



Machado, Cremonese
Lima e Gatas

advogados associados
Seguros desde 1970

SOBRE A SUB-ROGAÇÃO E O DIREITO DE REGRESSO

ENSAIO ORIENTADO PARA
TEMAS POLÊMICOS E ATUAIS DA
INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO
DE SEGUROS E DE TRANSPORTES

HOMENAGEM A
**RUBENS
WALTER
MACHADO**



PAULO HENRIQUE CREMONEZE

Advogado, Especialista em Direito do Seguro e em Contratos e Danos pela Universidade de Salamanca (Espanha), pós-graduado em Direito “lato sensu” e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, acadêmico da Academia Brasileira de Seguros e Previdência, associado (conselheiro) da Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidade mantenedora da Universidade Católica de Santos), autor de artigos publicados em revistas especializadas e de livros de seguros e transportes de cargas e laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia.



“Ao transportador, incumbindo-se de transportar mercadorias, cumpre entregá-las ao destinatário no lugar convenionado e no estado e quantidade em que as recebeu, de conformidade com o exposto no art. 519 do Código Comercial: O capitão é considerado verdadeiro depositário da carga e de quaisquer efeitos que receber a bordo, e como tal está obrigado a sua guarda, bom acondicionamento e conservação, e à sua pronta entrega à vista dos conhecimentos. [...] A responsabilidade do capitão a respeito da carga principia a correr desde o momento em que a recebe e continua até o ato da sua entrega no lugar que se houver convenionado, ou que estiver em uso no porto de descarga. [...] Não o fazendo, cumpre-lhe, também, o ônus da prova para elidir a sua responsabilidade

pelo inadimplemento do contrato firmado.

[...] Sua responsabilidade é, portanto, sempre presumida, amparada pela teoria da culpa sem prova, que tem seu nascedouro na infração das regras pré-estabelecidas da obrigação em si, tal qual dispõe o art. 1.056 do Código Civil, responsabilidade essa que se origina não da culpa aquiliana, mas, sim, do contrato firmado. [...] É presumida a culpa do transportador por motivos óbvios de lógica jurídica, e sua caracterização – tal qual um depositário – predomina nas obrigações de guardar, conservar e restituir.”

Machado, Rubens Walter. Aspectos Jurídicos: o que interessa ao seguro. Revista do IRB, Rio de Janeiro: 44, (232), p. 20, set.-dez. 1983.



Este é um ensaio que escrevo em homenagem póstuma ao querido mestre **Rubens Walter Machado**.

A citação que abre este ensaio trata da responsabilidade civil do transportador de carga.

Essa responsabilidade é o principal tema do meu cotidiano profissional.

Eu a enfrento todos os dias, postulando ressarcimentos em nomes de seguradores sub-rogados.

E é aí que ela se justifica no trabalho e abre esta justa homenagem.

Por meio de tema importantíssimo ao Direito dos Seguros, especialmente naquilo que toca ao Direito dos Transportes, ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil, homenagem quem foi, é e sempre será minha referência na advocacia.

Jamais me cansarei de lhe render homenagens.

Se eu isso fizer sete vezes mais, ainda lhe serei devedor setenta vezes.

Ao saudoso mestre devo grande parte do meu exercício profissional. Ele abriu-me às portas do Direito dos Seguros e do Direito Marítimo, que hoje é abraçado pelo Direito dos Transportes.

Advogado com forte atuação nesses campos, ensinou-me a gravidade das cláusulas abusivas dos contrato internacional de transporte marítimo de carga.

Em vida, combateu intensamente as de imposição de foro estrangeiro, de arbitragem e de limitação de responsabilidade.

Grande parte do argumentos deste ensaio é o pensamento vivo de **Machado**.

Moções transcendentais à parte, muita gente diz que um homem alcança à posteridade por sua obra.

Verdade incontestável em relação ao saudoso mestre. Em muita coisa que escrevo se encontra o que ele pensava e defendia.

Minhas afirmações neste modesto trabalho são as de Machado, ainda que repaginadas pelas mudanças do Direito ao avançar do tempo.

E o que não é exatamente de sua autoria certamente o é por inspiração. A parte que trata da ineficácia das cláusulas dos contratos de transportes de cargas aos seguradores é um pouco menos antiga e elaborada com meus sócios, especialmente seu filho, **Rubens Walter Machado Filho**.

Mudamos parte da argumentação dos embates forenses em relação à responsabilidade civil dos transportadores de cargas e da amplitude do ressarcimento em regresso, mas mantivemos o mesmo espírito assertivo dos tempos outros, que nos foi transmitido ao homenageado.

Daí meu dever de aproveitar ensaio que encaminhei aos editores da Revista da prestigiosa CNseg (aos quais publicamente agradeço) e, neste ato, sob este formato, homenagear quem tanto merece e a quem tanto devo.

Meu desejo é o de perpetuar por argumentos jurídicos o nome do estimado benfeitor e renomado advogado, oferecendo aos interessados argumentos práticos para assuntos muito importantes e recorrentes neste campo tão diferenciado do Direito e que informa o seguro de transportes.

Que eu possa ser feliz neste bom propósito, que é justo e verdadeiro.

Vamos lá!

Tenho grande apreço pelo tema sub-rogação, especialmente quanto ao que considero sua maior consequência: a legitimidade para o exercício ressarcimento em regresso.

Neste artigo, tratarei da sub-rogação e do ressarcimento em relação ao seguro de transportes, valendo-me da experiência profissional.

O objetivo é defender a integralidade do ressarcimento e sua absoluta independência das normas contratuais de transporte.

Esse objetivo é previamente resumido no fundamento nuclear decisão desta decisão:

“A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do

dano na carga”

3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe de 25/03/2022, REsp 1.962.113/RJ

O acórdão, de relatoria da **Ministra Fátima Nancy Andrighi**, ratifica o entendimento da Corte há muito sedimentado e trata da ineficácia de não poucas cláusulas do contrato internacional de transporte de cargas relativamente aos seguradores sub-rogados.

Para além da antiga e constantemente revisitada discussão das ilegalidade das cláusulas *hardship*, unilateralmente impostas pelos transportadores aos donos de cargas, tem-se o reconhecimento da sua ineficácia aos principais protagonistas de litígios fundados em temas de Direito dos Transportes.

Aos antigos e ainda fortes argumentos sobre a abusividade dessas cláusulas, somam-se os que dispõem sobre a ineficácia perante o segurador sub-rogado. Essa ineficácia dá-se por dois motivos: 1) não participação no contrato de transporte; e 2) determinação do art. 786, §2º do Código Civil.

Em outras palavras: as cláusulas *hardship* são inválidas; e se eventualmente válidas, ineficazes, ao menos ao segurador sub-rogado, cujo direito de regresso não pode ser prejudicado por motivo algum.

Ainda que se tenham por válidas essas cláusulas, elas não aproveitarão ninguém mais senão as partes do contrato transporte, sendo da mais absoluta ineficácia aos que adquiriram direitos por sub-rogação.

O direito do segurador não deriva do inadimplemento do contrato de transporte e, sim, do pagamento de indenização de seguro ao segurado, vítima original do dano causado pelo transportador.

Aos buscar o ressarcimento em regresso, ato de lealdade ao mútuo que administra, o segurador não demanda exatamente contra o transportador inadimplente e, sim, o causador de dano, o autor de ato ilícito, inobstante a existência ou não de vínculo contratual prévio com a vítima, segurado.

O transportador, manejador de fonte de riscos (art. 927, parágrafo único do Código Civil), responde objetivamente pelos danos e prejuízos e o segurador exerce seu direito (de regresso em razão da sub-rogação. Esta é a equação que rege a maior parte dos litígios que têm como pano de fundo os transportes de cargas.

O ressarcimento derivado da sub-rogação há de ser especialmente protegido, incentivado, potencializado, pois nele também se vê fortalecido o negócio de seguro, cuja saúde à sociedade interessa.

Por tudo isso posso afirmar que o tema é atual, importantíssimo e fundamental, inegavelmente de interesse geral.

Pois bem!

A sub-rogação (e, por arrastamento, o ressarcimento) é tema que enlaça o Direito de Seguros, o Direito Civil e o Direito Processual Civil.

Pode-se colocar nesse enlaçamento o Direito de Transportes, já que a maior parte de litígios contra transportadores de cargas, repito, é demandada por seguradores sub-rogados.

Em que pese a importância do assunto, noto pouco tratamento doutrinário. A consequência disso é a formação de zonas de penumbra que avançam sobre a jurisprudência.

Muitas figuras legais próprias do negócio de seguro não são efetivamente conhecidas pela Justiça e isto afeta negativamente os julgamentos. Decisões injustas e que afetam os contratos de seguro e o chamado custo-Brasil.

Faz-se necessário, senão urgente, escancarar as portas do Direito de Seguros. Escancarando-as, tornar-se-á mais bem conhecido e, conseqüentemente, aplicado.

Certamente não mais se falará em aplicação eventual de cláusulas do contrato de transporte que inibam o exercício do ressarcimento ou afetem sua integralidade.

