



## O CONSENTIMENTO E O DIREITO MARÍTIMO:

### As cláusulas abusivas de imposição de foro estrangeiro ou de arbitragem

Paulo Henrique Cremoneze e Leonardo Quintanilha

Sê senhor da tua vontade e escravo da tua consciência.  
(Aristóteles)

No contrato internacional de transporte marítimo de carga, somente o armador (contratado) manifesta livremente sua vontade. Embarcador (contratante) e consignatário (beneficiário) não têm essa mesma sorte: em regra aderem ao padrão do clausulado, sem interferir nos termos e condições contratadas. É por isso contrato de adesão.

Justamente por essa razão o ordenamento jurídico brasileiro, coibindo o dirigismo contratual, nunca lhe emprestou validade e eficácia absolutas. Reconhece a abusividade de algumas de suas cláusulas e assim as reputa nulas de pleno direito. Abusivas são especialmente as cláusulas que dispõem sobre limitação de responsabilidade, eleição de foro estrangeiro exclusivo e compromisso arbitral.

Interessam-nos aqui sobretudo as duas últimas. E trataremos especialmente da cláusula de eleição de foro estrangeiro, já que o que dela se falar dela servirá bem à cláusula de compromisso arbitral, num único arquétipo com ligeiras adaptações.

Todo instrumento contratual de transporte marítimo internacional de carga contém cláusula de eleição de foro, estrangeiro em relação ao contratante brasileiro. Embarcador e consignatário (da carga) não aquiescem formalmente com a escolha de um foro exclusivamente estrangeiro para resolver problemas com a execução do contrato. O transportador, contratado, impõe o foro de sua preferência, normalmente o de seu domicílio.

Em verdade, mais do que um prejuízo ao efetivo exercício do Direito Contratual, há nessa imposição de foro uma ofensa de escala constitucional. Seguida à risca, inibe o acesso à jurisdição, garantia fundamental constitucional. A exegese do Direito Constitucional é taxativa ao dispor que não se admite, sequer se cogita, forçar do brasileiro a renúncia tácita à jurisdição nacional. Trata-se de um vício do consentimento manifesto, o que não pode deixar de ser observado mesmo em contratos de adesão.



O consentimento é tão importante que está no centro dos mais diversos ramos do Direito, não apenas o das obrigações. O dicionário define a palavra como “substantivo masculino que indica a manifestação favorável a que alguém faça algo, uma permissão, licença. E complementa ainda: “a aprovação de algo, anuência, aquiescência, concordância”.

A definição deveria bastar para ver que a cláusula que firma um foro específico, presente no conhecimento de embarque (instrumento que materializa o contrato de transporte marítimo internacional de carga), já não se mostra das mais agradáveis ao exercício da consciência livre.

Quando o consentimento não se faz presente, não se pode falar em autonomia, validade nem eficácia de atos e negócios jurídicos. Até em homenagem ao Direito Natural, sem a asfixia que o positivismo teórico e o voluntarismo prático buscam provocar em qualquer noção mais viva e ordenada do Justo, é bom sempre analisar o Direito de forma sistêmica, premiando o diálogo entre suas fontes e seus ramos.

Vejamos o que diz o Direito Canônico sobre o consentimento.

O que faz o matrimônio, sacramento da Igreja Católica, é o consentimento. Na falta deste, surge uma das poucas causas de nulidade (Cânone 1057).

Antes mesmo do Direito Canônico, o Direito Romano já o consagrava como elemento essencial do casamento. No dizer de **Ulpiano**, o “*consenso faz as núpcias*”.

Canonicamente, consentimento é a manifestação externa de uma vontade interna. A ideia de exteriorização da vontade interna é, deste modo, nada menos que fundamental.

Isso implica o seguinte problema: sendo o consentimento a manifestação externa de uma vontade interna, como emprestar validade e eficácia a uma cláusula contratual para cuja formulação a parte contratante em momento algum exteriorizou a vontade externa e que, se pudesse fazê-lo, jamais seria no sentido a prejudicar-se a si própria e a sua própria jurisdição?

O consentimento é ato da vontade, do querer, manifestação concreta de certa decisão tomada pelo espírito, com plenitude proporcionada ao objeto sobre o qual se prostra. Nada disso existe ao vermos em cláusulas do tipo uma menção a foros estrangeiros, à qual só com muitas concessões de linguagem e considerável imprecisão filosófica podemos nomear por “eleição”.

