



O SEGURADOR SUB-ROGADO NÃO SE SUBMETE À ARBITRAGEM IMPOSTA POR MEIO DO BILL OF LADING

Exercício de direito próprio em vigência do contrato de seguro, que em nada se confunde com o contrato de transporte

Há muito tempo defendo que a cláusula que pretende impor arbitragem, normalmente no exterior, por meio do *Bill of Lading*¹, é abusiva e, portanto, ilegal.

A voluntariedade é pressuposto de validade do compromisso arbitral, imprescindível para que se estabeleça. Ao contrário da jurisdição, que se impõe, a arbitragem tem de ser desejada pelas partes.

Por isso afirmo que a cláusula de tal natureza, constante desse documento que tem natureza de título de crédito e serve de evidência do transporte internacional marítimo de carga, não se subsume à hipótese do art. 485, VII, do Código de Processo Civil² (que trata da convenção de arbitragem como causa de extinção do Processo).

O contrato de transporte marítimo de carga é essencialmente de adesão, sem que o embarcador e o consignatário da carga possam expressar livremente suas vontades. O transportador impõe o clausulado, unilateralmente.

Tanto é que sequer um instrumento contratual específico existe, sendo este representado, no máximo, por um título de crédito que é conhecido, de longa data, como *nota promissória do mar*.

¹ Nomenclatura em inglês do título de crédito que serve como instrumento do contrato internacional de transporte marítimo de carga – que é de adesão –, redigido unilateralmente pelo armador.

² Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;



O dono da carga (embarcador ou consignatário) não pode ser obrigado ao exercício da arbitragem se não concordou, antes, de forma livre e incontroversa, com sua realização.

Mais do que ilegal, a imposição é inconstitucional e imoral.

Inconstitucional porque não existe renúncia tácita de acesso à jurisdição, uma das mais importantes garantias fundamentais; imoral pois se trata de intolerável dirigismo contratual. O armador vale-se da assimetria na relação fática que informa o negócio jurídico.

No que diz respeito ao elemento moral da situação, convém dar uma breve explicação.

A despeito da condição do dono da carga — se pessoa natural ou jurídica, e, se jurídica, de pequeno, grande ou médio porte —, o armador sempre domina a relação jurídica.

O transporte se faz necessário; o modo de contratação é adesivo. Não compete ao dono da carga qualquer alternativa senão aderir ao que o armador manda, até porque deixar de fazer negócio com este não garante que os demais apresentarão mais opções de clausulado. Neste sentido, os conhecimentos de embarque são, em regra, todos iguais.

O embarcador fica sujeito ao famoso “pegar ou largar”, o consignatário apenas arca com isso. Daí a necessidade de a Justiça dosar corretamente os aspectos metajurídicos que influenciam os jurídicos em situações de crise.

A situação se agrava, gosto muito de dizer, quando em disputa surgem os direitos e interesses legítimos do segurador sub-rogado.

Normalmente, o dono da carga dispõe de seguro de transporte. Havido o sinistro, comprovado e quantificado o dano, o segurador o indeniza e se sub-roga em seus direitos e ações, na forma do art. 786 do Código Civil.³

Uma vez sub-rogado, o segurador tem o direito de buscar do causador do dano o devido reembolso.

³ Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.



Mais do que um direito, aliás, a busca do ressarcimento em regresso é dever, ato de lealdade do segurador em relação ao colégio de segurados, revestindo-se de grande interesse social.

Fala-se em interesse social porque o êxito do ressarcimento impacta positivamente na precificação do seguro, ao tempo em que obriga o causador do dano a responder por sua conduta.

Não fossem a sub-rogação e o ressarcimento, o causador do dano se veria injustamente desonerado de responder pelo dano por causa da previdência do segurado, que pagou pela proteção, pela cobertura.

Por isso o adimplemento com sub-rogação para o segurador, com as consequências regressivas que disso decorrem, é especialmente protegido pela lei.

Essa proteção me autoriza afirmar, plenamente convicto: mesmo que o texto do conhecimento de embarque, às vezes incorporando disposições do contrato de afretamento, busque impor arbitragem, e essa disposição seja válida e eficaz em relação ao dono da carga (segurado), jamais o será, contudo, para o segurador sub-rogado, por força do §2º do próprio art. 786⁴, que determina a ineficácia de qualquer ato, mesmo válido, prejudicial ao ressarcimento.

A proteção ao ressarcimento nascido da sub-rogação — justamente por conta de sua histórica dimensão social — é anterior ao atual Código Civil, tanto que o Supremo Tribunal Federal a sumulou.

Há décadas vigora a Súmula 188/STF: *O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.*

Logo, qualquer argumento que objetive esvaziar a dignidade da ação regressiva do segurador sub-rogado contra o causador do dano, pela considerável antijuridicidade de que se reveste, atenta contra a tradição jurídica brasileira.