A bem da verdade, nem mesmo a lei (incluindo-se Convenção Internacional) pode afetar os direitos e garantias fundamentais que circundam o ressarcimento, quanto mais normas contratuais e de natureza adesiva.

Por mais auto evidente que isso seja, a reafirmação contínua faz-se necessária, dada a dialeticidade do Direito e menor capilaridade dos princípios informadores dos seguros em geral.

Aplicando-se melhor o Direito de Seguros, aplicar-se-á também melhor os temas dos ramos que a ele se conectam, direta ou indiretamente.

Daí meu sincero interesse em falar cada vez mais da sub-rogação e do ressarcimento. Tanto mais me interessa a sub-rogação quanto mais me interessa defendendo o ressarcimento.

Sim são situações jurídicas distintas e inconfundíveis, mas que em algum ponto se conectam e é nele que fio meu interesse e me debruço em seu estudo.

Recuperar o patrimônio das seguradoras, dos fundos que administram, e ver danadores arcarem com as consequências de suas condutas ilícitas é em boa medida algo a que me dedico com fervor quase religioso, partindo-se da premissa de que fé e razão caminham muito bem conciliadas.

Embora absolutamente distinta, é por meio da sub-rogação que o direito de regresso é exercido e o causador do dano obrigado à devida reparação. Sem eles, sub-rogação e ressarcimento, sobreviria a terrível condição de o danador se ver desonerado das consequências de sua conduta por causa da previdência alheia.

O ressarcimento em regresso, fruto imediato da sub-rogação, permite que o autor do ato ilícito seja efetivamente punido, o que é bom à toda sociedade.

Permite ainda a restituição ao mútuo do valor indenizado ao segurado, garantindo-se a saúde do contrato de seguro.

O reembolso do prejuízo indenizado não é algo bom ao segurador sub-rogado, mas, gosto de enfatizar, ao colégio de segurados. Com isso, não quero dizer que o patrimônio da seguradora se confunde com o do mútuo, mas que, de uma forma ou de outra, o reembolso afeta positivamente as relações securitárias.

Vê-se, então, ainda que não imediatamente, o impacto da sub-rogação e do ressarcimento no tecido social e os motivos pelos quais há de ser

defendido e preservado, sem sucumbir aos discursos retóricos dos danadores e dos artifícios jurídicos.

Por isso é que desde logo se aqui se afirma, quase que solenemente, que a interpretação do Direito há de ser sempre favorável à sub-rogação, jamais em seu detrimento.

Pela sub-rogação, bônus são transferidos, nunca ônus.

O segurador adquire os direitos e ações do segurado, porém não seus eventuais deveres aos terceiros. O que o segurado negocia com o causador do dano é absolutamente irrelevante ao segurador sub-rogado e jamais esvaziará o ressarcimento.

Nessa toada também as afirma aqui, sem meias palavras, que o segurador sub-rogado não se submete a qualquer norma, contratual ou convencional, prejudicial à ampla busca do ressarcimento em regresso.

A força da sub-rogação e a amplitude do direito de regresso são tamanhos que nem mesmo decisão de repercussão geral pode de algum modo os mitigar.

Refiro-me, aqui, ao caso do Tema 210 do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, este não deveria ser tema de introdução, mas tópico específico deste artigo. Deixo de lado a boa técnica e dele trato de imediato, homenageando a prática do Direito.

Ao decidir litígio envolvendo passageiro com bagagem extraviada e empresa de transporte aéreo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que aplicável a limitação tarifada da Convenção de Montreal e afastou a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Diante da importância do caso, deu-lhe o signo de repercussão geral.

Ocorre que o caso-paradigma trata de situação bem específica: transporte de passageiro com bagagem extraviada.

Nada tem a ver com outros litígios de Direito de Transportes, como os de seguradores sub-rogados contra empresas aéreas por danos às cargas, cujos transportes são assegurados por apólices específicas.

Nos transportes aéreos são comuns danos nas cargas (faltas ou avarias). Os segurados dos donos indenizam-nos e se sub-rogam nos seus direitos e ações. Demandam o ressarcimento em regresso contra os danadores (transportadores).

Sendo os transportes internacionais, a norma aplicável é a Convenção de Montreal. Todavia, a limitação de responsabilidade nem sempre é cabível. Existem muitas situações que inibem sua incidência e garantem o ressarcimento integral.

Por isso, o Tema 210 não é aplicável imediatamente, sendo de se reconhecer o *Distinguishing*.

Sem a plena simetria entre o caso-paradigma e aquele em julgamento é incabível a aplicação da decisão de repercussão geral.

Exatamente a situação dos litígios de ressarcimento em regresso entre seguradores sub-rogados e transportadores aéreos internacionais.

O direito de regresso do segurador derivada da lei, da sub-rogação, não do inadimplemento do contrato de transporte. Daí não lhe ser oponíveis normas que diminuam a integralidade do ressarcimento buscado.

Nesse sentido, não são poucas as decisões monocráticas e colegiadas do **Supremo Tribunal Federal**. A Corte que emitiu a decisão de repercussão geral é a que a modula e distingue.

Então, é certo dizer que a limitação de responsabilidade simplesmente não incide à seguradora sub-rogada, exatamente como entendeu o **Ministro Alexandre de Moraes**, em voto espantosamente claro, ao julgar o **ARE 1.146.801/SP**: “No caso dos autos, inaplicável o referido precedente paradigma, pois não se trata de transporte de passageiros e de bagagem, mas de vício na prestação de serviço de transporte aéreo de mercadoria e o conseqüente reconhecimento do direito de regresso da parte recorrida decorrente de contrato de seguro.”

Foi o que a **Ministra Carmen Lúcia**, no **RE 1252909/SP**, também ressaltou em *Distinguishing* lapidar: “Inviável a aplicação do Tema 210 da repercussão geral, pois ausente identidade entre a matéria trazida na espécie e a tratada no Recurso Extraordinário n. 636.331, Relator o Ministro Gilmar Mendes. Na espécie vertente

discute-se direito de regresso decorrente de contrato de seguro em transporte aéreo de cargas entre companhia aérea e seguradora, não de limitação da responsabilidade de transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagens em voos internacionais.”

É exatamente como entende ainda a **Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal**, ao julgar o **Ag. Reg. no RE com Agravo 1.240.608/RJ**, acórdão de relatoria do **Ministro Ricardo Lewandowski**: “I - A discussão em torno de eventual direito de regresso para reparação de danos decorrentes de extravio de mercadoria em transporte aéreo internacional pago pela seguradora, não se submete ao Tema 210 da Repercussão Geral.”

Ressaltando que essa é realmente a jurisprudência do Supremo, a **Ministra Rosa Weber**, no **RE 1.196.955/SP**, reforçou os termos do acórdão que a precedia e condenava a transportadora ao ressarcimento integral, asseverando que a limitação de responsabilidade de forma alguma poderia afetar a seguradora sub-rogada: “O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de inaplicabilidade do *leading case* objeto do Tema 210 à hipótese em que discutido mero direito de regresso decorrente de contrato de seguro em transporte aéreo de cargas entre companhia aérea e seguradora, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados.”

O **Ministro Luiz Fux**, na relatoria do acórdão do **AG.REG. no AI 822.191**, seguido pelos outros Ministros, também distingue muito bem um caso de outro, afirmando, com a clareza de três sistemas solares, que a limitação de responsabilidade firmada no precedente não se aplica à seguradora: “Por outro lado, destaco a existência de distinção entre o caso sub examine, que versa sobre danos decorrentes de falha na prestação de serviço de transporte aéreo de cargas e o conseqüente direito de regresso decorrente de contrato de seguro, e o *leading case* objeto do Tema 210 da repercussão geral (RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes), em que controvertida a limitação da responsabilidade de transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagens em voos internacionais, não se aplicando à espécie, por

consequente, a tese firmada no referido precedente.”

As decisões da Corte Superior são acompanhadas por outras em todo o país, reconhecendo que nem mesmo uma decisão de repercussão geral pode afetar a sub-rogação e a integralidade do ressarcimento:

Ação regressiva de ressarcimento de danos (seguro de transporte internacional) – Transporte aéreo internacional de carga – Responsabilidade objetiva da ré – Dever de entregar a coisa incólume ao seu destinatário – Inteligência dos arts. 749 e 750 do CC – Avarias das mercadorias seguradas durante o transporte aéreo – Transporte cumulativo – Requerida atuou como agente de cargas para operacionalizar a cadeia de transporte destinada ao traslado da carga assegurada pela autora – Inteligência do art. 756 do CC – Responsabilidade dos envolvidos na cadeia de transporte pelos danos causados – Dever de ressarcir evidenciado – Recurso adesivo da ré negado. Sentença limitou o valor a ser ressarcido pela ré – Descabimento – Os documentos exibidos pela seguradora autora comprovam a totalidade da carga transportada pela ré, inexistindo razões para limitação da indenização securitária, por se evidenciar ter sido indenizado apenas as mercadorias avariadas – Necessidade de ressarcir a integralidade do valor pago pela autora seguradora à sua segurada – Recurso da autora provido. Inaplicabilidade da Convenção de Montreal, anotando que o Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, julgado em 25.5.2017, refere-se a extravio de bagagem em voo internacional, hipótese diversa da versada nos autos, regulada pelo Código Civil – Recurso adesivo da ré negado. Recurso autora provido em parte, negado da ré.

