relativizará o valor de disposições contraditórias ou que induzam a surpresas desleais; se obstará a alegação de nulidades formais

ou a utilização – como escudo para fugir à indenização – de formalismos exacerbados que resultem prejudiciais às legítimas expectativas do outro contratante; se entenderão vedados comportamentos contraditórios e reprovadas “práticas oportunistas e vexatórias na fase da gestão e liquidação do sinistro”.⁶⁶

34. Em segundo lugar, a prática tem, nas relações interempresárias, um valor hermenêutico que não há de ser descurado, desempenhando uma função de *elementos auxiliares de interpretação e integração* dos contratos comerciais.⁶⁷

34.1. É bem verdade que, no confronto entre norma que provenha da prática e aquela posta por ato de autonomia privada, esta última, em regra, tem prevalência *prima facie*.⁶⁸ No caso, porém, para além de se tratar de um contrato formado por adesão em que não cumpriu a seguradora com o “dever de falar claro, a redação atípica e inusual da Cláusula de Interdependência há de ser relativizada em face da Cláusula Segunda (Prejuízos Indenizáveis) constante do mesmo Contrato, bem como das disposições segundo as quais o seguro garante os prejuízos resultantes da falta de embarques ou vendas ainda que “por intermédio de: utilização de qualquer propriedade que pertença ou seja controlada pelo segurado”.⁶⁹

35. É cediço em tema de interpretação contratual constituir um contrato um *todo, uma totalidade de sentido*, sujeitando-se a sua interpretação, por isto, ao *cânone da totalidade e da coerência*. Como escreveu Emilio Betti, aceitar esse cânone implica em colocar em relevo o “círculo de reciprocidade hermenêutica que corre entre a unidade do todo e os singulares elementos de uma obra”.⁷⁰ De fato, a interpretação contratual não compactua com uma perspectiva atomizada, pela qual são isoladas as singulares partes daquele conjunto a partir do qual – e apenas a partir do qual – pode adquirir um significado.

35.1. A ideia de que a interpretação (seja da lei ou do negócio jurídico) “não se desenvolve em tiras” – como escreve, entre nós, Eros R. Grau⁷¹ – já estava no jurista romano Celso que, em célebre texto (Pal. 86: Dig. 1, 3, 24; cfr. Dig. 32, 79 e 50, 16, 93; Pal. 159-61) estabeleceu: *incivile est, nisi tota lege perspecta, uma aliqua partícula eius proposita iudicare vel respondere*. Como observa Betti, esse texto pode ser traduzido justamente como o *cânone da totalidade e da coerência das considerações hermenêuticas*.⁷² É indevido (“incivil”) atribuir a qualquer preceito legal ou cláusula contratual um valor isolado, desprendido do conjunto contratual e do concreto comportamento das partes ao longo de todo o procedimento que envolve a sua vinculação jurídica. Foi à partir dessas mesmas bases que Pothier formulou a *Sexta* de suas célebres *Règles: on doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précédent ou qu'elles suivent*.⁷³ Considerado o conjunto contratual, “uma cláusula se interpreta pelas outras”.

36. No caso, ambos os vícios se apresentam: para além de ser contraditória com outras disposições contratuais e ininteligíveis em vista do interesse empresarial segurado, a inovação consistente na cláusula de interdependência restrita às “sociedades seguradas” não foi destacada pela seguradora e só chegou ao segurado quando a relação contratual já seguia em pleno curso, tendo transcorrido mais da metade do período contratualmente ajustado, e, inclusive, quando as manifestações danosas já haviam começado a ocorrer.

37. Relembre-se, ademais, ser o contrato de seguro, para além de consensual,⁷⁴ um acordo marcadamente fiduciário. Nele, o *princípio da boa-fé* se apresenta de maneira ímpar relativamente aos demais tipos contratuais. Esse princípio, tradicional às relações securitárias, incide, hoje em dia, num quadro normativo e fático diverso daquele que caracterizara o Código Civil de 1916.⁷⁵ Por esta razão, se há de compreender, antes de mais, o *estado atual das relações securitárias e ressecuritárias* em que incide o princípio da boa-fé, por si e acoplado ao princípio da confiança legítima.⁷⁶

37.1. De um cenário marcado pela incerteza derivada, dentre outros motivos, pelos deficientes instrumentos de gestão do risco – tal como ocorria nos primórdios da regulação jurídica do seguro⁷⁷ – se passa, hoje, a outro panorama: neste, a atividade do segurador torna-se *empresária, especializada e complexa*.⁷⁸

37.2. A *empresarialidade* conduz a imputar a seguradora à gestão da relação contratual numa lógica diversa daquela que guiara o paradigma clássico do contrato de seguro, de modo que as regras de alocação dos efeitos negativos derivados de uma deficiência no processo de recolha e

comunicação das informações relativas à relação negocial, são hoje imputadas em grande parte ao segurador.⁷⁹ Este tem o *dever de se informar* e de fiscalizar a execução contratual, como está, aliás, expresso na Apólice, cuja Cláusula Terceira defere aos “representantes dos seguradores” o poder de, “a qualquer momento razoável, exercer o direito de inspecionar e examinar todo o bem segurado ou parte dele”.

37.3. A esse direito de inspecionar não corresponde, apenas, o dever do segurado de permitir a fiscalização. Para a seguradora, trata-se de um *poder-dever*, pois, como assegura Alberto Monti, os elementos de incerteza que desfavoreciam o segurador no momento histórico já passado, hoje se diluem. Com o refinamento dos meios de comunicação, registrou-se uma “dramática mutação” na possibilidade, para a empresa seguradora, de se informar, com baixo custo, sobre as diversas situações do risco atinente ao próprio segurado, com o que se vem tomando distância daquelas “severíssimas regras tradicionais, as quais previam draconianas sanções a cargo do segurado que não acoresse a revelar e garantir cada mínimo detalhe da *fattispecie* em risco, alcançando-se, assim, uma redistribuição mais balanceada e acurada das obrigações de informação”.⁸⁰

37.4. De fato, como assegura aquele estudioso, os modernos mecanismos de monitoramento do acordo negocial tendem a projetar a relação negocial privada em uma ótica marcadamente valorativa, fundada no que é socialmente útil,⁸¹ o que, de resto, está concorde com o princípio da função social do contrato, expressamente apreendido no vigente Código Civil (art. 421).

38. Não se diga que essas características apenas se verificam nos contratos de seguro submetidos à legislação consumerista. Ainda quando o polo segurado não se qualifique como “consumidor” – afastada, portanto, a incidência da legislação protetiva ao vulnerável – a empresarialidade da atividade securitária não afasta a incidência do princípio da boa-fé. Este atuará em consonância à tríade principiológica das relações inter-empresárias, qual seja: segurança, estabilidade e confiança como *confiabilidade*,⁸² esta resultando ou do seguimento do que é previsível, pela reiteração fornecida pela prática, ou pelo cumprimento do *dever de consideração* para com o segurado, consistente em assinalar modificações e inovações relativamente à praxe, mormente em contratos formados por adesão.

39. Essas indicações doutrinárias apontam ao caminho que se deve seguir na interpretação da exclusão verificada na cláusula de interdependência constante da apólice da Rouxinol⁸³ que chegou ao conhecimento do segurado seis (6) meses depois de aperfeiçoado o seguro, tendo sido unilateralmente alterada a redação habitual da cláusula.⁸⁴ Reúnem-se aqui os elementos da *confiança legitimada* pela prática até então seguida e os derivados da *interpretação complessiva* da apólice (“umas cláusulas se interpretam pelas outras”), a mostrar a profunda contradição da companhia emissora na inovação redacional a que unilateralmente procedeu, afirmando, num passo, a interdependência entre as sociedades do grupo, mediante a consideração, para o cálculo dos prejuízos indenizáveis, dos “resultados operacionais combinados de todas as empresas coligadas, afiliadas ou subsidiárias do Segurado” para, em outro, a restringir apenas às sociedades seguradas. A esta conclusão também chegou o ilustre Professor Gustavo Tepedino, em parecer elaborado sobre os mesmos fatos e a que tive acesso por cópia enviada pelos Consulentes.

40. Finalmente, e de modo decisivo para a minha compreensão do caso, penso se ter caracterizado situação de contraditoriedade desleal, caracterizando-se o *venire contra factum proprium* e a *suppressio*, a impedir que a Rouxinol e Fonte Nova se neguem ao pagamento da indenização ao argumento de a Vento Sul não deter legitimidade ativa, por não ser segurada. Ajuntam-se à interpretação complessiva do contrato, à luz dos cânones hermenêuticos pertinentes (boa-fé, consideração das práticas seguidas no setor) os critérios hermenêuticos do comportamento posterior das partes e o da coerência contratual, como será agora mencionado.

(iii) A contraditoriedade desleal e os critérios hermenêuticos do comportamento posterior das partes e o da coerência contratual

41. Além de atuar como cânone hermenêutico e como fonte de deveres anexos de conduta contratual, o princípio da boa-fé tem relevantíssima função de limite ao exercício disfuncional de direitos subjetivos e de posições jurídicas. Essa função, reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, se mostra particularmente relevante na coibição do comportamento desleal e contraditório do co-contratante que, tendo criado no *alter*, por palavras ou comportamentos concludentes, a *justa expectativa* de que certa conduta seria mantida ou determinado direito não

seria usado, vem, posteriormente, alterar esse quadro, em prejuízo de quem confiara.⁸⁵ O contratante leviano, ou incoerente, cujos atos ou palavras são contraditórios e que, por isto, viola a legítima confiança que em si fora investida, deve assumir as consequências danosas de suas contradições.⁸⁶ E estas são as que derivam da sanção à ilicitude no modo de exercício do direito (CC/2002, art. 187 c/c art. 927), quando a contraditoriedade é violadora do princípio da boa-fé (em sua vertente: *proteção à confiança legítima*), o que se verifica quando o agente adota uma conduta inconciliável com as expectativas adquiridas pela contraparte, em função do modo como antes atuara.

42. A contraditoriedade desleal opera por formas que a doutrina nominou (dentre outras hipóteses) como *venire contra factum proprium* e como *suppressio*. Ambas se caracterizaram no caso.

43. A figura conhecida como *venire contra factum proprium non valet* resta caracterizada quando um mesmo agente perfaz em relação à contraparte, duas condutas distintas no tempo e contraditórias entre si, de modo que a "segunda conduta" frustre legítimo *investimento de confiança*, feito pela parte que alega o dano, em razão da "primeira conduta" (o *factum proprium*). A coibição implicada na parêmia *venire contra factum proprium non potest* tem como bem jurídico a proteção do *alter*, "evitando a quebra de sua confiança legítima".⁸⁷ A contrariedade há de ser, pois, *desleal*, injustificada, fraudando o investimento de confiança legitimamente feito pelo outro contraente.

