

O BILL OF LADING E A IMPOSIÇÃO DE FORO DO EMITENTE

“FAÇA O QUE EU FALO, MAS NÃO FAÇA O QUE EU FAÇO”

A anatomia de gravíssimo casuísmo contratual



Machado e Cremoneze

Advogados Associados

Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes



Paulo Henrique Cremoneze

O autor é sócio de Machado e Cremoneze – Advogados Associados, doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (Portugal), especialista em Direito dos Seguros, em Contratos e Danos e em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de Salamanca (Espanha), mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência, laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia.



Rubens Walter Machado Filho

Advogado com pós-graduação em Direito Processual Civil, Administrador de Empresas, sócio-diretor do IIDT – Instituto Internacional de Direito dos Transportes, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, da ILA – International Law Association (Londres), do IIDM – Instituto Ibero Americano de Direito Marítimo e da AIDA – Associação Internacional de Direito dos Seguros, CEO da RWM Consulting and Recovery (EUA), autor de artigos publicados em revistas especializadas em seguros e transportes de cargas e delegado do Marsh Marine Insurance Course (Norwich, Inglaterra), sócio-fundador do IIDT – Instituto Internacional de Direito dos Transportes.



Marcio Aguiar

Membro efetivo do IIDT – Instituto Internacional de Direito dos Transportes, Especialista em Direito Marítimo e Portuário pela Universidade Católica de Santos, pós-graduando em Gestão Jurídica em Contratos de Seguro e Inovação, Membro da UJUCASP – União dos Juristas Católicos de São Paulo, autor de diversos artigos publicados em revistas jurídicas.



O Direito avançou significativamente nas últimas décadas e sua estética atual exige paridade e simetria nas relações negociais em geral.

Nada mais antiestético, portanto, do que o instrumento que formaliza o contrato internacional de transporte marítimo de carga, o *Bill of Lading*.

As cláusulas e condições que figuram no seu anverso são impostas pelo contratado, o transportador, ao contratante, o embarcador.

Tipicamente de adesão, esse contrato não permite a livre manifestação de vontade do contratante.

Pouco importa se esse contratante é, tal e qual o contratado, empresa de grande porte. A assimetria e a paridade praticamente não existem. Raros são os contratos em que o contratante (embarcador) expõe prévia e livremente sua vontade. A rigor, ele adere a um combo clausular, do qual não consegue negociar.

A ciência prévia dessa situação não muda em nada o cenário da terrível pintura, pois ao embarcador interessa ver que a mercadoria que vendeu chegue aos cuidados do comprador, sendo imprescindível o transporte marítimo internacional.

Discutir previamente cláusulas e condições com quem tem o poder de domínio da atividade é incogitável, até porque o contratado (transportador) não oferece espaço para tanto.

Como a ninguém interessa obstaculizar as relações de comércio exterior, aceita-se os termos impostos e segue-se adiante, torcendo-se para que não ocorra situações de crise ou se existirem, que a Justiça corrija os vícios e abusos

clausulares.

A bem da verdade sempre foi assim. A Justiça corrigia aquilo que no mundo dos fatos era errado e contrariava a boa ortodoxia do Direito a serviço do bem comum.

De um tempo para cá, sem entrar no mérito, aqui, das razões fundamentais de tanto, a situação mudou em parte e a cláusula de imposição de foro e/ou de compromisso arbitral (no exterior), que antes era reiteradamente considerada abusiva, ilegal (e até inconstitucional¹) ganhou alguma simpatia e tem é considerada válida por órgãos monocráticos e colegiados.

O tema é polêmico e ainda consumirá muito debate, rios de tintas, num modo mais antigo de se expressar. Parece-nos longe de pacificação, até porque seu apelo vai além do Direito das Obrigações e atinge outros campos, como o da Responsabilidade Civil, o dos Contratos e Danos e o do Direito dos Seguros.

A preocupação que aqui se externa é pertinente, porém. Isso porque o assunto nem deveria ser tema de debate e o prestígio que o Código de Processo Civil dá, agora, ao foro exclusivo estrangeiro de eleição (ou ao compromisso arbitral no exterior) não pode ser estendido ao *Bill of Lading*.

