



Machado e Cremonese
advogados associados



IIDT
Instituto Internacional de
Direito dos Transportes



A LEI DO CONTRATO DE SEGURO, A SUB-ROGAÇÃO E A DEFESA DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL

Paulo Henrique Cremonese e
Rubens Walter Machado Filho



AUTORES

RUBENS W. MACHADO FILHO

é sócio de Machado e Cremoneze – Advogados Associados, diretor do IIDT – Instituto Internacional de Direito dos Transportes, pós-graduado 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 Machado 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).

PAULO H. CREMONEZE

é sócio de Machado e Cremoneze – Advogados Associados, diretor do IIDT – Instituto Internacional de Direito dos Transportes, doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito dos Seguros pela Universidade de Salamanca e pela Universidade de Montevideu, acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência, professor de cursos de pós-graduação da ENS – Escola de Negócios de Seguros e de cursos de Direito Marítimo da Escola Paulista de Magistratura e laureado pela OAB Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia.



A LEI DO CONTRATO DE SEGURO, A SUB-ROGAÇÃO E
A DEFESA DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL

INTRODUÇÃO

DA IMPORTÂNCIA DA SUB-ROGAÇÃO:
A ANTIGA REGRA DO CÓDIGO CIVIL, A ATUAL
DISCIPLINA DA LEI DO CONTRATO DE SEGURO
E A ANCORAGEM CONSTITUCIONAL REFLEXA.

Desde 9 de abril de 2024 o Brasil tem uma nova lei de seguros, que entrou em vigor em 11 de dezembro de 2025, após um ano de *vacatio legis*: é a Lei nº 15.040, de 2024.

Sobre ela há muito a falar. Aqui, porém, trataremos apenas dos artigos que disciplinam a sub-rogação, o exercício do ressarcimento em regresso e a obrigatoriedade da arbitragem no Brasil, o que gostamos de classificar como primazia da jurisdição nacional.

Justifica-se nossa opção pelo interesse imediato de cuidar do que constitui enorme parte de nosso cotidiano profissional: a busca pelo ressarcimento em regresso, em nome da seguradora sub-rogada, contra transportadores marítimos de carga.

Diariamente, vemos atacados os pilares do direito de regresso da seguradora; o que nos leva a querer fazer dele a defesa que julgamos justa e adequada. A abordagem acadêmica é fundamental tanto para compreender o direito quanto para melhor o exercer. Além do ataque ao direito de regresso, há outro igualmente forte: aquele que se faz ao uso da jurisdição nacional pelas seguradoras sub-rogadas.

Para enfrentar esses pontos, valemo-nos de uma discussão da própria Lei nº 15.040, de 2024, que não inovou a respeito desses temas, mas trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro elementos normativos importantes, capazes de melhorar antigos argumentos.

Vejamos, primeiro, o que dispõe a lei sobre a sub-rogação, prevista em seu art. 94:

Art. 94. A seguradora sub-roga-se nos direitos do segurado pelas indenizações pagas nos seguros de dano.

§ 1º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga a sub-rogação.

§ 2º O segurado é obrigado a colaborar no exercício dos direitos derivados da sub-rogação, respondendo pelos prejuízos que causar à seguradora.

§ 3º A sub-rogação da seguradora não poderá implicar prejuízo ao direito remanescente do segurado ou do beneficiário contra terceiros.

Esse artigo ocupa posição central na salvaguarda dos interesses da seguradora e de todo o mútuo securitário.

Isso já existia no ordenamento jurídico brasileiro, com o art. 786 do Código Civil, agora revogado:

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.

A essência do artigo revogado subsiste no caput do novo art. 94, o que é fundamental para o negócio de seguro como um todo, uma vez que falar em sub-rogação, e compreender que se deve protegê-la, é falar também em ressarcimento em regresso.

Aliás, o direito de regresso, uma das consequências da sub-rogação, era consagrado antes mesmo do Código Civil de 2002, conforme a Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal, na época em que lhe competia decidir sobre essa matéria:

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

Logo se vê a importância do assunto e o quanto o pleno exercício do direito de regresso — insistimos: uma das consequências da sub-rogação — é fundamental para a ordem social e, antes, para a saúde do negócio de seguros.

Ousamos dizer que o fato de ser matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal dá estampa constitucional à sub-rogação e, conseqüentemente, ao direito de exercício do direito de regresso ao segurador sub-rogado.

Há quem discorde disso. Para muitos o tratamento constitucional se deu antes da Constituição de 1988 e da criação do Superior Tribunal de Justiça, de tal forma que o assunto só chegou ao Supremo Tribunal Federal por causa do antigo regime de competências jurisdicionais.

Então, o tema tem, sim, ancoragem constitucional, ainda que reflexa ou secundária, e sua negativa em dado caso concreto poderá exigir a análise pela Suprema Corte do país.



A LEI DO CONTRATO DE SEGURO, A SUB-ROGAÇÃO E
A DEFESA DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL

O CONCEITO LEGAL DE SUB-ROGAÇÃO E A PROTEÇÃO DO RESSARCIMENTO EM REGRESSO

A INEFICÁCIA DE ATOS QUE MITIGUEM O
EXERCÍCIO DO RESSARCIMENTO E O DEVER DE
COLABORAÇÃO DO SEGURADO

Há na sub-rogação e no direito de regresso fortes elementos de ordem moral, uma vez que o causador de danos e prejuízos não pode se ver imune às consequências de seus atos por causa da previdência alheia; em especial a do segurado, que pagou o devido prêmio para obter proteção securitária.

Por isso é que nada pode obstar o direito de regresso, nem o prejudicar de qualquer modo. Destacamos a parte do artigo que diz ser “ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga a sub-rogação”, e notamos que o legislador, ecoando o civilista de 2002, que por sua vez respeitou a Súmula 188 do STF, foi taxativo ao dispor que nenhum ato praticado pelo segurado, ainda que válido para ele próprio e outrem, poderá esvaziar minimamente a força do direito de regresso da seguradora sub-rogada.

A grande mudança normativa, se é que assim podemos chamá-la, corresponde ao dever do segurado de contribuir positivamente para o sucesso da sub-rogação e, conseqüentemente, do ressarcimento.

Em outras palavras: antes, ao segurado não era dado de modo algum prejudicar o direito de regresso do segurador, sob pena de, a depender da situação, perder o direito de recebimento de indenização de seguro; agora, ele não só continua com este dever como lhe impuseram um outro: contribuir positivamente para a saúde do direito de regresso.