44. No caso concreto, agiram contraditória e deslealmente Rouxinol e Fonte Nova, o que não pode vir em seu favor, pois em matéria contratual a coerência é uma virtude, chegando-se a mencionar a existência de um *dever de coerência* que vincula o comportamento contratual impedindo surpresas desleais.⁸⁸

44.1. Agiu contraditoriamente a Rouxinol, por ter, (i) durante um certo tempo, reconhecido a plena existência, validade e eficácia do contrato que vinha a beneficiar a Vento Sul e as atividades desenvolvidas no Telomar, bem como a incidência da garantia ao Sistema Transportador operante naquele mesmo Telomar (chegando mesmo a executá-lo), para, mais tarde, (ii) vir a negar a prestação de parte das obrigações dele defluentes ao argumento de não ser a Vento Sul pessoa jurídica segurada. Não obsta tal conclusão o fato de, posteriormente ao sinistro, e posteriormente, ainda, ao conhecimento, pela segurada Ferro & Fogo, do teor da apólice que inovara a redação da Cláusula de interdependência, se ter negado a Rouxinol a formalizar a qualidade de cossegurada da Vento Sul que, na prática, e com ciência da seguradora, já substancialmente se configurara.

44.2. Como exposto no relatório da Dó-Ré-Mi,⁸⁹ tendo as operações com os equipamentos fornecidos pela Cachalote iniciado em fevereiro de 2007, as primeiras ocorrências indicativas dos defeitos causadores do sinistro "aconteceram em março e abril" daquele ano. Com a falência de parte do "Sistema" (isto é, o colapso da R-3) em 01.08.2007, a Rouxinol foi comunicada nesse mesmo mês de agosto e se iniciou o processo de regulação do sinistro, não concluído porque havia dúvidas se o valor da franquia agregada existente na apólice superava ou não os valores que vinham sendo apurados.⁹⁰ O dado relevante, porém, é que a Rouxinol iniciou a execução contratual, tomando as providências para a regulação do sinistro, sem nada objetar ao fato de parte do risco garantido ser empresarialmente imputável à Vento Sul.

44.2.1. A propósito, leia-se *email* enviado em 26.10.2011 pelo sr. Pôncio Leite, encarregado da regulação do sinistro relativo ao equipamento R-3 e aos Sistemas de Transportadoras de Correias do Telomar. Ali afirma aquele profissional:

"Eu posso confirmar que em algumas reuniões da equipe de regulação com o pessoal da Ferro & Fogo, durante o processo de apuração dos prejuízos, foi afirmado que o acidente ocorrido com a R3 estava garantido pela apólice em vigor à época do evento. (...)."⁹¹

44.3. Por sua vez, a contradição desleal por parte da Fonte Nova vem exposta no fato, referido na petição inicial, da ocorrência de "inúmeras reuniões", a emissão de "intermináveis relatórios" e à verificação e entrega de "centenas de milhares de documentos" entre as partes,⁹² indicativos do início da execução do contrato de resseguro, de um lado e, de outro, pela negativa à prestação da garantia. Está também estampada, em outro exemplo, no *email* enviado em 03.08.2010 pelo Sr. Tomé Passarinho, então Diretor Jurídico da Fonte Nova e o procurador da Ferro & Fogo e da Vento Sul, Dr. Ernesto Tzirulnik bem como em email dirigido por Pôncio Leite

a Adão Migalhas.

44.3.1. Na correspondência entre o Sr. Tomé Passarinho e o Dr. Ernesto Tzirulnik está posto com clareza solar que a Fonte Nova assume o papel de ressegurador, desenvolvendo a regulação do sinistro relativo à R-3 e aos Sistemas de Correias. Informa o Diretor Jurídico da Fonte Nova que aquela entidade “está envidando seus melhores esforços para que a conclusão dos trabalhos de regulação se dê na maior brevidade possível”. E, respondendo à afirmação do Dr. Tzirulnik no sentido de que “a última pendência” na regulação daquele sinistro seria “a checagem de informações com contratos celebrados pela segurada com seus clientes”, o que importava em questões de confidencialidade, pede o acesso àqueles documentos confidenciais não só por parte dos representantes da Fonte Nova e da Rouxinol mas, igualmente, dos assessores dos retrocessionários.⁹³ E a “segunda conduta” da Fonte Nova – contraditória à primeira – está na correspondência datada de 18.11.2010, quando o ressegurador assina a negativa de cobertura ressecuratória, afirmando que em 30 dias apresentaria o competente Relatório de Regulação do Sinistro.⁹⁴

44.4. Ora, se o motivo para a negativa de cobertura estava na alegada ilegitimidade da Vento Sul, porque perder tempo, durante pelo menos três (3) anos, em reuniões, vistorias, preparação de documentos? A contradição desleal está, pois, entre o que é formalmente afirmado no relatório em que é negada a prestação de resseguro por conta da “ilegitimidade” da Vento Sul e o que foi substancialmente exercido, tanto pela seguradora, até certo momento, quanto pelo ressegurador. O comportamento da seguradora e do ressegurador foi, em momento posterior à conclusão do contrato, e até determinado momento da execução contratual, claramente incompatível com o que vieram a afirmar à seguradora e o ressegurador ao negar, aquela, a extensão da cobertura à Vento Sul e, este, a prestação do resseguro.

44.5. Por sua vez, a correspondência entre o Sr. Leite (pelo ressegurador) e o Sr. Migalhas (pela Ferro & Fogo) indica ter o primeiro proposto, em 22.10.2008, uma reunião “para dar continuidade às apurações deste caso”. Para tanto, escreve:

“Para essa reunião propomos a seguinte agenda/documentos disponibilizados para entrega:

1. Exposição do Plano de Contingência com objetivo de minimizar as eventuais perdas de Receita (Telomar, Vento Sul e Chalé do Vale);

(...)

3. Relatório Gerencial com os resultados operacionais do Telomar/Vento Sul/Chalé do Vale do primeiro semestre deste ano e dos anos de 2006 e 2007;

4. Orçamento de Receitas e Resultados Operacionais para os anos de 2007/2008 do Telomar/Vento Sul/Chalé do Vale;

(...)

No decorrer dos trabalhos de regulação, e caso haja necessidade, outros documentos e/ou esclarecimentos poderão ser solicitados”.⁹⁵

45. Não pode haver dúvida, portanto, sobre a existência de atos positivos do regulador que, até certo momento, aceitara sem nenhuma objeção a presença da Vento Sul como segurada, inclusive solicitando documentos daquela sociedade.

46. Autorizada doutrina acentua o valor hermenêutico do comportamento das partes principalmente quando esse comportamento consiste em atos de execução contratual. Assim as palavras de Scognamiglio⁹⁶ e a pesquisa de Alpa, Fonsi e Resta na jurisprudência italiana, acentuando-se:

“La Suprema Corte rileva appunto che il comportamento delle parti posto in essere dopo la formale conclusione del contratto, in ordine all’interpretazione del contratto stesso, deve sempre essere tenuto in conto dal giudice di merito che si appresta a dare significato al contratto”.⁹⁷

47. Também entre nós é critério tradicional de hermenêutica contratual (isto é: do contrato e da conduta dos contraentes) o comportamento posterior dos envolvidos na relação contratual. Assim afirma Antonio Junqueira de Azevedo, ao escrever: “o comportamento posterior das partes é universalmente reconhecido como uma espécie de ‘interpretação autêntica’ do contrato”.⁹⁸ Evidenciando a relevância do comportamento das partes nos atos de execução contratual para revelar a interpretação que foi dada pelos próprios emissores/destinatários das

declarações negociais acerca do seu sentido, ou do significado do comportamento das partes, o ilustre Professor paulista coligou esse critério com o da boa-fé objetiva. Em consequência, alcançou a conclusão – a meu ver, acertada – de a mudança de atitude por parte de um dos contraentes, negando ou desdizendo aquilo que o seu comportamento anterior indicara, configurar hipótese de *venire contra factum proprium*, vedado pela boa-fé, o que é aceito também por outros eminentes.⁹⁹ Igualmente a jurisprudência¹⁰⁰ acolhe esse cânone, como, exemplificativamente, o TJRS na ApCiv 70008000275, ao decidir, em caso que recorda o ora examinado:

“(…) Não tendo as partes cuidado de regrar situação transitória, relativamente ao interregno situado entre contrato e implemento de condição suspensiva, cumpre observar o comportamento delas, como fator revelador da composição de interesses e respectiva normatização que terminou por se estabelecer, dando a melhor interpretação possível ao que fora pactuado”.¹⁰¹

48. O comportamento seguido desmente, portanto, a assertividade que poderia advir da negativa ao pedido de inclusão expressa da Vento Sul no polo segurado. O que se pode compreender é que, embora negando, formalmente, o ingresso da Vento Sul no polo segurado, o segurador, ciente que estava sobre o fato da presença da Vento Sul, de seu papel como subsidiária da Ferro & Fogo e da vinculação a essa empresa de parte do interesse segurado, agiu como se a Vento Sul estivesse sob cobertura securitária.