Mudou o Código de Processo Civil, é verdade, mas não o *Bill of Lading*. Seus defeitos anatômico-jurídicos são os mesmos de mais de cem anos atrás. Nenhum foro pode ser eleito se apenas uma das partes o dispôs e a adesão ao instrumento contratual não implica automática anuência às cláusulas todas.

O contratante – ao contrário do que nos faz pensar recentes decisões – não tem a liberda-

1 NOTA DOS AUTORES: consideramos inconstitucional porque essa cláusula inibe o pleno exercício da garantia fundamental de acesso à jurisdição nacional, prejudicando o interessado que não renunciou prévia, formal e livremente a isso. Não existe renúncia tácita ao acesso à própria jurisdição, de tal modo que não convém validar aquilo que em essência atinge o que há de mais importante no Direito: o rol exemplificativo de suas garantias maiores.

de de se opor ao que o transportador impõe, ao foro de seu exclusivo arbítrio. Cabe-lhe apenas aderir, como o cordeiro a ser imolado em sacrifício, sob pena de não ver executado o transporte do seu interesse.

Há um tanto de ingenuidade em acreditar que o fato dele, contratante, ser empresa de grande porte, abrirá as portas da negociação. Não, não abre. Damos testemunho e testemunho fiel, ancorados que somos pelo exercício profissional diário. Ao contratante interessa mais o transporte do bem que vendeu, exportou, não o debate jurídico que mesmo que fosse realizado seria de todo inócuo; e em sendo assim, a adesão é quase que guiada pelo estado de necessidade.

E o casuísmo é tanto que o contratado, dono do negócio jurídico, emitente do instrumento contratual impõe o foro que quer e, ao mesmo tempo, reserva para si o que nega ao usuário do seu serviço: o foro de sua sede.

Escreveremos de outro modo para que a mensagem não seja perdida por preciosismo retórico: o transportador, aquele que emite o *Bill of Lading*, não só impõe ao seu gosto o foro de

eleição (ou o compromisso arbitral no exterior) como ainda dispõe, a depender da sua exclusiva vontade, a possibilidade de usar o foro de seu domicílio.

Muito oportuno lembrar do velho ditado popular do “faça o que eu falo, mas não faça o que eu faço”. Nada mais emblemático do poder de controle que o transportador tem sobre o negócio jurídico do que essa cláusula que, com maior ou menor adernamento, se faz notar em praticamente todos os instrumentos contratuais.

A ele, transportador, tudo; aos usuários dos seus serviços, todo o rigor das cláusulas de dirigismo contratual. Não pecaremos por exageros se a elas dermos a alcunha de draconianas.

Tudo isso se torna ainda mais ofensivo ao Direito e ao próprio bom senso quando a cláusula atinge não o contratante propriamente dito, que não externa aquiescência livre alguma ao seu conteúdo, mas o consignatário da carga ou seu segurador.

Sobre o consignatário de carga, o que temos dele a dizer? Ele não é parte do contrato, ao menos em sentido estrito. Trata-se de mero



interveniente ou, no máximo, parte por equiparação legal e apenas para fins de defesa de direitos de reparação civil, uma vez que ao entregar o bem ao transportador, o embarcador, a rigor, exonera-se de eventual ônus por seu perecimento. O início do transporte opera espécie de tradição ficta do contrato de compra e venda e assim o é para que o comprador não fique desamparado juridicamente.

Ele, o consignatário, não contrata absolutamente nada, não convencionada cláusula alguma, não tem ingerência sobre o negócio de transporte e nem mesmo escolhe quem o executará. Logo, não pode ser submetido aos termos e condições de negócio jurídico do qual não é parte, porém, convém repetir, mero interveniente.

Daí a pergunta: é justo, tem a ver com as ideias de equilíbrio e paridade, que o consignatário se veja forçado ao uso de foro estrangeiro ou de procedimento arbitral no exterior para defender seus legítimos direitos e interesses? Pergunta-se ainda: se ele nem mesmo escolheu o transportador, como se lhe opor as cláusulas que este impõe, unilateralmente.

As respostas nos parecem óbvias demais, porém sabemos que o óbvio muitas vezes exige reiteração, porque não cansa de ser negligenciado pelos mais diferentes atores sociais, incluindo os do Direito.