(TJSP; Apelação Cível 1050875-42.2019.8.26.0114; Relator (a): Francisco Giacinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/11/2020; Data de Registro: 25/11/2020)

Esta decisão representa muitas outras no mesmo sentido e premiam a condição especial do segurador sub-rogado que busca o ressarcimento para proteger os legítimos interesses do mútuo e a função social do negócio de seguros.

Evidentemente que há outras em sentido contrário, afinal o Direito é dialético por excelência e o assunto em debate é relativamente novo e se encontra em plena efervescência, porém o que se tem em alça de mira é exatamente a dinâmica da sub-rogação.

O segurador sub-rogado é obrigado a se curvar aos diferentes expedientes contratuais ou legais que não se lhe são diretamente afetos e prejudiciais ao ressarcimento em regresso? Penso que não. Estou seguro de que não!

Veja-se outra situação própria do Direito de Transportes: a do contrato internacional de transporte marítimo de carga.

Nele consta quase sempre cláusula de eleição de foro estrangeiro ou de compromisso arbitral.

O Código de Processo Civil reconhece a eleição de foro estrangeiro e o compromisso arbitral, dispondo que diante de suas existências, o juiz brasileiro sequer apreciará causa fundada no contrato internacional que contiver uma ou outra.

Ocorre que para tanto a cláusula de eleição de foro estrangeiro ou de compromisso arbitral tem que ser negociadas prévia e livremente entre as partes.

A negociação prévia é ainda mais significativa no caso do compromisso arbitral, já que o procedimento só pode se dar mediante expressa manifestação de vontade de todas as partes interessadas.

Isso não existe no contrato de transporte internacional de carga, que é de adesão e formado por cláusulas dispostas unilateralmente pelo transportador.

Tanto no modo aéreo como no marítimo a natureza adesiva dos contratos e as cláusulas *hardship* são há muito conhecidas e combatidas.

Penso que no caso do contrato internacional marítimo, a gravidade é ainda maior, mais escancarada, do que no aéreo.

O embarcador e o consignatário da carga não anuem expressamente com a imposição de foro estrangeiro ou de procedimento arbitral.

Como a forma e a substância não são respeitadas, a cláusula que dirige a vontade de uma das partes, implicando perda significativa de direitos, é considerada abusiva, portanto, ilegal.

A ilegalidade agrava-se quando o foco das atenções é o segurador sub-rogado, que sequer é parte no contrato de transporte.

Ilegalidade que também é inconstitucionalidade, já que não existe renúncia tácita à garantia fundamental de acesso à jurisdição.

Daí o erro de se querer transferir ao segurador ônus contratuais ou de qualquer outra espécie. A sub-rogação, como bem diz a lei, transfere direitos e ações, nada mais.

Como lhe impor ônus tão pesado e que prejudica o amplo exercício do direito de regresso?

É moralmente ordenado submeter o segurador sub-rogado à disposição contratual que é abusiva ao próprio dono da carga, que é parte aderente do contrato de transporte?

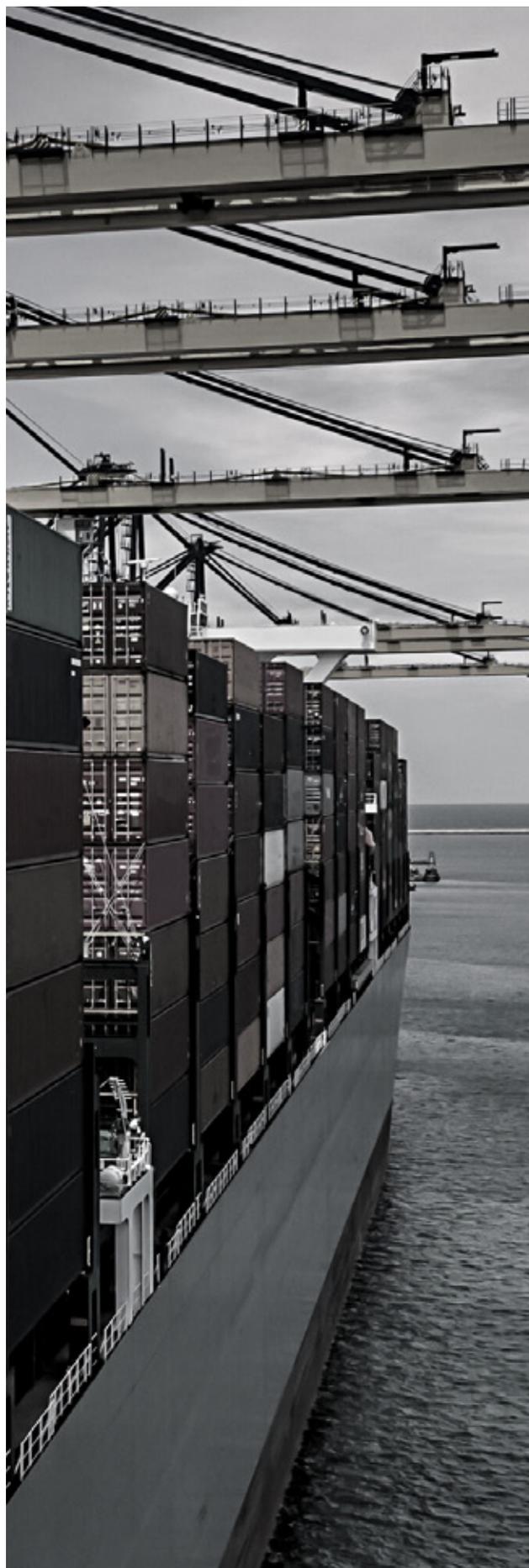
Às duas perguntas tenho como resposta um sonoro e retumbante não!

O segurador sub-rogado não se submete ao que dispõe o contrato que vincula o segurado e terceiro nem mesmo ao rol de normas que prejudique minimamente seu direito de regresso. Isto é muito claro e ganhou força com as decisões recentes da Suprema Corte relativamente ao Tema 210, mais acima comentado.

Se nem mesmo um tema de repercussão geral pode ser aplicado indistintamente e em desfavor do pleno exercício do ressarcimento em regresso, como querer que uma cláusula contratual – abusiva, aliás, em relação ao contratante – o faça?

No seguro, a sub-rogação existe por três razões: evitar que o segurado seja indenizado duas vezes, não liberar o causador do dano — que sem isso se veria livre pela precaução de sua vítima — e salvaguardar o fundo do mútuo, destinado a pagar indenizações.

É absolutamente errado dizer, ousado dizer, que,



com a transferência do risco original para o segurador, o terceiro que o antecipa esteja eximido de arcar com as consequências dos atos danosos que praticar. Ele continua responsável, mas agora diante do segurador sub-rogado, que lhe exigirá o reembolso. Errado também é submeter o segurador à qualquer tipo de norma dificultadora do plenitude deste reembolso.

De tal importância é o instituto da sub-rogação para o segurador que o grande **Pedro Alvim**¹ o identifica à própria natureza da cobertura do risco, que nele está pressuposto como contraparte legítima do *neminem laedere*: “Concluindo, é da própria natureza da cobertura do risco causado por terceiro (não do seguro em geral), a sub-rogação legal do direito comum. A seguradora paga dívida de terceiro, do responsável pelo ato ilícito. O prêmio que recebe é para cobertura apenas dos riscos eventuais que independem dos atos voluntários. A contraprestação da garantia que dá ao segurado, é a sub-rogação dos seus direitos para responsabilizar o agente do ato ilícito. Eis por que é incluída em todas as apólices de riscos de dano. O risco seria certamente excluído da cobertura, se fosse negado esse direito ao segurador pelo legislador.”

Logo, o segurador tem todo direito de reaver do terceiro o que pagou e nada pode se interpor entre ele a este direito, sendo recomendável, senão exigível, a interpretação dos fatos e das normas que mais lhe favoreça.

Quando se tem em alça de mira isso, tem-se a invulgar importância de se valorizar a sub-rogação, protegendo-a intensamente. Por mais que não se confundam, que sejam conceitos e razões jurídicas diferentes, a sub-rogação é a porta de entrada da busca do ressarcimento.

A sub-rogação é disciplinada pelos arts. 346 a 351 do Código Civil e, “no que diz respeito ao seguro, é o direito que a lei confere ao segurador, que pagou a indenização ao segurado, de assumir seus direitos contra os terceiros responsáveis pelos prejuízos”. (*Dicionário de Seguros*, Funenseg, Rio de Janeiro: 2000, p. 139).

