English version
Versión en español

Da não incidência das regras relativas ao foro estrangeiro de eleição e/ou da arbitragem em relação aos contratos internacionais de transportes marítimo e aéreo de cargas

RESUMO

Este trabalho apresenta elementos importantes para o Direito dos Transportes e o Direito do Seguro relativamente ao Código de Processo Civil em vigor desde 18 de março de 2016 e a nova dinâmica processual, notadamente no que diz respeito aos litígios envolvendo contratos internacionais de transportes marítimos e aéreos de cargas. O objetivo principal é defender a não incidência das regras que tratam da preferência do foro estrangeiro de eleição e da convenção de arbitragem quando previstas em contratos de adesão. Considerando que os contratos internacionais de transportes marítimos e aéreos de cargas são tipicamente de adesão, tais disposições passam a ser abusivas, porque despidas da necessária voluntariedade. Sem a voluntariedade, não existe verdadeiro foro estrangeiro de eleição, muito menos convenção arbitral, mas imposições dos transportadores aos consignatários de cargas, inibindo a plena incidência das regras processuais relativamente a tais figuras. A situação revela-se ainda mais grave em se tratando de seguradora legalmente sub-rogada na pretensão do segurado e consignatário de carga, uma vez que não foi ou é parte do contrato de transporte, marítimo ou aéreo. A natureza abusiva de tais cláusulas contratuais, unilateralmente dispostas em instrumentos contratuais impressos e pré-ordenados torna-se ainda mais evidente quando busca a projeção de efeitos jurídicos a quem sequer participou do negócio propriamente dito. O foro estrangeiro de eleição, nesse sentido, assume condição inibidora da garantia constitucional de acesso à Justiça e, ainda, promove o esvaziamento indevido da soberania da jurisdição nacional. No caso da arbitragem tem-se, ainda e além da ausência de voluntariedade, condição “sine quae non” para sua incidência, vício formal substancial insanável, qual seja, o descumprimento das disposições da própria lei brasileira de arbitragem. Os instrumentos contratuais adesivos de transportes internacionais de cargas não seguem as regras expressas de “lex specialis” brasileira, mas seus exclusivos alvedrios, antagônicos ao sistema legal brasileiro como um todo. O trabalho não se insurge contra as novas regras processuais propriamente ditas, mas contra a eventual aplicação de uma e/ou de outra nos litígios envolvendo as matérias de Direito dos Transportes ligadas aos contratos de adesão que o informam, sobretudo quando uma das partes da relação processual for seguradora legalmente sub-rogada na pretensão original do consignatário de carga.

Palavras-chave: Cláusulas contratuais adesivas. Contratos de adesão. Imposições unilaterais dos transportadores de cargas. Ausência de voluntariedade da parte aderente. Seguradora legalmente sub-rogada não é parte da relação contratual original. Abusividade das cláusulas de foro estrangeiro de eleição e de arbitragem. Não incidência das regras processuais novas relativamente aos contratos de adesão.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil já se encontra em vigor desde 18 de março de 2016.

Evidentemente que um Código novo carrega consigo expectativas, positivas e negativas.

Muito papel e bastante tinta serão consumidos a respeito do Código e certamente os debates serão intensos e sucessivos, conforme as novas regras processuais forem aplicadas cotidianamente.

Afinal, um novo sistema se implanta, com figuras mais próximas ao *“common law”* do que ao *“civil law”*, rompendo-se tradição originária do Direito brasileiro.

De qualquer forma, nosso propósito é modesto, limitado a tratar do Código e das suas normas e regras apenas naquilo que tange ao Direito dos Transportes e ao Direito do Seguro.

Nesse sentido, ousamos comentar, ainda que sumariamente, sobre dois temas que se conectam à jurisdição nacional: foro estrangeiro de eleição e a convenção de arbitragem.

O objetivo principal é mostrar que essas regras não são aplicáveis aos casos (litígios) envolvendo contratos internacionais de transportes marítimos e/ou aéreos de cargas, porque típicos contratos de adesão.

Os transportadores marítimos e aéreos de cargas impõem cláusulas contratuais aos consignatários de cargas, usuários dos serviços de transportes.

Esses mesmos usuários não externam suas respectivas vontades, de tal modo que as referidas cláusulas são abusivas e ilegais, como o Poder Judiciário sempre reconheceu.

E sendo tais cláusulas abusivas e ilegais, impostas unilateralmente, não podem ser abraçadas pelas novas regras processuais que tratam do foro estrangeiro de eleição e da convenção de arbitragem.

A ausência da voluntariedade ampla e bilateral inibe a efetiva incidência das novas regras processuais relativamente aos contratos internacionais de transportes marítimos e/ou aéreos de cargas.

E dentro dessa concepção, como demonstrar-se-á ao longo deste trabalho, com mais razão tais cláusulas não são aplicáveis às seguradoras legalmente sub-rogadas nas pretensões dos segurados e consignatários de cargas, autoras de ações regressivas de ressarcimentos contra os mesmos transportadores, uma vez que sequer foram e são partes nos mesmos e criticados instrumentos contratuais abusivos.

Vejamos:

Sobre o foro estrangeiro de eleição

Há uma regra no novo Código de Processo Civil que poderá causar alguma confusão se não for corretamente interpretada nos casos envolvendo disputas judiciais fundadas em inadimplementos de contratos de transportes internacionais marítimos e/ou aéreos de cargas.

Fala-se especificamente do artigo 25, que trata do foro estrangeiro de eleição, cuja dicção é a seguinte: "*Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação*".

Referida regra não poderá ser aplicada aos casos envolvendo disputas relativas aos descumprimentos de obrigações contratuais de transportes marítimos e/ou aéreos de cargas, pois em cada um dos instrumentos contratuais o foro estrangeiro não foi eleito livremente pelas partes, mas imposto, unilateralmente, de forma adesiva, pelos transportadores, sem que as consignatárias das cargas, muito menos as seguradoras eventualmente sub-rogadas nas pretensões destas, pudessem esboçar quaisquer discordâncias a respeito.

Antes mesmo dessa regra processual, transportadores marítimos e aéreos tentavam fazer valer o foro estrangeiro previsto nos contratos internacionais marítimos e aéreos de cargas, fingindo não se tratar de uma norma adesiva, abusiva e contrária ao sistema legal brasileiro, com nuances inconstitucionais, inclusive.

E a cada tentativa ao longo dos anos, o Poder Judiciário respondeu negativamente, reconhecendo tratar-se mesmo de uma norma manifestamente ilegal, porque abusiva, imposta unilateralmente em contrato de adesão, mediante cláusula impressa.