Repetimos como um mantra: quem não é parte de um contrato, quem livremente não expôs sua vontade, não pode ser obrigado aos seus termos e condições, principalmente aqueles que são abusivos, próprios de dirigismo contratual e que vedam o exercício de garantias fundamen-

tais constitucionais, como a de acesso à jurisdição.

Com a figura do segurador sub-rogado tudo isso é ainda pior, um *bis in idem* de gravidade, pois ainda mais que o consignatário, ele sequer é interveniente do contrato de transporte ou beneficiário de qualquer prestação ou efeito, tratando-se de verdadeiro estranho no ninho.

O consignatário é amparado por apólice de seguro de transporte. Diante do dano (falta ou avaria), invoca-a e recebe do seu segurador a devida indenização. Esse segurador, por força do art. 786 do Código Civil² e do enunciado de Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal³, sub-roga-se na pretensão original e tem o direito de buscar contra o transportador, causador do dano, o ressarcimento em regresso.

O direito de regresso é fundamental para a saúde do negócio de seguros e algo importante não só para o segurador como para o colégio universal dos segurados, que ele representa por meio do princípio do mutualismo.

Por isso, não exageramos ao dizer que é revestido de inegável interesse social, pois a todo o mundo aproveita que o ressarcimento seja exercido, primeiro para que o causador do dano não seja veja impune pela previdência alheia de quem se ocupou em proteger seu legítimo interesse e, depois e ainda mais importante, para a precificação do seguro. Em um ramo quando mais exitosos forem os ressarcimentos mais os seguradores os levarão em conta no cálculo atuarial e na estipulação dos prêmios.

O ressarcimento, portanto, protege o

2 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.

§1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins.

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

3 SÚMULA 188 - O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.

patrimônio de todos os segurados, pune devidamente o autor de ato ilícito (dano) e barateia os prêmios e, conseqüentemente, os preços de produtos a todos destinados.

Por isso que é protegido por lei e essa proteção não pode deixar de lado o uso da jurisdição nacional, que é avançada no trato da imputação de responsabilidade dos transportadores de cargas, especialmente os marítimos.

A sub-rogação do segurador não se dá pelo inadimplemento da obrigação de transporte propriamente dita, mas pelo pagamento de indenização à vítima do dano derivado desse inadimplemento. Então e em verdade, o transportador não demanda o reembolso contra um transportador incumpridor do seu dever contratual, mas contra um danador, um protagonista de ato ilícito, alguém que tem que reparar integralmente o prejuízo do que causou.

Por isso tudo é que o segurador não pode ser submetido aos termos do contrato, tenha ou não ciência prévia de seus termos, porque se ao seu segurado, o consignatário, nada há de se fazer em relação ao clausulado, muito menos se lhe há, eis que terceiro em todos os sentidos da relação contratual de transporte.

Ciência prévia dessas cláusulas todo o mundo tem, aliás, mas quase ninguém pode algo fazer, simplesmente porque as coisas são assim e o fluxo da Economia quer que sejam mesmo assim, impedindo-se grandes mudanças, ainda que bem-vindas ao sabor da ordem moral.

Quem pode fazer algo é exatamente a Justiça, corrigindo as assimetrias contratuais e não as direcionando contra quem não é parte do negócio de transporte. A correção via Justiça é o melhor caminho, porque harmônico ao pragmatismo e ao que se pode chamar de visão econômica do Direito. Dos transportes realizados em todo o mundo, alguns geram danos e desses

alguns, poucos são judicializados. Então, é mais conveniente que os defeitos contratuais sejam corrigidos nos tribunais do que nas bases negociais, mantendo-se o rumo vibrante das relações comerciais, imprescindíveis para a circulação de riquezas e o desenvolvimento social.

Nessa equação conta menos o poder do segurador e o tamanho do consignatário de carga. Não falamos em hipossuficiência desses atores econômicos; falamos, antes, de impossibilidade de ingerência de um negócio, o de transporte, que se lhes é conhecido, mas não é de modo algum pertinente. Eles são estranhos ao contrato de transporte e por isso as cláusulas deste não lhe são oponíveis.