Penso, sem embargo das opiniões contrárias, que a imposição de procedimento arbitral no exterior diminui os direitos previstos no art. 786 e

⁴ §2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.



marcados na Súmula 188 do STF, com prejuízos inegáveis ao segurador brasileiro.

Se parte do conteúdo pretensamente clausular do *Bill of Lading* é abusivo, ilegal e inconstitucional ao aderente, dono da carga e segurado, com mais razão o será ao segurador sub-rogado, que sequer é parte do negócio jurídico de transporte.

O segurador não possui vínculo jurídico prévio com o transportador, de tal forma que, válidos ou inválidos, abusivos ou não, os termos da contratação feita por este não são oponíveis àquele.

Além disso, o instituto mesmo da sub-rogação não transmite direitos de natureza procedimental ou personalíssima, fazendo-o apenas em relação aos direitos materiais que cabiam ao segurado. A única limitação que o ressarcimento encontra está na vedação ao lucro; dito de outro modo: o segurador recebe não mais, nem menos do que foi levado a desembolsar.

De qualquer forma é nada razoável, para dizer o mínimo, exigir de quem não é parte de um negócio jurídico, com cujo conteúdo não anuiu expressamente, que se submeta a seus dispositivos. Do contrário, haverá ofensa não só à lei, mas a princípios importantes do Direito: razoabilidade, proporcionalidade, equidade, isonomia, além do bom senso.

No exercício do ressarcimento em regresso contra o armador, o direito do segurador sub-rogado não se funda no inadimplemento do contrato de transporte, mas na reparação civil contra o causador do dano. Em outras palavras: há quase nada de Direito Marítimo no pleito e muito de Direito do Seguro.

Direito do Seguro, nascido do Direito Civil, é muito mais importante e amplo que o Direito Marítimo e, portanto, o protagonista dos litígios envolvendo danos de transportes.

Nesse sentido, recentíssima decisão da 23^a. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do Ilustre Desembargador **J.B. Franco de Godoi**⁵: “(...) a apelante veio a juízo pleitear direito próprio decorrente do contrato de seguro (fls. 48/63) e não

⁵ Apelação Cível nº 1011256-26.2019.8.26.0011, da Comarca de São Paulo.



de contrato de transporte marítimo que possui cláusula de compromisso arbitral”.

Declarou ainda o relator do Acórdão: *“A sub-rogação da seguradora não é do mesmo direito material que emerge do contrato de transporte marítimo, mas sim do contrato de seguro”.*

A decisão colegiada em destaque é de clareza solar, magnífica ao expor a diferença entre um direito nascido da relação securitária, que é o essencial, e não do transporte, que é o acidental.

Considero especialmente importante a decisão porque não se limitou a declarar a abusividade da cláusula de arbitragem imposta pelo transportador. Tratou de afirmar que o segurador nada tem a ver com o negócio de transporte. Seus direitos são de outra ordem, outra grandeza, outra qualificação jurídica.

Um enquadramento correto, pois, se o direito do segurador sub-rogado nasce, por força de lei, em vigência do contrato de seguro e não decorre do contrato de transporte, por qual motivo se pretende sua obediência aos termos deste?

A pergunta contém em si a resposta; e evidencia o quão errado é impor ao segurador a arbitragem prevista em um instrumento do qual não figura como parte.

Reconhecer a cláusula de compromisso arbitral (unilateralmente escrita nesse título de crédito que, fazendo as vezes de instrumento de transporte, evidencia contratação adesiva) é esvaziar a dignidade da sub-rogação, prejudicar o mútuo, impor ônus pesado àquele que não anuiu com sua existência e ferir a garantia constitucional fundamental da acesso à jurisdição que toda vítima de dano (ainda que reflexa) possui.

Ainda sobre o excelente voto do Desembargador **J.B. Franco de Godoi**, integralmente acolhido por seus pares, convém destacar a seguinte parte, que remete a outras decisões, também com excelentes fundamentos:

“Desse entendimento é que surge o direito da apelante de pleitear o ressarcimento dos prejuízos sofridos!

Neste sentido:



“O Código de Processo Civil reconhece a possibilidade e a validade da arbitragem desde que expressamente observada a forma legal, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 3º: “É permitida arbitragem na forma da lei”. No caso, a seguradora não aderiu à referida cláusula, de forma que não se seguiu à risca a legislação brasileira no requisito da aceitação da parte sujeitar-se ao juízo arbitral. No caso, a indicação da arbitragem foi feita no contrato de transporte e ainda

que a seguradora esteja litigando com fundamento no direito de regresso, sub-rogada nos direitos e ações da segurada, essa cláusula contratual não lhe alcança.” (Apel. nº 1002847-62.2016.8.26.0562 Rel. Des. MIGUEL PETRONI NETO 16ª Câmara de Direito Privado j. 21/08/2 018)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenizatória. Ação regressiva decorrente de contrato de seguro. Cláusula arbitral instituída com a segurada e não com as seguradoras. Hipótese em que a resolução de conflitos por arbitragem só obriga as partes contratantes e não terceiros. Aplicação da legislação estrangeira, por esse mesmo motivo, que só poderia ser reconhecida em demanda própria entre aqueles que figuraram no primitivo contrato de prestação de serviços. Extinção do processo inadmissível. Impossibilidade de se negar a incidência da lei nacional. Sub-rogação da seguradora que se limita ao direito à ação processual que teria a segurada, mas não do direito material. Recurso improvido.” (Ag. Inst. nº 0091567 16.2003.8.26.0000 4ª Câmara. Extinto 1º TAC - Des. Rel. PAULO ROBERTO DE SANTANA j. 23.06.2 004)

Assim, de rigor o afastamento da extinção do processo, o qual está em termos para ser julgado, conforme estabelece o art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

A ementa do Acórdão, aliás, já é uma espécie de pequena *catequese* de Direito do Seguro e merece aqui reprodução sem maiores comentários:



”RESPONSABILIDADE CIVIL Indenização – Ação regressiva decorrente de contrato de seguro - Cláusula arbitral instituída com a segurada e não com a seguradora – Hipótese em que a resolução de conflitos por arbitragem só obriga as partes contratantes e não terceiros - Extinção do processo inadmissível - Sub-rogação da seguradora que se limita ao direito processual que teria a segurada, mas não ao direito material - Preliminar rejeitada Recurso provido. CONTRATO Transporte marítimo Ação ajuizada pela seguradora-apelante contra a transportadora-apelada Avarias decorrentes do transporte Pagamento do valor do sinistro pela seguradora-apelante - Inexistência de apresentação, por parte da transportadora, de prova de qualquer excludente de sua responsabilidade Dever da transportadora de pagar o valor sub-rogado, apontado na conclusão da vistoria – Ação procedente Recurso provido.”

Espero que a decisão faça escola e que os fundamentos do acórdão possam contribuir nos juízos de valor de outros casos.

O entendimento do ilustre relator é antigo, tanto que reverberado por outros magistrados. O eminente Desembargador e doutrinador de Direito Empresarial **Carlos Henrique Abrão** cita-o em uma de suas ótimas decisões:

“Inaplicável, vale dizer, a convenção arbitral e previsões arguidas de legislação alienígena, isto porque a empresa estrangeira está sendo demandada por intermédio do representante e parceiro no Brasil para reembolso de indenização paga à segurada, sendo a cláusula de arbitragem instituída com esta, obrigando apenas as partes contratantes, a propósito do entendimento consubstanciado na Apelação Cível nº 0030807-20.2010.8.26.0562, sob relatoria do Desembargador J. B. Franco de Godoi.”

Há muita confusão pairando no ar por causa de certa decisão do órgão especial do Superior Tribunal de Justiça, que nada tem a ver com o transporte de cargas e o direito de regresso.⁶

⁶ Falo de decisão SEC 14.930-EX, que tratava exclusivamente dos aspectos formais da homologação de decisão arbitral estrangeira. Arbitragem que foi realizada nos EUA e da qual a seguradora participou, implicando aceitação tácita àquele método. Um caso envolvendo a voluntariedade do segurado e contrato de fornecimento. Contexto diferente da adesividade na contratação do transporte. O próprio relator da decisão, Ministro OG FERNANDES afirmou que não se trata de um precedente, exatamente por



A verdade que salta aos olhos é que o segurador sub-rogado não é obrigado ao procedimento arbitral previsto (imposto) no B/L, ou no afretamento que por vezes ele tenta incorporar.

Este é o entendimento do renomado jurista **Ives Gandra da Silva**⁷ Martins, conforme opinião legal recentemente emitida a respeito da cláusula de eleição de foro (o que se aplica ao compromisso arbitral), bem ao encontro do que sempre defendi:

1) *“O segurador sub-rogado não integra o contrato de transporte, desconhece a cláusula de eleição de foro, que só lhe será comunicada, se e quando houver o sinistro por si reparado, gerando, daí, seu direito de regresso. Não lhe pode ser imposta cláusula de eleição de foro que não contou com sua anuência, sob pena de ofensa do direito individual fundamental de acesso à jurisdição, “ (fl. 27)*

2) *“A cláusula de eleição de foro é inválida também com relação ao segurado (tomador do serviço de transporte marítimo internacional de carga) pelos fundamentos supra aduzidos; O segurador sub-roga-se no crédito do segurado, mas não na sua posição jurídica no contrato firmado com o prestado do serviço internacional de transporte marítimo, especialmente no que toca a restrições processuais.” (fl. 27)*