Eis alguns julgados emblemáticos que merecem especial atenção, como os dois ora reproduzidos e pinçados do repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO - AÇÃO DE REGRESSO - SUB-ROGAÇÃO - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO - MATÉRIA PROCESSUAL - INOPONIBILIDADE AO SUB-ROGADO - AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 283 DA SÚMULA/STF - RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - O instituto da sub-rogação transfere o crédito apenas com suas características de direito material. A cláusula de eleição do foro estabelecida no contrato entre segurado e transportador não opera efeitos com relação ao agente segurador sub-rogado.

II - Acórdão assentado em mais de um fundamento, sem que todos tenham sido objeto de impugnação. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 283/STF.

III - Recurso especial não conhecido

(STJ - REsp: 1038607 SP 2008/0052074-1, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 20/05/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/08/2008"

EMENTA: Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Contrato. Transporte marítimo. Competência. Cláusula de eleição de foro estrangeiro.

1. O Acórdão recorrido, de forma expressa, afirmou que não enfrentaria o mérito da questão da sub-rogação. Sendo assim, a ausência de prequestionamento do tema contido no artigo 988 do Código Civil, em seu mérito, revela-se evidente, o que impede o seguimento do especial quanto ao ponto.

2. Dispôs o Acórdão recorrido que "uma cláusula de renúncia de direitos com tão graves consequências como a cláusula de eleição de foro estrangeiro não pode reputar-se aceita tacitamente, sem que haja qualquer evidência, por mínima que seja, de que o consentimento da parte foi específico e resultou de uma negociação consciente" (fls. 43). Esse fundamento do Acórdão, suficiente para sua manutenção, não sofreu impugnação, quer com base na alínea a), quer na alínea c) do permissivo constitucional. Os paradigmas versam apenas sobre a validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, sem, contudo, tratar da situação específica verificada na hipótese destes autos, cláusula de eleição de foro estrangeiro, ofensa à ordem pública e à jurisdição brasileira, não havendo, portanto, a necessária identidade fática entre os julgados.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 459.668 - RJ - 2002/0076056-3)

Os dois julgados acima representam um vasto acervo de decisões no mesmo sentido, sendo que os Tribunais de Justiça de todo o país praticamente repetem o posicionamento.

Considerando o novo sistema processual brasileiro e a força do precedente judicial, as decisões reiteradas recusando o foro estrangeiro de eleição num contrato de adesão são muito significativas e não poderão ser desprezadas quando da análise prática e efetiva aplicação do artigo 25 relativamente aos contratos internacionais de transportes marítimos e/ou aéreos de cargas.

Não é só: em se tratando, num dado caso concreto, de autora seguradora legalmente sub-rogada na pretensão do segurado e consignatário da carga, a eventual aplicação da cláusula se revelava e revela ainda mais errada, como a jurisprudência também sempre reconheceu amplamente:

"0031172-14.2007.8.19.0000 (2007.002.17947) - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 28/08/2007 - OITAVA CAMARA CIVEL

Agravo de instrumento contra decisão que rejeitou exceção de incompetência apresentada pela Agravante na ação regressiva de ressarcimento que lhe move a Agravada perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. ***Agravante que pretende o reconhecimento da competência de Cingapura, ou, caso assim não se entenda, das Comarcas de Contagem ou de Santos. Seguradora que busca o ressarcimento do valor de cobertura securitária paga em razão de inadimplemento de contrato de transporte marítimo internacional, sub-rogando-se no direito da segurada. Sub-rogação que não abrange a cláusula de eleição de foro pactuada em contrato do qual não participou. Precedentes do TJRJ****. Competência que deve observar a regra geral do foro do domicílio do réu, tendo a Agravante filial na Comarca do Rio de Janeiro. Inexistência de prevenção do Juízo no qual tramitou o protesto interruptivo da prescrição. Desprovimento do agravo de instrumento.*

0006273-83.2006.8.19.0000 (2006.002.14243) - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 08/11/2006 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL

Agravo de instrumento. exceção de incompetência fundada em foro contratual de eleição. pretensão de declínio da competência para a comarca de marselha, frança. ação principal que versa sobre sub-rogação da seguradora nos valores que pagou à segurada. cláusula de eleição de foro insita no contrato marítimo, do qual não participou a seguradora. eleição de foro que não vincula a seguradora. precedentes do superior tribunal de justiça. desprovimento do recurso, para manter a decisão que rejeitou a exceção de incompetência.

Ora, se o segurado, consignatário da carga, não anuiu com o foro estrangeiro de eleição, muito menos assim o fez a sua seguradora, constituindo-se um abuso monumental e uma ofensa constitucional ao seu direito constitucional, garantia fundamental, de acesso à Justiça.

No livro de nossa modesta autoria, "*Prática de Direito Marítimo*", hoje na sua 3ª edição (Aduaneiras), discorremos muito sobre o assunto, aproveitando a experiência profissional para a construção do argumento.

Dada a finalidade deste trabalho, permitimo-nos reproduzir o trecho que aborda a natureza abusiva e ilegal da cláusula de eleição de foro do contrato internacional de transporte marítimo de carga, sendo que o que coube e cabe ao modo marítimo de transporte cabe igualmente ao aéreo, uma vez que absolutamente idênticos os arquétipos dos respectivos contratos.

Abrimos aspas:

10. Da cláusula de eleição de foro: abuso de direito

No mesmo caminho, tem-se por inválida e ineficaz, nula de pleno Direito, toda cláusula adesiva dispondo como foro de eleição aquele ditado ao alvedrio do transportador marítimo.

De um modo geral, os transportadores (quaisquer que sejam os países de origem) fixam como foros competentes os de Londres e o de Nova York, impondo ônus excessivo ao embarcador ou ao destinatário final do transporte de cargas.

Com efeito, imaginemos o caso de um importador brasileiro, destinatário final do serviço de transporte de uma carga, que se vê forçado a litigar em Londres, com custo extremamente elevado e com um sistema legal desconhecido, muito provavelmente equipado para proteger, com certo exagero, os transportadores.

Isso porque sendo o transporte de cargas atividade vital para a economia de um país, as nações mais desenvolvidas sempre se ocuparam em considerar o ramo como estratégico para suas pretensões globais, armando seus acervos legais com regras de proteção (muitas vezes exageradas e desequilibradoras) aos transportadores marítimos.

Por isso é que não se pode emprestar, a rigor, à cláusula de eleição de foro a estampa e a proteção do “pacta sunt servanda”. Bem ao contrário, essa Cláusula, como dissemos, é nula, tendo-se para a fixação do foro competente outros critérios, ditados pelo sistema legal brasileiro.