Alguém poderá dizer: isso é inerente ao modelo adesivo de contratação. Ao que respondemos: tudo bem, não se questiona a validade e a eficácia do modelo, ou do contrato, e sim de algumas das cláusulas abusivas, sem as quais ele sobrevive perfeitamente bem.

Por falar nisso a situação da cláusula de suposto compromisso arbitral é ainda mais grave e o vício, mais severo. E por duas razões: primeiro, a arbitragem é essencialmente voluntária, não pode ser imposta nunca; segundo, prevista em contrato de adesão, há de ser a cláusula que a institui especialmente destacada, conhecida e formalmente aquiescida, o que não ocorre no conhecimento de embarque, no *Bill of Lading* (B/L).



O vício de consentimento é mais um problema a pesar contra a cláusula que impõe foro estrangeiro, figura antijurídica que é, a um só tempo, abusiva, ilegal, inconstitucional, nula e, mesmo, imoral.

Ainda sobre o consentimento e sua importância, falemos sob outros prismas do Direito: o Direito Comparado e o *Derecho de daños*, embora ambos guardem íntima proximidade com o Marítimo. Ao tratar deste e da proteção jurídica dos direitos de honra, intimidade, própria imagem e danos, expõe a jurista espanhola **Estrella Toral Lara**<sup>1</sup>:

*El consentimiento constituye un elemento legitimador de las intromisiones en los derechos al honor, intimidad, propia imagen y protección de datos. Cuando el titular del derecho manifieste su consentimiento, la conducta se inviste de licitud.*

*Para que el consentimiento pueda legitimar la intromisión en el derecho al honor, intimidad y propia imagen debe ser expreso e inequívoco, no ambiguo ni dudoso. El consentimiento al tratamiento de los datos personales también debe ser inequívoco, y manifestado por una declaración o una “clara acción afirmativa”.*

Valendo-nos do raciocínio *a fortiori*, o que vale para o mais, vale para o menos. São claras as palavras da jurista espanhola ao dizer que o consentimento deve ser “expreso e inequívoco, não ambíguo nem duvidoso”. É certo que ela tratou de outro tema, mas tais palavras se erguem acima de si mesmas, e adquirem, pela magnitude do significado, uma participação ampla no mundo jurídico.

Sendo assim, merece também destaque esta outra afirmação sobre o consentimento, com tradução livre: “(...) deve ser inequívoco e manifestado por uma declaração ou uma “clara ação afirmativa”.

Deve o consentimento reconhecer-se por uma clara ação afirmativa. Sem esse ato de incontroversa e expressa aceitação, não se pode falar em consentimento, nunca genérico, muito menos presumido. Neste sentido, convém citar novamente **Estrella Toral Lara**<sup>2</sup> : ‘*La Jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el sentido de que no existen consentimientos genéricos o generalizados para que se pueda disponer de ellos a conveniencia, si no que ha de referirse a cada concreto acto de intromisión (STS 22 de febrero de 2006 entre otras muchas).*’

O que podemos inferir das lições de Direito Canônico e dos ensinamentos da jurista espanhola?

Que o consentimento tem de ser sempre exteriorizado, específico, expreso, claro, convicto, livre, não duvidoso, preferencialmente formal e decorrente de uma “clara acción afirmativa”. Este é o real coração de muitos atos e negócios jurídicos.

---

<sup>1</sup> Curso on line de *Actualización em Derecho de Daños* (ADD20) da Universidade de Salamanca, Módulo 4, Tema 8, *Protección jurídica de los derechos al honor, intimidad, propia imagen y protección de datos*, p. 3

<sup>2</sup> Op. Cit., p. 4



Da mesma forma que não se presume consentimento, não se pode presumir a renúncia da jurisdição. Não é possível assim ignorar uma disposição contratual que atinge garantia fundamental diretamente.

O assunto encontrava-se amornado; a jurisprudência há décadas vinha considerando abusivas cláusulas do gênero. Requentou-se timidamente com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, em cujo corpo, no artigo 25, se dispõe o seguinte: *“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.”*.

O problema, como já tivemos a oportunidade de dizer em outras ocasiões, não é exatamente o artigo 25, mas a extensão despropositada que passaram a realizar de seus limites semânticos, ao isolá-los, no contexto do Direito Marítimo, de todas as camadas que o envolvem, de todas as acidentalidades que surgem na celebração do contrato e que no plano concreto encobrem as belezas da teoria.

No contrato internacional de transporte marítimo de carga não há eleição de foro estrangeiro, e sim imposição pelo contratado, pressão unilateral do relativamente mais forte sobre o relativamente mais fraco. Ancorados nesse fato marítimo e internacional, somos levados a dizer: o art. 25 não atinge o contrato que o materializa, e a cláusula que impõe foro estrangeiro, ou arbitragem, continua junto daquela série de adjetivos negativos que a acompanha.

Basicamente é o que continua a entender a maior parte dos órgãos monocráticos e colegiados da Justiça.

Desde 2015, em pouquíssimos casos houve a equivocada aplicação do art. 25 em litígios de Direito Marítimo. Não um punhado: todos continuam *sub judice*, sendo muito provável a reforma das decisões menos atentas às diferenças mencionadas.

A exemplo do valor imenso que possui a jurisprudência, apontamos o voto do Desembargador Hélio Nogueira do Tribunal de Justiça de São Paulo, especialmente rico em fundamentação:

*“De fato, dita o artigo 25 do CPC, “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”.*

[...]

*Trata-se de contrato de adesão. E não há afastar, a estipulação de cláusula de eleição de foro, por não conter foro exclusivo, não desce à norma do “caput” do artigo 25 do Código de Processo Civil, como mesmo, em função do artigo 423 do CC (“Quando houver no contrato de adesão cláusula ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”), conforme a doutrina de Gustavo Tepedino e outros (“Código Civil Interpretado”, Vol. II, 2ª edição revista, Renovar, págs.*



*23/28), em caso concreto, “Torna-se necessário, pois, à luz deste art. 423 do CC, que se verifique ambiguidade ou contraditoriedade nas cláusulas de um contrato para que tal patologia seja sanada por meio do remédio prescrito pelo legislador, qual seja, a interpretação contra o estipulante. As noções são quase intuitivas: enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no âmbito de uma mesma cláusula, a contraditoriedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrente de cláusulas distintas”.*

*Além do mais, sem a participação e vontade do contratante na elaboração do foro de eleição, a estipulação, como posta, de multiplicidade na escolha do foro de eleição, e a critério único da vontade do transportador, traz ínsita a sua ilicitude e a nulidade. [...] No caso concreto, a nulidade da cláusula de eleição de foro é aferível de plano, porquanto prejudica a defesa da apelante, além de tudo o que esta relatoria já se permitiu pontuar a respeito.” (TJSP 22ª Câmara de Direito Privado, AP. 1009760-89.2018.8.26.0562 - j. 22/11/2018).*

Em suma, a cláusula de imposição de foro estrangeiro e o art. 25 não se atraem; pelo contrário, repelem-se mutuamente. O art. 25 não admite cláusula de imposição de foro estrangeiro, mas apenas a de eleição, como expressamente diz seu enunciado. Eleição exige voluntariedade, consentimento. E, como visto, o consentimento não existe na gênese desse tipo de contrato.

E há ainda a situação peculiar do segurador sub-rogado.

A maior parte dos litígios envolvendo o inadimplemento do contrato de que aqui se fala não é promovida por donos de carga, mas por seguradores sub-rogados. Quase todo credor de obrigação de transporte marítimo, dono de carga, se ampara em alguma apólice de seguro do ramo de transportes; diante do sinistro, ele a aciona e é em razão dela indenizado, deixando de lado qualquer interesse contra o transportador causador do dano.

Para evitar a impunidade do transportador, sem permitir ao dono da carga já indenizado uma dupla reparação, entra em cena então o segurador sub-rogado na pretensão original do contratante ou beneficiário do transporte marítimo; e como disse o Min. João Otávio de Noronha, na SEC 14.930/US, “isso não significa que possua caráter universal para abranger tudo aquilo que envolve o negócio jurídico celebrado originariamente, no caso, o contrato firmado entre a segurada e as requerentes”.

A sub-rogação que lhe é própria se vê prevista no art. 786 do Código Civil<sup>3</sup> e conservada pela Súmula nº 188 do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Súmula 188, STF: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.



Além disso, é preciso lembrar que, na tradição que remonta a Pontes de Miranda, reconhece-se da sub-rogação da seguradora a natureza legal. Por meio dela a seguradora incorpora da figura indenizada não mais que os direitos materiais, dos quais evidentemente não faz parte uma disposição de foro, ou uma anuência à arbitragem, pois "*não se sub-roga o solvente no que é personalíssimo ao credor*"<sup>5</sup>

Na tradição do Superior Tribunal de Justiça, disse o Ministro Marco Aurélio Buzzi, ao julgar o **AREsp nº 1.493.836/SP**:

*"De outra parte, havendo o segurado recebido o que lhe era devido, não existe lide a ser transferida em relação ao contrato de transporte marítimo, firmado entre o segurado e ora recorrente.*

*E segue o ministro Buzzi com citações das quais faz parte a seguinte:*

*"A sub-rogação está restrita aos direitos materiais que emergem dos contratos salvaguardados pela cobertura securitária, não alcançando as prerrogativas subjetivas" (CC 160.693-RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 25/09/2018)"*

É a mesma posição de J.M. DE CARVALHO SANTOS<sup>6</sup>:

*"O sub-rogado, como é bem de ver, não adquire senão os direitos, ações e privilégios do credor primitivo. Essa regra, entretanto, precisa ser entendida em termos, e por isso mesmo, propositadamente, dissemos linhas atrás que o sub-rogado não se podia valer dos direitos que foram alterados em virtude da própria sub-rogação. Se não podia, como não pode, valer-se de tais direitos, não o poderá, também, da mesma ação, mas, sim, de outra, que couber ao seu direito, que se apresenta com outro caráter. É o que se verifica, por exemplo, nas sub-rogações resultantes de pagamento de dívidas fiscais. Paga a dívida, perde ela a natureza de fiscal, que é inerente e peculiar ao fisco. Não pode, por isso mesmo, o sub-rogado intentar o executivo fiscal para reaver o que pagou. A sua ação será a que lhe garantiu o título, executiva ou sumária, mas nunca o executivo fiscal, que somente pelo fisco pode ser intentado, como privilégio seu."*

A posição da seguradora não pode ser a mesma do contratante inicial, porque a causa de pedir também não é.

Se uma se baseia no descumprimento do acordo de vontades que ali estabeleceu obrigações recíprocas, a outra pressupõe antes o contrato de seguro e se realiza automaticamente com o pagamento da indenização, por força do art. 786 do Código Civil. Não

---

<sup>5</sup> Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, T. XXIV, p. 293, § 2.963

<sup>6</sup> Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático. Direito das obrigações (arts. 972-1036). V. XIII, 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 103/104.



herda a seguradora pactos de aspecto processual ou íntimos à pessoa do segurado, quando ele realmente os faz, muito menos na hipótese em que é compelido a fazê-los.

As reivindicações que ela faz não derivam do contrato de transporte, nem guardam com ele relação senão accidental, pontual e insubmissa. Originam-se da lei, em razão do contrato de seguro vigente e em consequência do pagamento da indenização.

O ordenamento jurídico consagra o direito de regresso e lhe reconhece a importância notória para as relações sociais. Por meio dele o causador do dano é obrigado a reparar os prejuízos de sua conduta ilícita. Fazer com que o devedor contratual e protagonista de um dano responda civilmente é justo e necessário. Não fosse isso, haveria uma iníqua transferência de riscos e de responsabilidades. Quem causa um dano não pode deixar de responder apenas porque a vítima original tratou de obter previamente uma proteção securitária.

Sabemos todos que o eixo primaz da responsabilidade civil é a reparação do dano na sua exata medida. Todavia, não deixa de ser sua função a justa punição pela autoria do ato danoso.

Outra função secundária da reparação civil? Educativa. Espera-se que a condenação motive o causador do dano a agir com maior cuidado dali em diante.

Também se pode falar em perspectiva social da sub-rogação quando se leva em consideração o princípio do mutualismo, a conferir ao negócio de seguro o selo da especialidade. Um segurador, ao demandar o ressarcimento em regresso contra o causador do dano, não defende apenas os seus direitos e interesses, mas os de todo o colégio de segurados: é ao mesmo tempo espada de si e escudo dos demais.

O ressarcimento permite a contemplação a todos os segurados unidos em volta do segurador. Exitosos, os ressarcimentos impactam no cálculo atuarial, e com isso beneficiam o vigor financeiro da mutualidade, barateando o seguro: ganham os segurados em especial e a sociedade em geral.

Por isso o ressarcimento é engrenagem fundamental da estrutura securitária. Deve ser protegido, e não esfumado sob os interesses de quem, ainda que se saiba responsável, não quer indenizar nem aqui nem em lugar nenhum do planeta, e a quem a cláusula eletiva serviria de meio hábil para extinguir a ação regressiva da seguradora — se a jurisprudência atenciosa não cuidasse em diferenciar os tipos de contrato internacional de acordo com o que eles realmente são na realidade.

A cláusula eletiva de foro estrangeiro e a cláusula compromissória de arbitragem não são oponíveis ao segurador sub-rogado simplesmente porque ele não é parte do contrato. Exatamente isso: não se pode exigir de terceiro o cumprimento de avenças particulares a dois.

É exatamente isso o que entende a **jurisprudência** dominante, a exemplo desta que rapidamente aqui se citará:



AÇÃO REGRESSIVA - TRANSPORTE MARÍTIMO - AUTORA (SEGURADORA) SUBROGADA NO DIREITO DE SUA SEGURADA, DESTINATÁRIA DA MERCADORIA TRANSPORTADA PELA RÉ - SUBROGAÇÃO QUE SE OPERA DE PLENO DIREITO E EM AMPLO CARÁTER EM RELAÇÃO AO DIREITO MATERIAL - INOPONIBILIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO EM FACE DA SEGURADORA - PRECEDENTE DO STJ - COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA MANTIDA - PRELIMINAR REJEITADA. (...) - RECURSO PROVIDO". (Apelação 1024437-61.2017.8.26.0562; Relator a): Paulo Roberto de Santana; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/06/2018).

Se o segurador sub-rogado não participou do contrato de transporte, não é razoável amarrá-lo às disposições que ali estão expressas. Não é razoável nem lícito.

Fosse a cláusula válida e eficaz, fruto da vontade livre e consciente do dono da carga, contratante ou beneficiário do serviço de transporte, segurado, ainda assim não poderia obrigar o segurador, uma vez que cria um inegável prejuízo à busca regressiva. O §2º do art. 786 do Código Civil diz expressamente que o segurado não pode de maneira nenhuma prejudicá-la<sup>7</sup>.

A lei não permite interpretação elástica ao dizer que é "*ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo*". Logo, ainda que se entenda que a cláusula seja eficaz em relação do dono da carga e contratante, segurado, sua ineficácia restará clara ao segurador, já que o não exercício do ressarcimento contra o transportador em sua própria jurisdição diminui significativamente a força da sub-rogação, além de lhe trazer o ônus, absolutamente desnecessário, de ter de litigar em outro país.

Nem se diga que o segurador conhecia a dinâmica do negócio de transporte e, portanto, tem que se submeter ao seu conteúdo contratual.

Ele não tem nem pode ter ingerência no negócio celebrado pelo segurado com o transportador marítimo; do contrário estaria agindo com dirigismo contratual no âmbito de sua atividade e abusando de sua posição neste contrato que, definitivamente, não se confunde com o de transporte.

O segurador sabe da existência do contrato de transporte e não lhe opõe resistência, ainda que indireta e por meio do segurado, primeiro porque não pode; segundo porque não é este o objetivo das garantias que oferece; e terceiro porque a oposição não é ao contrato em si, mas ao conteúdo abusivo que, aliás, a jurisprudência sempre afastou, garantindo à seguradora uma certeza razoável dos direitos que numa hora tinha e que não pode na hora seguinte, simplesmente do nada, deixar de ter.

A cláusula tradicionalmente reconhecida como abusiva, ilegal, em relação ao contratante do transporte e segurado, há de ser com mais razão assim reconhecida no prisma

---

<sup>7</sup> §2º: É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.



sub-rogado do segurador, que não consente nem adere ao contrato, do qual não foi parte e no qual não interfere, razão por que a eventual projeção de efeitos em sua direção é de uma impossibilidade manifesta.