O art. 786 do Código Civil é o fundamento legal do direito de regresso: “Paga a indenização, o segurador sub-rogase-se, nos limites do valor res-

¹ Alvim, Pedro. O contrato de seguro, 3 ed., Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 490

pectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”.

Trata-se de um direito que esteve sempre presente no Direito brasileiro, tanto que deu origem a duas súmulas do Supremo Tribunal Federal: 188 e 257.

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

Súmula 257: *São cabíveis honorários de advogado na ação regressiva do segurador contra o causador do dano.*

Em que pese sua autonomia, a súmula 257 pode ser entendida como uma espécie de corolário da súmula 188, enfatizando a força do ressarcimento e tudo o que ele acarreta.

O direito de regresso é muito importante e tem inegável função social. O segurador, ao buscar o ressarcimento em regresso contra o causador do dano, não defende apenas seus próprios e legítimos interesses, mas, por força do princípio do mutualismo, também o faz em relação aos interesses dos segurados em geral.

Quanto mais exitoso for o ressarcimento em regresso, mais poderá o segurador conceder benefícios diretamente aos segurados e, indiretamente, ao público em geral.

Além disso, há no binômio sub-rogação e ressarcimento um inegável caráter educativo, pois o causador do dano não pode ficar impune do seu ato ilícito por causa da previdência alheia.

Por incrível que pareça, há ainda quem confunda o risco do negócio de seguro com outros riscos: não é porque alguém contratou um seguro e recebeu a indenização em razão de um risco ocorrido que o causador do dano não deverá arcar com as consequências de seus atos.

A previdência do segurado não inibe o dever de reparação de dano por parte do autor do ato ilícito, e daí a importância do ressarcimento em regresso.

Essa busca do reembolso obedece à ótica do princípio da reparação civil integral do art. 944 do Código Civil, tendo como único limite o valor da própria indenização paga ao segurado.

Diante de tudo isso, é muito importante dizer que nada, absolutamente nada, pode mitigar, esvaziar, prejudicar ou inibir o direito de ressarcimento em regresso.

Quase toda apólice de seguro contém cláusula geral no sentido de que, se prejudicar o direito de regresso do segurador, o segurado perderá o direito à indenização, sendo ainda aplicável a regra da exceção pelo contrato não cumprido.

Além disso, o § 2º do art. 786 é claro e taxativo ao dispor como “*ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo*”.

Ora, se o legislador cuidou de dizer que o segurado não pode prejudicar o direito de regresso do segurador, é porque já partiu da premissa de que a ninguém é dado causar tal prejuízo.

No seguro de transporte, existem algumas situações que merecem especial atenção.

Vejamos:

Cláusula de eleição de foro estrangeiro: essa cláusula normalmente aparece em contrato internacional marítimo ou aéreo de transporte de carga. Como tal contrato é de adesão, a cláusula de eleição de foro estrangeiro sempre foi – e ainda é – considerada abusiva e contrária ao sistema legal brasileiro; e rotulando-a como abusiva, própria do dirigismo contratual, a jurisprudência de longa data se posicionou por sua invalidade e ineficácia em relação ao embarcador e ao dono da carga, o que se torna mais acentuado quando o prejudicado for o segurador sub-rogado, que sequer foi parte na relação contratual de transporte. O art. 25 do Código de Processo Civil não mudou em nada essa situação. Mesmo que haja algum caso em que o segurado tenha externado anuência expressa ao conteúdo da cláusula, alterando a natureza adesiva do negócio jurídico, não há que se falar na vinculação do segurador sub-rogado, uma vez que este não elegeu foro algum, tampouco concordou formalmente com os termos do acordo firmado pelo segurado.

Compromisso arbitral: além de tudo o que foi mencionado para a cláusula de eleição de foro estrangeiro, tem-se que a questão do compromisso arbitral se mos-

tra ainda mais grave caso haja algum tipo de imposição ao segurador sub-rogado. O procedimento arbitral exige sempre voluntariedade. Ninguém pode ser submetido à arbitragem se não houver exposto antes, de maneira incontroversa, sua plena aquiescência, sob pena de gravíssima violação à garantia constitucional e fundamental de acesso à Jurisdição. A arbitragem há de ser buscada livremente pelas partes, jamais determinada por uma à outra. Compromisso é ato voluntário, desejado, nunca predeterminado. A própria Lei de Arbitragem, aliás, exige tamanho cuidado, a fim de que a arbitragem jamais se sobreponha à Jurisdição. Exatamente por isso é que o segurador sub-rogado não pode ser obrigado a fazer uso do procedimento arbitral, mesmo que seu segurado tenha exposto vontade em tal sentido. Não tendo o segurador concordado expressamente com a arbitragem, torna-se impossível sua aplicação, uma vez que a sub-rogação transfere direito de ação, mas não o ônus que inibe a saudável e ampla busca do ressarcimento ou ofende as garantias fundamentais e constitucionais.

Limitação de responsabilidade: a limitação de responsabilidade, prevista normalmente no contrato internacional de transporte marítimo de carga, mais do que inválida e ineficaz, é ilegal aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro, porque disposta por meio de cláusula abusiva em instrumento contratual de adesão. Ela fere de morte muitas regras legais, especialmente a que dispõe sobre o princípio da reparação civil integral, art. 944 do Código Civil. Não é exagero dizer também que a cláusula de limitação de responsabilidade é inconstitucional, na medida em que também desobedece a garantia constitucional de ampla reparação civil do rol exemplificativo do art. 5º. No mesmo sentido, considerando que, em termos práticos, a limitação de responsabilidade se confunde com a exoneração do dever de reparação civil amplo e integral, é legítimo dizer que a figura da limitação de responsabilidade se ajusta ao conteúdo da Súmula nº 161 do Supremo Tribunal Federal, o qual determina: “*Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não*

indenizar”. Tal interpretação se ancora em princípios gerais e fundamentais, como os da isonomia, equidade e proporcionalidade. A limitação de responsabilidade se revela ainda mais inaceitável quando o autor do pedido de reembolso é o segurador sub-rogado, pois, além de não ser parte no contrato original, trata-se de alguém investido do direito de ressarcimento em regresso daquilo que efetivamente pagou ao segurado. Importante dizer que o que vale para o transporte internacional marítimo de carga também vale para o aéreo, já que o segurador sub-rogado não se submete aos termos da Convenção de Montreal, muito menos aos da decisão de repercussão geral do Supremo Tribunal (Recurso Extraordinário no 636331-RJ), o que se invoca com amparo no princípio geral da razoabilidade.

Convenção de Montreal e Limitação de responsabilidade: É preciso muito cuidado na correta inteligência da decisão de repercussão geral do Supremo Tribunal (Recurso Extraordinário no 636331-RJ). Pois que a referida decisão não disse se aplicar a limitação de responsabilidade a todo e qualquer caso de transporte aéreo internacional, mas apenas aos de transportes de passageiros e extravios de bagagens. Por isso muito papel e muita tinta ainda serão gastos até que se tenha um posicionamento definitivo de Poder Judiciário. Tanto assim é verdade que as recentes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de juízo de retratação, ou não, relativamente aos casos de transporte aéreo internacional de carga, faltas ou avarias, não aplicaram a limitação de responsabilidade, mas o princípio da reparação civil ampla e integral. O transporte aéreo de carga é diferente do transporte aéreo de passageiros, de tal forma que o que cabe para este não necessariamente cabe para aquele. O Supremo Tribunal Federal, ademais, não disse que haverá sempre de ser aplicada a limitação de responsabilidade, mas que a Convenção de Montreal goza de primazia em relação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (conflito aparente de normas). Independentemente da questão do frete “ad valorem”, a aplicação da Convenção

Internacional de Montreal não implica, de modo automático, a da norma da limitação de responsabilidade, pois que ela própria dispõe que não se falará na redução da limitação de responsabilidade do transportador aéreo se o caso em eventual exame não for decorrente de acidente de navegação (desastre) e/ou houver culpa grave (conduta temerária). Assim sendo, casos de mero inadimplemento contratual de transporte de carga, anelados pela desídia operacional e pela incúria administrativa, não se submetem, a rigor, ao conteúdo da norma convencional da limitação de responsabilidade, principalmente contra os legítimos e legais interesses de ressarcimento em regresso do segurador sub-rogado, haja vista a inegável mudança do desenho geral da relação jurídica.

Por conta de tudo o que foi exposto, levando-se ainda em consideração muitos bons precedentes judiciais neste sentido, é que se pode afirmar que absolutamente nada pode afetar de forma negativa, ou diminuir de algum modo, a força do ressarcimento em regresso nascido da sub-rogação.

Trata-se de um direito consagrado há muito pelo ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Reconhecer como válido e eficaz qualquer ato jurídico praticado de modo não intencional pelo segurador, para esvaziar seu ressarcimento em regresso, é desrespeitar o Direito como um todo, em seus mais basilares fundamentos. Igualmente, interpretar uma norma, legal ou convencional, de forma a inibir a amplitude do ressarcimento é abandonar a inteligência sistêmica do ordenamento jurídico e premiar o causador do ato ilícito em detrimento dos interesses coletivos e sociais dos segurados em geral.

