

OS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM À SEGURADORA SUB-ROGADA E O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

The effects of the arbitration clause on the subrogated insurer and the understanding of the Superior Court of Justice

Thais Ribeiro Muchiuti¹

RESUMO

No presente trabalho analisaremos os fundamentos tratados no âmbito do julgamento a Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930-EX, que teve como objeto a homologação de sentença arbitral estrangeira envolvendo seguradora sub-rogada que buscava, em face de terceiro, o ressarcimento da indenização paga em favor de seu segurado. Em seguida, trataremos brevemente de decisão recente do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, adentrando, por fim, na análise dos aspectos atinentes à possibilidade de extensão da cláusula compromissória à seguradora.

ABSTRACT

In this work we will analyze the grounds dealt with in the context of the Foreign Decision No. 14.930-EX, which aimed to ratify a foreign arbitration decision involving a subrogated insurance company that sought, against a third party, the reimbursement of the indemnity paid in favor of its insured. Next, we will briefly discuss the recent decision of the Superior Court of Justice on the subject, finally delving into the analysis of the aspects relating to the possibility of extending the arbitration clause to the insurer.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula Compromissória. Sub-rogação. Ações de ressarcimento securitário.

KEYWORDS: Arbitration Clause. Subrogation. Insurance reimbursement lawsuits.

¹ Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Bacharela em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. thaismuchuti@gmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ANÁLISE DO JULGAMENTO DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 14.930-EX; 1.1. BREVE COMPARAÇÃO - JULGAMENTO DO REsp nº 1.962.113-RJ (2021/0147460-1); 2. ASPECTOS RELEVANTES RELACIONADOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 2.2. O INSTITUTO DA SUB-ROGAÇÃO E A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM À SEGURADORA SUB-ROGADA; 3. CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A sub-rogação da seguradora nos direitos e ações de seu segurado possui previsão legal, conforme artigo 786 do Código Civil. Contudo, o instituto, que prevê a possibilidade de a seguradora recuperar, em face do terceiro causador do dano, o valor pago em indenização securitária, pode gerar controvérsias, especialmente quanto ao seu alcance e abrangência.

No âmbito da arbitragem, as discussões versam, principalmente, sobre a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória firmada em contrato entre o segurado e o causador do dano, à seguradora sub-rogada. A dúvida permeia aspectos como o princípio da autonomia da vontade, que é a base da arbitragem, acesso à justiça, inafastabilidade da justiça estatal, aspecto personalíssimo da cláusula, entre outros.

A questão foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento da homologação de sentença estrangeira contestada nº 14.930-EX e, mais recentemente, no julgamento do Recurso Especial nº 1.962.113-RJ (2021/0147460-1). Os resultados, entretanto, foram diversos. No primeiro caso, houve a conclusão pela homologação da sentença arbitral estrangeira e reconhecimento (ainda que tácito), da possibilidade da extensão da cláusula compromissória à seguradora sub-rogada. No segundo caso, apesar de não tratar especificamente sobre a cláusula compromissória, afastou a cláusula de eleição de foro estrangeiro prevista no contrato principal mantido pelo segurado.

Apesar de, até o momento, não termos julgados da Corte Superior analisando a fundo o assunto, diversos doutrinadores vêm tratando sobre o tema da sub-rogação nos contratos de seguro, e o entendimento não é unânime. Além dos aspectos mais teóricos acerca do instituto previsto em lei, contudo, é importante analisar a dinâmica do mercado securitário para avaliação da possibilidade de imposição da cláusula compromissória e, conseqüentemente, da jurisdição arbitral, em detrimento da jurisdição estatal.

1. ANÁLISE DO JULGAMENTO DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 14.930-EX

Em sessão realizada em 15/05/2019, o Superior Tribunal de Justiça julgou pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira formulado por Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Alstom Power Inc - “Alstom” - acerca de procedimento arbitral que tramitou perante a Câmara Internacional de Comércio de Nova Iorque, movido pelas empresas em face da Seguradora Mitsui Sumitomo Seguros S.A. - “Mitsui”. O Acórdão de Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930-EX, de relatoria do Ministro Og Fernandes, foi publicado por meio do Diário Oficial em 27/06/2019.