Com efeito, o lugar de cumprimento de uma obrigação de transporte é o critério legal normalmente utilizado para os casos de importação. Já em se tratando de exportação, a fim de tutelar o interessado brasileiro, tem-se como critério legal o lugar em que a obrigação de transporte foi celebrada. Outro critério válido é o do lugar dos fatos ou da apuração dos fatos. Todos esses critérios, ditados pela lei, sobrepõem-se ao draconiano foro de eleição.

Se o autor da ação for um segurador legalmente sub-rogado, a situação é ainda mais confortável em termos de rechaçamento de qualquer argüição de validade da cláusula de foro de eleição, pois o segurador não foi parte do contrato de transporte.

Ora se a cláusula não é capaz de prejudicar o celebrante do contrato de transporte, com mais razão não poderá atingir o segurador legalmente sub-rogado.

Por isso, seguimos convictos em afirmar que, em princípio, salvo casos muito excepcionais, a jurisdição brasileira será sempre a competente para apreciação da disputa judicial de Direito Marítimo, desprezando-se, assim, as cláusulas impressas no Conhecimento Marítimo.

Não estamos afirmando que o foro de eleição não pode aparecer num dado negócio jurídico, mas que ao menos em relação ao contrato de transporte marítimo, até por sua natureza adesiva, realmente não pode viger e produzir efeitos jurídicos.

O foro de eleição, em sentido amplo, foi mantido no direito processual brasileiro pelo art. 111 do Código de Processo Civil, estabelecendo a possibilidade das partes alterar **convencionalmente** a competência em razão de valor e do território, com a correspondente **eleição do foro** onde devem ser propostas as ações pessoais e, em algumas hipóteses, até as reais (art. 95 do CPC). Assim, com exclusão das ações relativas a imóveis e do inventário de bens situados no Brasil, cuja competência internacional é adstrita aos órgãos judicantes brasileiros, é viável a eleição de foro estranho à jurisdição nacional pelas partes interessadas.

Mas é preciso que se ressalte bem a força da expressão “convenção”. Em contrato de adesão a idéia de convenção não subsiste, principalmente se o autor da ação, caso específico do segurador sub-rogado, sequer tenha figurado no corpo do instrumento contratual.

Por isso mesmo, o posicionamento jurisprudencial tem sido no sentido de que tal “convenção” se mostra, na maioria das vezes, abusiva, tendo-se em conta que traz vantagens apenas para um dos contratantes, o transportador.

Logo, nos contratos de adesão, a cláusula de eleição do foro tem declarada **ex officio** sua nulidade.

Abaixo, reproduzimos enunciando de Súmula do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

Súmula nº 14 do 1º TACivSP:

“Contrato de transporte. Seguradora subrogada – A cláusula de eleição de foro constante do contrato de transporte ou do conhecimento de embarque é ineficaz em relação à seguradora sub-rogada.”

No mesmo sentido, o julgado abaixo:

RT 623/90

*"**A cláusula de eleição de foro constante de contrato de transporte ou do conhecimento de embarque é ineficaz quanto à seguradora sub-rogada no crédito da remetente, pois não está a seguradora na posição contratual da remetente segurada, detendo apenas o crédito desta.**"*

(UJ 356.311 – TP – j. 7.5.87 – rel. Juiz Araújo Cintra)

A doutrina também se posiciona contrariamente às cláusulas de eleição de foro que se revelam abusivas, especialmente em detrimento daquele que sequer figurou na relação contratual, como é o caso do segurador legalmente sub-rogado. José Frederico Marques75 afirma: "*Questão que tem sido muito discutida em nossos tribunais é a da extensão do foro de eleição ao segurador, nos contratos de transporte. A melhor doutrina, segundo nos parece, é a dos que entendem que a avença entre a transportadora e o expedidor da mercadoria não vincula terceiros. Embora o segurador fique sub-rogado nos direitos do credor originário, ocupando, assim, a posição tal efeito da sub-rogação ao processo civil*".

Outro julgado do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil merece nossa especial atenção:

RT 623/90

"Os foros especiais e o do domicílio do réu são concorrentes, por conseguinte, concorrentes este último e o de eleição. E diz-se que a competência é concorrente quando simultaneamente vários foros forem competentes, podendo haver a escolha de um autor, em detrimento dos demais (...)"

"Proposta a ação, dá-se por escolhido o foro, pouco importando que o réu mude seu domicílio ou ocorra outra alteração de fato, pois esse é o momento da perpetuatio jurisdicitionis, que em nosso Direito não é simultâneo ao da prevenção, pela qual se fixa a competência do juízo, cristalizando-a (art. 86 e 219 do CPC)."

"O foro do domicílio geral; e concorrente com os demais, por não trazer à ação nele ajuizada prejuízo ao réu, que melhor poderá defender-se, devendo-se ressaltar haver normas expressas – que são consideradas de caráter geral – quanto ao foro de eleição (arts. 95, Segunda parte, do CPC e 846, parágrafo único, e 950, parágrafo único, do CC)."

10.1. Da autoridade judicial brasileira

Por tais razões e outras tantas que não consideramos válidas e eficazes cláusulas de eleição de foro em transportes marítimos, contratos de adesão por excelência.

Demais, o sistema legal brasileiro é inteligentemente construído no sentido de prestigiar a autoridade judiciária nacional, que se revela hábil para tratar da maior parte dos casos de Direito Marítimo.

No que concerne ao Direito pátrio, será competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil (art. 88, inciso I do CPC), entendendo-se por domicílio da pessoa jurídica estrangeira, sua agência, filial ou sucursal no país (parágrafo único do art. 88 do CPC).

Portanto, independentemente de qual seja a pessoa jurídica responsável pelo ressarcimento dos prejuízos advindos do sinistro, será competente à Justiça brasileira para apreciar a questão posto que uma das partes litigantes for domiciliada no Brasil, emprestando-se à palavra domicílio vasta amplitude.

O transportador marítimo estrangeiro que tiver no país um agente marítimo, será considerado como domiciliado no Brasil, atraindo a jurisdição nacional. Tal situação encontra-se contemplada nos termos do parágrafo único do artigo 88 do Código de Processo Civil, que estabelece que para fins de se determinar a competência pelo domicílio, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa

jurídica estrangeira que tiver aqui agência (**actor sequitur forum rei**), diga-se, representação comercial.

Noutra tela, aponta-se como elemento de conexão, a fim de se estabelecer a competência da Justiça brasileira em apreciar o litígio, o fato da obrigação ter que ser cumprida no Brasil (**actor sequitur forum exsecutionis**), situação comum em transportes vinculados à exportação.

Para Hélio Tornaghi76 há de se considerar o seguinte, para fins de estabelecer o local em que a obrigação deve ser cumprida:

"É irrelevante o lugar em que é contraída a obrigação; importante, sim, aquele em que ela tem de ser cumprida. A regra aqui consagrada é diferente da adotada em leis que levam em conta, quer o lugar em que a obrigação é contraída, quer aquele em que ela deve ser satisfeita (art. 20 do Cód. Proc. Civil italiano, para a competência interna).