A sub-rogação é a legítima transferência dos direitos e ações, mas não dos ônus, por estes ofenderem normalmente os direitos e garantias fundamentais, os princípios gerais de Direito, além de serem prejudiciais ao ressarcimento em regresso, considerando que não foram, espontânea e legitimamente, abraçados pelo segurador.

Antes da Constituição Federal e do redesenho da Justiça com a criação do Superior Tribunal de Justiça, competia ao Supremo Tribunal Federal

tratar de muitos litígios de Direito Civil.

O Direito de Seguros e o Direito dos Transportes, também. Daí o surgimento da comentada e famosa Súmula 188, hoje literalmente bisada pelo, também já citado, art. 786 do Código Civil.

Diante disso, a força da sub-rogação e a busca do direito de regresso que lhe acompanha não deveriam ser alvos de questionamento em litígios judiciais. Infeliz e incompreensivelmente são. Daí a necessidade de o tempo todo se reafirmar o óbvio.

Não é de hoje que muitos tentam enfraquecer o direito de regresso do segurador, e o fazem pelos mais diversos motivos, todos absolutamente inconsistentes.

Nada pode relativizar a força do ressarcimento em regresso derivado da sub-rogação.

Nem poderia ser diferente, até porque o causador do dano e prejuízo não pode ser beneficiado por conta da previdência do segurado.

Aliás, quanto a isso muito aproveita dizer que o segurador, ao buscar o ressarcimento em regresso contra o causador do dano, não defende apenas seus legítimos direitos e interesses, mas os de todo o colégio de segurados.

Essa defesa de direitos e interesses de todos os segurados, braço social explícito do negócio de seguro, reside no mutualismo, “*um dos princípios fundamentais que constitui a base de toda operação de seguro. A reunião de um grande número de expostos aos mesmos riscos possibilita estabelecer o equilíbrio aproximado entre as prestações do segurado (prêmio) e as contraprestações do segurador (responsabilidades)*”. (Dicionário de Seguros, Funenseg (hoje, ENS), Rio de Janeiro: 2000, p. 78)

Por isso, observados o conteúdo da Súmula nº 188 do Supremo Tribunal Federal e o art. 944 do Código Civil, que trata do princípio da reparação civil integral, afirma-se com veemente segurança que absolutamente nada pode prejudicar o pleno exercício do ressarcimento em regresso. E assim sendo, emergem questões interessantes do **casamento entre o Direito do Seguro e o Direito Marítimo**.

Pois a maior parte dos litígios judiciais que envolvem matéria de Direito Marítimo é patrocinada por seguradores sub-rogados nos direitos e ações de seus segurados, embarcadores ou consignatários de cargas.

Os seguradores indenizam seus segurados por faltas ou avarias causadas pelos transportadores marítimos (armadores) e, conseqüentemente, buscam destes o devido ressarcimento.

O ressarcimento em regresso tem função social, até porque impacta no cálculo atuarial do seguro e reflete nas relações econômicas em geral, especialmente naquelas vinculadas ao comércio exterior e que se conectam com os transportes internacionais marítimos de cargas.

Além disso, o ressarcimento em regresso pelo segurador se ajusta perfeitamente ao caráter educativo da responsabilidade civil, pois – ao menos em tese – faz com que o transportador marítimo, autor de um ato ilícito civil, ajuste procedimentos para uma prestação de serviços mais eficaz e qualificada (teoria do desestímulo).

Mesmo assim, os transportadores marítimos tentam, quase sempre sem êxito, mas com inegável barulho, desprestigiar a amplitude do conceito de ressarcimento em regresso.

Todo transportador de carga é devedor de obrigação contratual de resultado, cujo descumprimento implica a presunção legal de responsabilidade.

Ele tem de entregar a carga segurada na mesma condição recebida para transporte, sendo presumida sua responsabilidade em caso de falta ou avaria.

Dessa presunção legal de responsabilidade, o transportador somente se exonerará caso, mediante inversão de ônus, prove a ocorrência de alguma causa legal excludente de responsabilidade.

No entanto, os avanços das tecnologias de informação, da engenharia naval, dos equipamentos de navegação, qualidade e segurança das embalagens tornam cada vez mais difícil um transportador demonstrar cabalmente a caracterização de força maior, caso fortuito ou vício de origem (de embalagem).

De fato, a cada dia a navegação se torna mais segura e os mecanismos de navegação, mais precisos, de tal forma que as faltas e avarias acabam sendo, em verdade, derivadas de incúria operacional e de desídia administrativa do transportador.

Não raro, ainda que informado pela presunção legal de responsabilidade por inexecução imotivada de obrigação de fim, no caso concreto, os transportadores agem com culpa em sentido estrito, inobservância do dever geral de cautela e da cláusula de incolumidade inerentes ao seu ramo.

E, por conta disso, transformam suas defesas em Juízo em gritos de desespero, amparados em teses inconsistentes e ancorados em um falso contratualismo.

Quando demandado em Juízo, o transportador marítimo (armador) costuma alegar, diretamente ou por instrução de seu clube de proteção e indenização, as cláusulas de foro estrangeiro e de limitação de responsabilidade presentes no conhecimento marítimo, instrumento que formaliza o contrato de transporte internacional de carga.

Ocorre que o conhecimento marítimo é um documento redigido unilateralmente pelo transportador, constituído por cláusulas impressas que são impostas ao embarcador e ao consignatário da carga.

O negócio jurídico de transporte de carga é informado por um contrato de adesão, cuja inteligência exige cuidados especiais, até porque o ordenamento jurídico brasileiro não aceita o dirigismo contratual e tem por inválidas e ineficazes, senão nulas de pleno Direito, as cláusulas abusivas.

E há muito tempo a jurisprudência se posiciona pela manifesta abusividade das cláusulas que dispõem sobre limitação de responsabilidade e eleição de foro.

O Direito brasileiro trabalha com o conceito de reparação civil ampla e integral. Logo, a cláusula adesiva e unilateral que impõe a limitação de responsabilidade do transportador marítimo é com ele incompatível, pouco importando o pagamento do chamado frete “ad valorem”.

Esse conceito é, em verdade, um princípio de Direito Civil (art. 944) e uma garantia fundamen-

tal, prevista no rol exemplificativo do art. 5º da Constituição Federal. Quem causa danos, tem de repará-lo integralmente, o que se diz até em homenagem à boa ordem moral e ao preceito de que a ninguém é dado causar dano a outrem.

Pela mesma razão, o foro estrangeiro imposto à parte aderente de um contrato de adesão não pode vingar, sob pena de grave violação à garantia constitucional de acesso à jurisdição brasileira, bem como às regras processuais de jurisdição e competência.

O art. 25 do Código de Processo Civil não se ajusta ao contrato internacional de transporte marítimo de carga, porque a cláusula que trata do foro estrangeiro não foi eleita pelas partes contratantes, mas imposta ao embarcador e ao consignatário da carga pelo transportador, emissor do instrumento contratual. O verbo utilizado no art. 24 é “eleger”, e a eleição de qualquer coisa pressupõe liberdade, manifestação não viciada de vontade. Dessa forma, se uma das partes não elegeu o foro estrangeiro, o art. 25 não se subsume ao contrato.

Qualquer pesquisa jurisprudencial, ainda que superficial, será o bastante para haurir muitas decisões, singulares e colegiadas, rotulando como abusivas e ineficazes as cláusulas de limitação de responsabilidade e de foro estrangeiro, porque impostas em contratos de adesão. Limitar a responsabilidade não é somente ofender o Direito e a Moral, mas premiar o causador do ato ilícito, o devedor inadimplente de obrigação de resultado.

Tais entendimentos são fortalecidos pela jurisprudência dominante, pela doutrina e por princípios fundamentais de Direito, constitucionais e supraconstitucionais, como os da proporcionalidade, equidade, isonomia e razoabilidade.

Mas se, porventura, alguém ainda insistir que as referidas cláusulas não são abusivas, nem típicas de dirigismo contratual, não sendo, portanto, ilegais, inválidas ou no mínimo ineficazes, ao menos há de se reconhecer que não são elas hábeis em relação ao seguradores sub-rogados.

Com efeito, uma coisa é a validade e a eficácia das cláusulas de limitação de responsabilidade e de eleição de foro em relação aos que figuram no contrato de transporte, diretamente ou por es-

tipulação; outra, bem diferente, é a projeção de efeitos para o segurador sub-rogado.

Além de uma questão lógica, há expressa determinação legal em favor do segurador sub-rogado. Essa determinação não pode ser negligenciada, pois nem mesmo o ato válido, voluntariamente assumido pelo segurado, é eficaz ao segurador sub-rogado se, de algum modo, ainda que minimamente, lhe inibir o exercício do ressarcimento.

Assim sendo, as cláusulas em debate – de se sublinhar, essencialmente abusivas – são absolutamente ineficazes em relação ao segurador sub-rogado.