A discussão teve início com a formalização de contrato de fornecimento de equipamento entre a Alstom e a empresa Alumina do Norte do Brasil S.A. - “Alunorte” - no ano de 2004, o qual continha cláusula compromissória de arbitragem para a solução de litígios. Com a entrada do equipamento em funcionamento, em agosto de 2007, houve a ruptura da tubulação e paralisação de todo o sistema. Posteriormente, como evento subsequente à retomada da operação, ocorreu, em setembro de 2007, um incêndio no sistema de filtros de manga da unidade.

Tais eventos estavam segurados por Apólice de Seguros de Riscos Nomeados e Operacionais firmada pela Alunorte com a Seguradora Mitsui em fevereiro de 2007. Assim, tendo havido o pagamento de indenização securitária pela Seguradora, esta se sub-rogou nos direitos do Segurado, de modo que ingressou com ação de cobrança na justiça comum para requerer o ressarcimento dos prejuízos pelo terceiro causador do dano, isto é, a Alstom.

No âmbito da ação judicial brasileira, a Alstom informou o início da arbitragem em Nova Iorque contra a Mitsui, movida com o objetivo de reconhecimento do efeito vinculante da cláusula compromissória prevista no contrato original também com relação à Seguradora, bem como a ausência de responsabilidade pelos danos ao equipamento. Durante o andamento da referida ação, foi proferida sentença arbitral que julgou competente aquele juízo arbitral para a solução do conflito, além de decidir que a Alstom não foi a causadora dos sinistros, não havendo que se falar em ressarcimento dos valores pagos a título de indenização.

O Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, entendeu por homologar a SEC. 14.930, reconhecendo a extensão da cláusula compromissória à Seguradora sub-rogada legalmente, ainda que sem a sua participação no contrato principal ou anuência expressa de renúncia à jurisdição estatal.

Os argumentos da Mistui, em contestação à sentença arbitral estrangeira, se relacionaram com a alegação de violação da ordem pública brasileira, porquanto: (i) o direito da Seguradora de se ressarcir do causador do dano decorre da lei e não do contrato de fornecimento; (ii) a sub-rogação legal, e não convencional, impossibilita a cessão da convenção de arbitragem ao Segurador sub-rogado; (iii) a lei brasileira exige consentimento expresso das partes para que qualquer disputa seja arbitrável; (iv) a sub-rogação legal da seguradora, a ser exercida, possui causa de pedir distinta do credor originário (Alunorte); e (v) a aceitação da tese de extensão da cláusula compromissória à Seguradora sub-rogada contraria as garantias constitucionais e a legislação em vigor, que formam a concepção de ordem pública e são atos de soberania nacional.

Assim, as principais questões abordadas nos votos dos Ministros foram as seguintes: (i) a possibilidade de ocorrência de ofensa à ordem pública em razão da transmissão da cláusula compromissória à Seguradora; (ii) a extensão dos efeitos da sub-rogação que prevê o artigo 786 do Código Civil; e (iii) o caráter personalíssimo da cláusula compromissória e a necessidade de expressa anuência, em relação ao princípio da autonomia da vontade.

De início, o Relator, Ministro Og Fernandes, votou pela homologação sob o único fundamento de que o juízo homologatório circunscreve-se ao exame dos requisitos estatuídos nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem e de que a controvérsia sobre o alcance da cláusula compromissória envolveria o mérito da sentença arbitral, que não poderia ser revisto no âmbito deste juízo de delibação.

Por outro lado, o Ministro João Otávio de Noronha, apresentou voto divergente, entendendo, inicialmente, que o Superior Tribunal de Justiça possui liberdade para análise de afronta à ordem pública nacional previamente ao reconhecimento da eficácia de decisão estrangeira, bem como que a controvérsia sobre a possibilidade de transmissão da cláusula arbitral à Seguradora sub-rogada deveria ser apreciada pelo Tribunal, uma vez que a questão está intrinsecamente ligada à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal e acesso à Justiça:

“Não obstante a expressão ordem pública seja um conceito fluido, aberto, é possível inferir que se relaciona com os princípios e preceitos fundamentais do ordenamento jurídico nacional, daí por que sua transgressão tem o condão de obstar a homologação da sentença estrangeira. O Superior Tribunal de Justiça possui, no juízo de valor acerca do respeito à ordem pública nacional, ampla liberdade para realizar o efetivo controle da decisão

estrangeira antes de reconhecer sua eficácia no território nacional, podendo penetrar na substância da decisão. Além disso, não fica vinculado a eventual decisão da justiça alienígena que tenha reconhecido a validade da sentença arbitral à luz de sua própria legislação. No caso, a controvérsia sobre a possibilidade de transmissão da cláusula arbitral ao segurador sub-rogado não escapa ao exame do STJ no âmbito do presente juízo de deliberação, pois a questão está intrinsecamente ligada à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal e acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da CF, e à competência do juízo prolator da decisão, a que se referem os arts. 5º, LIII, da CF e 15 da LINDB, os quais corporificam preceitos de ordem pública.”

O Ministro entendeu que, apesar de o ato de sub-rogar expressar o sentido de substituição de uma pessoa por outra, que assume a posição e situação daquela, isso não significa que possua caráter universal para abranger tudo aquilo que envolve o negócio jurídico original. Nesse sentido, a sub-rogação transfere apenas o crédito com suas características materiais, de modo que aspectos de ordem processual ou natureza personalíssima não são transferidos.

No caso da arbitragem, seria por esta razão que a lei brasileira exige manifestação de vontade das partes, de forma expressa e escrita. Isso porque, a opção pela cláusula compromissória implica em renúncia à garantia fundamental do acesso à jurisdição estatal e esta renúncia não pode resultar de presunção ou prejudicar terceiros.

Ainda, destacou que o art. 786 do Código Civil prevê que o segurador apenas se sub-roga nos direitos e ações que competirem ao segurado, não havendo alusão a ônus ou obrigações eventualmente assumidas por este último, sobretudo aquelas que tenham natureza personalíssima, como parece ocorrer com a cláusula compromissória. Ademais, a extensão da cláusula compromissória ao segurador sub-rogado implicaria restrição aos seus direitos por dificultar o exercício de ação, o que encontra óbice no § 2º do art. 786 do Código Civil.

Após manifestação de divergência do Ministro João Otávio de Noronha, o Relator, Og Fernandes, complementou seu voto destacando que o entendimento da Corte Superior, para firmar o conceito de ofensa à ordem pública suficiente a fim de se negar homologação à sentença estrangeira, baseia-se nas seguintes premissas: a) ordem pública, nesse particular, não equivaleria à ordem pública internacional, mas a um conceito de ordem pública interna; b) há de existir uma absoluta incompatibilidade entre a sentença estrangeira e a norma interna; c) a norma interna – seja ela princípio ou regra – deve ser fundante, ou seja, deve consistir em dispositivo essencial à própria ideia internalizada de direito no Brasil.

Nesse sentido, entendeu que, quanto à extensão da cláusula arbitral à Seguradora sub-rogada a) não há norma expressa que vede tal entendimento; b) parte da doutrina civilista considera cabível

e aceitável a interpretação; c) há julgado da Corte Especial, no qual, em questão similar, foi deferida a homologação de sentença estrangeira.

Assim, concluiu que, inexistindo absoluta incompatibilidade da sentença arbitral com norma fundante do direito brasileiro, ingressar na seara da interpretação feita da norma jurídica pela decisão homologanda corresponderia a uma análise indevida de mérito, uma vez que a conclusão da decisão estrangeira está de acordo com parte relevante da doutrina brasileira.

Em voto que acompanhou o Ministro Relator, a Ministra Nancy Andrighi ponderou que o conceito de ordem pública é indeterminado, aberto e, assim, permeável aos valores essenciais da ordem jurídica. Sua invocação, via-de-regra, é utilizada para a preservação dos valores comuns da sociedade. Citou a definição apresentada por Irineu Strenger:

“O conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem considerados para a sobrevivência do Estado e salvaguardar o seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos. (Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 511)”

Assim, concluiu que a noção de ordem pública tem a tarefa de preservar a higidez e a coerência do ordenamento jurídico pátrio ante a possibilidade de aplicação da lei estrangeira no território brasileiro. Assim, é mecanismo de proteção tanto dos indivíduos quanto das próprias instituições jurídicas nacionais.

Destacou, por outro lado, que haveria uma única limitação para a sub-rogação, no que tange às condições personalíssimas do credor. Assim, para uma cláusula ser considerada personalíssima, ela deve ter sido firmada em decorrência de condições pessoais, não podendo ser cumprida por outrem:

“A única limitação reconhecida para a sub-rogação se encontra nas condições personalíssimas do credor. Contudo, uma cláusula deve ser considerada personalíssima apenas se é firmada em razão das condições pessoais do sub-rogada, cuja prestação não pode ser efetuada por outrem. Nos termos da doutrina brasileira: “As obrigações personalíssimas, por exemplo, não podem ser objeto de pagamento com sub-rogação, haja vista estar o vínculo obrigacional centrado em uma qualidade pessoal do devedor” (CASTELLANO, Flavio. Pagamento com sub-rogação. In: LOTUFO, R.; NANNI, G.E. (Coord.). Obrigações. São Paulo: Atlas, 2011, p. 403).

Contudo, entendeu que a cláusula compromissória não poderia ser entendida como uma condição personalíssima, especialmente porque seus termos são genéricos e comuns a todos os

contratantes, independentemente da qualidade da parte, podendo ser firmada por todas as pessoas capazes.

Por fim, concluiu que “ao pagar a indenização, a seguradora sub-rogada resta automaticamente vinculada ao contrato sub-rogado, com todas as suas limitações, defeitos, qualidades, termos e condições.”, além de que “existe a plena possibilidade de transmissão da cláusula compromissória por meio da sub-rogação da seguradora ao segurado, por força do art. 786 do CC/2002 e, assim, não existe qualquer ofensa à ordem pública nacional.”

Sendo assim, diante do exposto, foi mantida a extensão da cláusula compromissória à Mitsui, bem como o resultado da sentença arbitral emitida no âmbito da Câmara Internacional de Comércio de Nova Iorque, que afastou o direito da Seguradora de ressarcimento de quaisquer valores em face da Alstom.

1.1. BREVE COMPARAÇÃO - JULGAMENTO DO REsp nº 1.962.113-RJ (2021/0147460-1)

Para fins de comparação e entendimento de como o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo a questão, ressalte-se que, em julgamento de 22/03/2022, referente ao Recurso Especial nº 1.962.113-RJ (2021/0147460-1), de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o resultado caminhou em sentido contrário àquele exposto no âmbito da análise de possibilidade de homologação da sentença arbitral estrangeira do caso Alstom e Mitsui.

Em breve resumo, tratou-se de ação regressiva, ajuizada por Allianz Seguros S/A contra Waiver Arts Logística de Precisão Ltda., em que se pretende o ressarcimento de quantia paga a terceiro segurado, com quem havia celebrado contrato de seguro de coisa, cujo sinistro se operou por culpa da recorrente. A questão controversa desta demanda refere-se à possibilidade de extensão da cláusula de foro à Seguradora sub-rogada, cuja ementa do acórdão colaciona-se a seguir:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. DANO EM CARGA DURANTE TRANSPORTE INTERNACIONAL. SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. TRANSMISSÃO DO DIREITO MATERIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. MATÉRIA PROCESSUAL. INOPONIBILIDADE À SEGURADORA SUBROGADA. CONVENÇÃO DE MONTREAL. SÚMULA 283/STF. 1. Ação regressiva de ressarcimento, ajuizada em 26/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 05/02/2020 e concluso ao gabinete em 08/09/2021. 2. O propósito recursal é decidir (I) se a cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga durante transporte internacional; e (II) se a Convenção de Montreal é aplicável à

hipótese em julgamento. **3. De acordo com o art. 786 do CC, depois de realizada a cobertura do sinistro, a seguradora subroga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos limites do valor pago. 4. O instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada. 5.** Tendo o acórdão recorrido decidido pela não aplicação da Convenção de Montreal na hipótese em julgamento, a falta de fundamentação pela recorrente quanto à aplicação da referida Convenção, sem indicar, por exemplo, em qual de seus dispositivos se enquadra a situação fática da presente demanda, enseja a incidência da Súmula 283/STF. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.”

No voto da Ministra Relatora, foi analisado que o instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à Seguradora sub-rogada. Nesse sentido, concluiu que, ainda que a transferência possa gerar efeitos de ordem processual, como o ajuizamento de ação pelo novo credor contra o devedor, estes decorrem exclusivamente da mera efetivação do direito material adquirido, de modo que as questões processuais atinentes ao credor originário não são oponíveis ao novo credor, uma vez que não foram objeto da sub-rogação.