Pela regra revogada do Código Civil, era ineficaz o ato do segurado (sozinho ou em acordo com terceiro) que, em ofensa à sub-rogação, diminuísse a amplitude ou extinguisse o direito de regresso; agora, porém, há o dever de contribuição para o bom exercício do próprio ressarcimento. Isso é significativo e merece especial análise de nossa parte.

Qualquer ação ou omissão do segurado que torne impossível ou mais custosa a busca do ressarcimento pelo segurador configura sério prejuízo ao seu pleno exercício, justificando sanção que pode variar desde a redução proporcional da indenização até a sua perda integral, conforme a extensão do dano causado.

O conceito de “**prejuízo ao direito de regresso**” abrange todas as condutas do segurado que revelem falta de diligência na preservação de provas ou na adoção de medidas necessárias para resguardar a responsabilidade do terceiro causador do dano. No âmbito do seguro de transporte, esse prejuízo torna-se especialmente evidente, dada a necessidade documental e probatória que caracteriza a apuração das responsabilidades nesse ramo.

O artigo autoriza que a inação, a limitação ou a ação equivocada do segurado, que ocasionem perda de direitos contra terceiros, possam a ele ser atribuídas e dele cobradas. Trata-se de aplicação rigorosa do princípio da boa-fé objetiva e do dever de cooperação, exigindo que o segurado não apenas reporte o sinistro, mas também colabore ativamente na preservação da prova e na manutenção das condições jurídicas necessárias para o ressarcimento dos prejuízos indenizados pela seguradora.

Exemplo disso é a celebração de acordo com o terceiro responsável, sem o conhecimento prévio e a anuência da seguradora. Muitas vezes, o segurado, na pressa de resolver a situação e garantir a continuidade de suas operações, opta por negociar uma compensação parcial diretamente com o transportador culpado, concedendo-lhe uma **isenção** ou **limitação de responsabilidade**, ou até mesmo **aceitando métodos de soluções de conflitos e disputas judiciais em outras jurisdições** que dificultam o exercício do direito de regresso da seguradora ou até o extinguem.

O art. 94 visa coibir tal prática, conferindo à seguradora o respaldo legal para reduzir ou negar a indenização, bem como utilizar-se de meios judiciais para reaver futuros prejuízos causados, mesmo após pagamento da indenização, pela descoberta de alguma ação indevida do segurado.

A correlação entre o art. 94 da Lei nº 15.040/2024 e o revogado art. 786 do Código Civil é evidente e reforça a continuidade de um princípio já consolidado no direito brasileiro. O antigo dispositivo civil dispunha que *“paga a indenização, o segurador se sub-roga, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações do segurado contra o autor do dano.”* O parágrafo único do mesmo artigo estabelecia ainda que *“é ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga os direitos do segurador contra o autor do dano.”*

Tudo isso foi mantido pela nova regra.

Em outras palavras, a nova lei não inova em essência, mas ratifica e reforça o dever preexistente do segurado de não praticar qualquer ato capaz de prejudicar ou restringir o direito de regresso da seguradora. O art. 94 vem, assim, positivar no âmbito da legislação específica do seguro de transporte aquilo que o Código Civil já trazia de forma geral para todas as espécies de seguros: a ineficácia de qualquer ato do segurado que possa comprometer a ação de ressarcimento da seguradora contra o terceiro responsável pelo sinistro. E ainda acrescentou, como disposto no seu §2º, o dever de o segurado contribuir ativamente pelo sucesso do pleno exercício desse direito.

Essa ratificação demonstra a intenção do legislador de consolidar o entendimento de que o segurado não é mero beneficiário passivo, mas participe do mútuo securitário, sujeito a deveres de cooperação. Ao transpor para a Lei do Seguro a mesma regra já prevista no Código Civil, o legislador fortalece o direito de regresso e evita a fragmentação de interpretações quanto a atos ou omissões do segurado que possam restringir ou tornar ineficaz o ressarcimento da seguradora. Mais: ele avança e determina a zelosa contribuição do segurado, que passa a ter responsabilidades quanto ao exercício desse direito fundamental para o negócio de seguros.

A introdução dessa regra no novo marco legal obriga as partes a revisitarem as cláusulas dos contratos de seguro de transporte, exigindo maior clareza nas disposições sobre os deveres de aviso, preservação de provas e esclarecimento direto sobre o dever do segurado em não prejudicar o direito de regresso da seguradora.

O que pretendemos dizer com essa afirmação? Que não é dado ao segurado acomodar-se, anuindo despreocupadamente com cláusulas que mitiguem o futuro exercício do direito de regresso da seguradora, tornando imperiosa sua proatividade diante dos transportadores em geral, especialmente os marítimos, pródigos em dirigismos contratuais e imposições de cláusulas assimétricas à luz do direito brasileiro.

A nova lei busca imputar ao segurado um nível de responsabilidade compatível com o risco que ele transfere à seguradora, garantindo que o instituto do seguro não se torne um mecanismo de irresponsabilidade ou de alívio do dever de diligência, mas sim um instrumento de gestão de risco que demanda cooperação mútua.

Ao tratar especificamente das consequências jurídicas de eventual conduta do segurado que venha a prejudicar a posição da seguradora, a nova regra — como já o fazia a antiga — salvaguarda o direito de regresso e lhe confere um especial *status*.

A nova lei busca imputar ao segurado um nível de responsabilidade compatível com o risco que ele transfere à seguradora, garantindo que o instituto do seguro não se torne um mecanismo de irresponsabilidade ou de alívio do dever de diligência, mas sim um instrumento de gestão de risco que demanda cooperação mútua.

Ao tratar especificamente das consequências jurídicas de eventual conduta do segurado que venha a prejudicar a posição da seguradora, a nova regra — como já o fazia a antiga — salvaguarda o direito de regresso e lhe confere um especial status.



Por enquanto, deixemos um pouco de lado o dever de contribuição para o bom exercício do direito de regresso e concentremos atenção ao de não prejudicar esse mesmo regresso, vale dizer, a ineficácia de atos mitigadores.

Nos documentos que os transportadores marítimos emitem e que instrumentalizam o negócio de transporte internacional de cargas, há cláusulas que preveem um foro estrangeiro de “eleição” e “compromisso” arbitral no exterior.

Colocamos entre aspas as palavras eleição e compromisso porque, em verdade, não há nenhum dos dois. O que há é a mera imposição do transportador, emitente unilateral dos documentos, sem que o segurado externe prévia e livremente sua vontade. O que há é adesão.