A redação legal, aliás, deixa claro – e aqui se repete (e se repetirá) – que mesmo por ato voluntário, não pode o segurado prejudicar o direito de regresso do segurador. Além do Código Civil dá-se ao assunto o selo constitucional, ora lembrado por conta do enunciado de Súmula nº 188 do Supremo Tribunal Federal e os direitos e garantias fundamentais que asseguram o acesso à jurisdição e a reparação civil ampla e integral.

No contrato de transporte de carga a granel, alegam transportadores, existem situações especiais, extraordinárias, em que há alguma manifestação de vontade por parte dos segurados, donos de carga. E isso é verdade. O transporte de granéis difere-se do de cargas em geral, em contêineres, e o dirigismo é um tanto menor. Naquele, há parcial negociação prévia de cláusulas, termos e condições; nestes, não (a natureza adesiva é absoluta).

Essa pequena voluntariedade esmorece, em parte, a natureza adesiva dos contratos marítimos de transportes, mas em nada prejudica os seguradores, eis que parte estranha à relação contratual destacada. Então, tem-se o seguinte ordem métrica: nos contratos de transporte de cargas em geral, há cláusulas abusivas, inválidas, e ao mesmo tempo ineficazes. Nos de cargas de granéis até se pode cogitar em validade dessas cláusulas, porém retumbante ineficácia aos seguradores sub-rogados.

O contrato de seguro de transporte guarda relação com o contrato de transporte marítimo (internacional) de carga, mas não se confunde com este. São contratos absolutamente distintos, com naturezas jurídicas diferenciadas.



Em respeito ao seu importante direito de regresso, o que pode ser eventualmente tido como eficaz pelo segurado, pode não o ser em relação ao segurador.

Relativamente aos temas limitação de responsabilidade e foro estrangeiro, tudo isso que foi exposto cabe simetricamente – e até com mais razão – à chamada cláusula de compromisso arbitral.

E cabe porque os contratos de adesão somente podem conter cláusulas compromissórias de arbitragem se a Lei de Arbitragem brasileira for devidamente observada, sob pena de nulidade absoluta.

A Lei de Arbitragem é clara e taxativa ao dispor que, em contratos de adesão, o compromisso arbitral há de ser destacado em meio ao clausulado ou disposto em termo apartado do conteúdo contratual, sendo necessária em ambos os casos a assinatura de todos os interessados.

Nem poderia ser diferente, uma vez que a arbitragem somente produz efeitos jurídicos se voluntariamente acordada por todas as partes envolvidas em um dado negócio jurídico. A voluntariedade é condição *sine qua non* da arbitragem. Se uma das partes não concordar com o procedimento arbitral, ele jamais poderá ser levado a efeito.

Contudo, ainda que o segurado tenha concordado com a arbitragem, o segurador não poderá ser compelido a respeitar tal concordância, seja por força da Lei de Arbitragem, seja, mais ainda, por força do comando expresso do art. 786, §2º do Código Civil.

Imposição de arbitragem é algo inaceitável, ilegal, inconstitucional e absolutamente imoral, uma das mais graves violências aos direitos e garantias fundamentais, pois nenhuma câmara arbitral do mundo, por mais séria e respeitável que seja, terá a natural excelência e as presumidas imparcialidade, grandiosidade e imponência da Justiça.

Tanto assim é verdade, que no dia 20 de abril de 2017 o próprio **CBAM – Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima** — divulgou a seguinte nota:

A relevância da cláusula compromissória arbitral

A cláusula compromissória é, em síntese, um acordo prévio entre as partes estipulando que, em caso de litígio, o mesmo será resolvido por meio da arbitragem. Muitos estudiosos da arbitragem afirmam que a cláusula compromissória é a pedra angular da arbitragem, possuindo um efeito positivo e um efeito negativo.

O efeito positivo seria a jurisdição para os árbitros (ou árbitro) decidirem (ou decidir) o litígio no caso concreto. Por outro lado, o efeito negativo seria a derrogação da jurisdição estatal. Nesse sentido, é de fundamental importância que a cláusula compromissória arbitral seja bem redigida. E o CBAM possui modelo de cláusula compromissória padrão (disponível em www.cbam.com.br) para facilitar as partes no momento que forem redigir um contrato.

“As partes obrigam-se a submeter qualquer divergência, conflito ou litígio decorrente do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, a arbitragem a ser promovida pelo CENTRO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM MARÍTIMA – CBAM, na forma do Regulamento do referido CBAM, que é aceito pelas partes que declaram conhecê-lo e concordar com os termos do mesmo”.

Qualquer dúvida em relação à cláusula compromissória não hesite em nos procurar!

Pelo teor da nota, entende-se que somente aqueles que concordaram expressamente com o procedimento arbitral, sem qualquer tipo de tergiversação, podem a ele ser submetidos. Dada a invulgar importância do assunto, vale a pena repetir este trecho da nota, autoexplicativo, e que dispensa maiores comentários: “O efeito positivo seria a jurisdição para os árbitros (ou árbitro) decidirem (ou decidir) o litígio no caso concreto. Por outro lado, o efeito negativo seria a derrogação da ju-

risdição estatal. Nesse sentido, é de fundamental importância que a cláusula compromissória arbitral seja bem redigida. E o CBAM possui modelo de cláusula compromissória padrão (disponível em www.cbam.com.br) para facilitar as partes no momento que forem redigir um contrato”.

A arbitragem, diante disso, jamais poderá ser imposta ao segurador sub-rogado se ele não aquiesceu antes, expressa e formalmente, com sua primazia, já que, segundo palavras do Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima, o “efeito negativo seria a derrogação da jurisdição estatal”, de modo absolutamente violento e anticonstitucional.

Diante disso tudo, e lembrando que o alvo de interesse é a parte do Direito Marítimo que toca o Direito do Seguro, tem-se por firme e valioso que nenhuma disposição contratual, adesiva ou não, poderá ferir, ainda que minimamente, o direito de regresso do segurador sub-rogado.

Um litígio ancorado em tema de Direito Marítimo tem especial enquadramento jurídico quando uma das partes for segurador sub-rogado.

O caso passa a ser não mais tratado apenas sob a ótica das regras legais brasileiras, gerais e especiais, disciplinadoras da responsabilidade civil do transportador marítimo de carga, seja o contrato de transporte nacional ou internacional, mas também pelas que disciplinam elementos do Direito do Seguro, como a sub-rogação e o ressarcimento.

Pois, assim que um segurador se sub-roga em um direito, em uma ação, a ontologia do caso concreto assume outros contornos, outros valores, transcendendo a esfera do Direito Marítimo, menos importante, para outra muito maior e mais importante, a do Direito do Seguro; eis que um segurador sub-rogado, não é ocioso repetir, não defende apenas seus interesses próprios e devidos, mas os dos segurados todos, bem como os da sociedade em geral.

Por isso, errada qualquer interpretação jurídica que tenha por orientação transferir ônus possíveis, mas indevidos ao segurador, enfraquecendo seu direito de regresso. O litígio protagonizado por segurador sub-rogado tem outra forma de pensar o Direito, absolutamente distinta do origi-

nal, não sendo admissível algo incompatível com tradicional exercício do ressarcimento.

Por fim, nunca é demais lembrar que uma seguradora sub-rogada ao demandar contra o causador do dano não defende apenas seus próprios e legítimos direitos e interesses, mas os de todo o colégio de segurados, revestindo sua pretensão de inegável função social. Pode-se dizer que o êxito do ressarcimento impacta diretamente na precificação do seguro e no cálculo atuarial, o que faz ampliar a gama de interesses abraçando os de toda sociedade, ainda que indiretamente. Outra coisa a ser lembrada quando se fala em ressarcimento em regresso da parte do segurador sub-rogado é o império da teoria do desestímulo e o conceito maior de justiça, uma vez que o causador do dano não pode ficar impune do seu erro por causa da previdência alheia.

Posto tudo isso, é certo dizer que o ressarcimento em regresso, respeitado, observado e integral, não se assenta apenas no sistema legal, mas na própria ordem moral, sendo algo próprio do Direito Natural, porque imbricado no senso universal de justiça, muito bem esquadrihado no antigo Direito Romano, conforme a ordenação Justiniana que coloca Direito e Justiça lado a lado ao dispor que “*Direito é dar a cada um o que é seu*”.

Abro aspas

INSTITUTAS

Código Justiniano

LIVRO PRIMEIRO

Título 1 - Da justiça e do direito

[Definição de justiça]

Inst. 1, 1 pr.: A justiça é a constante e contínua vontade de atribuir a cada um o seu direito.

[Definição de jurisprudência]

Inst. 1, 1, 1: A jurisprudência é um conhecimento

das coisas divinas e humanas; é a sabedoria do justo e do injusto.

Fecho aspas

Ora, dar a cada um o que é seu e discernir sobre a natureza do justo e do injusto é ressarcir integralmente a seguradora do valor indenizado à vítima do dano e lhe permitir acessar sua jurisdição, não permitindo, ao mesmo tempo, que o danador se beneficie de imposições contratuais a rigor não negociadas, prévia e livremente, e que sequer lhe dizem respeito. Mais do que a regra legal explícita, há em favor dessa leitura toda tradição jurídica ocidental de quase dezesseis séculos.