49. No caso, a contradição desleal por parte de seguradora e ressegurador se apresenta ainda sob outra forma, conhecida como *suppressio* (ou *Verwirkung*, no idioma alemão), figura particularizada pelo efeito consistente na *paralisação* do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza. Como bem explicitou o Professor Lamartine de Oliveira, a *Verwirkung* ocorre, modo geral,

“quando o titular do direito permite que surja e se fortaleça na outra parte a impressão de que não mais exercerá o seu direito. Quando essa impressão é suscitada em virtude de atos ou declarações positivas do titular, a *Verwirkung* representa verdadeira consequência do *comportamento contraditório*. Porém, a simples omissão do titular pode levar a outra parte à convicção de que o titular do direito não mais o fará valer. Não é tanto a duração do tempo que importa – pois, ao contrário da prescrição, não há prazos legais na *Verwirkung* – mas a convicção suscitada na parte contrária, a confiança (*Vertrauen*) em que o direito não mais se exercerá”.¹⁰²

49.1. Na *suppressio*, a contraditoriedade desleal é indiretamente ocasionada pelo descompasso entre o não uso de uma faculdade ou direito subjetivo, durante certo tempo, criando a *confiança na estabilidade de situação*, e o seu exercício posterior, modificando a situação.¹⁰³ Sua consequência está em limitar o exercício de direito subjetivo, tendo-se como *paralisada a pretensão* em razão da boa-fé objetiva como norma impositiva de um comportamento estável. Trata-se, portanto, de uma hipótese de inadmissibilidade do exercício *deslealmente retardado* de um direito ou de uma pretensão quando o seu titular, tendo-se mantido injustificadamente inerte por certo tempo (embora tempo inferior ao prazo de decadência ou de prescrição aplicável), criou na contraparte uma legítima expectativa de que já não os exerceria.¹⁰⁴

49.2. A hipótese é paradigmaticamente apreendida no parágrafo único do art. 619 do CC/2002, que aqui se invoca por analogia com a situação *in concreto* examinada: segundo a regra, que está no *caput*, “(s)alvo estipulação em contrário o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra”. Porém – e aqui está a previsão legal de *suppressio* – “(a)inda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.” A regra é exemplar porque mostra como mesmo o elemento “longo tempo de inércia”, habitualmente requerido à configuração da *suppressio*, é contextual e, portanto, relativizado frente à proteção da confiança: supõe-se que o empreiteiro possa contar que as “continuadas visitas” do dono da obra ao canteiro de obras sejam suficientes para que tome conhecimento do que lá se passa, e, inclusive, para rejeitar obras que venham sendo feitas. Se não as rejeita, justifica-se concluir que as aceitou.

50. Do mesmo modo, quando segurador e ressegurador têm plena e incontestada ciência de que

grande parte do interesse segurado e do risco são da Vento Sul, e praticam atos de execução contratual sem nada objetar quanto à extensão da garantia àquela sociedade, não podem, posteriormente, alegar que a cláusula de interdependência não alcança aquela subsidiária porque restrita, textualmente, apenas às “seguradas”. Consequentemente, mesmo se admitida a tese segundo a qual a cláusula de interdependência não alcançava a Vento Sul – o que se aventa apenas para argumentar – ainda assim o direito de Rouxinol e do Fonte Nova negarem a cobertura, por esse fundamento, estaria paralisado, não podendo ser exercido sem afronta à boa-fé.

51. Conclusivamente, portanto: seria irrazoável em face do interesse segurado; incompreensível, perante o concreto comportamento das partes; e atentaria contra a boa-fé negar a Vento Sul a garantia ajustada. Mesmo que se entenda por uma interpretação literal e restritiva da cláusula de interdependência, ainda assim não poderiam Rouxinol e Fonte Nova invocar esse argumento para se isentarem do cumprimento de suas obrigações contratuais.

52. Cabe, por fim, investigar o tema da prescrição, alegado pelas rés como obstativo à pretensão indenizatória deduzida pelas Autoras.

III. Da incorrência da prescrição

53. Alegam as rés que a pretensão de Ferro & Fogo e de Vento Sul estaria encoberta pela prescrição, por terem deixado transcorrer *in albis* o prazo prescricional de que trata a alínea *b* do inc. II do § 1.º do art. 206 do CC/2002. Amparada no entendimento da Súmula 229 do STJ entende que, se em maio de 2008 teve a Ferro & Fogo ciência da “expectativa de sinistro” é daquele momento – e não depois – que se conta o prazo prescricional de um ano, a ser contado “da ciência do fato gerador da pretensão”.

54. É por todos alardeado, ter o Código Civil de 2002 modificado grandemente o regramento da prescrição. Nem sempre, porém, doutrina e jurisprudência retiram a integralidade das consequências de tão notável mudança. Afigura-se necessário, pois, relembrando muito brevemente os bens jurídicos tutelados pelo instituto da prescrição, marcar duas e conexas mudanças introduzidas pela Lei Civil, a saber: (i) a centralidade da noção de pretensão de direito material e (ii) a interpretação do seu art. 189 de modo harmônico e coerente com o extraordinário encurtamento dos prazos gerais de prescrição, mormente os da responsabilidade civil, cuja compreensão não pode levar, por nenhuma via, ao aniquilamento da pretensão do credor diligente e ativo.

(i) a centralidade da noção de pretensão de direito material

55. Começamos por recordar a função primordial e imediata da prescrição, qual seja, punir a inércia,¹⁰⁵ como traduzido nos arcanos adágios: *Dormientibus non succurrit jus e iura scripta vigilantibus*. A inércia a ser punida, todavia, não significa todo e qualquer fato da inatividade. Trata-se, mais propriamente, da inércia como não atividade quando esta pode ser desempenhada¹⁰⁶ assegurando, assertivamente, Arruda Alvim: “Não se deve admitir a ocorrência de prescrição se não houver inércia do credor”.

55.1. O que se pune, pois, é a inatividade do credor que, embora implicitamente, demonstrou *não ter interesse em fazer atuar a relação jurídica que o liga ao devedor*. Como está assentado na doutrina, a inércia adquire relevância jurídica quando assume o caráter de um comportamento concludente, vale dizer: de um comportamento, ativo ou omissivo, do qual se pode deduzir um *significado declarativo*, apreensível por meio de uma recognoscibilidade tácita (ou, para Betti, indireta) acerca da existência de uma manifestação de vontade.¹⁰⁷

55.2. Teleologicamente coligada a esta função está a de garantir a estabilidade e segurança jurídicas que poderiam ser perturbadas pela reviravolta de situações há longo tempo assentadas, nesse sentido a prescrição servindo como garantia da certeza do direito. Esta – a certeza do direito –, deriva, pois, do transcurso do tempo conectado ao significado declarativo que, concludentemente, foi razoável retirar do comportamento inerte do titular do direito.

56. O regramento, na minúcia, das funções atribuídas ao instituto da prescrição é matéria de política legislativa; tanto assim é que os diferentes Códigos as regulam diversamente. Porém, embora distintas sejam as regras específicas, em cada sistema ou época histórica, o certo é que aquelas duas e coligadas funções acima destacadas não de ser sempre antevistas e asseguradas pelo intérprete, não sendo lícito a este esquecer-las, subvertê-las ou ultrapassá-las. Caso contrário, a prescrição, como instituto jurídico, simplesmente careceria de sentido prático, redundaria em um *transcendental nonsense*,¹⁰⁸ consagrando-se o absurdo de punir quem não

agiu por não poder agir, por razões de fato ou de direito.

57. A noção do “não poder agir”, por razões de fato ou de direito, é de fundamental importância para compreender a regência que o vigente Código Civil deu ao tema da prescrição. O Código Civil de 1916 tratava a prescrição a partir de seus efeitos, misturando, desordenadamente, hipóteses de prescrição e de decadência e tendo como pressuposto a ideia, expressa por Beviláqua, da prescrição da *ação*. Em contraposição, no vigente Código Civil (que melhor disciplina o instituto do ponto de vista metodológico), prevaleceu o entendimento de Moreira Alves, centrado na noção de *pretensão*, tal qual advinda da obra do pandectista Bernard Windscheid ao conceber a noção de *Anspruch* considerando-a “somente aquilo que se pode exigir”¹⁰⁹ e, assim, liberando-a de seus elementos processuais. Por esta razão, é relevante ter em conta a explicação dada pelo Relator da Parte Geral no Anteprojeto de Código Civil, até mais para desfazer confusões – ainda hoje frequentíssimas na doutrina – entre as noções de pretensão quando reportadas ao direito material e ao direito processual.

57.1. “Como se sabe” – alude Moreira Alves – “não é bem definido, na doutrina, o conceito de pretensão”.¹¹⁰ Por isto o eminente civilista o explica, a partir de sua origem:

“O Projeto considera como pretensão o que Savigny denominava ação em sentido substancial ou material, em contraposição à ação em sentido formal ou processual. (...). Observa Pugliese (...) que, em verdade, Windscheid, ao conceber a pretensão (*Anspruch*), nada mais fez do que dar a denominação de pretensão ao que Savigny chamava ação em sentido material, e isto porque Windscheid a ‘concepì come un diritto di chiedere l’eliminazione della violazione di un diritto primario (in special modo di un diritto reale) e pertanto come una figura diversa sia da codesto diritto (il quale ne sarebbe il fondamento), sia dall’actio (la quale sarebbe condizionata alla mancata soddisfazione dell’Anspruch) (Actio, cit., p. 253)’.

Regelsberger (Pandekten erster Band, Leipzig, 1893 § 52, III, p. 213-14) também salienta que ‘Der mit Klage verfolgbare Anspruch heisst bei den Römern gleichfalls *Actio* (im materiellen Sinn)’ (Pretensão susceptível de se perseguir com ação se chama, entre os romanos, do mesmo modo, *actio* em sentido material).¹¹¹

58. O que importa reter desta passagem é que a pretensão (tal qual foi referida no art. 189 do CC/2002) não se confunde com a lesão em si, ou com o descumprimento do dever jurídico, tampouco com o direito subjetivo, embora possa haver coincidência temporal, por vezes, o que em absoluto significa sinonímia entre os fenômenos.¹¹² O Código vigente, diz Moreira Alves, “adotou a tese por mim sustentada no Projeto parcial originário, segundo a qual o que prescreve é a pretensão, e não a ação”.¹¹³

58.1. Com efeito, explica Bernard Windscheid, em sua extraordinária obra a noção de *Anspruch* (traduzida para o idioma italiano como *pretesa*), a partir das distinções com o conceito romano de *Actio*. Este se vinculava com a razão “judiciária” de uma ação, e não, propriamente, com a razão “jurídica” de agir.¹¹⁴ Na terminologia que propõe, a razão “jurídica” de agir poderia ser traduzida com a expressão “pretensão” para indicar não apenas o pretender como fato, “ma anche come pertineza giuridica, quindi come diritto di pretendere, di richiedere qualche cosa da un altro”.¹¹⁵

58.2. Porém, é preciso atenção: o termo *pretensão* não tem significado unívoco, bem alertando Luigi Orso sobre a dificuldade de fornecer um conceito geral. Distinguem-se, fundamentalmente, os significados processuais (geralmente: *pretensão à tutela jurisdicional*, ou em alemão, *Rechtsschulzanspruch* como direito “concreto” à tutela estatal, o que ocasiona, há décadas, a cizânia entre os processualistas)¹¹⁶ e material (como a faculdade de *poder exigir* algo de alguém, expresso, de modo concreto, na possibilidade de restringir o sujeito obrigado a fazer ou a omitir-se),¹¹⁷ carecendo, além do mais, ter cuidado com o emprego a técnico por vezes utilizado na legislação.¹¹⁸