No caso do segurador sub-rogado ainda se tem que, ciente ou não da cláusula de eleição de foro estrangeiro ou de compromisso arbitral no exterior, ela lhe seria, como é e sempre deverá ser inexigível ainda que seu segurado a houvesse livremente negociado, dada a redação taxativa do §2º do art. 786 do Código Civil que diz que é *“É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.”*

Repetimos à exaustão: irrelevante a ciência prévia ou não do consignatário de carga e de seu segurador em relação à cláusula em estudo, pois ausentes a paridade e a simetria no contrato internacional de transporte marítimo de cargas, do qual, aliás, sequer são partes.

Para melhor argumentarmos o que até aqui expusemos, reproduzimos o que recentemente escrevemos em uma réplica de um caso em que postulamos em defesa de segurador sub-rogado o ressarcimento em regresso contra o transportador marítimo, causador de dano.

Abrimos aspas

Já se sabe que a cláusula de imposição

de foro estrangeiro (ou de compromisso arbitral no exterior) é não negociada previamente, mas determinada apenas pelo transportador).

Sabe-se ainda que o consignatário, que não é parte no contrato de transporte, não externa sua vontade livremente em relação aos termos e condições do transporte.

Mero interveniente, beneficiário do serviço, ele, o consignatário (que é o segurado) não anuiu com o clausulado, muito menos com as disposições que afetam o exercício de sua garantia constitucional fundamental de acesso à jurisdição.

Por isso, a cláusula em comento é abusiva, ilegal e, mesmo, inconstitucional, dada a impossibilidade de se reconhecer renúncia tácita ao que é rotulado como garantia constitucional fundamental. O acesso à jurisdição é principiológico e não pode se modo algum ser mitigado, muito menos inibido.

O que pretende o transportador é inaceitável. Proteger-se de tal e inescrupulosa

forma a impedir a vítima do dano de defender seus legítimos direitos e interesses em sua jurisdição.

Curiosamente, não é o que ele, o transportador, quer para si. Ele impõe ao consignatário ônus pesadíssimos, ilegais e inconstitucionais, mas se autocontempla de benefícios inversamente profissionais.

Nunca a sabedoria popular (faça o que eu falo, mas não faça o que eu faço) foi tão emblemática como na cláusula em que o transportador impõe aos outros foro ou arbitragem, mas reserva a si mesmo a possibilidade de se valer da jurisdição que lhe convier.

Eis a anatomia da cláusula em relação ao famoso ditado popular:

FAÇA O QUE EU FALO: use o foro que eu quero, ainda que isso represente ofensa ao seu direito constitucional como vítima de dano, porque é isso que eu quero e “entendo justo”.

MAS NÃO FAÇA O QUE EU FAÇO: porém eu, querendo, poderei usar



a Justiça de onde sou sediado, conforme meu interesse.

Nada mais assimétrico, nada mais injusto, nada mais antijurídico do que isso, não?

Essa cláusula diz muito a respeito do ânimo informador do contrato de transporte e do dirigismo inegável do transportador. A ele, tudo. Aos outros, direito algum.

Isso já seria intolerável se a vítima do dano fosse o embarcador e contratante do serviço de transporte. Torna-se ainda pior quando a vítima não é contratante, não é parte do contrato, sequer alguém que escolheu o transportador.

A violência jurídica é elevada à enésima potência e desfigura tudo o que se sabe até aqui sobre princípios gerais do Direito, princípios do Direito das Obrigações, princípios contratuais gerais e, mais, princípios fundamentais constitucionais.

Esse tipo de cláusula choca-se com as boas práticas contratuais, desordena o Direito e evidencia o que há de pior em termos de elegância negocial.

Então, além de não ser parte do negócio de transporte e não ter exposto em momento alguma sua vontade livre quanto ao foro estrangeiro de dita eleição, o consignatário e segurado não pode exercer um direito – que é constitucional –, que o transportador garante a si mesmo e faz valer quando seu interesse, inegavelmente enviesado, assim o reclamar.

E tudo isso se revela ainda mais dramático, para se dizer o mínimo, quando o prejudicado é o segurador sub-rogado, que menos do que seu segurado (consignatário) pode ser considerado parte no

negócio de transporte.

A ciência prévia da existência da cláusula não muda em nada a condição de vítima de abuso jurídico.

A dinâmica do negócio de transporte, que se comunica diretamente à de comércio exterior é esta. A quantidade de transportes marítimos internacionais é enorme. Trata-se de algo impossível, impraticável, a oposição prévia, formal.