Para a justiça brasileira seja competente, neste caso, é necessário que o Brasil esteja o locus destinatae solutionis, isto é, o local em que a obrigação deve ser cumprida. A liberalidade do devedor que pagou, em parte, no Brasil quando a isso não estava obrigado não autoriza o credor a pedir à justiça brasileira que faça cumprir o restante da dívida.

Por outro lado, não basta que alguma obrigação contratual deva ser cumprida no Brasil; é preciso que aqui tenha de ser satisfeita a mesma obrigação cujo o cumprimento é pedido."

Por oportuno, ressaltamos e reproduzimos o entendimento jurisprudencial a respeito:

"**COMPETÊNCIA – Internacional – Responsabilidade civil – Transporte marítimo – Carga embarcada na Suécia com destino ao Brasil (Porto de Santos) – Mercadoria acondicionada em navio diverso do especificado, com outro destino – Existência de contrato de transporte entre a ré e a consignatária da carga transportada – Artigo 88, II, do Código de Processo Civil – Competência da Justiça Brasileira – Preliminar afastada."**

"*Competente a justiça Brasileira, pois aqui devia ser cumprida a obrigação: entrega da mercadoria transportada no porto de Santos, pouco importando tenha a ré contratado – ela e não a segurada da autora –, como outra empresa o transporte feito entre dois portos no exterior. O que vale para efeito de fixação de competência da autoridade judiciária brasileira é o contrato de transporte entre a ré e a consignatária da carga transportada, tendo aquela assumido com a emissão do conhecimento de transporte a obrigação de efetuar a entrega do container e da mercadoria nele inserida no aludido porto situado no Brasil. Incide no caso o art. 88, II, do CPC, sendo competente a autoridade brasileira, porque aqui a obrigação deveria ser cumprida."*
Apelação nº 717.367-5 – Santos – 11ª Câmara 27/04/98 – v.u. – Rel. Juiz Antônio Marson.

"TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCADORIAS – Indenização por extravio de carga – Competência – Desembarque a ser feito no Brasil – Julgamento afeto à Justiça brasileira – Prevalência do disposto no art. 88, II do CPC sobre o foro de eleição – Existência, ademais, de anterior aceitação da jurisdição brasileira – Aplicação do princípio da submissão – Declaração de votos."

"Ementa oficial: Transporte marítimo. EC 7/77. Ação rescisória. Competência residual do extinto TFR. Eleição contratual de foro estrangeiro. Prevalência da jurisdição brasileira. Aplicação do art. 88, II do CPC e do princípio da submissão.

1. Tratando-se de questão relacionada com contrato de transporte de questão relacionada com contrato de transporte marítimo, continuou competente o extinto TFR após a EC 7, de 13.4.77, para o julgamento de ação rescisória visando à desconstituição de seus acórdãos.

2. Não prevalece o foro contratual eleito pelas partes quando, pela obrigação assumida pela empresa de transporte, o desembarque da mercadoria é feito no Brasil. Aplicação do art. 88, II do

CPC, bem como do princípio da submissão em razão da anterior aceitação da jurisdição brasileira.

3. Ação rescisória julgada improcedente, pela inocorrência dos pressupostos legais.

(AR 133 – RS – 2ª S. – j. 30.8.89 – rel. Min. Claúdio Santos – DJU 2.10.89)

Ainda por argumentação, nos termos do artigo 100, inciso IV, alínea "d" do Código de Processo Civil, a ação de regresso ora intentada em face transportador marítimo, tem que ser distribuída no lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, ou seja, no porto de destino das mercadorias.

Em favor da prevalência da jurisdição nacional, temos Pontes de Miranda:

"Qualquer que seja o lugar da prestação, salvo lex specialis cogente, podem os interessados mudá-lo, convencionando que se preste noutro lugar (e.g., que a indenização por ato ilícito seja entregue pelo devedor, em seu domicílio), ou alterando-se o lugar que fora determinado convencionalmente, ou cuja determinação resultou de regra jurídica dispositiva. Para a ação decorrente de fato ocorrido, ou de ato praticado no Brasil, o art. 88, III, é cogente."

Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1973 – TOMO II, p. 190/191.

No que toca à jurisprudência, em ocorrendo a causa de pedir no Brasil, há de se verificar o seguinte:

"É princípio tradicional do direito brasileiro, inscrito no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, o que as obrigações devem ser qualificadas e regidas pelo direito do país em que se constituírem. Face à regra da lex loci delicti, que é de ordem pública, se o ato ilícito foi praticado no Brasil e no Brasil produziu efeitos a competência é da Justiça brasileira."

(Ac. Unân. do STF em sessão plena de 9.10.80, em agr. reg. na cart. rog. 3.119-0, rel. Min. Antônio Neder; RTJ 97/69)

Em matéria de direito internacional privado, há de se observar as relações individuais, a fim de se observar o direito aplicável nos litígios entre as partes. Contudo, certas limitações são impostas às partes, principalmente nas questões afetas à competência internacional concorrente, conforme se verificará.

Normalmente os contratos internacionais atribuem jurisdição a tribunais estrangeiros, o que por si, implica em imposição unilateral de vantagem a uma das partes em detrimento da outra.

Entretanto, a indicação de foro não se mostra obrigatória, mormente, em razão de dois fatores: a submissão anterior à jurisdição diversa da convencionada e a ineficácia da referida cláusula frente aos terceiros sub-rogados em direito e obrigações.

O **princípio da submissão** constitui em aceitação voluntária das partes à jurisdição de um tribunal que ao qual normalmente não estão afetas, ou seja, foro diverso daquele estabelecido para dirimir eventuais conflitos entre os contratantes.

Segundo importante lição de Amílcar Castro[77], o Poder Judiciário tem competência para processar e julgar qualquer causa sem levar em conta a nacionalidade, o domicílio ou o local do fato. Para este autor, para a solução de conflitos internacionais, há de se observar o seguinte: *"Por essa doutrina, no silêncio da lei, o exercício da jurisdição arrima-se em dois princípios: o da efetividade e o da submissão. (...)" "(...) o princípio da submissão significa que, em limitado número de casos, uma pessoa pode voluntariamente submeter-se à jurisdição de tribunal que não estava sujeita, pois se começa por aceitá-la não pode depois pretender livrar-se dela"*.

Não só não concordamos com as cláusulas de eleição de foro, como entendemos que dificilmente um caso concreto, envolvendo um nacional, deixará de ser apreciado pela Jurisdição brasileira.