Inexiste aquiescência formal às cláusulas, razão pela qual, dentro de boa lógica jurídica, dada a vedação à renúncia tácita de jurisdição, deveriam ser nulas de pleno direito, como, aliás, até recentemente a Justiça brasileira as considerava.

Afirmamos isso porque estamos convictos da importância do exercício do direito de regresso e de sua proteção legal, que já era forte no Código Civil e se tornou ainda mais com a lei especial.

A vontade do legislador brasileiro, do passado e do presente, sempre foi a de valorizar a sub-rogação e proteger sobretudo o ressarcimento em regresso.

Vejam os o que diz a doutrina a respeito da sub-rogação e do ressarcimento.

Marcelo D'Ávila e Darcio José da Mota, citando *Fredie Didier Junior, Daniela Santos Bomfim, Lambert-Faivre, Humberto Theodoro Junior e Helena Lanna Figueiredo*, explicam com a autoridade e o didatismo que lhes são peculiares:

“A sub-rogação é um conceito jurídico que permite a uma pessoa, física ou jurídica, assumir a posição de outra pessoa em relação a um direito ou obrigação.

O princípio da sub-rogação é a substituição que se opera de um credor a outro por ocasião de um pagamento. Segundo Lambert-Faivre,

por ela, o credor sub-rogado adquire o crédito que originou o pagamento com seus acessórios, mas, em contrapartida, o credor sub-rogado não pode ser ressarcido além do montante que pagou a sub-rogação não é operação especulativa.

Qual a extensão ao sub-rogado dos direitos do credor originário?

Humberto Theodoro Jr e Helena Lanna Figueiredo explicam que

Nessa eventualidade a parte processual será pessoa distinta daquela que é parte material do negócio jurídico litigioso, ou da situação jurídica controvertida. Caracterizar-se-á, então, “cisão entre a titularidade do direito subjetivo e o exercício da ação judicial. Em todos os casos de substituição processual existe interesse conexo da parte processual com o da parte material, pois não se concebe que a um terceiro seja reconhecido direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial.

A decisão proferida na ApCiv nº 1032591-58.2023.8.26.0562 do TJSP, cujo relator foi o Desembargador Hélio Faria, parece elucidar a questão.”

E, ao comentarem especificamente o art. 94 e seus parágrafos, **Marcelo D'Ávila e Darcio José da Mota** destacaram a importância da manutenção da ineficácia de atos do segurado prejudiciais ao direito de regresso e, ainda, o novo dever de contribuição que também nós destacamos:

“O §1º do art. 94 estabelece ser ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga a sub-rogação. A questão é evitar que qualquer ato do segurado, como um acordo com o causador do dano, por exemplo, impeça o direito de ressarcimento da seguradora.

O §2º do art. 94 trouxe um dever a mais para o segurado que não era previsto anteriormente no Código Civil. Antes eram passíveis de nulidade os atos prejudiciais ao direito de regresso da seguradora. Agora surge a obrigação do segurado colaborar com esse ressarcimento. Um princípio decorrente da boa-fé nas relações contratuais e do dever de cooperação.”

Em sua conexão imediata com o Direito dos Seguros, pensamos que, no Direito dos Transportes, as afirmações de **D'Ávila e Mota** encaixam-se bem em situações muito particulares e caras: as cláusulas de imposição de arbitragem no exterior ou de foro estrangeiro nos documentos internacionais de transportes marítimos de cargas, ainda que válidas, não projetam efeitos jurídicos aos seguradores sub-rogados, sendo que, em caso teratológico de projeção, esses mesmos seguradores poderão demandar segurados por não observância do dever de colaboração para o sucesso dos pleitos de ressarcimento. Uma nova forma de se enxergar problema que ganhou dimensão nos últimos anos.

Avançando no estudo da doutrina qualificada, aqui citamos as excelentes lições de **Adilson José Campoy, Marcio Alexandre Malfatti e Thaís de Cássia Rumstain** sobre o art. 94:

“Toma-se por ineficaz qualquer ato do segurado posterior ao sinistro que diminua ou extinga o direito conferido à seguradora pela sub-rogação. Mais do que isso, deve o segurado contribuir para o pleno exercício da sub-rogação pela seguradora.”

Os ilustres doutrinadores trataram o tema de modo geral, a abranger todos os ramos de seguros. Tomamos a liberdade de observar pequena diferença, específica para o Direito dos Transportes, sem que isso represente qualquer oposição ao que disseram.

No caso que nos interessa de perto, o exercício do ressarcimento da carteira de transportes, a ineficácia do ato pode ser verificada antes mesmo do sinistro, quando da aceitação do combo clausular do instrumento de tipificação de transporte internacional marítimo de cargas. Falamos novamente das cláusulas de imposição de arbitragem no exterior ou de foro estrangeiro. Quando não inválidas pelo dirigismo contratual, elas são (ou ao menos deveriam ser) invariavelmente ineficazes perante o segurador sub-rogado, simplesmente porque não anuiu em momento algum e sequer é parte do negócio de transporte.

O direito de regresso é tão poderoso e há sempre de ser defendido pelo Direito e seus operadores que **Campoy, Malfatti e Rumstain** alertam que:

“E a seguradora terá ação própria contra o segurado na hipótese em que a sub-rogação seja impossível por ato dele, como, por exemplo, quando recebe a indenização do causador do dano, dando-lhe quitação e, depois disso, recebe também a indenização da seguradora e, depois, do causador do dano, se este desconhecia a existência do seguro.

Em ambos os casos, não se opera a sub-rogação e a seguradora terá ação própria contra o segurado.”

Aproveitamos para compartilhar uma impressão.

No caso específico que nos chama sempre a atenção, o segurador sub-rogado que não conseguir o ressarcimento em regresso pela via judicial porque houve entendimento em favor da cláusula de arbitragem no exterior poderá, por exemplo, demandar diretamente o segurado, a fim de reaver o valor indenizado e os dos encargos do litígio em que foi derrotado, dado o inegável prejuízo injustamente suportado.

Sustentamos essa possibilidade porque o segurado, ao não se opor ao clausulado impositivo e inibidor de direitos próprios e de outrem, ofendeu as plenitudes da sub-rogação e do direito de regresso, ao passo que deixou de contribuir, como deveria segundo a lei, para o êxito do ressarcimento.