É preciso logo afirmar que a sub-rogação não acontece porque o contrato de seguro a prevê, e sim porque a legislação o determina. Nesse sentido, a apólice só repete a norma. De modo que a sub-rogação, no contexto securitário, acaba não sendo convencional, mas legal. E ao falar em lei, falo, antes e principalmente, na sistematicidade do Direito.

Há em favor do que se advoga neste ensaio a lei em sentido estrito, o peso constitucional, [direitos e garantias fundamentais e súmula], o horizonte histórico, jusfilosófico, e a ordem moral.

Daí a incensada valorização da sub-rogação, cuja primeira consequência para a companhia de seguros é o direito à exigência do crédito que pagou em nome do terceiro, em face de quem poderá fazer seus pedidos de reembolso. Mais do que um direito, o ressarcimento é dever da seguradora, ato de fidelidade e respeito ao colégio de segurados (princípio do mutualismo), além de vital para a saúde do seguro.

Sua segunda consequência: restringir os termos em que se deve interpretar a primeira, é que a seguradora não se prende exatamente a contratos e condições que o segurado tenha firmado.

Vinculada aos limites materiais do crédito, a sub-rogação opera de um ao outro a transferência de direitos que havia na relação original. Caracterís-

ticas de ordem procedimental e personalíssima, por mais que assumidas pela vontade enfática do segurado, dela não passam de maneira alguma; isto é, não atravessam o véu da sub-rogação, sob pena de ofenderem a *ratio* que a ordena e a ontologia que a constitui. Como até hoje entende o **Superior Tribunal de Justiça**, a sub-rogação transmite não mais do que os direitos materiais (REsp 1.038.607/SP, rel. **ministro Massami Uyeda**).

Com base nos ensinamentos de **Donati, Pedro Alvim**² vai nos lembrar das três funções desse instituto *sui generis*, que é a sub-rogação: “[...] a instituição da sub-rogação legal do segurador nos direitos do segurado contra o terceiro responsável é fruto de uma política legislativa que, eliminando a locupletação do segurado em salvaguarda do princípio indenitário, evita também que o terceiro se exonere da tutela do princípio da responsabilidade; por outro lado, sob o duplo aspecto da diminuição do prêmio e da maior garantia coletiva, afasta-se o enriquecimento indébito do segurador.”

Em outras palavras, no seguro a sub-rogação existe por três razões: evitar que o segurado seja indenizado duas vezes, não liberar o causador do dano — que sem isso se veria livre pela precaução de sua vítima — e salvaguardar o fundo do mútuo.

Aqui realmente não cabe a máxima romana: aquele que recebe o bônus tem de suportar o ônus; a seguradora já o suportou no momento imediatamente anterior, ao pagar a indenização por risco que a conduta de terceiro concretizou.

Se também fosse levada aos deveres surgidos da vontade exclusiva do segurado, haveria uma espécie de *bis in idem* dos encargos; e essa sub-rogação legal, junto com o direito de regresso que acarreta, acabaria desviada dos contornos jurídicos da origem, os quais certamente não se identificam com as do instrumento por meio do qual o segurado se obriga diante dum terceiro. Afinal, não pode ele dispor daquele direito cujo exercício não lhe caberia mais, uma vez que a sub-rogação, retirando-lhe o interesse em receber a compensação dos prejuízos daquele que os causou e fazendo-o nascer à seguradora, que virtualmente

2 Idem *ibidem*

já o detinha e depois atualmente passou a poder exercê-lo, mudaria bem o enfoque da dinâmica reparatória.

Por isso é uma substituição que deve ser sempre entendida em termos. Nunca literalmente.

Com exceção do valor, não se fala em restrições e deveres, apenas em direitos e ações. Da premissa de que a lei não emprega palavras inúteis, nem deixaria de mencionar as essenciais, juntando a isso uma interpretação teleológica da sub-rogação, conclui-se que o legislador resguardou, para a seguradora que paga a indenização, o direito de exigir o ressarcimento integral daquele valor, desvinculado de quaisquer dificuldades por ela não aceitas de forma livre e desimpedida. Tanto é que teve o cuidado de ratificar o sentido do caput no texto do §2º: *É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.*

Noutras palavras: nenhum ônus ou dever será transmitido à seguradora sub-rogada. Filtrando ainda mais a ideia, nenhuma condição inibidora do exercício do direito contra o causador do dano é oponível a ela. Sendo a sub-rogação um instituto que busca principalmente evitar a impunidade do causador do ilícito, deve sempre ser interpretada em benefício do pagante, e não do terceiro por quem ele paga.

Eis um exemplo: no contexto internacional da compra e venda, num caso em que o transportador marítimo devolve, ao fim de uma viagem, inteiramente variadas as mercadorias que lhe confiaram, é comum e quase certo que o dono delas seja indenizado por alguma seguradora; tão comum e ainda mais certo é que, em seguida, esta venha a buscar o ressarcimento em regresso da empresa que as transportou mal. Em contratos do gênero, de adesão aliás, costuma existir uma cláusula que em tese obriga os aderentes a resolver suas pendências em câmaras de arbitragem no exterior. Pois bem: essa cláusula é perfeitamente ineficaz em relação à seguradora.

Isso porque, por versar sobre aspectos procedimentais e com personalíssima obrigação de fazer, a disposição contratual não pode, mediante imotivadas ampliações interpretativas, projetar efeitos para além da figura do segurado, que dele fez parte. Não devem nunca ultrapassar a sub-roga-

ção, se com seu conteúdo a seguradora não houver anuído de forma expressa, contra o risco dum impedimento fatal, tácito e abusivo ao exercício do direito dela.

A sub-rogação originária do pagamento da indenização de seguro, embora especial, é maior que a do art. 346 do Código Civil, que é geral e alcança mais hipóteses. Também nascida da lei, mas em virtude do contrato de seguro, acaba ganhando maior força em virtude de uma natureza diferenciada, sensível e eminentemente social.

Por isso também que não se admite a transferência do que não seja restrito aos aspectos materiais do crédito.

O equívoco talvez ocorra por frequentemente a confundirem com certo tipo de cessão de crédito. Sua condição é porém, ao mesmo tempo, menor e maior que a da cessão de crédito. Menor porque específica; maior porque mais exigente e alvo de proteção. No mesmo sentido do que aqui se defende, eis a doutrina de peso: posição clássica, não só do STJ, mas **de Pontes de Miranda, J. M. de Carvalho Santos, Clóvis Bevilacqua, Arruda Alvim.**

Em princípio, a lei não teria motivo para criar dois institutos a fim de regular a mesma situação. Nem os dois se confundem. Cessão de crédito é venda; sub-rogação é efeito do adimplemento da dívida. Cessão de crédito transmite o valor com todos os encargos que o cercam; sub-rogação só transmite o direito em sua porção material. Cessão de crédito pode passar muito além do valor pago; sub-rogação restringe-se a ele.

Como exposto pela boa e velha doutrina e amparado pela jurisprudência perene, a sub-rogação é, no dizer dos italianos, “*tipo giuridico completo e non controverso*”.

Causa estranheza as discussões a esse respeito, especialmente no campo do Direito dos Transportes.

E as discussões ganharam indevida força por enganosa interpretação da decisão SEC 14.930-EX, que não é precedente, como o próprio órgão especial do Superior Tribunal de Justiça fez questão de fundamentar, mas que, mesmo assim, é muito citada, pouco compreendida e raramente lida, sendo frequentemente arguida pelos transporta-

dores a fim de vincular seguradores às cláusulas de arbitragem e/ou de eleição de foro nos instrumentos contratuais.

A decisão foi proferida em um caso que nada tinha a ver com transportes e, sim, contrato de venda e compra internacional e a arbitragem, corretamente questionada pela seguradora, realizou-se no exterior. Logo, contextos jurídicos diferentes, ontologias muito distintas e o cuidado da Corte em enfatizar que sequer se tratava de entendimento firmado, mas de algo pontual e muito específico ao litígio.

A assimetria entre o suporte fático que originou a decisão SEC 14.930-EX e os casos de transportes de cargas, sobretudo os marítimos, é tanta que causa profundo constrangimento expô-la o tempo todo, principalmente de algum tempo para cá, dado entendimento firmado, comparável aos Precedentes, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

De fato, mesmo que o que se decidiu, excepcionalmente, no litígio SEC 14.930-EX fosse orientação aos casos de Direito dos Transportes, envolvendo seguradores sub-rogados, era, como é, de se reconhecer sua superação por decisão posterior da **3ª Turma, publicada no DJe de 25/03/2022, no processo do REsp 1.962.113/RJ**, de relatoria da **Ministra Nancy Andrighi**, citada no início deste ensaio e cujo fundamento principal é bisado entusiasticamente: *“A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga”*.