Fechamos aspas

Ao abordarmos a ilegalidade do foro de eleição no contrato internacional de transporte marítimo de carga, também aproveitamos para tratar da preferência da autoridade judiciária brasileira, defendendo a jurisdição nacional.

Evidentemente que a abordagem acima reproduzida fez menção ao antigo Código de Processo Civil, mas os argumentos jurídicos continuam rigorosamente os mesmos, na medida em que mudança alguma houve nesse sentido.

Pois isso tudo, não há que ser aplicada a regra do artigo 25 em casos envolvendo contratos de adesão (marítimos ou aéreos), uma vez que não existe verdadeira eleição de foro estrangeiro, mas imposição ilegal e inconstitucional em contrato de adesão, do qual a Autora não foi parte e não manifestou livremente sua vontade.

De se notar que não questionamos, em verdade, a constitucionalidade, tampouco as validade e eficácia da regra referida regra em si, mas sua eventual e equivocada aplicação nos litígios envolvendo, nunca é demais repetir, contratos internacionais, adesivos, de transportes aéreos e marítimos de cargas, uma vez que o foro estrangeiro de eleição não foi convencionado em qualquer um deles, mas imposto unilateralmente.

E isso, como demonstrando à exaustão, tem ainda mais cabimento em se tratando, por exemplo, de uma autora seguradora de carga legalmente sub-rogada na pretensão do consignatário, pois aquela, mais do que este, não externou de forma alguma sua livre vontade acerca do assunto.

Os contratos de adesão têm que ser analisados com muito rigor e cuidado, sempre restritivamente. Não podem, pois, de forma alguma servir como salvo-condutos aos abusos, especialmente àqueles que esvaziam garantias constitucionais como a do amplo acesso à Justiça.

Por isso tudo, repetimos convictamente, é que não se pode emprestar à cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais de transportes marítimos e/ou aéreos de cargas a estampa e a proteção do “pacta sunt servanda”. Bem ao contrário, essa cláusula, como dissemos, é ineficaz, tendo-se para a fixação do foro competente outros critérios, ditados pelo sistema legal brasileiro.

Daí, ao menos na matéria em exame, a cuidadosa interpretação e aplicação do artigo 25, não se permitindo prejuízos indevidos às partes aderentes ou, ainda mais graves, aos seus seguradores, sequer partes nas relações contratuais originais.

Com efeito, o lugar de cumprimento de uma obrigação de transporte é o critério legal normalmente utilizado para os casos de importação. Já em se tratando de exportação, a fim de tutelar o interessado brasileiro, tem-se como critério legal o lugar em que a obrigação de transporte foi celebrada. Outro critério válido é o do lugar dos fatos ou da apuração dos fatos. Todos esses critérios, ditados pela lei, sobrepõem-se ao draconiano foro de eleição e todos foram, de um modo ou de outro, contemplados pelo novo Código de Processo Civil, que premiou, sim, o foro de eleição, desde que absolutamente voluntário numa dada relação contratual, jamais numa relação marcada pelo selo da adesão.

Se o autor da ação for um segurador legalmente sub-rogado, vale a pena insistir, a situação é ainda mais confortável em termos de rechaçamento de qualquer arguição de validade da cláusula de foro de eleição, pois o segurador não foi parte do contrato de transporte.

Ora se a cláusula não é capaz de prejudicar o celebrante do contrato de transporte, com mais razão não poderá atingir o segurador legalmente sub-rogado.

Por isso, seguimos seguros em afirmar que, em princípio, salvo casos muito excepcionais, a jurisdição brasileira será sempre a competente para apreciação da disputa judicial de Direito dos Transportes (e do Direito Marítimo, em especial), desprezando-se, assim, as cláusulas impressas no

Conhecimento Marítimo ou no Conhecimento Aéreo.

Não estamos afirmando que o foro de eleição não pode aparecer num dado negócio jurídico, mas que ao menos em relação ao contrato de transporte marítimo, até por sua natureza adesiva, realmente não pode viger e produzir efeitos jurídicos.

O foro de eleição, em sentido amplo, foi mantido no direito processual brasileiro atual nos mesmos moldes ditados pelo antigo artigo 111 do Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo a possibilidade das partes alterar **convencionalmente** a competência em razão de valor e do território, com a correspondente **eleição do foro** onde devem ser propostas as ações pessoais e, em algumas hipóteses, até as reais (art. 95 do CPC). Não é fora de propósito afirmar que essa ideia foi mantida no artigo 63 do Código atual, notadamente no § 1º, mas, seja no sistema processual anterior, seja no ora vigente, a presença do elemento voluntariedade é imprescindível, sob pena de se transformar uma vontade acutilada pela forma adesiva de contratação, numa manifestação absoluta.

Assim, com exclusão das ações relativas a imóveis e do inventário de bens situados no Brasil, cuja competência internacional é adstrita aos órgãos judicantes brasileiros, é viável, hoje, como antes, a eleição de foro estranho à jurisdição nacional pelas partes interessadas, mas é preciso que se ressalte bem a força da expressão “convenção”. Em contrato de adesão a ideia de convenção não subsiste, principalmente se o autor da ação, caso específico do segurador sub-rogado, sequer tenha figurado no corpo do instrumento contratual.

Por isso mesmo, o posicionamento jurisprudencial tem sido no sentido de que tal “convenção” se mostra, na maioria das vezes, abusiva, tendo-se em conta que traz vantagens apenas para um dos contratantes, o transportador. Não temos motivos para acreditar que isso mudará com o novo “Codex”.

Logo, nos contratos de adesão, a cláusula de eleição do foro tem declarada *ex officio* sua nulidade ou, no mínimo, sua ineficácia, sua invalidade.

Abaixo, reproduzimos enunciando de Súmula do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, absorvido pelo Tribunal de Justiça com o propósito de evidenciar quão tradicional é essa inteligente e justa posição jurisprudencial brasileira:

Súmula nº 14 do 1º TACivSP:
“Contrato de transporte. Seguradora subrogada *– A cláusula de eleição de foro constante do contrato de transporte ou do conhecimento de embarque é ineficaz em relação à seguradora sub-rogada.”*

No mesmo sentido, o julgado abaixo:

RT 623/90

*“**A cláusula de eleição de foro constante de contrato de transporte ou do conhecimento de embarque é ineficaz quanto à seguradora sub-rogada no crédito da remetente, pois não está a seguradora na posição contratual da remetente segurada, detendo apenas o crédito desta**.”*
(UJ 356.311 – TP – j. 7.5.87 – rel. Juiz Araújo Cintra)

A doutrina também se posiciona, desde longa data, contrariamente às cláusulas de eleição de foro que se revelam abusivas, especialmente em detrimento daquele que sequer figurou na relação contratual, como é o caso do segurador legalmente sub-rogado. José Frederico Marques, na sua famosa obra processual, afirma: *“Questão que tem sido muito discutida em nossos tribunais é a da extensão do foro de eleição ao segurador, nos contratos de transporte. A melhor doutrina, segundo nos parece, é a dos que entendem que a avença entre a transportadora e o expedidor da mercadoria não vincula terceiros. Embora o segurador fique sub-rogado nos direitos do credor*

originário, ocupando, assim, a posição tal efeito da sub-rogação ao processo civil".