Por fim, destacamos mais uma importante afirmação de **Campoy, Malfatti e Rumstain**:

“Por outro lado, o direito de regresso da seguradora em nada afeta o direito do segurado em voltar-se contra o causador do dano se este foi além do que aquele indenizado pela seguradora. De fato, e em verdade, o segurado terá preferência em relação à seguradora sub-rogada para exigir seu crédito, em conformidade com o artigo 351 do Código Civil.”

Essa afirmação nos faz pensar em algo que merecerá artigo ou ensaio futuro, detalhado; uma sugestão que nos ocorre e que merece ser antecipada.

O sucesso do segurador sub-rogado em litígio de ressarcimento em regresso poderá permitir ao segurado obter do transportador que lhe houver causado danos, mediante ação autônoma, todo o prejuízo sofrido e não agasalhado pela proteção securitária, assim como o próprio prêmio que pagou por esta proteção.

O causador do dano não pode se ver desonerado de responder por sua conduta em virtude das limitações próprias do negócio de seguro. A reparação civil há de ser sempre ampla e integral.

Esse, porém, até por seu tamanho e importância, é outro assunto e que no devido tempo merecerá a necessária atenção; fiquemos, por enquanto, apenas na ineficácia dos atos praticados pelo segurado que prejudiquem a força do ressarcimento em regresso.





A LEI DO CONTRATO DE SEGURO, A SUB-ROGAÇÃO E
A DEFESA DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL

A INEFICÁCIA E/OU INVALIDADE, PERANTE O
SEGURADOR SUB-ROGADO, DAS CLÁUSULAS
DE ARBITRAGEM NO EXTERIOR OU DE
IMPOSIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO NOS
INSTRUMENTOS NEGOCIAIS DE TRANSPORTE
MARÍTIMO INTERNACIONAL DE CARGAS.

A CONDIÇÃO DE NÃO PARTE DO SEGURADOR
SUB-ROGADO, O PREJUÍZO INEGÁVEL AO
PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO E
A DEFESA DA JURISDIÇÃO NACIONAL:
RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

Para melhor explicar a seriedade do assunto, socorremo-nos de partes de um artigo que escrevemos ao lado de **Marcio Sebastião Aguiar**, cujo conteúdo pode ser aqui aproveitado.

Essas partes, que seguem, são ora renovadas e ajustadas ao contexto deste artigo e compõem a espinha dorsal do que aqui se defende: a primazia da garantia constitucional fundamental de acesso à jurisdição nacional pelo segurador brasileiro sub-rogado na pretensão original do segurado, dono de carga, vítima de dano por parte do transportador marítimo.

Uma situação muito particular do transporte marítimo internacional de cargas que se transformou em campo de acirradas batalhas judiciais, posições contrapostas, decisões em diferentes sentidos e que transcende o Direito dos Seguros, o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito dos Transportes avançando para o Direito Constitucional.

O Direito avançou significativamente nas últimas décadas e sua estética atual exige paridade e simetria nas relações negociais em geral. Nada mais contrário a essa ideia 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, o qual não lhe é dado negociar.

A ciência prévia dessa situação não muda em nada o cenário da pintura, pois ao embarcador interessa ver que a mercadoria que vendeu chegue aos cuidados de quem a comprou, sendo para isso imprescindível o transporte internacional.

Discutir previamente cláusulas e condições com quem tem o poder de domínio da atividade é incogitável; o contratado (transportador) não oferece, e julga que não precisa oferecer, qualquer espaço para isso.

Como a ninguém interessa travar, no ato, as relações de comércio exterior, aceitam-se os termos impostos e segue-se adiante, na torcida para que não ocorram situações de crise ou para que, se estas existirem, a Justiça as corrija devidamente.

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 para que tal tenha se dado, a situação em parte mudou e a cláusula de imposição de foro e/ou de compromisso arbitral (no exterior), que antes era reiteradamente considerada abusiva, ilegal (e até inconstitucional), ganhou alguma simpatia e tem sido considerada válida por órgãos monocráticos e colegiados.

O tema é polêmico e ainda consumirá muito debate. 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; a adesão ao instrumento contratual não implica automática anuência às cláusulas todas.

Ao contrário do que poderiam sugerir algumas recentes decisões, o contratante não tem a liberdade de se opor ao que o transportador lhe impõe, a seu exclusivo arbítrio. Cabe-lhe apenas aderir, sob pena de não ver executado o transporte do seu interesse.

Há certa ingenuidade em acreditar que o fato de o contratante ser empresa de grande porte abrirá as portas da negociação. Não, não abre. Ao contratante interessa mais o transporte do bem que vendeu, exportou, não o debate jurídico que mesmo que fosse realizado seria inofensivo; 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 digo, mas não faça o que eu faço”. Nada mais emblemático do 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, claramente 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.

O consignatário não contrata nada, não convencionou 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 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 lhe seriam opostas as cláusulas que este unilateralmente impõe?

Quem não é parte de um contrato, quem não expôs livremente 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 fundamentais constitucionais, como a de acesso à jurisdição.

Com o 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 Civil e do enunciado de Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal, 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 se veja impune pela previdência alheia e, depois e ainda mais importante, para a precificação do seguro. Quanto 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 patrimônio de todos os segurados, pune devidamente o autor de ato ilícito (dano), 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 segurador não demanda o reembolso contra um transportador que descumpra seu dever contratual, mas contra um causador de dano, protagonista de ato ilícito, alguém que tem que reparar integralmente o prejuízo do que causou.

Por isso é que o segurador não pode ser submetido aos termos do contrato, tenha ou não ciência prévia de seus termos. Se o seu segurado, o consignatário, nada pode fazer em relação ao clausulado, muito menos poderá fazer o próprio segurador, que é um terceiro em relação ao transporte.

Saber que essas cláusulas existem, todo mundo sabe. Mas isso não significa que se possa fazer algo contra elas fora do âmbito litigioso; as coisas são assim e o fluxo da Economia quer que assim continuem, o que impede grandes mudanças, ainda que boas.

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 pela via judiciária é o melhor caminho, porque harmônica 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 contam menos o poder do segurador e o tamanho do consignatário de carga. Não falamos em hipossuficiência desses atores econômicos; e sim de impossibilidade de ingerência de um negócio, o de transporte, que embora seja de seu conhecimento, não lhes é pertinente (pelo menos não a ponto de ser possível interferir em suas cláusulas). Eles são estranhos ao contrato de transporte, motivo pelo qual tais cláusulas não lhes 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, estas não produzem efeitos contra ele, ainda que seu segurado as haja negociado livremente, em virtude da redação taxativa do §2º do art. 786 do Código Civil, que diz: “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 de 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 proporcionais.