59. Entre nós estudou o assunto com invulgar profundidade e maestria o magistrado e professor André Fontes explicitando, na esteira de Pontes de Miranda, residir o conteúdo da pretensão na possibilidade de exigir.¹¹⁹ Sem exigibilidade não há que se falar em pretensão. E em passagem que parece ter em vista o caso concreto, o magistrado e professor explicita:

“Resolvida à questão da *existência* da pretensão, restará saber então sobre o seu *exercício*, ou seja, se ela pode ser realizada, pois nem toda pretensão existente pode ser realizada

imediatamente e por tempo ilimitado. A exigibilidade de uma pretensão pressupõe que ela; (1) se formou; (2) não pereceu; (3) é juridicamente executável".¹²⁰

60. O objeto da pretensão é, pois, o que se pode exigir (o que é juridicamente executável) podendo-se perfeitamente bem sintetizar a questão na fórmula: pretensão = possibilidade de exigir. Por vezes, o "poder exigir" coincidirá com o momento do surgimento do direito subjetivo, como se dá nas chamadas prestações instantâneas; por outras, será contemporâneo à própria lesão, como, por exemplo, quando alguém abalroa o automóvel de outrem por trafegar a menos de 10 metros do veículo alheio, como manda o Código Nacional de Trânsito; porém, em outras hipóteses, haverá uma *décalage* entre um e outro, entre violação do direito e exigibilidade e entre exigibilidade e vencimento, como Pontes de Miranda bem demonstra no tomo XXII de sua *opera magna*.¹²¹ O fato de, comumente, ocorrer coincidência temporal não significa, de modo algum, que os fenômenos sejam o mesmo,¹²² nem que haja necessária contemporaneidade entre o momento do nascimento da pretensão e o do seu exercício, pois é preciso distinguir entre a pretensão *in abstracto* (isto é, como referência ao modelo normativo) e a pretensão *in concreto* (tal qual acentuado por Miguel Reale, ao grifar a relevância da pretensão de direito material como "elemento conectivo entre aquele modelo (abstrato) e a (concreta) experiência jurídica, enquanto momento de explicitação do direito subjetivo").¹²³

60.1. Com efeito, como bem explicitou Pietro Perlingieri, dizer-se que algo é exigível – ou inexigível *ainda* – encontra fundamento em razões de *valoração funcional* da relação, e, em particular, da situação subjetiva creditória,¹²⁴ devendo-se falar em "inexigibilidades" ou "exigibilidades". Como acentuei alhures, em razão dessa valoração funcional e teleológica das exigibilidades/inexigibilidades, explica-se porque nem sempre a exigibilidade é efeito do vencimento e nem sempre a exigibilidade é contemporânea à realizabilidade da prestação pelo devedor. Explica-se o porquê de, por vezes, ser adiantada em relação ao termo inicialmente fixado (CC/2002, *v.g.*, arts. 333, 495 e 590), e, por outras, ser temporária ou definitivamente encoberta, como nos casos de impossibilidade.¹²⁵ E compreende-se melhor a afirmação ponteano segundo a qual "pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa",¹²⁶ completada, em outra passagem do *Tratado de Direito Privado* por muito esclarecedora menção: "Poder exigir e poder praticar ato para poder exigir são o mesmo".¹²⁷ Como virá ainda melhor esclarecer ao tratar do início do prazo prescricional:

"A regra é que a prescrição se inicie com o nascimento da pretensão, ou da ação. A pretensão nasce quando já se pode exigir de alguém ato ou omissão; a ação, quando já pode ser intentada, ou já se podem praticar os atos necessários à sua intencção (propositura)".¹²⁸

61. Essa noção difere, profundamente, daquelas que, perspectivadas por parte da doutrina anterior, pretendiam explicar o fenômeno da prescrição durante a vigência do Código Civil de 1916, divididas, *grosso modo*, em duas correntes: ora a prescrição atingiria o próprio *direito subjetivo*,¹²⁹ ora consistiria na "*perda da acção atribuída* a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo".¹³⁰ Difere também daquelas, por vezes consignadas na doutrina atual, em que se usa o *signo linguístico* "pretensão", não se assegurando, todavia, o correspondente *conceito*, pois se o confunde (como ocorria na vigência do Código de 1916) com "direito", "prejuízo", "lesão", ou com "ação", ou ainda "pretensão" no sentido processual, que é – segundo algumas correntes – o poder exigir a tutela jurisdicional estatal, como direito subjetivo público à administração da justiça.¹³¹ Diferentemente, como acima sublinhado, o cerne conceitual do art. 189 do CC/2002, agora, está na noção de "poder exigir"¹³² – perquirindo-se o fato gerador da pretensão de direito material, e não mais o fato gerador da pretensão processual, o que, como se pode desde logo intuir, tem consequências relevantíssimas para o deslinde do caso.

62. De fato, mais do que artificiosa construção doutrinária, a adoção pelo art. 189 da Lei Civil do conceito de pretensão leva ao preenchimento de uma relevante função prática, medularmente conectada ao instituto da prescrição, qual seja: concluir pela inafastabilidade da *possibilidade de exercício* implícita ao "poder exigir", cerne da pretensão, pois, como explicam Díez-Picazo e Gullon em sua respeitada obra doutrinária, o problema radica em saber quando a ação *poderia ter nascido*, isto é, quando poderia ter sido *exercitada a pretensão*. E ajuntam: "*Por ello a dicho Carnelutti agudamente que la prescripción alcanza no ya a quien no ejercita el derecho, sino a quien no lo defiende*".¹³³ É óbvio que se a vítima não pode exigir (por razões de direito ou de fato), não há inércia punível com o encobrimento da pretensão, pela prescrição. E, sem essa

ausência de uma atividade que poderia ter sido levada a efeito, mas não o foi, não há prescrição, como reiteradamente afirma a jurisprudência¹³⁴ e já observava, ainda na vigência do Código de 1916, atenta doutrina,¹³⁵ estando agora explicitado no Enunciado 14, aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal,¹³⁶ Com efeito, ali está escrito:

14 – Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.¹³⁷

63. Efetivamente, a incidência da prescrição, como punição da inércia que é, só se justifica quando o lesado *podia agir* e não agiu, seja porque não tinha ciência da lesão, ou de suas consequências, seja porque devia aguardar o desenrolar de trâmites legal ou contratualmente determinados. Assim, seria de todo ilógico e contrário ao sistema punir com a prescrição *quem não agiu por não poder agir*, já que carecia aguardar os trâmites da regulação do sinistro, parte integrante do processo obrigacional desencadeado com o contrato de seguro.

64. Assim percebeu com acuidade o Professor Humberto Theodoro Jr em parecer emitido em favor de Latapack-Ball Embalagens Ltda. a que teve acesso,¹³⁸ dando admirável concreção à concepção da “obrigação como processo”. Ali se lê:

“(…) a regulação do sinistro configura procedimento indispensável ao cumprimento do contrato de seguro, como sempre se reconheceu na literatura especializada. (...) Daí porque, para exigir a indenização não basta ao segurado ter suportado as consequências do sinistro. É preciso que este seja levado ao conhecimento do segurador, para sofrer, de sua parte, averiguação e análise, de tal modo que a indenização somente ocorra depois que este esteja convicto de que realmente o dano atingiu o bem segurado e se deu na conformidade com os termos e condições da cobertura securitária.

É por isso que entre a participação do sinistro ao segurador (CC/2002, art. 771) e o pagamento da indenização (dever primário do segurador – CC/2002, art. 757), terá de acontecer um procedimento destinado a definir o cabimento, ou não, da reparação ao segurado. É a esse procedimento, que não é contencioso, nem se passa em juízo, que se dá o nome de “regulação do sinistro”.¹³⁹

65. O procedimento regulatório, “de tão integrado à prestação indenizatória (...) deve ser considerado como parte do objeto obrigacional que, juridicamente, corresponde à toda atividade projetada para satisfação do credor”.¹⁴⁰ Em pertinente analogia entre a situação do direito do segurado a exigir a indenização pelo sinistro e a do Fisco, diante da obrigação tributária, conclui o Professor Theodoro Jr:

“Ocorrido o sinistro, o segurado (ou o beneficiário) não pode imediatamente exigir a indenização. Cabe-lhe, antes, comunicar ao segurador a ocorrência do fato danoso, para que este cumpra a obrigação de tomar conhecimento do dano e de cotejá-lo com os termos do contrato de seguro. Trata-se de uma atividade investigatória necessária dentro do sistema do contrato de seguro, que incube ao segurador desempenhar, como parte de suas obrigações contraídas nesse tipo de negócio jurídico”.¹⁴¹

66. Ora, como exaustivamente rubricado, o instituto da prescrição tem um dos seus fundamentos na punição da inércia e o seu núcleo conceitual, no vigente Código Civil, na noção de pretensão, e não na de ação. A ideia-chave, em ambos os aspectos, é a de *exigibilidade*, a ser averiguada in concreto, e não meramente em abstrato. Acentuam Torrente e Schlesinger que, não se podendo falar em “inércia” quando o direito subjetivo ainda não pode se fazer valer (“quando il diritto non può essere fatto valere”), a prescrição só começará a correr do dia em que o direito poderia ter sido exercitado (*avrebbe potuto essere esercitato*). Este é o efetivo significado do axioma *actio nondum nata non praescribitur*.¹⁴²

67. Vê-se, assim que, enquanto não ultimado o procedimento regulatório, não há exigibilidade à indenização pelo sinistro, com o que não há pretensão, bem percebendo o Professor Theodoro Jr. constituir a regulação “condição da exigibilidade” da indenização, razão pela qual “a dívida derivada do contrato de seguro só se vence, efetivamente, após concluída a regulação”, só então passando a incidir, quanto à posição jurídica do segurado, a fluência do prazo prescricional. Não se trata de hipótese de suspensão da prescrição, mas de impedimento a que incida a prescrição

enquanto pendente condição suspensiva. Novamente nesse ponto é cristalino o pensamento do ilustre Professor mineiro, *in verbis*:

“Logo, se do sinistro decorre a obrigação legal de comunicá-lo à seguradora, antes de qualquer demanda a respeito da indenização securitária, claro que a condição em questão não pode suspender um prazo que nem sequer se iniciou. A condição suspensiva, desde a origem, estava bloqueando o próprio direito material do segurado, em face da seguradora”.¹⁴³

68. Essas razões levam a concluir pelo afastamento – por incabível, face ao novo regramento da prescrição – do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 290 do STJ. De fato, em face da centralidade da noção de pretensão, como possibilidade concreta de exigir, no caso, a indenização – e incorrente, no caso, esse “poder exigir”, pois o segurado deve, antes de demandar indenização, aguardar o fim do procedimento regulatório – não faz sentido se entender que, a partir da comunicação do sinistro à seguradora ocorre a suspensão do prazo prescricional. Por elementar questão de lógica, não se pode suspender o prazo que sequer começou a correr, por haver impedimento a que corra. Somente quando o segurado encerrar o procedimento regulatório é que nasce a pretensão a exigir a indenização contratualmente ajustada.