Outro julgado do mesmo extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil merece nossa especial atenção, reiterando que a seleção de julgados antigos tem por propósito enfatizar a sólida posição jurisprudencial e a certeza de que nada mudará relativamente ao novo Código de Processo Civil, artigo 25.

Eis a decisão:

RT 623/90

"Os foros especiais e o do domicílio do réu são concorrentes, por conseguinte, concorrentes este último e o de eleição. E diz-se que a competência é concorrente quando simultaneamente vários foros forem competentes, podendo haver a escolha de um autor, em detrimento dos demais (...)"

"Proposta a ação, dá-se por escolhido o foro, pouco importando que o réu mude seu domicílio ou ocorra outra alteração de fato, pois esse é o momento da perpetuatio jurisdicitionis, que em nosso Direito não é simultâneo ao da prevenção, pela qual se fixa a competência do juízo, cristalizando-a (art. 86 e 219 do CPC)."

"O foro do domicílio geral; e concorrente com os demais, por não trazer à ação nele ajuizada prejuízo ao réu, que melhor poderá defender-se, devendo-se ressaltar haver normas expressas – que são consideradas de caráter geral – quanto ao foro de eleição (arts. 95, Segunda parte, do CPC e 846, parágrafo único, e 950, parágrafo único, do CC)."

O foro estrangeiro de eleição é, sim, uma realidade normativa e a nova regra processual merece todo o prestígio possível, sem dúvida, desde que ele seja verdadeiramente eleito entre as partes, escolhido como fruto da livre manifestação de vontades, não como algo imposto em sede de contrato de adesão, abusivamente, sem anuência alguma da parte aderente, muito menos da sua seguradora.

No segundo caso, a regra processual servirá ao que é torto e será objeto de grave injustiça e, até mesmo, de ofensa reflexa à soberania da jurisdição nacional.

Sobre a convenção de arbitragem

Pelas mesmas e fundadas razões, não há que se falar no caso concreto em eventual preferência do procedimento arbitral, segundo o artigo 3º, §1º.

Acrescente-se às sobreditas razões uma outra, absolutamente fundamental: a suposta convenção de arbitragem não é, a rigor, nos contratos internacionais de transportes marítimos e/ou aéreos de cargas, levada à efeito segundo a lei de arbitragem brasileira.

Com efeito, além de ser outra imposição presente num contrato de adesão, referida disposição atenta frontalmente contra a própria lei especial sobre a matéria.

Vale lembrar que o mesmo Código de Processo Civil reconhece a possibilidade e a validade da arbitragem desde que expressamente observada a forma legal, conforme dispõe o §1º do artigo 3º: "*É permitida a arbitragem, na forma da lei*".

O que se infere da parte final do referido enunciado é simples e não comporta muita ilação a respeito, senão a óbvia: se a lei não for rigorosamente observada, não há que se falar em arbitragem!

E nos litígios relativos ao Direito do Transporte a convenção de arbitragem não é uma verdadeira

convenção, mas outra inaceitável imposição dos transportadores em geral.

Em se tratando de contrato de adesão, a convenção de arbitragem tem que ser disposta num termo à parte, específico, anexo, assinado pelas partes e/ou disposto no próprio corpo do contrato, mas com letras destacadas e com a assinatura da parte aderente sobre o texto respectivo.

Nada disso costuma ser observado nos referidos contratos, de tal forma que nos sentimos bem confortáveis em invocar a jurisprudência consolidada a respeito:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Carga transportada.Indenização. Ação regressiva decorrente de contrato de seguro. Cláusula de arbitragem instituída entre a prestadora dos serviços e a dona da carga. Inaplicabilidade à Seguradora, que não firmou nem anuiu na referida avença. Furto da carga. Fato que não caracteriza evento de força maior, pois perfeitamente previsível e evitável dentro das condições normais de transporte. Recurso provido para afastar a extinção do processo e, com base no disposto no artigo 515, § 3º, do CPC, julgar procedente a ação./. "A natureza jurídica da cláusula compromissória é de uma obrigação de fazer, com caráter personalíssimo, pelo que não pode ser transferido a terceiro."2. O furto de mercadoria transportada não pode ser considerado um fato desconexo ao contrato de transporte, e,sendo previsível e, em última análise, evitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, não se constitui em caso fortuito ou força maior capaz de excluir a responsabilidade do transportador.

(TJ-SP - APL: 990093738210 SP, Relator: Gilberto dos Santos, Data de Julgamento: 11/03/2010, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/03/2010).

0031172-14.2007.8.19.0000 (2007.002.17947) - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 28/08/2007 - OITAVA CAMARA CIVEL

Agravo de instrumento contra decisão que rejeitou exceção de incompetência apresentada pela Agravante na ação regressiva de ressarcimento que lhe move a Agravada perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Agravante que pretende o reconhecimento da competência de Cingapura, ou, caso assim não se entenda, das Comarcas de Contagem ou de Santos. Seguradora que busca o ressarcimento do valor de cobertura securitária paga em razão de inadimplemento de contrato de transporte marítimo internacional, sub-rogando-se no direito da segurada. Sub-rogação que não abrange a cláusula de eleição de foro pactuada em contrato do qual não participou. Precedentes do TJRJ. Competência que deve observar a regra geral do foro do domicílio do réu, tendo a Agravante filial na Comarca do Rio de Janeiro. Inexistência de prevenção do Juízo no qual tramitou o protesto interruptivo da prescrição. Desprovimento do agravo de instrumento.

0006273-83.2006.8.19.0000 (2006.002.14243) - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 08/11/2006 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA FUNDADA EM FORO CONTRATUAL DE ELEIÇÃO. PRETENSÃO DE DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA PARA A COMARCA DE MARSELHA, FRANÇA. AÇÃO PRINCIPAL QUE VERSA SOBRE SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA NOS VALORES QUE PAGOU À SEGURADA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO INSITA NO CONTRATO MARÍTIMO, DO QUAL NÃO PARTICIPOU A SEGURADORA. ELEIÇÃO DE FORO QUE NÃO VINCULA A SEGURADORA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO, PARA MANTER A DECISÃO QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA.”

Se o contrato de adesão não obedecer fielmente às disposições da lei de arbitragem não haverá o que se falar em validade e eficácia da respectiva convenção, sendo nula de pleno direito a cláusula respectiva.

Mesmo antes do novo Código de Processo Civil, o assunto já consumia nossa atenção, por conta do exercício profissional cotidiano.

Isso porque havia e há em curso uma tendência de se querer ampliar os efeitos jurídicos e práticas da cláusula de arbitragem, atingindo quem dela não é parte legítima e interessada.

Entendemos que essa tendência é equivocada e não terá força para seguir adiante, até porque o posicionamento jurisprudencial é claro e praticamente uniforme no sentido de a cláusula de arbitragem não projetar efeitos para quem dela não tomou parte voluntariamente.

Não se pode deslembrar que a voluntariedade é a qualidade por excelência da arbitragem, sem a qual ela não se fez meio legítimo de solução de litígios, mas imposição arbitrária e inconstitucional

No campo do Direito dos Transportes e, em especial, do Direito Marítimo, notadamente na parte que ele se justapõe ao Direito do Seguro, o tema assume especial relevância e merece ser abordado com seriedade.

A melhor forma de se evitar um erro inoculado de grave injustiça é combate-lo no seu nascedouro, na fonte de sua gênese.

Falamos, especialmente, do seguro de transporte de carga, do próprio transporte marítimo de carga e da sub-rogação, sendo que tudo aquilo que cabe ao modal marítimo de transporte, cabe, como já se disse, com igual simetria, ao modal aéreo.

A seguradora sub-rogada nos direitos e ações de um segurado, consignatário de carga, vítima de uma relação contratual de transporte frustrada pelo armador, transportador marítimo (e/ou pelo transportador aéreo), não pode ser obrigada a aderir ao procedimento de arbitragem imposto unilateralmente no corpo do conhecimento marítimo, o instrumento que configura o contrato de transporte marítimo de carga.

Existem razões de sobra para não se admitir a amplitude indevida da cláusula de arbitragem e elas serão expostas com certa riqueza de detalhes pelos autores doravante.

Nem mesmo a nova regra processual poderá impor isso, ao menos quando cotejada com os contratos de transportes marítimos e aéreos de cargas.

Muito aproveita enfatizar que no caso específico da cláusula de arbitragem presente no contrato de transporte internacional marítimo (no contrato de transporte aéreo, tal imposição é bem menos comum) de carga existem duas razões fundamentais para sua não aplicação, sendo uma geral e outra própria para o caso da seguradora sub-rogada.

Ei-las: a primeira e geral: a cláusula de arbitragem constante no anverso do conhecimento marítimo é redigida em dissonância com a Lei de Arbitragem do Brasil, razão pela qual é nula de pleno Direito. Mesmo o consignatário da carga, parte no contrato, não pode ser obrigado à obedece-la porque manifestamente abusiva e ilícita. Já a segunda causa, relativamente à seguradora sub-rogada, reside no já comentado atributo da voluntariedade, uma vez que a seguradora não é parte da relação contratual de transporte, não se lhe podendo, portanto, impor um ônus convencional, ainda que este fosse harmônico à lei da arbitragem. Ao contrário do que se ventila por aí, existem limites para a sub-rogação e estes são bem esquadrinhados pelo sistema legal como um todo.

O segurador legalmente sub-rogada não se vê, portanto, obrigado a respeitar normas contratuais assumidas ou unilateralmente impostas ao seu segurado e consignatário da carga.

Por mais que possa parecer aos olhos menos acostumados ao universo do seguro uma via de mão única, a verdade juridicamente defensável é que a sub-rogação se opera amplamente para os direitos e ações, mas de forma absolutamente restrita no que tange aos eventuais deveres e ônus.

Assim, além de considerações outras relativamente aos abusos contidos nas cláusulas unilaterais e adesivas dos contratos de transporte marítimo de carga, bem como nos próprios do modal aéreo, o segurador não se vê obrigado a observar as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem, porque

personalíssimas e somente ligadas ao embarcador e ao consignatário da carga.[2]

Com efeito, se o segurador não tomou parte no contrato de transporte, não é justo e devido que ele seja eventualmente obrigado a aceitar as cláusulas do contrato de transporte, na medida em que sua manifestação de vontade não se viu em momento algum convolada na efetivação do contrato. Isso é especialmente evidenciado no caso da disposição arbitral, na medida em que a figura da voluntariedade não se faz presente.

Nos conhecimentos marítimos em geral, e, em especial, em alguns conhecimentos aéreos de transporte, a cláusula de arbitragem caminha lado a lado, de mãos dadas e almas, na mesma estrada do dirigismo contratual, do absoluto desrespeito ao elemento da voluntariedade.

Na esteira disso, temos ainda que repudiar a **cláusula que impõe a arbitragem**.

Não porque não tenhamos apreço pela arbitragem, muito pelo contrário.

Trata-se de uma forma salutar de solução de conflitos e que precisa ser incentivada e praticada no Brasil.

Mas, por causa da forma como a arbitragem é imposta no cenário das relações contratuais maritimistas.

Ela vem quase sempre a reboque da cláusula de imposição de foro estrangeiro, não competindo à parte interessada qualquer manifestação de vontade.

Além disso, a cláusula que a dispõe é irregular aos olhos do sistema legal brasileiro.

Com efeito, a lei de arbitragem brasileira dispõe que a cláusula que prevê a arbitragem num contrato de adesão tem que ser redigida em letras garrafais, destacada do texto geral e com expressa assinatura sobre seu conteúdo da parte supostamente interessada.

Outro modo é a previsão da arbitragem no texto apartado e anexado ao contrato de transporte.

Nada disso é observado pelo transportador marítimo (e, não raro, pelo transportador aéreo).

Ele simplesmente se limita a impor a arbitragem na mesma cláusula que determina a eleição do foro estrangeiro, o que a faz manifestamente ilegal, inválida e ineficaz.

Há de se considerar, ainda, que o contrato de transporte é uma estipulação em favor de terceiro, de tal modo que o consignatário da carga, embora parte da obrigação de transporte, não participou da celebração do contrato, muito menos o seu segurador, o que torna ainda mais sem efeito a cláusula de arbitragem.

Existem, como mencionado, dois elementos principais impeditivos, um formal e outro substancial.

Diante das razões e fundamentos aqui colocados, nos parece correto o entendimento jurisprudencial de não submeter de maneira compulsória os casos de ressarcimento ao crivo da arbitragem.

Trata-se de algo manifestamente ilegal, uma vez que a arbitragem prevista no conhecimento de transporte marítimo de carga, como visto detalhadamente nas considerações de ambos os autores é uma cláusula unilateral, disposta num contrato de adesão, sem aquiescência do consignatário da carga, segurado, quanto mais da seguradora, e redigida ao arrepio das formalidades substanciais exigidas pela Lei de Arbitragem brasileira.