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 DIGO: 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 algum sua vontade livre quanto ao foro estrangeiro de suposta 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 travaria as operações de transportes e a todos prejudicaria. Até o Estado brasileiro, arrecadador de tributos, sabe que, no calor da contratação, não há o que fazer.

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, sendo mais do que certo que, infelizmente, os transportadores não mudarão suas práticas negociais inadequadas.

O manifesto adernamento da cláusula evidencia a necessidade da crítica que lhe é endereçada; situação que há muito é por todos conhecida e de impossível solução prática sem ofensa grave à ordem econômica.

Reserva-se à Justiça o nobre papel de alinhar o que no mundo dos fatos foi desalinhado, 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 podem ser agasalhados 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 dar às coisas seus devidos pesos e medidas.

Para muito além da discussão sobre os efeitos da sub-rogação, se opera sobre aspectos materiais ou processuais, 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 termos seus que, em verdade, são contrários ao ordenamento jurídico.

Por meio deste modesto ensaio desejamos escancarar o casuísmo contratual, o dirigismo inegável, presente na cláusula que permite ao transportador não só impor aos outros o foro de eleição como também fazê-lo coincidir, convenientemente, com o de seu próprio domicílio, desequilibrando completamente a relação contratual.

Sabemos que há em curso um grande movimento em favor do uso, nos contratos simétricos e paritários, de foros estrangeiros e da arbitragem. Não temos desgosto nem por um, nem por outro. Em nosso cotidiano profissional fazemos uso dos dois. O que pugnamos, até em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, é que sejam voluntariamente desejados, escolhidos pelos interessados, jamais imposto por um deles contra o outro.

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

O incentivo à força contratual ou à arbitragem não pode ser confundido com imposição contra o que há de mais importante no núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais: o interessado buscar socorro de sua jurisdição.

Nada mais defendemos do que o respeito obsequioso ao artigo vestibular do antigo Código Justiniano, para o qual o Direito é a arte de dar a cada um o que é seu.

Se ao transportador é dado reservar para si o foro de sua conveniência, com igual razão se há de assegurar ao contratante de seus serviços — e, sobretudo, àqueles que, alheios ao negócio de transporte, dele se tornaram vítimas — o direito de defender seus legítimos interesses no foro que lhes é próprio.

Se quisermos, diante de tudo o que foi exposto imediatamente acima, resumir as ideias principais, podemos fazer deste modo:

1. O direito de regresso, consequência primordial da sub-rogação, é fundamental para a higidez do negócio securitário, constituindo figura legal que se reveste de máxima dignidade e de invulgar função social;
2. O causador do dano não pode ficar imune ao dever de reparação, no caso, de ressarcimento, por conta da previdência alheia em se ver revestido da proteção securitária. O direito de regresso, então, é modo de enfrentamento, legal e legítimo, de atos ilícitos.
3. O segurado não pode prejudicar o direito de regresso do segurador e, desde a vigência da Lei do Contrato de Seguro, tem o dever de contribuir para o seu êxito.
4. No caso específico do contrato internacional de transporte marítimo de carga, a cláusula que impõe arbitragem no exterior ou foro estrangeiro, ainda que aceita pelo segurado, dono da carga, é ineficaz perante o segurador sub-rogado, justamente porque lhe causa prejuízo ao pleno exercício do direito de regresso.
5. Ainda que existam decisões em sentido contrário, a jurisprudência majoritária se orienta pela ineficácia dessas cláusulas, justamente porque o direito de regresso tem sede constitucional e o uso da própria jurisdição é garantia fundamental, cuja renúncia tácita é inadmissível; e
6. Essas cláusulas costumam ser abusivas, ilegais, quando não nulas de pleno direito, porque, a rigor, o segurado delas não participa nem a elas expressa e previamente anuí. Elas exigem, formal e ontologicamente, negociação prévia e desimpedida, o que não ocorre na esmagadora maioria dos transportes internacionais de carga. Se são ilegais em face dos segurados, donos das cargas e partes dos contratos, com mais razão o são em face dos seguradores, que sequer são partes nesses negócios jurídicos.

Temos, portanto, argumentos de sobra, e robustos, para a boa defesa da primazia da jurisdição nacional. Ainda assim, diante dos ataques reiterados que essa primazia sofre, compete-nos defendê-la com firmeza e com todas as armas legais disponíveis.

Muito nos alegra dizer que não estamos sós nessa defesa. Colegas que advogam em favor de seguradores sub-rogados e buscam ressarcimentos contra transportadores marítimos sustentam os mesmos argumentos e a eles acrescentam outros, obtendo êxitos magníficos em disputas judiciais.

Além dos casos concretos em que nós e outros colegas logamos êxito na defesa dessas teses, contamos com dois pareceres importantíssimos de juristas ilustres e consagrados.

Solicitamos aos renomados **Ives Gandra da Silva Martins** e **Arruda Alvim**, já saudoso, seus magistérios sobre esse complexo assunto, com abordagens constitucional e processual, respectivamente.

Vejamos o que os grandes mestres disseram e dizem a respeito:

Trechos conclusivos do Parecer de Ives Gandra da Silva Martins

48 O advento do CPC de 2015 apenas reforça as conclusões anteriormente enumeradas neste trabalho, ao atribuir ao magistrado o dever de, mesmo sem provocação da parte, ou seja, de ofício, reconhecer a nulidade de cláusula de eleição de foro abusiva. A inaplicabilidade dessa cláusula, constante de conhecimento de transporte, em face de seguradora sub-rogada, é ainda reforçada pela inexistência de sucessão da segurada na posição contratual do segurado. Nesse viés, a cláusula de eleição de foro estrangeiro existente entre as partes que negociaram o transporte marítimo de carga, possui natureza estritamente processual, sendo, portanto, ineficaz em relação à seguradora, ora apelante. É dizer, a seguradora detém apenas o direito de crédito contra os supostos causadores dos danos pelos quais pagou. As disposições contratuais que versam sobre questões processuais estipuladas na relação jurídica que originou os prejuízos somente podem ser aplicáveis às partes que compõem esta relação. O ente segurador, que nem sequer participou do contrato em que restou estabelecida a eleição de foro estrangeiro, deve seguir as regras gerais de competência previstas na legislação processual civil brasileira....”