Isso literalmente travaria as operações de transportes e a todos prejudicaria. Até o Estado brasileiro, arrecadador de tributos, sabe que não há o que se fazer diretamente, no calor da contratação.

E é justamente para isso que serve o Direito e, mais, a Justiça. Segundo a proporcionalidade das coisas e a visão econômica do Direito é melhor que tudo continue como está e nos poucos transportes geradores de litígios judiciais os ajustes sejam dados segundo as normas de Direito e a boa Ordem Moral.

Se de cada mil transportes internacionais marítimos de cargas dois ou três informam litígios judiciais no Brasil, muito mais razoável parece que o ajuste seja feito pela Justiça, como sempre foi, aliás, sem o travamento das relações comerciais, eis que é mais do que certo de que, infelizmente, os transportadores não mudarão suas práticas negociais inadequadas.

O adernamento escandaloso da cláusula em comento é mais do que prova da crítica que se lhes é firmemente endereçada e que há muito é de todas conhecida e de solução impossível sem ofensa grave à ordem econômica.

Reserva-se à Justiça o papel nobilíssimo de alinhar o que no mundo dos fatos foi deliberada e maliciosamente alinhado, mantendo-se íntegros os interesses sociais e o bom fluxo da Economia.

Sempre foi assim, aliás, não se compreendendo a razão de mudança de parte dos órgãos jurisdicionais no aproveitamento de cláusulas que são fundamentalmente abusivas, ilegais e inconstitucionais.

A regra processual mudou, mas o B/L não. Ele continua com os mesmos vícios de sempre e que só a Justiça poderá corrigir quando chamada a tanto.

Os pesos e medidas diferentes que o transportador reserva para si não pode ser agasalhado por quem tem o dever de dizer o Direito ao caso concreto.

Fechamos aspas

Esperamos, com a reprodução de parte de uma peça forense (réplica) evidenciar a importância de se dar as coisas seus devidos pesos e medidas.

Para muito além da discussão sobre os efeitos da sub-rogação, se materiais ou instrumentos, se ambos ao mesmo tempo e irrestritamente, ou sobre a ciência prévia ou não do clausulado do *Bill of Lading*, o que aqui se pretende é enfatizar a natureza abusiva dessa cláusula e, portanto, sua ilegalidade.

Mais do que ilegalidade, falamos em inconstitucionalidade, dado o ataque ao direito fundamental, garantia por excelência, do acesso à jurisdição. Falamos da grave injustiça que é obrigar quem não é parte de um contrato a se submeter aos seus termos que, em verdade, são antijurídicos.

Por meio deste modesto ensaio deseja-

mos escancarar o casuísmo contratual, o dirigismo inegável, presente na cláusula que permite ao transportador não só impor ao outros o foro de eleição como uso daquele do seu domicílio, desequilibrando completamente a relação contratual.

Sabemos que há em curso um grande movimento em favor do uso de foros estrangeiros em contratos simétricos e paritários e, ainda, o da arbitragem. Não temos desgosto nem por um, muito menos por outro. Fazemos uso dos dois em nossos cotidianos profissionais. O que pugnamos, até em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, é que sejam voluntariamente queridos pelos interessados, jamais imposto por um deles.

Queremos que o contrato vincule apenas suas partes e mesmo assim de modo razoável e apenas naquilo que prévia, formal e livremente negociado, sem jamais afetar aqueles que não se revestem dessa condição, a de partes, e que, cientes ou não dos termos dos clausulados, nada podem fazer.

Incentivar a força contratual ou a arbitragem não pode ser confundido com imposição para lá de forçosa e ofensiva ao que mais importante há no núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais que é o interessado buscar socorro da sua jurisdição. Defendemos, nada mais, nada menos, do que o respeito obsequioso ao artigo vestibular do antigo Código Justiniano que dizia que o Direito é a arte de dar a cada um o que é seu.

Da mesma forma que o transportador reserva para si o uso de sua jurisdição, que ao contratante do seu serviço se lhe seja dado isso e, mais ainda, aos que sequer são partes do negócio de transporte, porém são vítimas dele e nada mais querem do que defender seus legítimos direitos ofendidos.



Machado e Cremonese

Advogados Associados
Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes