



DIREITO COMPARADO EM EXERCÍCIO

Da nulidade da cláusula de eleição de foro ou de compromisso arbitral não negociada individual e separadamente no contrato de transporte marítimo de carga: a experiência espanhola

1

Já há algum tempo que me insurjo contra a cláusula de eleição de foro ou de compromisso arbitral no estrangeiro em contrato internacional de transporte marítimo de carga.

Insurjo-me não por ser exatamente contra a adoção do foro estrangeiro ou da arbitragem, seja no Brasil, seja no exterior.

Muito pelo contrário. Como advogado, estou acostumado a atuar, direta ou indiretamente, no exterior.

O que Roma é para mim no campo da fé, Londres é no profissional.

Agrada-me, muito, por muitas e boas razões, atuar no exterior.

Do mesmo modo, vejo com bons olhos a arbitragem e espero sinceramente que ela se avolume no Brasil.

Minha insurgência dá-se por outro motivo: a manifesta e escancarada ausência de voluntariedade.

Onde se lê *eleição* de foro estrangeiro, leia-se *imposição*. Onde se vê *compromisso arbitral*, veja-se *dirigismo arbitral*.

No contrato internacional de transporte marítimo de carga, cujo instrumento (que mais do que um contrato, é um título de crédito) é de adesão, não há, a rigor, salvo em casos muito excepcionais, a manifestação de vontade do embarcador, muito menos a do consignatário (da coisa transportada).

Só – e somente só – o transportador expõe sua vontade e impõe seus termos e condições.

Não há negociação prévia de nenhuma das cláusulas.

Todas, absolutamente todas, são ditadas unilateralmente pelo transportador e impressas no anverso do *Bill of Lading* (título, em inglês, do instrumento contratual, que é essencialmente um título de crédito).

Por isso que a jurisprudência sempre considerou algumas das suas cláusulas como abusivas, portanto, ilegais (nulas de pleno Direito ou, ao menos, inválidas ou ineficazes).

Falo, em especial, das cláusulas de limitação de responsabilidade e de eleição de foro e/ou de compromisso arbitral.



Aqui, neste ensaio, deixo de lado as de limitação de responsabilidade, até porque nenhuma polêmica se lhe abateu nos últimos tempos e elas são inegavelmente ilegais, incompatíveis com o princípio da reparação civil integral, de que trata o art. 944 do Código Civil.

Ocupo-me das de eleição de foro estrangeiro ou de compromisso arbitral porque, em virtude de equivocada interpretação do Código de Processo Civil atual, algumas decisões (felizmente, poucas) tem lhes emprestado validade e eficácia.

Para cortar o mal pela raiz e garantir o acesso à jurisdição nacional, direito fundamental, é que tenho reiteradamente escrito muita coisa sobre o assunto.

Alegro-me saber que meu entendimento – dada a rouquidão de minha voz – é amparado por pareceres de juristas poderosos como Ives Gandra da Silva Martins e (saudosos) José Manuel de Arruda Alvim (os quais uso frequentemente nos casos que patrocino ao lado dos meus sócios). Amparado também por artigos de muitos e qualificados colegas, como o do ilustre professor e processualista Fredie Didier Jr.

Todos esses grandes nomes do Direito brasileiro entendem que a garantia constitucional de acesso à jurisdição é inafastável senão por vontade expressa do jurisdicionado e, mesmo assim, somente nos casos envolvendo direito patrimonial disponível. Entendem, ainda, que a cláusula de imposição de foro estrangeiro ou de procedimento arbitral no contrato internacional de transporte marítimo de carga é abusiva, portanto ilegal.

E o Código de Processo Civil não mudou absolutamente nada. Reforçou – e merece aplausos por isso – a possibilidade de as partes escolherem em um contrato o foro estrangeiro ou a arbitragem, desde que de modo absolutamente voluntário, livre, desimpedido.

No negócio de transporte de carga nada disso ocorre. Raramente, embarcador e consignatário externam suas vontades e o foro estrangeiro ou a arbitragem se lhe são impostos goela abaixo.

A arbitragem padece ainda mais nesse contexto de adernamento contratual, pois a lei que a disciplina no Brasil não só enfatiza a voluntariedade como cuida da forma, exigindo clareza e transparência, demonstração efetiva de concordância com o compromisso.

Há previsão expressa de como a cláusula tem que ser tratada em contrato de adesão e ela é solenemente ignorada pelos transportadores. Daí, a flagrante ilegalidade, para não dizer inconstitucionalidade. Fala-se inconstitucionalidade porque não existe renúncia tácita ao exercício da garantia fundamental de acesso à jurisdição.

O jurisdicionado, pessoa natural ou pessoa jurídica, tem direito ao juiz natural, ao juiz imparcial, a ver o seu caso apreciado por quem tem a função primaz de dizer o direito e distribuir a justiça.

Esse direito só pode ser renunciado, em certos temas, por livre, formal, prévia e desimpedida vontade do interessado. Sem voluntariedade não existe arbitragem. Sem voluntariedade não se pode falar em eleição de foro estrangeiro.

Vai-se ainda mais além. Impor arbitragem ou foro estrangeiro é ferir direito humano fundamental (aplicável também às pessoas jurídicas neste caso), inalienável, já que a garantia de acesso ao juiz imparcial é prevista nas Cartas de Direitos Fundamentais da Europa e Interamericana.

A regra é a jurisdição nacional. O foro estrangeiro ou a arbitragem são as exceções. Em relação à arbitragem ainda há de se considerar a concessão que o Estado dá em o Direito ser exercido por meio distinto do jurisdicional, desde que observada a vontade da parte. Impressionante como tudo isso é tão óbvio, mas, infelizmente, tem que ser repetido à exaustão. O mundo atual é pródigo em desnaturar a obviedade e tornar não-questão em falsa questão.

Daí os muitos argumentos contrários ao reconhecimento da cláusula de imposição de foro estrangeiro ou de arbitragem em instrumento contratual de adesão, que, em verdade, nunca é demais repetir, é mais um título de crédito do que tal. Tenho, agora, mais um argumento jurídico, fundado em Direito Comparado.

Trago do curso de pós-graduação em Direito da Universidade de Salamanca, 48ª edição, disciplina de Direito Processual Civil e Arbitragem, algo muito bom e que será frequentemente usado em palestras, seminários, eventos, artigos, ensaios e, sobretudo, peças forenses.

Aliás, penitencio por não saber disso antes e agradeço à poderosa Universidade de Salamanca, a quarta mais antiga do mundo ocidental, com seus 804 anos, mãe de todas as universidades ibero-americanas, por me inculcar o especial gosto pelo Direito Comparado e aprender como fazer uso de seu conteúdo.

Falo, em especial, da *Ley de Navegación Marítima del 2014*, que introduziu no sistema jurídico espanhol disposição específica para inibir as cláusulas comprometedoras da jurisdição nacional.

Essa regra, contou-me importante jurista espanhol, nasceu dos anseios doutrinários e das respostas judiciais ao abuso contratual dos transportadores. Grande parte da comunidade jurídica espanhola se posicionou firmemente contra essas cláusulas, protegendo a dignidade dos direitos e garantias fundamentais.

Eis o que diz a lei:

Artículo 468. Cláusulas de jurisdicción y arbitraje.

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

A taxatividade dos seus termos é bastante expressiva e não comporta qualquer dúvida ou interpretação enviesada. Entusiasmado - até envaidecido - por ver o que sempre defendi exposto em artigo de lei de um país com um dos melhores ordenamentos jurídicos do mundo, destaco o seguinte trecho: *serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.*

O artigo da lei especial determina a nulidade da cláusula que não foi negociada individual e separadamente. Excelente, não? A medida do que acontece no Brasil pode e deve ser feita pela mesma régua da Espanha, sendo certo que, aqui, é a própria Lei de Arbitragem que assim dispõe.

Dizer mais é desnecessário. Trabalharei obstinadamente para introduzir no Direito brasileiro norma similar. Termino lembrando que em se tratando de litigante segurador sub-rogado (o que é muito comum) nos direitos do dono da carga (por conta do seguro de transporte), ainda mais absurda se revela a eventual imposição de cláusulas dessa natureza.

Ele, o segurador não é parte do contrato de transporte, sendo-lhe inaplicável o conteúdo deste. Seu direito não deriva da inexecução do contrato, mas do pagamento de indenização ao segurado, vítima do dano.

Ainda que o segurado tenha convencionado livremente a arbitragem, o que é raro, impossível ao segurador se submeter ao clausulado.

Além do que já exposto acerca da inexistência de renúncia tácita da garantia de acesso à jurisdição - direito fundamental - tem-se por ineficaz, ainda que válido, o ato do segurado com terceiro que, de algum modo, extinga ou minimamente prejudique o direito de regresso do segurador (art. 786, parágrafo 2º, do Código Civil).

O direito de regresso não pode ser esvaziado porque sua efetivação não interessa apenas ao titular imediato, o segurador, mas ao colégio de segurados, considerando-se o princípio do mutualismo.

Princípio que dá ao contrato de seguro um indelével selo social, sobre o qual se assenta a necessidade de sua especial proteção, o que inclui a busca do ressarcimento.

Por meio do Direito Comparado, da magnífica lei espanhola, um argumento a mais será somado aos esforços de se manter íntegro o uso da jurisdição brasileira, a que melhor trata em todo o mundo o Direito Marítimo.

Não é o primeiro, nem será o último texto, que concluo com as famosas palavras do dístico da Universidade de Salamanca, que cai muito bem ao presente contexto: “*Decíamos ayer. Diremos mañana*”.

Eis um tema em que, a despeito dos meus interesses profissionais como advogado do mercado segurador, os quais confesso publicamente, em homenagem à transparência, deposito minhas mais absolutas e acadêmicas convicções. Mesmo se um dia eu parar de advogar, manterei o entendimento presente. Falava isso ontem. Falo, hoje. Falarei amanhã.

Salamanca, 19 de janeiro de 2022

Paulo Henrique Cremoneze, sócio de Machado, Cremoneze, Lima e Gotas – Advogados Associados, graduado, pós-graduado *lato sensu* em Direito e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito dos Seguros e em Contratos e Danos pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência, associado da Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidade mantenedora da Universidade Católica de Santos), membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo e da AIDA – Associação Internacional de Direito dos Seguros (Brasil), presidente do IDTBrasil, membro do Ius Civile Salmanticense (Espanha), autor de obras de Direito dos Seguros e Direito dos Transportes.