49 QUESITOS 1) Pode-se considerar o contrato internacional de transporte marítimo de carga um contrato de adesão? Sim. O contrato internacional de transporte marítimo é imposto pelo transportador ao tomador do serviço, já escrito para ser meramente preenchido com os dados pessoais. As cláusulas desse contrato são, como visto supra, estabelecidas unilateralmente pelo contratado, fornecedor do serviço, sem que o contratante tenha aptidão de influir em seu conteúdo, cabendo-lhe apenas aderir. 2) No molde tradicional deste contrato, em relação ao clausulado, donos de cargas manifestam livre vontade no ato de contratação com os armadores ou são por eles forçados a seguir disposições unilateralmente impostas?

50 Os donos de cargas que firmam contrato internacional de transporte marítimo com fins de levá-las ao exterior não manifestam livre disposição de vontade na contratação, o conhecimento de transporte (*bill of lading*) é documento padrão escrito sem a participação volitiva do tomador do serviço. 3) Em contratos do tipo donos de carga manifestam concordância com cláusula de compromisso arbitral e de eleição de foro estrangeiro ou se veem diante de uma imposição de arbitragem e de foro pelo armador? Os donos da carga, em contrato internacional de transporte marítimo, não são ouvidos, com relação à eleição de foro, sua vontade não é considerada e a cláusula não é fruto de negociação, mas sim, de imposição.

51 4) É certo dizer que, nestes moldes, uma cláusula de eleição de foro ou de compromisso arbitral será abusiva? Por quê? 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. 5) A voluntariedade é imprescindível para a validade e eficácia de uma cláusula de eleição de foro estrangeiro ou de compromisso arbitral?

52 Sim, como, aliás, dispõem o parágrafo único do art. 190 e o § 3º do art. 63 CPC. É abusiva toda cláusula de eleição de foro que não deflúa da vontade bilateral das partes contratantes. Especialmente quando imposta pelo contratado, é de se presumir que lhe beneficie em detrimento do direito fundamental de acesso ao Judiciário, que, se lhe é garantido, também o é, em igual extensão, relativamente ao contratante. 6) É possível que o procedimento arbitral se imponha sem formal, prévia e expressa aceitação? Não. Todas as considerações do presente trabalho relativas à cláusula de eleição de foro são ainda mais agudas, quando a hipótese versar sobre compromisso arbitral. A arbitragem, como se sabe, transfere demandas dos Tribunais para os tribunais arbitrais. A Lei da Arbitragem (Lei 9307/96) ressalta, logo no seu artigo 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem...” e, para tanto, “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art. 3º). 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 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. 7) Pode-se impingir ao contratante uma renúncia tácita à garantia constitucional fundamental de acesso à jurisdição? Nenhuma garantia constitucional fundamental pode ser objeto de renúncia tácita, em um Estado de Direito.

54 8) É correto dizer que parte majoritária da doutrina e da jurisprudência brasileira não reconhece validade ou eficácia da cláusula de eleição de foro ou de compromisso arbitral nos contratos internacionais de transporte marítimo de carga? Sim, como demonstrado ao longo do presente. 9) Ajusta-se ao art. 25 do CPC a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro da formatação típica do contrato internacional de transporte marítimo de carga? Aplica-se, no caso, o art. 63, ao qual faz remissão o § 2º do art. 25 CPC, a impor ao juiz, até mesmo de ofício, o reconhecimento da nulidade da cláusula.

55 10) A cláusula compromissória de arbitragem em contratos do gênero ajusta-se ao art. 3º, §1º do CPC e às exigências da Lei de Arbitragem do Brasil? Não. Cláusula compromissória de arbitragem admitida como causa excludente da apreciação pelo Judiciário da lide pressupõe manifestação de vontade, totalmente inexistente, na hipótese de contrato internacional de transporte marítimo de carga. 11) A cláusula compromissória de arbitragem ou eletiva de foro estrangeiro pode ser tida como nula de pleno direito ou mesmo inconstitucional? Cláusula compromissória de arbitragem ou eletiva de foro estrangeiro é nula de pleno direito, sempre que decorrer de imposição unilateral e não resultar da vontade dos pactuantes,

56 o que viola a garantia constitucional de livre acesso à jurisdição. 12) A regra do art. 25 do CPC e a que prevê a arbitragem são oponíveis ao segurador que, sub-rogado nos direitos do dono da carga, busca perante a Justiça brasileira o ressarcimento em regresso dos danos causados por transportador marítimo? Não. Sub-rogação não é o mesmo que sucessão contratual. O segurador sub-rogado não participou da avença que deu origem ao contrato de transporte, sua legitimação para buscar reparação pelo crédito que suportou é um posterior em relação a eventual pactuação sobre foro e não lhe pode ser imposta, especialmente quando culmina por dificultar o acesso à jurisdição.

57 13) O segurador sub-rogado pode ser forçado a obedecer cláusula de contrato do qual não foi parte? O segurador sub-rogado não pode ser forçado a obedecer a cláusula de contrato do qual não foi parte, como já exposto acima, pois não sucede ao contratante, mas apenas, sub-roga-se no seu crédito originário de sinistro por si indenizado. É a opinião legal, SMJ.

Trechos conclusivos do Parecer de Arruda Alvim

VII – SÍNTESE CONCLUSIVA DO PARECER

Por tudo o quanto exposto no presente parecer jurídico, é o nosso entendimento que é, no mínimo, questionável a aplicação da cláusula geral prevista no contrato de transporte marítimo de eleição de foro internacional e de resolução de conflito em tribunal arbitral estrangeiro ao qual o contratante dos serviços de transporte apenas adere ao quanto ali previsto.

De qualquer modo, tais previsões contratuais, se consideradas válidas e aplicáveis, somente têm aplicação entre as partes que firmaram o contrato de transporte marítimo e, sempre segundo as regras da função social do contrato e da boa-fé dos contratantes.

A ação regressiva de ressarcimento movida em face do transportador marítimo por seguradora é fundada na lei e, não no contrato de seguro, sendo o seu objeto a indenização que foi paga pela seguradora ao seu segurado, com as ações, privilégios e garantias, relacionados com o que foi pago. A sub-rogação não se equipara ao instituto da cessão, nem aos institutos de sucessão societária ou contratual (v.g. casos de incorporação ou de fusão), pois não existe a sucessão do segurado na posição contratual por ele mantida, mas sim a transferência do débito pago para que o causador do dano não se livre irresponsável e impunemente de sua obrigação.

Os direitos e ações que detinha o segurado e que são transferidos para a seguradora estão direta e especificamente relacionados com a indenização quitada em razão do sinistro, não havendo a sucessão da seguradora na posição contratual que o segurado mantinha, no caso concreto, com o transportador de cargas marítimas contratadas.