69. Retornando ao caso: o procedimento de regulação só findou em 17.12.2010, quando emitidos os relatórios de regulação da Fonte Nova e Gordon Pym, negando a pretendida Retratação do que fora decidido em Londres, em 18.11.2010,¹⁴⁴ tendo, então, as autoras, ciência da recusa definitiva à prestação de cobertura. A partir daí passou a fluir o prazo anual. Em 16.11.2011, Ferro & Fogo e Vento Sul ajuizaram protesto interruptivo de prescrição. Consequentemente, tendo sido distribuída em 17.11.2011 a Ação Ordinária de número 000.00.0000.000000-0/000000, não foi apanhada pela prescrição a pretensão a demandar indenização, porque não transcurso, ainda, o prazo de um ano previsto no art. 206, § 1.º, II, *b*.

70. Examinado o tema sob todos esses ângulos, e fundada nos elementos de fato e de Direito que fundamentam minha convicção, posso responder, de modo sintético, aos Quesitos propostos, como segue:

IV) Das respostas sintéticas aos quesitos

1) Considerando-se que o sistema de transportes de cargas do Telomar, integrado por diversos equipamentos interagentes, como a Recuperadora R-3, consistiu em fornecimento defeituoso de sistema portuário que se desdobrou em incontáveis manifestações danosas, pode-se afirmar que os acidentes ocorridos, de percepção paulatina, configuram um único sinistro complexo?

R. Sim. Segundo o relatório técnico da Dó-Ré-Mi, verificou-se, na espécie, a soma entre erro de projeto e erro de execução, com a consequente defeituosidade do produto, dos quais resultaram os vultosos danos cuja cobertura securitária ora se discute. É expresso o mencionado relatório ao aludir à causa do sinistro (defeitos de fornecimento ou erros de projeto e fabricação) que “desencadearam na ruptura da R-3 e depois, por meio de manifestações plurais, que se somaram num conjunto desastroso, o quase estancamento da operação do sistema transportador de correias. Estes fatos determinaram, além de danos materiais, perdas significativas de produção”. O mesmo relatório da Fundação Dó-Ré-Mi identificou que, dada a existência de graves e diversos defeitos no projeto, os danos sofridos pelo sistema transportador por correia e demais fornecimentos da Cachalote não consistiam em “fatos de manutenção”, mas em numerosas “manifestações das imprevistas falhas precoces”. (Vide itens 1 a 16)

2) Apesar de as Apólices não referirem a Vento Sul nominalmente, tendo esta sofrido grande parte dos prejuízos decorrentes do sinistro e existindo, além da cláusula de interdependência, elementos que mostram estar ela compreendida na atividade empresarial garantida, pode-se considerar que os legítimos interesses expostos a riscos garantidos pelo contrato de seguro incluem os da Vento Sul?

R. Sim. Não seria crível e escaparia a toda razoabilidade considerar que a Ferro & Fogo, grupo econômico cuja atuação na área da mineração (incluindo a importação de carvão e a exportação de minério de ferro) é notória, fosse excluir justamente essa atividade da cobertura securitária. O risco implicado por essa atividade econômica (em que há de ser buscado o interesse legítimo do segurado) não justificaria o seccionamento da garantia.

Além do mais, a interpretação complessiva do contrato, à luz dos cânones hermenêuticos pertinentes (boa-fé, consideração das práticas seguidas no setor e os critérios do comportamento posterior das partes e o da coerência contratual) levam à idêntica conclusão.

Considerarei, por fim que, ainda se entendendo (com base em uma interpretação literal e restritiva da cláusula de interdependência) estar a Vento Sul excluída da apólice, ainda assim não poderiam Rouxinol e Fonte Nova invocar esse argumento para se isentarem do cumprimento de suas obrigações contratuais. Quando segurador e ressegurador têm plena e incontestada ciência de que grande parte do interesse segurado e do risco são da Vento Sul, e praticam atos de execução contratual sem nada objetar quanto à extensão da garantia àquela sociedade, não podem, posteriormente, alegar que a cláusula de interdependência não alcança aquela subsidiária porque restrita, textualmente, apenas às “seguradas”. Consequentemente, mesmo se admitida a tese segundo a qual a cláusula de interdependência não alcançava a Vento Sul, ainda assim o direito de Rouxinol e da Fonte Nova negarem a cobertura, por esse fundamento, estaria paralisado (incidindo a *suppressio*), não podendo ser exercido sem afronta à boa-fé. (Vide itens 17 a 51).

3) Tendo em vista o prazo prescricional anual de que trata a alínea *b* do inc. II do § 1.º do art. 206 do CC/2002, bem como o teor da Súmula 229 do STJ, pode-se afirmar que a pretensão de cobrança dos sinistros cobertos pelos seguros envolvidos no caso não estaria encoberta pela prescrição, à luz da jurisprudência e da doutrina atual? Como é contado o prazo prescricional neste contexto?

R. A pretensão não se encontra encoberta pela prescrição. Em face da centralidade da noção de pretensão de direito material no vigente Código Civil (art.189), e inócua, no caso, o “poder exigir” que a caracteriza – pois o segurado deve, antes de demandar indenização, aguardar o fim do procedimento regulatório – não faz sentido se entender que, a partir da comunicação do sinistro à seguradora ocorre a suspensão do prazo prescricional. Por elementar questão de lógica, não se pode suspender o prazo que sequer começou a correr, por haver impedimento a que corra. Somente quando o segurador encerrar o procedimento regulatório é que nasce a pretensão a exigir a indenização contratualmente ajustada. (Vide itens 53 a 70).

É o meu parecer.

De Porto Alegre para São Paulo, em 12.02.2013.

1 Dados disponíveis em: [http://csna0006.csn.com.br/portal/page?_pageid=456,172399&_dad=portal&_schema=PORTAL].

2 Aviso de sinistro encaminhado pela Ferro & Fogo à Rouxinol Seguros, em 02.08.2007, referente à “Sinistro no Porto de Ipásia (Telomar/Ferro & Fogo) em 01.08.2007 – 20:15”, em relação à Recuperadora de Caçambas 03. vol. 02, fl. 345 dos autos.

3 Aviso de sinistro encaminhado pela Ferro & Fogo à Rouxinol Seguros, em 09.07.2008, referente à “Comunicação de Sinistro no Telomar – RO Ferro & Fogo – Apólice 1234-0”.vol. 8, fl. 1.455 dos autos.

4 Cabe registrar que, em razão de alegado “conflito de interesses entre a Pão-de-Ló Brasil e Pão-de-Ló International”, a Pão-de-Ló Brasil não mais atuou no processo de regulação do sinistro, sendo substituída pela empresa Gordon Pym Seguros Ltda. O trecho entre aspas está contido no e-mail enviado por Pôncio Leite, respeitado técnico de seguro que comandava a regulação do sinistro, à Adão Migalhas, gerente de seguros da Ferro & Fogo, em 26.10.2010.

5 Projeto PEC-1111 “Análise das causas do acidente na Retomadora de Minério R-3 no Porto de Ipásia, ZB”; Projeto PEC-2222 “Investigação das causas do acidente no Sistema dos Transportadores de Correias de Minério no Telomar – Porto de Ipásia – ZB”; Projeto PEM-121212 “Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos”.

6 Projeto PEM-121212 “Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Ltda. e anexos”, p. 15.

7 Carta de negativa de cobertura de seguro, emitida pela Fonte Nova em 18.11.2010, referente à Retomadora 3 no Telomar, destinada aos diretores executivos da Ferro & Fogo, p. 02.

8 Carta de negativa de cobertura de seguro, emitida pela Fonte Nova em 18.11.2010, referente ao sistema de transportadores de correia no Telomar, destinada aos diretores executivos da Ferro & Fogo, p. 4 e 5.

9 CALMON DE PASSOS, J.J. O Risco na Sociedade Moderna e seus Reflexos na Teoria da Responsabilidade Civil e na Natureza Jurídica do Contrato de Seguro. *1.º Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2001, p. 12 e 13.

10 BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução espanhola de NAVARRO, J.; GIMENEZ, D; e BORRÁS, R. M. Barcelona: Paidós, 1998. LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade do risco. Prevenção, precaução e tecnociência. in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 797 e ss.

11 BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de Seguro: a técnica, do risco ao sinistro*. São Paulo: Ferrari Ed.e Artes Gráficas, 2003, p. 150.

12 Idem, p. 151.

13 Idem, p. 152-153.

14 Especificando essas e outras falhas: Idem, p. 152 a 154.

15 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro e anexos.

16 "Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos" (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011).

17 Conforme Aviso de Sinistro de julho de 2008. vol. 8, f. 1455 dos autos.

18 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador – Dó-Ré-Mi, set. 2011, p. 206. O trecho do Relatório encontra-se no vol. VI, f. 1065 dos autos.

19 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). vol. 5, f. 849 dos autos. Grifei.

20 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). vol. V, f. 849 dos autos.

21 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). vol. 5, f. 844 dos autos.

22 Discerne Candian o "sinistro in serie" (para o efeito de limitação da indenização) daquela em que ocorre uma pluralidade de eventos que são a continuação de um evento originário (CANDIAN, Aurelio Donato. *Responsabilità Civile e assicurazione*. Milão: EGEA, 1993, p. 303-304).

23 BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de Seguro: a técnica, do risco ao sinistro*. São Paulo: Ferrari Editora e Artes Gráficas, 2003, p. 155.

24 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro do IRB emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). O trecho do Relatório está no vol. VI, f. 1056 dos autos.

25 Carta enviada por Adão Migalhas (Ferro & Fogo) à Onóí Quadrado (Rouxinol), comunicando a ocorrência do sinistro da R-3. vol. VIII, fl. 1457 dos autos.

26 Petição inicial da ação indenizatória interposta por Ferro & Fogo e Vento Sul em face de Rouxinol e da Fonte Nova em 14.11.2011, item 79. vol. I, fl. 34 dos autos.

27 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). vol. VI, fl. 1065 dos autos.

28 BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de Seguro: a técnica, do risco ao sinistro*. São Paulo: Ferrari Editora e Artes Gráficas, 2003, p. 156 e 157.

29 Idem, p. 151.

30 Relatório "Análise das causas do acidente na Retomadora de minério R3 no Porto de Ipásia, ZB" (Relatório PEC 1111). vol. II, fls. 350 e ss. dos autos.

31 Permito-me referir MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. vol. V. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 500. Também NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 598-600.

32 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. vol. V. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 533. Nesse mesmo entendimento: MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Reparación de los Daños Continuos o Permanentes. in: BUERES, Alberto (org.). *Responsabilidad por Daños – Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 108; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 578; PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 107; SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 58, anotando: "O marco temporal decisivo para se saber se determinado dano é presente ou futuro não é, entretanto, o instante em que se dá o evento danoso – isto é, o dano não é presente ou futuro pelo fato de ter sido produzido ao tempo do evento danoso ou depois deste –, mas, sim, o período em que é proferida a decisão judicial que irá resolver o litígio, isto é, o momento em que será fixada a indenização".

33 CALMON DE PASSOS, J. J. O Risco na Sociedade Moderna e seus Reflexos na Teoria da Responsabilidade Civil e na Natureza Jurídica do Contrato de Seguro. *1.º Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2001, p.15.

34 Idem, ibidem.

- 35 DONATI, Antigonio. L'interesse nel contratto di assicurazione. in: *Assicurazioni – Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private*. anno XVII, Roma, 1950, Parte Prima, p. 815.
- 36 COMPARATO, Fabio Konder. *Seguro de Crédito*. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 24 e ss. TOLEDO PIZA, Paulo. *Contrato de Resseguro*. São Paulo: IBDS, EMTS, 2002, p. 201 a 205; TZIRULNIK, Ernesto. Em torno do interesse segurado e da responsabilidade civil. in: *Seguros: uma questão atual*. Coord: IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro e EPM – Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Max Limonad, p. 326 e ss. Ainda, na doutrina portuguesa, J. Vasques, como segue: "O interesse relevante, no direito dos seguros, vem a consistir na relação econômica existente entre uma pessoa e um bem (ou uma coisa) exposto ao risco". VASQUES, José. *O Contrato de Seguro. Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999, p.131.
- 37 Pontes de Miranda ressaltava, ao examinar o conceito de seguro: "O que se segura não é propriamente o bem, razão por que, nas expressões 'seguro de bens' ou 'seguro de coisas' e 'seguro de responsabilidade', há elipse. O que se segura é o *status quo* patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida). Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo." PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. tomo XLV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, § 4.911.
- 38 MELLO FRANCO, Vera Helena. *Lições de Direito Securitário*. São Paulo: Maltese, 1993, p. 41. Grifei.
- 39 COMPARATO, Fabio Konder. *Seguro de Crédito*. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 26. Esta é também a compreensão subjacente à redação do *caput* do art. 757, do CC/2002: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".
- 40 COMPARATO, Fabio Konder. *Seguro de crédito*. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 26.
- 41 PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de Resseguro: tipologia, formação e Direito Internacional*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, IBDS, 2002, p. 176 a 179.
- 42 ALEU, Amadeo Soler. *El nuevo contrato de seguro*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 46.
- 43 AULETTA, Giuseppe. Voc. "Attività (diritto privato)". in: *Enciclopedia di Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, vol. IV, p. 982 e 983.
- 44 ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. in: *Rivista del Diritto Commerciale*. vol. 41, n. 1, 1943, p. 1 a 20.
- 45 REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 6.
- 46 LAMY, Alfredo filho e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. tomo I. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2009, p. 27.
- 47 ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 147 a 160.
- 48 Ver Apólice 1.234-0 Rouxinol. Condições Particulares: Local de Risco 05, indicando a Atividade de Terminal de Cargas (item 3, subitem 5, p. 1/51). vol. II, fl. 276.
- 49 Informações constantes do site da Ferro & Fogo e fornecidas na Consulta.
- 50 Determinam os contratos Ferro & Fogo/Cachalote: (1) Contrato XXX, datado de 11.01.2005: "1.2. Constitui objeto deste *contrato* a execução, pelo *consórcio*, em regime *Turn Key*, dos fornecimentos e serviços necessários ao desenvolvimento, instalação eletro-mecânica, obras civis, entrega e funcionamento de (i) Sistema provisório de descarga; (ii) 01 (um) unidade de Virador de Vagões; (iii) Sistema de manuseio de minério; e (iv) casas de transferência; e (v) sistema de abatimento de pó por aspersão; e (vi) Sistema de Amostragem; e (vii) Sistema de

Peneiramento; e (viii) Sistema de ventilação forçada e ar condicionado; e (ix) Equipamentos de 138 kV para Subestação; e (x) conjunto e transformadores; e (xi) cabos, painéis elétricos; e (xii) Sistema de supervisão; e (xiii) sobressalentes; todos em conjunto chamados de 'sistema', em perfeitas condições de operação e funcionamento, de acordo com os termos condições e especificações previstas neste Contrato, (...)".vol. XV, fls. 2829 e ss. dos autos; (2) Contrato YYY, de 20.10.2004: "1.2. Constitui objeto deste *contrato* a execução, pelo *consórcio*, em regime *Turn Key*, dos fornecimentos e serviços necessários ao desenvolvimento, instalação eletromecânica, entrega e funcionamento de: (i) 02 (duas) unidades de Stacker/Reclaimer (ER1 e ER2); (ii) 01 (uma) unidade de Reclaimer (R2); e (iii) 01 (uma) reforma do descarregador de navios 5 (DN5) com conversão para carregador de navios (CN1); todos em conjunto chamados de 'sistema', em perfeitas condições de operação e funcionamento, de acordo com os termos, condições, e especificações previstos neste *contrato* (...)". vol. XV, fls. 2988 e ss. dos autos.

51 Apólice 1.234-0, enviada por Rouxinol Seguros à Ferro & Fogo em 03.07.2007, vol. II, f. 276 dos autos.

52 Posteriormente, em 30.12.2008, a Vento Sul passou a ser controlada em conjunto pela Ferro & Fogo (60%) e pelo Consórcio Gota D'água (40%), conforme informações fornecidas em 7 e 08.02.2013 pela Dra. Maria da Hortalça e o Dr. Romau Julião, do corpo jurídico da Consulente.

53 Informações fornecidas pelos advogados da Consulente.

54 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). vol. V, f. 855 dos autos.

55 Petição inicial da ação indenizatória interposta por Ferro & Fogo e Vento Sul em face de Rouxinol e da Fonte Nova em 14.11.2011, item 9. vol. I, f. 6 dos autos.

56 Assim consta, por exemplo, da apólice 333 emitida em favor de Ferro & Fogo pela Asa-delta Seguros S.A, com vigência de 21.11.2006 a 21.12.2006; e apólice 53.96.0000048, emitida pela Pompeu Seguros S.A, com vigência de 21.11.2006 a 21.01.2007 (conforme informação constante da Consulta). Por outro lado, no *site* da Susep é possível verificar o Processo Susep 15414.003688/2003-46, item 2.3.1, demonstrando tratar-se de um padrão utilizado pelo mercado segurador, como se vê da seguinte previsão: "Coberturas adicionais do seguro de operadores portuários no 01 – Cobertura adicional de perda de receita bruta e/ou despesas adicionais ou extraordinárias, consequentes de paralisação total ou parcial das atividades do segurado, devido a: seção a: danos físicos a equipamentos de manuseio ou interrupção de fornecimento de energia seção b: bloqueio de atracadouro / ancoradouro. (...) Cláusula 2.4 – Na determinação da indenização devida, relativa a esta cobertura, deverá ser dada a devida consideração: c) aos resultados operacionais combinados das empresas coligadas, afiliadas ou subsidiárias do segurado, exclusivamente para os locais informados na proposta, durante o período de interrupção, conforme definido na apólice em função da interdependência operacional existente entre elas, cujos locais estejam ou não incluídos na apólice." Disponível em: [www.susep.gov.br/download/menubiblioteca/operadorportuario.pdf].

57 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. XXXVIII, p. 70 e 71, § 20.

58 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito – Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41 e ss.

59 Essa característica do Direito Empresarial e sua influência sobre o Direito Civil já fora tratada na década de 50 do século passado por FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, vol. VIII. p. 16.

60 Grifos meus.

61 "(...) the claim that the implied terms are based on the presumed intention of the parties

seems very doubtful. It is much more likely that the function of the implied terms is to protect what are perceived to be the legitimate or reasonable expectations of buyers when they enter into contracts for the sale of goods". Assim: MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law – Text, cases and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 376. E ainda: "Of great importance as a source of obligation in commercial contracts are the unwritten customs and usages of merchants. The impact of these on the content and interpretation of contract terms cannot be overstated. It is, perhaps, this feature above all which distinguishes commercial from other contracts, a distinction not formally adopted by the law. The fertility of the business mind and the fact that a practice which begins life by having no legal force acquires over time the sanctity of law are key factors to which the commercial lawyer must continually be responsive" (Idem, p. 378).

62 MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações – Do Inadimplemento das Obrigações*. vol. V, t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 63 a 73. E ainda: Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" (circunstâncias do caso) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e usos do tráfico. Adimplemento contratual. Parecer. RT 852/87-126. São Paulo, 2006. Também: Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-contratuais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. vol. 867, p. 11 a 51. São Paulo, 2008.

63 BAPTISTA MACHADO, João. A cláusula do razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991. vol. I, p. 574.

64 Com razão Paula Forgioni, ao anotar: que a boa-fé "reforça as possibilidades de *confiança* dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o *risco*". (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais. in: FERNANDES, Wanderley. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Serie GVLaw. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 127-128.)

65 GHESTIN, Jacques. La reticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles. *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique – XXXVI, Paris, 1971, p. 248.

66 As expressões entre aspas estão em Alberto Monti, para quem o "juízo de reprovação delineado de acordo com os termos da boa-fé revela que a conduta abusiva causadora de dano ao segurado deve ser sancionada por injusta e socialmente inaceitável. E de um ponto de vista econômico, agindo o segurador de maneira oportunista, deixando de respeitar as legítimas expectativas contratuais da contraparte, privando-a dos benefícios contratados, incidirá negativamente na medida do *surplus* cooperativo gerado pela operação, podendo prejudicar a eficiência do contrato em seu todo." (Em tradução livre de: MONTI, Alberto. *Buona Fede e Assicurazione*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 29).