Mais do que algo ilegal, a eventual aplicação da cláusula de arbitragem pare a seguradora sub-rogada que busca o ressarcimento em regresso contra o transportador marítimo que inadimpliu

obrigação de transporte seria, será e é um grande e grave erro, suscitando até mesmo arguição de inconstitucionalidade, por ofensa à garantia fundamental de acesso à Jurisdição.

Por mais que a arbitragem possa ser um procedimento inteligente, saudável, afeto aos direitos disponíveis e de índole empresarial, como os que tangem ao transporte marítimo de carga, ela jamais se revestirá da dignidade que só a função jurisdicional do Estado tem e nunca poderá ser aplicada sem o signo da voluntariedade. Obrigar, por exemplo, alguém que não aderiu voluntariamente ao procedimento de arbitragem à dele tomar parte é algo perigoso e que põe dúvida quanto à lisura do próprio instituto.

Conforme debatido, a adesão para resolução da lide via arbitragem deve ser voluntária e com expressa manifestação de vontade das partes. É necessário frisar que nenhuma crítica é feita ao sistema de arbitragem em si, muito pelo contrário, trata-se de medida eficiente e com grande valor na condição de auxiliar do poder judiciário, porém, entendemos que seu aceite sempre será uma prerrogativa das partes anuentes, não podendo sob hipótese alguma ser compulsória ou determinada, seja pelo judiciário ou mesmo por meio de cláusula em contrato de adesão com manifestação unilateral a respeito da matéria. Trata-se de medida que visa trazer segurança jurídica plena e absoluta para todos os “players” do transporte marítimo de cargas, com condições claras e objetivas para que todos atuem com o menor número de conflitos possíveis.

Também nos cabe frisar que a possibilidade de cláusula de “oferta de arbitragem” deixa a possibilidade de escolha para todas as partes envolvidas, seja o transportador, dono da carga e também a seguradora para que decidam qual o caminho mais célere, economicamente viável, e mais interessante para as partes aderirem quando ocorrer lides envolvendo o transporte marítimo.

Terminamos essa conclusão da mesma forma que terminamos a introdução, ou seja, enfatizando que a cláusula de arbitragem no Direito Marítimo é nula de pleno Direito, porque manifestamente abusiva e ilegal. E em sendo nula de pleno Direito para o consignatário da carga, segurado e vítima do inadimplemento contratual do transportador, com mais razão o é para o segurador sub-rogado, uma vez que este não pode tomar parte de uma obrigação que, além de ilegal e abusiva, não contou em momento algum com sua expressa anuência, sendo verdadeira truculência jurídica qualquer entendimento em sentido contrário e com vistas a ampliar, indevidamente, os efeitos jurídicos da sub-rogação. Ela é um direito do segurador, um direito que se reveste de função social e impacto econômico geral, não um ônus.

Conclusão

Ora, diante de todo exposto, afirmamos sem constrangimento algum ou temor que tanto a regra da eleição de foro estrangeiro como a da convenção de arbitragem não são aplicáveis ao caso concreto porque, em síntese:

1) dispostas unilateralmente, por meio de cláusulas impressas, no corpo de um instrumento contratual adesivo;

2) despidas da livre manifestação de vontade da parte aderente;

3) no caso da cláusula relativa à arbitragem há flagrante desconformidade com a própria lei de arbitragem;

4) a Autora, seguradora legalmente sub-rogada, sequer foi parte no contrato, não podendo ser obrigada a suportar os ônus pesados nele impostos.

Os vícios contratuais nos instrumentos que corporificam os transportes internacionais marítimos e aéreos de cargas são muitos para serem premiados com as incidências de regras processuais não aplicáveis ao caso concreto.

O mesmo "Codex" por sua vez, contém norma fundamental que cabe como luva à mão ao caso

concreto: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Referido artigo dispõe sobre a "*primazia da decisão de mérito*".

As partes têm o direito público subjetivo, agora elevado ao status de norma fundamental, garantia processual-constitucional, a decisão de mérito.

E por mérito entenda-se, preponderantemente, o bem da vida de um litígio, seu núcleo.

Ao enveredar pela eleição de foro e/ou pela arbitragem em casos nos quais essas mesmas figuras são, no mínimo duvidosas, senão manifestamente indevidas e ilegais, depõe-se contra a norma fundamental da primazia da decisão de mérito e em muito se prejudica o jurisdicionado e, reflexamente, a própria soberania da Justiça brasileira.

De todo o modo, o que se tem que ter em alça de mira tanto num caso como no outro é a presença da voluntariedade.

Ora, se a eleição de foro estrangeiro e/ou a de procedimento arbitral não forem absolutamente voluntários, não haverá que se falar nos seus eventuais reconhecimentos, sob pena de ofensa do Direito.

No caso específico da seguradora sub-rogada legalmente a situação, como exaustivamente exposto, é ainda mais justificável, sendo inaplicável qualquer norma ou convenção contratual firmado entre seu segurado e um transportador sem sua prévia, formal e expressa anuência.

E tudo isso com muito mais razão em se tratando de contrato de adesão, caracterizado por cláusulas impressas e, algumas, manifestamente abusivas.

O respeito ao foro estrangeiro de eleição e ao procedimento arbitral é algo correto e desejável, algo à ser contemplado e defendido pelo Direito em exercício, mas esse respeito passa, necessariamente, pela via da voluntariedade. Sem a voluntariedade, sem a concordância ampla, irrestrita e juridicamente perfeita, o respeito perde seu manto e passa a vestir outro, negativo, costurado com as linhas do abuso e do desequilíbrio contratual. Somente a voluntariedade autoriza o conceito de “pact sunt servanda”.

O contrato de adesão, por razões de ordem moral e de ordem jurídica, razões ontológicas mesmo, sempre foi interpretado e aplicado restritivamente pelo sistema legal brasileiro, constituindo essa forma de inteligência verdadeiro mecanismo de calibragem e benfazeja tradição jurisprudencial. Não temos motivo algum para acreditar que a situação mudará com o novo Código de Processo Civil, até porque sua gênese conecta-se ao fim do formalismo pelo formalismo, da visão literal da regra legal, premiando o Direito enquanto instrumento da Justiça e do bem comum.

[2] IMPORTANTE: não é o objeto do presente estudo, mas tem-se também por abusivas e, portanto, ineficazes, as cláusulas limitativas de responsabilidade do transportador, mesmo no caso do modal aéreo, influenciadas pela Convenção de Montreal. Toda e qualquer cláusula considerada abusiva não projeta efeitos nos contratos de adesão, unilaterais.