Essa decisão, digna de aplausos, é o que se pode chamar de reafirmação do óbvio e nada mais fez e faz do que ecoar o que sempre pensou a Corte Superior sobre os assuntos: primazia da jurisdição nacional, em sentido amplo, e a perfeita independência do contrato de seguro em relação ao de transporte.

Diga-se mais: a decisão foi muito feliz ao negar

3 “A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga”



eficácia às cláusulas contratuais, unilaterais ou não, adesivas ou não, previamente negociadas ou não, firmadas entre segurado (dono da carga) e transportador, ao segurador sub-rogado, que não é parte no negócio de transporte.

Mais do que uma certeza legal, essa não transferência se funda em alguns dos mais princípios vetores do Direito: a proporcionalidade, a razoabilidade, a equidade. Pensar em transmitir obrigações pactuadas pelo segurado é errado, porque esvazia a dignidade da sub-rogação e produz efeitos negativos sobre o ressarcimento em regresso. Não é exagero afirmar que poderá beneficiar o autor do ato ilícito. E isso, quer parecer, é tão ou mais grave do que prejudicar a seguradora. Seria virar do avesso a sub-rogação. Caso se carregasse o instituto com vícios dos quais por sua própria natureza ele se mostra liberto, o ressarcimento ver-se-ia inibido, castigado, obliterado; e sabemos todos quão importante ele é para a defesa do mútuo e o triunfo do bem comum.

Sub-rogação e regresso são basicamente dois estágios vitais do seguro. Pelas consequências que advêm da sua ligação direta com as atividades do corpo empresarial, por sua localização no coração do prêmio — capaz de aumentá-lo ou diminuí-lo, aos movimentos da sístole e da diástole, a orientar a circulação econômica —, ambos se mostram fundamentais para manter o bem-estar da sociedade.

É desta maneira, punindo o responsável e honrando o princípio indenitário, que a prosperidade do ressarcimento renova aquele fundo primevo, o idílio matinal dos contratos, sob o qual a seguradora assumiu os riscos do segurado, proporcionando-lhe o ambiente adequado para respirar com alívio; pelo repetido retorno à condição primitiva, esse reparo, que a simples natureza das coisas sugere como correto e nada menos que natural, umedece o solo fértil dos negócios e faz reflorescer toda a confiança no ciclo, que o ilícito abalou. O exercício do regresso é, por conta disso, o fim e o começo; é a eterna primavera do seguro.

Sub-rogação não é o mesmo que sucessão contratual ou cessão de crédito. No caso do segurador, por previsão expressa, essa sub-rogação é legal. Não sendo, pois, de natureza convencional (con-

tratural), não pode abranger tudo o que uma cessão de crédito abrangeria. Até em respeito aos artigos 347 e 348 do Código Civil⁴, que determinam para a sub-rogação convencional, e apenas para ela, o mesmo tratamento da cessão de crédito, no qual o cessionário adquire todas as obrigações.

Na sua feição prática, a análise do instituto da sub-rogação e seus efeitos não depende de nenhum instrumento contratual. A seguradora se sub-roga não porque quer, mas porque a lei manda. Nem mesmo depende do contrato de seguro para isso, pois a cláusula que lá se encontra, tratando da sub-rogação, apenas repete a norma. Muito menos dependerá, portanto, de contratos de que nem participou. Em outras palavras, a seguradora não se sub-roga em contratos. Isso, aliás, não existe. Ela não passa a ser vista como contratante, porque não está ali para exigir o cumprimento da obrigação, que já foi frustrada e pela qual o segurado não tem mais nenhum interesse, e sim o reembolso do valor que pagou. Substitui o segurado apenas no direito a exigir o crédito puro e, assim, desvinculado de qualquer condição limitadora.

Nesse sentido, a **jurisprudência clássica**: “*O instituto da sub-rogação transfere o crédito apenas com suas características de direito material. A cláusula de eleição do foro estabelecida no contrato entre segurado e transportador não opera efeitos com relação ao agente segurador sub-rogado*”.⁵

E a **doutrina**: “*A natureza jurídica da cláusula compromissória é de uma obrigação de fazer, com caráter personalíssimo, pelo que não pode ser transferido a terceiro.*”⁶ É o que remanesce dominante desde Pontes de Miranda, para quem «*não se sub-roga o solvente no que é persona-*

4 Art. 347. A sub-rogação é convencional: I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

5 RESp 1038607/SP - Relator Ministro MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA, j. 20/05/2008, DJe 05/08/2008

6 José Augusto Delgado in Comentários ao Novo Código Civil. Sálvio de Figueiredo Cerqueira (Coord.) Vol. XI, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 365

líssimo ao credor".⁷

Nem seria correto dizer que a disposição arbitral, no caso de haver alguma, estaria pressuposta no direito que a seguradora vai exercer, porque esse compromisso é uma limitação, um defeito, um ônus do qual nada fala o art. 786 do Código Civil e que fica obstado, mesmo nascido à vontade do segurado — e principalmente se o for —, pela ineficácia mais expressa e clara do §2^a, já bastante citado.

Era isso o que tinha e tenho a defender. **Concluo** este modesto ensaio com espécies de *bullet-points*, os quais espero sejam úteis aos gentis leitores:

Ei-los:

1. A sub-rogação é um fenômeno legal, sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, o direito de o segurador buscar do causador do dano o valor integral da indenização ao segurado, vítima original.
2. Mais do que um direito, a busca do ressarcimento é um dever do segurador, um ato de lealdade ao colégio de segurados (princípio do mutualismo) e que se reveste de função social, já que protege a saúde do negócio de seguro.
3. A sub-rogação e o ressarcimento integral garantem a justa reparação do dano por parte do seu autor e o bem comum, devolvendo ao mútuo o valor indenizado.
4. Quando um segurador demanda contra um causador de dano é a sub-rogação que legitima sua pretensão, não o dano propriamente dito. Isto é especialmente relevante quando a causa do dano for um contrato. O direito de regresso do segurador derivada da sub-rogação, não do contrato inadimplido.
5. Em se tratando de transporte aéreo internacional, nem mesmo o Tema 210 de repercussão geral projeta efeitos em desfavor do segurador sub-rogado. Sua condição é especial e não se confunde com a do passageiro que teve sua bagagem extraviada. Decisões do próprio Supremo Tribunal Federal reconhecem a diferença entre o caso paradigma e os envolvendo seguradores sub-rogados na pretensão original dos seus segurados, donos de cargas.
6. A sub-rogação transfere do segurado ao segurador somente direitos e ações, jamais ônus, deveres e limitações. O direito-dever de ressarcimento em regresso não pode ser de forma alguma mitigado, ainda que minimamente. Dá-se isto pela ortodoxia do Direito e pela ordem moral, considerando-se a importância de preservação dos legítimos interesses do mútuo e a função social imbrincada no contrato de seguro.
7. No contrato internacional de transporte marítimo de carga, a cláusula que impõe a eleição de foro estrangeiro ou o procedimento arbitral é abusiva, portanto ilegal. Isto porque o contratante ou beneficiário do serviço de transporte não a negociou previamente, dada sua natureza adesiva. Ainda que válida fosse, seria, como de fato é, ineficaz em relação ao segurador sub-rogado, já que ele não é parte na relação contratual. Obriga-lo a tanto seria o mesmo que reconhecer violência jurídica: renúncia tácita à garantia fundamental constitucional de acesso à Jurisdição.
8. Ao segurador sub-rogado não se opõe qualquer norma contratual, ainda que válida, ou mesmo de índole legal que relativize o direito de ressarcimento em regresso integral, fruto direto da sub-rogação legal. O direito nasce com o pagamento da indenização e seu exercício há de ser sempre amplo e integral.
9. A decisão SEC 14.930 do órgão especial do STJ não é um precedente e tratou de forma muito específica um caso de arbitragem efetuada no exterior, cuja homologação no Brasil foi alvo de controvérsia.

⁷ Tratado de Direito Privado, 3^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, T. XXIV, p. 293, § 2.963

Não atinge todos os casos seguradores sub-rogados, muito menos os envolvendo temas de Direito de Transportes. O caso que a motivou não era de ressarcimento em regresso.

10. O exercício do ressarcimento em regresso tem que ser protegido pelo Poder Judiciário porque nele reside o espírito do Direito contemporâneo em proteger a vítima do dano ou quem legalmente lhe fizer às vezes. Nisto consiste também o reconhecimento da amplitude da sub-rogação e sua importância para a boa ordem econômico-jurídico-social.

Estas eram as considerações sobre essas duas figuras legais tão caras ao contrato de seguro e que devem ser tratadas com especial cuidado pela Justiça.

Relativizar a sub-rogação e prejudicar o ressarcimento é a mesma coisa que referendar a conduta do danador e se jogar na terra árida de deserto todos os princípios gerais de Direito e os que dispõem sobre responsabilidade civil.



Machado, Cremoneze
Lima e Gotas

advogados associados
Seguros desde 1970



mclg@mclg.adv.br
www.mclg.adv.br