3) *“Sim, a cláusula de eleição de foro, nos contratos internacionais de transporte marítimo de carga, é abusiva porque imposta pela parte que detém posição comercialmente privilegiada em relação ao tomador do serviço, o hipossuficiente nessa relação. São poucos os armadores no mundo e atuam em mercado no qual não se pode falar em liberdade de escolha pelo dono da carga. Ademais, impor ao dono da carga foro alienígena é onerar, desproporcionalmente, o direito fundamental de acesso à jurisdição, prejudicando a prestação jurisdicional.” (fl.51)*

4) *“Todas as considerações do presente trabalho relativas à cláusula de eleição de foro são ainda mais agudas, quando a hipótese versar sobre de compromisso arbitral. A doutrina ressalta “que a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da autonomia da vontade, sendo correto dizer-se que a Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular*

conta das questões importantes em torno do art. 786 do Código Civil. E da própria natureza da sub-rogação.

⁷ Opinião que solicitei a fim de confirmar ou não a justeza dos argumentos contrários à imposição da arbitragem no conhecimento internacional de transporte marítimo de carga.



uma forma de manifestação da vontade, ...”. Pretender impor procedimento arbitral sem formal, prévia e expressa aceitação é violar o direito fundamental de acesso ao Judiciário e a soberania nacionais.” (fl. 52)

E a conclusão do famoso juriconsulto é claríssima:

“Clara está, pois, a invalidade da cláusula de eleição de foro, nos contratos internacionais de transporte marítimo de cargas em face das seguradoras sub-rogadas, uma vez que:

- 1. Trata-se de contrato de adesão, sem liberdade na pactuação da cláusula;*
- 2. O foro adotado nos conhecimentos internacionais de transporte implica não só inconveniente para aquele que precisar demandar judicialmente o armador, mas em verdadeiro impeditivo à jurisdição, afetando esse direito fundamental e, também, a soberania nacional;*
- 3. O segurador não é parte no contrato de transporte, não anuiu com a cláusula de eleição de foro;*
- 4. A sub-rogação da seguradora se limita aos aspectos materiais do crédito e não, aos aspectos procedimentais do contrato firmado entre o transportador e o tomador do serviço.” (fl. 36)*

O famoso constitucionalista não está só nesse poderoso entendimento. Dele comunga a maior **banca de processualistas do Brasil**, a prestigiada **Arruda Alvim**, que assim se posicionou em dois magníficos pareceres, os quais, por delicadeza e respeito, não reproduzo neste ensaio porque emitidos em casos específicos, contratados pelos autores das ações. Não os reproduzo, mas dou testemunho fiel de sua existência.

A melhor doutrina e a jurisprudência dominante, inclusive a do STJ, apontam a impossibilidade de se obrigar o segurador sub-rogado ao procedimento arbitral por que tenha porventura optado o segurado, ou tenha a isto sido forçado pelo armador.



Para lá dos fortes argumentos sobre a natureza abusiva do clausulado – que desobedece a própria lei brasileira de arbitragem –, tem-se algo incontestável: o segurador sub-rogado não busca o ressarcimento pelo inadimplemento da obrigação de transporte, mas do dano que gerou indenização de seguro. Ele não quer o reembolso do transportador marítimo propriamente dito, mas do autor de ato ilícito. De qualquer um que se veja nessa situação.

Para o segurador sub-rogado, não há diferença entre a pessoa natural que causa um acidente automobilístico, gerando prejuízo ao segurado e o armador que avaria ou extravia carga. Ambos são causadores da danos e prejuízos. A dinâmica do ressarcimento para um é a mesma para outro. Circunstâncias e perspectivas similares, diferenciando-se apenas nas crônicas dos fatos e em alguns poucos elementos de responsabilidade civil.

O importante é respeitar a métrica há muito estabelecida pelo Direito Romano de dar a um exatamente o que é seu e de não ofender a preferência incontestável da jurisdição nacional.

Parece incrível, mas não há como não lembrar do famoso autor inglês **G.K. Chesterton** “*Chegará o dia em que teremos que provar ao mundo que a grama é verde.*”. Hoje, ante tantas investidas visando a induzir a erro o Poder Judiciário, penso que o dia de provar que a grama é verde chegou.

E porque chegou, termino lembrando uma das primeiras lições que aprendi quando, muitos anos atrás, estudei Direito das Obrigações: o contrato faz lei entre as partes e, a rigor, não produz efeitos *erga omnis*.

Parece incrível, mas hoje é necessário enfatizar que quem não é parte de um contrato não pode ser obrigado a respeitar suas disposições, especialmente quando estas são manifestamente abusivas, ilegais, e visam a esvaziar um dos mais importantes institutos do Direito do Seguro: a sub-rogação.

Santos, 22 de dezembro de 2020.

Paulo Henrique Cremoneze