Permiti-lo seria extirpar do segurador a garantia constitucional que lhe assegura se valer da própria jurisdição para defender seus direitos e também os do mútuo que representa. Novamente o tema da renúncia tácita de jurisdição se faz presente e não pode ser ignorado, até porque desta vez envolvido pela Súmula nº 188 do Supremo Tribunal Federal.

O respeito ao consentimento é, gostamos de pensar, um dos marcos civilizatórios, um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito. Quanto mais se observa em uma sociedade a integridade do justo consentimento, mais ela caminha para uma conversão mais factível de Estado Justo.

Há muito tempo, depois de lutar contra a escravidão no país e vencer a guerra civil, disse o então presidente dos Estados Unidos da América **Abraham Lincoln**: *“Ninguém é suficientemente competente para governar outra pessoa sem o seu consentimento”*.

Seja no plano jurídico, seja no Direito Constitucional, seja no Direito Canônico, seja ainda no Direito de Danos, o consentimento é a espinha dorsal do negócio jurídico perfeito.

É um conceito de importância tal na civilização ocidental — formada por bases hoje tão maltratadas, mas sem as quais não se pode compreender nem a diferença entre uma pedra e um elefante — que a ideia mesma de salvação, na tradição católica, depende em parte da vontade do homem, baseia-se em seu eterno consentimento, na entrega voluntária da liberdade de que dispõe, enquanto criatura dotada de dignidade humana, enquanto ser moldado *ad similitudinem Dei*.

O Deus cristão não obriga o homem a amá-Lo. Espera apenas que seu amor seja correspondido por aquilo que ele de fato é: o Bem à luz do qual todos os outros bens conservam algo de atrativo à natureza humana.

Ainda no mesmo contexto teológico, **São Bernardo de Claraval**, no *Diligendo Deo*, vai dizer que *“a medida do amor a Deus é amá-Lo sem medida”*. Esse amor pressupõe o consentimento dirigido ao sumo Bem, ao mais perfeito Ser que se pode conceber, que, apesar de sê-lo, ou justamente porque o é, respeita o livre-arbítrio. **Santo Agostinho**, um dos grandes filósofos da humanidade, já ensinava: *“Aquele que nos criou sem a nossa ajuda, não nos salvará sem nosso consentimento”*.

Se o consentimento está marcado no peito da civilização, no limiar do divino e do humano, como dele abrir mão nesta humilde porção marítima, a desaguar nas obrigações dos homens?

Por essas bases mais profundas, pelas raízes da cultura onde cresce o Direito mesmo, dá para ter uma ideia da importância da vontade; e agora trazendo ao nosso campo específico, com menos pretensioso, fica reforçada a necessidade de manter a tradição jurídica de décadas, para



não dizer de um século, em considerar nula a cláusula de eleição de foro estrangeiro (ou de arbitragem), imposta unilateralmente no contrato internacional de transporte marítimo, que é de adesão; e, se não nula em geral, ineficaz em relação ao segurador sub-rogado.

Respeitar o consentimento, no caso específico do segurador, também é respeitar a visão econômica do Direito, nos termos da Escola de Chicago e das noções que informam o Código de Processo Civil de 2015. Afinal, não se pode atropelar um segmento inteiro da economia com compreensões que só alimentarão o caos da insegurança jurídica.

Considerando que o negócio de seguro é aquele dotado de elevada carga social e que o ressarcimento em regresso beneficia não somente o segurador, mas também todos os segurados que a ele se vinculam, não se pode admitir o esvaziamento da dignidade do ressarcimento, sob pena de ofender o princípio da não surpresa e prejudicar uma cadeia enorme de relações econômico-financeiras.

Diante disso, é preciso ter muito cuidado com as alegações dos que tentam importar ao Direito Marítimo, no campo do Direito Privado, decisão que se deu no campo do Direito Público, cuja *ratio decidendi* em nada se pautou na relação segurador sub-rogado, segurado e ato com terceiro.

Falamos da decisão do órgão especial do Superior Tribunal de Justiça na SEC 14.930/US, em que se discutia a homologação de decisão de procedimento arbitral havido nos Estados Unidos; decisão que, segundo ela própria, não constituiu precedente de nada e que se deu em contexto completamente diverso.