Para que se pudesse considerar tal sucessão, deveria a seguradora ter manifestado, inequivocamente, a sua vontade em receber os direitos e obrigações daquele contrato de transporte marítimo, em cessão, e, para o qual, deveria haver a prévia ciência e aquiescência por parte da contratada. Nada disso aqui, ocorreu, pois como acima demonstrado, a sub-rogação não se equipara, nem se confunde, com a cessão de direitos.

Uma cláusula compromissória na qual, expressa e livremente, se convencionou, em um contrato, que os litígios dele decorrentes serão submetidos à arbitragem, somente pode ter validade entre aqueles contratantes e, em caso de terceiros, somente àqueles que expressa e conscientemente aderiram aos seus termos.

Assim sendo, no caso de sub-rogação legal, não há como ser transferida para a seguradora uma cláusula compromissória que tenha sido pactuada entre a seguradora e o causador do dano, salvo se a seguradora tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, sob pena de violação da regra de ouro da sub-rogação prevista no §2º do artigo 786 do Código Civil Brasileiro.

[Parecer de 20 de agosto de 2020, do mestre Arruda Alvim, também assinado por Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e Fernando Crespo Queiroz Neves]

A LEI DO CONTRATO DE SEGURO, A SUB-ROGAÇÃO E
A DEFESA DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL

AS REGRAS SOBRE A ARBITRAGEM NA LEI DO CONTRATO DE SEGURO: PODEROSAS ALIADAS

O USO DE ARTIGOS LEGAIS QUE EXIGEM
ARBITRAGEM NO BRASIL COMO ARGUMENTO
DE APOIO À DEFESA DA PRIMAZIA DA
JURISDIÇÃO NACIONAL NOS LITÍGIOS DE
RESSARCIMENTO EM REGRESSO DE
SEGURADORES SUB-ROGADOS CONTRA
TRANSPORTADORES MARÍTIMOS

No novo marco legal há quatro artigos que tratam direta ou indiretamente da arbitragem, sendo o art. 129 o mais importante:

Art. 129. Nos contratos de seguro sujeitos a esta Lei, poderá ser pactuada, mediante instrumento assinado pelas partes, a resolução de litígios por meios alternativos, que será feita no Brasil e submetida às regras do direito brasileiro, inclusive na modalidade de arbitragem.

O texto respeitou integralmente a Lei de Arbitragem, guardando com ela simetria e harmonia plenas. A arbitragem é permitida, senão incentivada, desde que negociada livre e previamente pelas partes e exercida no Brasil segundo o direito local. E a negociação há de ser formalizada por instrumento específico, assinado.

Como vivemos tempos em que até o óbvio precisa ser dito e reiterado, prontificamo-nos a tanto: impossível a arbitragem imposta unilateralmente, e que não esteja disposta em instrumento específico. Igualmente impossível a arbitragem em outro país segundo normas estrangeiras.

Considerando tudo isso, pensamos imediatamente na situação muito particular que é objeto deste estudo, modesto embora já extenso, e alvo de nossa devotada atenção: a imposição de arbitragem no exterior prevista no *Bill of Lading*, instrumento contratual do transporte internacional marítimo de carga.

Para além da discussão de ser ou não a cláusula abusiva (e, portanto, ilegal) aos olhos do Direito brasileiro — a rigor, nem o embarcador, contratante do transporte, nem o consignatário da carga, beneficiário do transporte, dão a ela uma anuência livre —, interessa-nos a defesa de sua ineficácia perante o segurador sub-rogado, que sequer é parte do contrato de transporte.

A eficácia ou não dessa cláusula em relação ao segurador sub-rogado é um dos assuntos mais polêmicos e valiosos nos litígios de ressarcimento contra os transportadores marítimos.

Defendemos, como já expusemos ao longo deste artigo, valendo-nos até de pareceres de eminentes juristas, a exemplo do que fazem muitos colegas que defendem direitos e interesses do mercado segurador, que a cláusula é ineficaz porque o segurador não é parte do negócio de transporte e, tendo ou não ciência da existência da cláusula, não anui de modo algum ao seu conteúdo. Além disso, não existe renúncia tácita à garantia fundamental de acesso à jurisdição, o que, com ainda mais razão, fere de morte não só a eficácia como a própria validade.

Mais do que ineficaz perante o segurador sub-rogado, a cláusula é inválida porque o segurado também não a negociou prévia e livremente. De fato, o segurado, que pode ser o embarcador ou o consignatário da carga, não tem opção alguma em relação ao combo clausular que o transportador lhe impõe.

O contrato de transporte marítimo internacional de carga, tipicamente de adesão, raramente oferece ao embarcador ou ao consignatário oportunidade de discutir e negociar cláusulas e condições. O controle é todo do transportador. Daí a hipossuficiência negocial, que não se confunde com a hipossuficiência fática ou econômico-financeira; a primeira existe sempre, a segunda não.

Essa cláusula presente no *Bill of Lading* e imposta unilateralmente pelo transportador também desrespeita a forma determinada pela Lei de Arbitragem, ora reafirmada pela Lei do Contrato de Seguro para o compromisso arbitral: instrumento específico e assinado pelas partes.

Há, então, um rosário de vícios e ilegalidades a impedir a validade ou, ao menos, a eficácia da cláusula em estudo. Apesar disso, não são poucas as decisões judiciais, monocráticas e colegiadas, a lhe reconhecerem ambas as qualidades, prejudicando os legítimos direitos e interesses dos seguradores brasileiros e a própria economia do país.

A cláusula de arbitragem do *Bill of Lading* retira do país os pleitos de ressarcimento, esvazia a dignidade da Justiça do país e apequena o Direito brasileiro, fazendo dele uma espécie de ordenamento de segunda mão.

É certo que o Código de Processo Civil prestigiou o compromisso arbitral; é certo que a arbitragem é algo muito bom e que há, mesmo, de ser desenvolvida no Brasil, porém não é menos certa a necessidade da voluntariedade, que é requisito fundamental e indispensável para vê-la instituída. O procedimento é nobre; mas ninguém pode impô-lo a ninguém, nem vetar a jurisdição para todo aquele que, ferido em seu direito, deseja ir a juízo defendê-lo.

Por isso, a partir de dezembro de 2025, o art. 129 da nova Lei de Seguros será perfeitamente invocável para sustentar a primazia da jurisdição nacional nos pleitos de ressarcimento movidos por seguradores sub-rogados contra transportadores marítimos. É certo que, à primeira vista, o dispositivo se dirige às relações entre os próprios atores do negócio securitário. Ainda assim, não vemos nada de errado em invocá-lo.