67 ENGRACIA ANTUNES, José. Os usos e o costume no Direito Comercial. Algumas reflexões. In: AMARAL, Diogo Freitas do et al. (orgs.). *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008. vol. II, p. 229.

68 Assim se escreveu na atualização à obra de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. I. Conforme atualização ao § 20 por MARTINS-COSTA, Judith. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa; e HAICAL, Gustavo. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 135 e 136.

69 Apólice 1.234-0, Rouxinol. vol. II, f. 291 e 292 dos autos.

70 BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969, vol. II, p. 239 (No original: "circulo di reciprocità ermeneutica che corre fra l'unità del tutto e i singoli elemento di un'opera"). Também: ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. *L'interpretazione del Contratto. Orientamenti e Tecniche della Giurisprudenza*. 2. ed. Milão: Giuffrè. 2001, p. 61.

71 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 195.

72 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. vol. II, p. 239.

73 POTHIER, Joseph. *Traité des Obligations*. Paris: Lib. de l'oeuvre de St. Paul, 1883, p. 44.

74 Nesse sentido, TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiróz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro, de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro e Editora Manuais Técnicos de Seguro, 2002, p. 42: "O novo texto reforça a consensualidade do contrato de seguro, até porque se refere à apólice e demais documentos para a prova, e não para a substância do negócio. Conjuga-se a regra (art. 758) com o disposto no art. 107, pelo qual a validade da declaração só depende de 'forma especial quando a lei expressamente a exigir'. Impossível, dessa maneira, insistir em caracterizar o contrato de seguro como formal".

75 As referências à boa-fé no contrato de seguro, no Código de 1916, para além de estarem conotadas, por antinomia, à má-fé, tinham já *previamente descritas as consequências da ação contrária à boa-fé*, isto significando que a boa-fé não desempenhava, então, a função de cláusula geral. A má-fé do segurado era punida, no contrato de seguro, pela perda do benefício, sendo esses o teor e o sentido dos arts. 1.443 e 1.444 do Código de Bevilacqua. A má-fé do segurador implicava, por sua vez, em punição consistente no pagamento em dobro do prêmio estipulado, na forma do art. 1.446.

76 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. V, t. II. p. 64 a 73.

77 Veja-se, por todos, MONTI, Alberto. *Buona Fede e Assicurazione*. Milão: Giuffrè, 2002.

78 MONTI, Alberto. Boa-fé e Seguro. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO – IBDS (coord.). *III Fórum de Direito do Seguro José Sallero Filho*. São Paulo: IBDS, EMTS, 2003, p. 103 a 143.

79 MONTI, Alberto. *Buona Fede e Assicurazione*. Milão: Giuffrè, 2002, Introduzione.

80 Idem, p. 11, em tradução livre.

81 Idem, p. 16.

82 FORGIONI, Paula. Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro* 42/7-38, 2003. Lembrando a lição do Visconde de Cayrú: "O Commercio para medrar e desenvolver-se necessita, além do seu mecanismo especial, o transporte e intelligente distribuição das mercadorias, de segurança, estabilidade e confiança".

83 Apólice 1234-0 Rouxinol.vol. II, f. 275 a 326 dos autos.

84 Apólice 1.234-0 Rouxinol.vol. II, f. 296 dos autos.

85 MARTINS-COSTA, Judith. A Ilícitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. in: REALE, Miguel et al. *Experiências do Direito*. São Paulo: Millenium, 2004. MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. in: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro de 2006, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 57 a 95. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e Princípio da Boa-fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado com o Cade (...). Parecer publicado em Revista dos Tribunais, vol. 85, out. 2006, p. 85 a 126. SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

86 Os Princípios Unidroit relativos ao Direito dos Contratos (versão datada de 2004) consagram, no art. 1.8, intitulado "Interdição de se contradizer": "une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence a son désavantage".

87 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

88 Esse dever de coerência contratual abrange a interpretação dos termos e expressões dos ajustes, e a valoração do concreto comportamento dos envolvidos, visto que a contradição, a instabilidade comportamental, a inconstância afetam um vínculo que o ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade. Assim se pronuncia a jurista francesa Horatia Muir Watt para quem o princípio da coerência em matéria contratual tem a dupla função de atuar como “un poste avancé de la force obligatoire du contrat” e um dever “imposant la stabilité du comportement.” (MUIR WATT, Horatia. Prefácio à obra de HOUTCIEFF, Dimitri. *Le Principe de Cohérence en Matière Contractuelle*. tomo I. Aix-en-Provence: Presses Universitaires de Marseille, 2001, p.8.

89 Relatório de Pesquisa da Efetiva Produção do Telomar, das causas e das perdas decorrentes do acidente de fornecimento da R-3 e demais equipamentos integrantes do sistema transportador do minério de ferro – Com exame dos Relatórios de Regulação de Sinistro da Fonte Nova emitidos em 17.12.2010 pelo mesmo e pela Gordon Pym Seguros Ltda. e anexos (Relatório PEM-121212, realizado pela Dó-Ré-Mi, de setembro de 2011). O trecho está no vol. VI, f. 999 dos autos.

90 Vide e-mail enviado por Pôncio Leite para Adão Migalhas, da Ferro & Fogo. vol. IX, f. 1770 dos autos.

91 E-mail enviado por Pôncio Leite para Adão Migalhas, da Ferro & Fogo. vol. IX, f. 1770 dos autos.

92 Petição Inicial da Ação Indenizatória interposta por Ferro & Fogo e Vento Sul em face de Rouxinol e da Fonte Nova em 14.11.2011, item 130. vol. I, f. 54 dos autos.

93 Troca de e-mails entre Dr. Ernesto Tzirulnik e Sr. Volnei Santinho referente à “exibição de contratos confidenciais”. vol. IX, f. 1774 a 1776 dos autos.

94 Carta enviada aos Srs. Natalino Carvoreiro e Ico Boaventura, Diretores executivos da Ferro & Fogo, referente à Retomadora 3 no Telomar, pela Fonte Nova, na pessoa do Gerente de Sinistros, Sr. Xavier Raposão, em 18.11.2010, vol. IX, f. 1778 a 1780 dos autos; Carta enviada aos Srs. Natalino Carvoreiro e Ico Boaventura, Diretores executivos da Ferro & Fogo, referente ao Sistema de Transportadores de Correia no Tecar pelo IRB, na pessoa do Gerente de Sinistros, Sr. Xavier Raposão, em 18.11.2010. vol. IX, f. 1781 a 1786 dos autos.

95 O e-mail está transcrito no vol. 13, f. 2595, sendo datado de 22.10.2008 e consignando, como assunto: “Ferro & Fogo Ferro & Fogo – Telomar Transportadores de Correia de Minério de Ferro – Aviso 09.07.2008”.

96 SCOGNAMIGLIO, C. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Pádua: Cedam, 1992. p. 319, aludindo ao “valore di vera e propria interpretazione autentica del contratto”.

97 ALPA, G.; FONSI, G.; e RESTA, G. *L'interpretazione del contratto – Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001, p. 138 e 139. Grifei.

98 AZEVEDO. Antonio Junqueira. Parecer. Interpretação do Contrato pelo Exame da Vontade Contratual. O Comportamento das Partes Posterior à Celebração. Interpretação e Efeitos do Contrato Conforme o Princípio da Boa-fé Objetiva. Impossibilidade de Venire Contra Factum Proprium” e de utilização de dois pesos e duas medidas (Tu Quoque). Efeitos do Contrato e Sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 165.

99 Na doutrina brasileira vide, ainda, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 458, *in verbis*: “O comportamento das partes, com o contrato em curso, bem como antes ou depois dele, é elemento de pesquisa primordial para a vontade contratual”; também DINIZ, Maria Helena.

Tratado teórico prático dos contratos. 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94. Na doutrina estrangeira, entre outros: ALPA, G.; FONSI, G.; e RESTA, G. *L'interpretazione del Contratto*. 2. ed. Milão: Giuffré, 2001, p. 138 e ss. SCOGNAMIGLIO, C. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Pádua: Cedam, 1992. p. 313 e ss.

100 Exemplificativamente, TJSP. São Paulo. ApCiv 174.305-4/2-00, 3.^a Câm. de Direito Privado-A, j. 16.12.2005, rel. Des. Enéas Costa Garcia, v. u., voto 309, e, do mesmo TJSP. São José dos Campos. ApCiv 415.870-4/5-00, 4.^a Câm. de Direito Privado, j. 13.07.2006, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, m. v., voto 9.786. (Citei jurisprudência em: MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. in: REALE, Miguel; REALE JR, Miguel; e FERRARI, Eduardo Reale (org.). *Experiência do Direito*. São Paulo: Millenium, 2004, p. 40 a 42).

101 TJRS, 20.^a Câm. Civ. ApCiv 70008000275, j. 03.03.2004, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Grifei.

102 CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 346. Transcrito em: A "Verwirkung", a renúncia tácita, e o Direito brasileiro. *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 272. Grifei.

103 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 719 a 860. Não é necessário, contudo, cogitar de intenções subjetivas de não mais utilizar o direito. Importam os elementos objetivos da "situação de confiança", da "indução à confiança" e do "investimento de confiança" da contraparte no sentido de que o direito subjetivo em causa não mais seria utilizado.

104 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 797. CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine. A "Verwirkung", a renúncia tácita, e o Direito brasileiro. in: *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 273.

105 Assim está na totalidade da doutrina, exemplificativamente, entre os modernos comentaristas do Código Civil: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 355; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Arts. 185 a 231. 4. ed. vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008, p. 154. Nos repertórios jurídicos: GRASSO, Biaggio. Voc. "Prescrizione (dir.priv.)" in: *Enciclopedia del Diritto*. tomo XXXV. Milão: Giuffre, 1986, p. 63. Na antiga doutrina, disse Savigny ser a prescrição "la pena della negligenza", conquanto esclarecesse "(q)uella espressione (pena) deve dunque considerarsi non come ragione positiva della prescrizione dell'azione, ma come giustificazione di essa contra il rimprovero di rigore e di iniquità. (*Sistema del Diritto Romano Attuale*. vol. V. Tradução italiana de Vittorio Scialoja. Turim: Unione Tipografico Editrice, 1893, p. 311 e 312.

106 ARRUDA ALVIM. Da Prescrição Intercorrente. in: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no Código Civil. Uma análise interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28. Destaques meus.