Alguns poucos ministros, tanto de um lado quanto de outro, acabaram comentando a temática da sub-rogação. Mas a homologação não era sobre estar o segurador sub-rogado sujeito ou não à cláusula compromissou de arbitragem. Era sobre poder ou não o STJ ali intervir em discussão de mérito. Para isso partiram do princípio de que, para a Corte intervir, precisaria haver uma afronta absoluta à ordem soberana.

O que seria afronta absoluta?

Seria aquela posição que, se não há previsão legal que a vede, todos os doutrinadores concordam que é errada. Logo, relativa é aquela em que há uma alguma discordância sobre a matéria, mesmo que mínima.

Ainda que tais premissas possam ser objetos de um questionamento mais cuidadoso, como de fato foram pelo Ministro João Otávio de Noronha, delas não se pode concluir que os ministros concordam com estender ao segurador as cláusulas com que o segurado anuiu. Poderiam até reconhecer numa análise mais detalhada que a sentença arbitral estava errada. E muito provavelmente o fariam. Mas não lhes cabia naquele caso particular interferir, para não subverter o papel homologatório da corte — assim entendeu a maioria.

Dito de outro modo: os ministros naquele caso não votaram pela submissão da seguradora ao clausulado com que anuíra o segurado. Isso é falso; e na verdade é uma criação



publicitária de armadores que passaram a ostentar não a decisão real, mas um diz-que-diz a respeito dela, um rumor baseado em manchetes de jornal que, antes mesmo da publicação do acórdão, passavam a noticiar-lhe o conteúdo sequer disponível na época para análise.

A famosa manchete surgiu em maio de 2019, a íntegra do acórdão só foi publicada no final de junho.

Na leitura atenciosa dos votos, via-se o relator mesmo dizer com uma clareza constrangedora: *“não está firmando neste voto precedente sobre a ampliação ou a restrição dos direitos do sub-rogado em contratos de seguro, em função do disposto no § 2o do art. 786 do Código Civil, até porque este não é o objeto desta lide e nem a tanto se poderia chegar neste procedimento, cujo exame é restrito, como citado alhures.”* (SEC 14.930/US, Rel. Min. OG Fernandes, CORTE ESPECIAL, julgado em 15.05.19, DJE 27.06.19, fls. 46/47)

Naquele caso, mesmo levando em consideração a intocada decisão do tribunal arbitral, de fato houve o consentimento expresso do segurado pelo uso da arbitragem. O procedimento arbitral foi executado no exterior e o segurador dele participou, ainda que a pretexto de questioná-lo, ao passo que os ministros reconheceram que na prática o segurador teria participado mais do que afirmava, produzindo provas, apresentando laudos.

A discussão do órgão especial, contudo, se deu em torno da homologação formal da decisão arbitral estrangeira, dos limites em que poderia atuar o próprio STJ, e nada mais.

Se a decisão da câmara arbitral reconhecia a própria competência, correta ou incorretamente, se estendia as cláusulas compromissórias ao segurador sub-rogado, justa ou injustamente, disso não se pode concluir que o STJ, porque entendia não poder interferir no mérito, tenha se manifestado a favor da medida tomada por ela.

Ademais, em nada aquele caso se parece com os que envolvem o questionamento da cláusula de eleição de foro estrangeiro ou de arbitragem em contratos de adesão, figura totalmente distinta. Havia consentimento, a arbitragem se realizou; nestes não costuma haver consentimento e a jurisdição nacional se exerce com preferência, segundo as previsões constitucionais que a amparam e as tradições jurisprudenciais que a conservam.

Razões ônticas diferentes, inconfundíveis entre si. Nem mesmo seria necessário modular a decisão SEC 14.930/US para lhe possibilitar um ingresso menos violento no terreno jurisprudencial, porque ela realmente não é aplicável. Basta atenção ao que diz o próprio relator diz com todas as letras que aquela homologação não é precedente para sub-rogação, quem dirá para o Direito Marítimo, com suas adesivas disposições contratuais.

Alegar simetria entre as situações não costuma ser erro jurídico, mas geralmente ato de pouca boa-fé daqueles que desejam, mais do que tudo, escapar da jurisdição nacional, buscando refúgio em lugares mais lenientes com o erro transportador.