Afinal, o artigo expõe a necessidade de voluntariedade, de acordo prévio entre as partes, de respeito à forma e de uso da lei e da competência brasileiras.

Considerando que um dos atores do litígio é segurador e que o exercício do ressarcimento redesenha a relação jurídica original em não poucas medidas, acreditamos ser, sim, possível essa invocação para a boa defesa da jurisdição nacional, da plenitude do Direito e da boa ordem moral, e o fazemos com base em princípios fundamentais como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da isonomia, da equidade e da boa-fé ampla.

Concluímos este artigo afirmando que somos, sim, entusiastas da arbitragem e pretendemos vê-la usada com frequência nos litígios de que tomem parte os seguradores e os transportadores, desde que respeitada a essência e a forma determinadas pelo sistema legal brasileiro, a ser realizada em câmara arbitral no Brasil e segundo as regras legais brasileiras.

Para tanto, contaremos, doravante, não apenas com a própria Lei de Arbitragem brasileira, mas também com a nova Lei do Contrato de Seguro, que é definitivamente uma lei para todos.

Creemos em boa-fé que será oportuna e conveniente a invocação, ainda que em caráter secundário, dos artigos que tratam da arbitragem na Lei do Contrato de Seguro, especialmente o 129, para a defesa da primazia da jurisdição nacional.

Isso porque o legislador enfatizou a importância da plena voluntariedade e da necessidade de os litígios serem tratados exclusivamente no Brasil quando envolverem interesses de seguradores e/ou segurados brasileiros. E o mesmo vale para o caso do segurador sub-rogado que busca o ressarcimento do que indenizou ao segurado, de tal modo que ele não poderá ser compelido a demandar fora de sua jurisdição natural.

A LEI DO CONTRATO DE SEGURO, A SUB-ROGAÇÃO E
A DEFESA DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL

CONCLUSÃO

Tudo tem o seu fim e aqui chegamos ao do nosso estudo, que esperamos seja fecundo aos que operam o Direito dos Seguros e o Direito dos Transportes.

Com o perdão pelo trocadilho, amparados por doutrina e jurisprudência fortes, estamos seguros de que a primazia da jurisdição nacional há de sempre prevalecer em qualquer litígio de ressarcimento em regresso de segurador sub-rogado contra transportador marítimo internacional de cargas porque ela se conecta à poderosa garantia constitucional fundamental de acesso à jurisdição que não comporta, jamais, renúncia tácita.

A onda de ataques à dignidade da sub-rogação e ao pleno exercício do direito ao ressarcimento em regresso começa a perder força no cenário judicial brasileiro e a situação tende a voltar ao que sempre foi.

A arbitragem é meio de solução de conflito excelente e há de ser incentivada, porém sempre à luz do que dela é pressuposto fundamental: a livre manifestação de vontade das partes interessadas. Jurisdição se impõe; arbitragem, jamais. Arbitragem não voluntária não é algo aceitável, sob pena de teratologia jurídica gravíssima.

A rigor, a cláusula de compromisso arbitral no exterior (ou de foro estrangeiro) prevista no *Bill of Lading* é imposta unilateralmente pelo transportador, sem aquiescência prévia do dono da carga. Essa imposição tipifica dirigismo contratual e, portanto, é, como sempre foi, considerada abusiva pelo Direito brasileiro, porque manifestamente ilegal.

Mesmo nos poucos casos em que o dono da carga, segurado, anui de modo expresso ou reflexo a ela, quando presente no instrumento de transporte, há de se reconhecer a absoluta ineficácia perante o segurador sub-rogado, tenha ele ciência ou não de seu teor, pelo simples fato de não ser parte no negócio.

O direito do segurador sub-rogado não deriva da inexecução da obrigação de transporte propriamente dita, mas de mandamento legal, em função de ato ilícito que alguém praticou contra seu segurado. O causador do dano é demandado não exatamente por ser um transportador inadimplente; e sim por, sendo ou não transportador, objetivamente ter levado o segurador a pagar a indenização de seguro.

Forçar o segurador a seguir termo negocial do qual ele não é parte, e com o qual não anuiu prévia e livremente, é uma espécie de violência jurídica, que desnatura os princípios negociais e ofende o Direito Constitucional.

O legislador que trouxe ao Brasil a Lei do Contrato de Seguro privilegiou a saúde plena do negócio e o passou a tratar por sistema jurídico específico. Protegeu com mais rigor a sub-rogação e o ressarcimento do que o havia feito o legislador civilista de 2002.

Além da conhecida ineficácia de ato do segurado prejudicial ao direito de regresso, instituiu o dever de colaboração, cujo desrespeito poderá implicar, para o segurado, dever de reparação civil ao segurador ou, antes, legítima e forte recusa de pagamento de indenização.

Porque revestido de inegável função social, o ressarcimento em regresso tem que ser cuidado também pelo segurado, donde se entende o dever de cooperação corretamente determinado pelo legislador.

Mais do que nunca, as defesas da amplitude da sub-rogação e da saúde do ressarcimento em regresso enobrecem-se e se veem fortalecidas pela Lei do Contrato de Seguro, que até na sua parte destinada à arbitragem garantiu a realização apenas no Brasil.

Daí nossa proposta de usar o art. 129 como argumento de reforço para a ideia central aqui defendida, a da preferência absoluta da jurisdição nacional, com a consequente invalidade e/ou ineficácia de cláusulas em sentido contrário nos instrumentos negociais de transportes internacionais marítimos de cargas.

Essas cláusulas, quando não inválidas de pleno direito, são e devem ser sempre ineficazes em relação aos seguradores sub-rogados, dada a força da sub-rogação e o interesse social em se preservar bem o direito de regresso, que é fundamental para o negócio de seguros, por sua vez, importantíssimo para a tranquilidade plena dos protagonistas da Economia brasileira e da circulação de riquezas.



I Fórum Rubens Walter Machado - 2025



Machado e Cremoneze
advogados associados
seguros desde 1970



13 3877 6909



machado.cremoneze



mclaw@mclaw.adv.br



machado e cremoneze



machadocremoneze.adv.br



Av. Ana Costa, 482 - Conjuntos 601 - 604
Santos - SP



iidt.official



IIDT - Instituto Internacional do
Direito de Transportes

diagramação e arte:

DESIGN CAIÇARA
estúdio criativo