107 GRASSO, Biaggio. Voc. "Prescrizione (dir.priv.)". in: *Enciclopedia del Diritto*. tomo XXXV. Milão: Giuffre, 1986, p. 63. Acerca do significado da expressão "comportamento concludente" consulte-se a exaustiva obra de MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995 (sobre o significado declarativo da concludência, em especial p. 767 e ss). A noção de uma "recognoscibilidade indireta" no comportamento concludente está em BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Tradução esp. de Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 109. Para Orlando Gomes, há declaração tácita, resultante de circunstância indicativa da vontade (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por AZEVEDO, Antonio Junqueira; e MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61). Não há dissenso doutrinário quanto à possibilidade de a manifestação tácita ser configurada por meio de "atos ou omissões que se hajam de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade (...)", isto é, por meio de comportamentos concludentes (e.g., PONTES DE MIRANDA, Francisco C.

Tratado de Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII, p. 22 a 24, § 4.188).

108 A expressão é de COHEN, Felix. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 54. (No original: Transcendental Nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, vol. XXXV, n. 6, 1935). Ora in: [<http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf>].

109 FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 18.

110 MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.157, nota de rodapé 7.

111 Idem, ibidem.

112 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V, p. 451 a 462, § 615. REALE, Miguel. Situações subjetivas e direito subjetivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, 1976. vol. LXXI, p. 9 a 24.

113 MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99.

114 WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Tradução italiana de FADDA, Carlo; BENZA, Paolo Emilio. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925. vol. I, p. 124 e 125.

115 Idem, p. 122.

116 Para uma síntese da secular polêmica leia-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das Ações*. tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 49 a 53.

117 ORSI, Luigi. Voc. "Pretesa", in: *Enciclopedia del Diritto*. tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 365

118 Idem, p. 360

119 FONTES, André. *A Pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

120 Idem, p. 31 e 32. Grifei.

121 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXII, p. 17, § 2.680.

122 Novamente, Pontes de Miranda: "Quando o Código Civil alemão, § 194, definiu a pretensão como 'o direito de exigir de outro fazer ou não fazer', confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa. Certamente, a pretensão dirige-se a pessoa determinada, a sujeito único ou total, que é o sujeito passivo da relação jurídica; mas se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com ele. Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo *mais*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V, p. 451, § 615. ênfase original).

123 Assim explicitou REALE, Miguel. Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. LXXI. p. 21. São Paulo, 1976.

124 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971, p. 134.

125 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. tomo V. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 387.

126 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

t. V, p. 450, § 615.

127 Idem, t. VI, p. 125, § 665. Grifei.

128 Idem, p. 281, § 699. Grifei.

129 Assim, por exemplo, SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996, vol. I, p. 435 e 436.

130 Este o posicionamento prevalente, expresso em BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, vol. I. p. 423.

131 ORSI, Luigi. Voc. "Pretesa", *Enciclopedia del Diritto*. tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p. 372. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 64.

132 Nesse sentido refere Paulo Lôbo: "A prescrição não alcança o direito, mas a pretensão, ou seja, a etapa da exigibilidade, quando o exercício poderia ser exigido". LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

133 DIEZ-PICAZO, Luis; y GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 7. ed. 1.ª reim., Madri: Tecnos, 1990, vol. I, p. 472. Grifei.

134 De modo exemplificativo: STJ. REsp 1.176.344/MG. 2.ª T. j. 06.04.2010, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.04.2010. "(...).1. O art. 1.º do Dec. 20.910/1932 fixa como termo inicial da prescrição quinquenal a data do ato ou fato que deu origem à ação de indenização. 2. O direito de pedir indenização, pelo clássico princípio da *actio nata*, surge quando constatada a lesão e suas consequências, fato que desencadeia a relação de causalidade e leva ao dever de indenizar. (...). Grifei. No REsp 1.260.915/RS, j. 22.11.2011, rel. Min. Campbell Marques, DJ 01.12.2011, o STJ definiu que "enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado". Dentre outros, os Recursos Especiais REsp 1.172.028 (rel. Min. Herman Benjamin); REsp 1.089.390 (rel. Min. Castro Meira); REsp 1.116.842 (rel. Min. Luiz Fux); e REsp 1.124.714 (rel. Min. Luiz Fux), definem o termo *a quo* do prazo prescricional a partir da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. Também assim Tribunais estaduais, e.g: TJRJ, 7.ª Câmara. Civ., ApCiv 0079326-60.2007.8.19.0001. j. 06.08.2008, v.m, rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos; TJRS, 9.ª Câmara. Civ., ApCiv 70046716478, j. 29.02.2012, rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, cabendo referir a fundamentação do voto do relator: "A respeito do termo inicial da contagem do prazo prescricional, leciona Caio Mário da Silva Pereira: 'Não se pode, a rigor, dizer que principia um prazo de prescrição no momento em que o sujeito deixa de exercer o seu direito, pois nem sempre isto é verdade, já que nem sempre a falta do exercício pode ser tachada de inércia do titular. A doutrina alemã dá-nos uma palavra e uma regra: inicia o prazo de prescrição como o de decadência ao mesmo tempo que nasce para alguém pretensão acionável (*Anspruch*), ou seja, no momento em que o sujeito pode, pela ação, exercer o direito contra quem assumiu situação contrária, já que "actio nondum nata non praescribitur". Em aplicação prática, se ao direito corresponde uma prestação positiva, o seu não cumprimento ensancha (sic) ao sujeito ativo a ação, por via da qual visará compelir o devedor a executá-la, iniciando-se, pois, com a sua pretensão a causa extintiva do direito. (...) Geralmente confunde-se o termo inicial da prescrição com uma lesão ao direito. Mais corretamente dir-se-á que ela tem início quando se erige uma situação de fato contrária ao direito. (...). Quando ocorre um motivo impediendo do exercício dos direitos, não inicia o prazo prescricional. Assim é que a prescrição dos direitos condicionais não tem começo na pendência da condição e a dos direitos a termo antes que seja este atingido.' (*Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. I, p. 444) – grifos meus".

135 Exemplificativamente, Miguel Reale, para quem "(e)m virtude do princípio da realizabilidade, podemos dizer que uma regra, para que efetivamente possa ser considerada regra de direito, deve prever *in abstracto* uma pretensão ou uma atividade que, em algum momento da vida social, possa se converter em ação ou pretensão efetivas, como atualização da mesma regra *in concreto*" (REALE, Miguel. Situações Subjetivas e Direito Subjetivo. in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. LXXI. São Paulo, 1976, p. 14). Também Câmara Leal,

cuja doutrina, embora ainda imprecisa quanto a distinguir os conceitos de pretensão, direito subjetivo e ação, já ali se intuía o absurdo que importaria punir quem foi diligente e só não exigiu por não poder fazê-lo. (Cf: CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 22 a 24).

136 O Enunciado deriva de proposição do professor Roberto Schaan Ferreira, Juiz Federal no Rio Grande do Sul, que assim a justificou: "(...) pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Nesse conceito, não há referência à violação de direito como condição para o nascimento da pretensão. Basta o 'status' caracterizado pela *exigibilidade* (ao qual se pode somar a efetiva exigência) para a definição de pretensão. Assim, nos casos de débito sem data fixada para adimplemento, pode-se constatar a situação de exigibilidade a que corresponde a pretensão, sem que tenha havido violação de direito. Essa situação é propiciada pelo disposto no art. 331 do CC novo: Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente. Em tal caso, enquanto o credor não exigir o adimplemento, não há falar em violação do direito pelo devedor, embora já exista a pretensão. O mesmo ocorre quando, havendo época para o adimplemento, este depende de exigência ou conduta do credor. Passada a data sem a exigência ou a conduta do credor, embora haja pretensão – exigibilidade –, não se pode pensar em inadimplência do devedor. Ou seja, há pretensão, mas não há violação do direito. Por outro lado, há casos em que a violação de um direito acontece muito proximamente ao nascimento da pretensão. É o caso de violação de direito absoluto, em que, pelo fato jurídico ilícito (que passa a relacionar – relatividade – autor e vítima), nasce o direito subjetivo à reparação e, imediatamente, a pretensão. Muito semelhante é o que acontece quando há violação de direito relativo de não fazer (obrigação de não fazer). É, também, o caso de direito relativo com época de adimplemento definida, sem que seja necessária exigência ou conduta do credor, quando haverá (quase) coincidência entre nascimento da pretensão e sua violação. O mesmo ocorre quando, sendo necessária exigência ou conduta do credor, estas ocorrem exatamente na época prevista para o adimplemento. Registre-se que, mesmo nesses casos, no plano lógico, a pretensão é pelo menos imediatamente anterior à sua violação (ou à violação do direito), pois, enquanto não há pretensão, não há obrigação (stricto sensu) no pólo passivo e, enquanto não há obrigação, não há violação (resistência à pretensão). Em conclusão, não é possível condicionar o nascimento da pretensão à violação do direito, pois a existência daquela é pressuposto desta." (Consulte-se: FERREIRA, Roberto Schaan Ferreira. Arts. 189 e 199 do Novo Código Civil. *Jornadas de Direito Civil*. AGUIAR JR., Ruy Rosado. Brasília: CJF, 2003, grifos meus).

137 Grifei.

138 A ementa do Parecer consigna: "Contrato de seguro – Ação do segurado contra o segurador – Prescrição".

139 Parecer do Professor Humberto Theodoro Jr., item 5. (Ora em: [www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf]).

140 Parecer do Professor Humberto Theodoro Jr., item 6.

141 Parecer do Professor Humberto Theodoro Jr., item 6. Grifei.

142 TORRENTE, Andrea; e SCHESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 14. ed. Milão: Giuffrè, 1994, p. 136, § 78.

143 Cf. Parecer do Professor Humberto Theodoro Jr., item 11, bem lembrando que as situações contempladas no art. 199 do CC/2002, dentre elas, a pendência de condição suspensiva, representam impedimento da prescrição, cujo prazo, logicamente, não se inicia.

144 Data em que o Ressegurador assinou cartas de negativa de cobertura para o sinistro, englobando R-3 e Correias, conforme Carta enviada aos Srs. Natalino Carvoreiro e Ico Boaventura, Diretores executivos da Ferro & Fogo, referente à Retomadora 3 no Telomar, pela Fonte Nova, na pessoa do Gerente de Sinistros, Sr. Xavier Raposo, em 18.11.2010, vol. IX, f. 1778 a 1780 dos autos; Carta enviada aos Srs. Natalino Carvoreiro e Ico Boaventura, Diretores executivos da Ferro & Fogo, referente ao Sistema de Transportadores de Correia no Telomar pela Fonte Nova, na pessoa do Gerente de Sinistros, Sr. Xavier Raposo, em 18.11.2010, vol.

IX, f. 1781 a 1786 dos autos.