Assim, concluiu que a cláusula de eleição do foro de Los Angeles/Califórnia não seria oponível à Seguradora sub-rogada, que poderia ter seu direito analisado no âmbito da jurisdição brasileira.

Nesse sentido, pondera-se que, ainda que se diga que no julgamento anterior o juízo do Superior Tribunal de Justiça não poderia adentrar no mérito da questão, a verdade é que os julgadores acabaram por avaliar a o assunto da extensão dos efeitos da sub-rogação com relação a aspectos relevantes, assim como tratado no presente caso. Diante das ponderações da Ministra Nancy Andrichi, a nosso ver, houve uma alteração em seu posicionamento com relação à homologação da SEC. 14.930, demonstrando que a Corte Superior ainda não possui posicionamento firmado quanto ao tema, mantendo, assim, a controvérsia, que deverá ser observada no julgamento de futuros casos, até eventual assentamento da jurisprudência.

2. ASPECTOS RELEVANTES DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem decorre do acordo de vontade entre partes integrantes de uma relação jurídica, que decidem que eventuais litígios, atuais ou futuros, serão decididos por meio de

arbitragem, derogando a jurisdição estatal. Ela poderá ser expressa através de uma previsão contratual de cláusula compromissória ou pela elaboração de um compromisso arbitral.

Conforme Carlos Alberto Carmona (2009, p. 79), a convenção de arbitragem possui duplo caráter, um deles enquanto acordo de vontades, no sentido de que vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral e, outro, enquanto pacto processual, firmado com o objetivo de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.

Em se tratando da cláusula compromissória, sua previsão está contida no artigo 4º da Lei de Arbitragem – Lei 9.307/1996, sendo que seu parágrafo primeiro prevê formalidade de que esta deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Destaque-se, ademais, o artigo 2º da referida lei, que trata, em geral, sobre a liberdade que as partes possuem para escolher as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, desde que observados os bons costumes e a ordem pública:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

Sobre o tema, Carmona (2009, p. 78) destaca o artigo 5º da lei espanhola de 1988 sobre a arbitragem, que extraiu o disposto na Convenção de Nova Iorque de 1958, bem como na Lei Modelo da Uncitral:

“A convenção arbitral deverá expressar a vontade inequívoca das partes de submeter a solução de todas as questões litigiosas ou de algumas destas questões, surgidas ou que possam surgir de relações jurídicas determinadas, sejam ou não contratuais, à decisão de um ou mais árbitros, assim como expressar a obrigação de cumprir tal decisão.”

Ainda que o artigo supracitado mencione que a convenção arbitral deve expressar a vontade inequívoca das partes, para o autor, a solução não é satisfatória no Brasil. Em seu entender, os efeitos contundentes da convenção arbitral têm como contrapartida a demonstração cabal, clara e inequívoca da vontade das partes de entregar a solução do litígio a árbitros. Nesse sentido, “o efeito severo de

afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial” (2009, p. 83).

Para Humberto Theodoro Júnior, “em função de sua origem contratual, outrossim, a jurisdição arbitral não pode ir além do negócio jurídico que motivou sua implantação, nem pode envolver senão as partes que o convencionaram” (BARALDI; BENETI; CUNHA, 2014, p. 4). No mesmo sentido, o entender de Gilberto Giusti de que a jurisdição arbitral não pode alcançar quem não convencionou, uma vez que é opção voluntária das partes:

“(…) em função dessa origem contratual, a jurisdição arbitral não pode alcançar quem não a convencionou. Configurando a arbitragem uma opção voluntária das partes contratantes de afastar a jurisdição estatal – garantida a todos pela Constituição Federal – para se valerem de um método privado de solução de litígios, restaria inócua qualquer tentativa de se trazer à arbitragem, contra a sua vontade e/ou contra a vontade de qualquer das partes, quem não participou do acerto contratual que originou essa verdadeira renúncia à jurisdição do Estado. (...) A capacidade do árbitro em convocar as partes e torná-las vinculadas ao processo (a *vocatio*, um dos elementos da atividade jurisdicional) é limitada, pela própria convenção de arbitragem, àqueles que a firmaram.” (Gilberto Giusti apud BARALDI; BENETI; CUNHA, 2014, p. 4).

No que diz respeito à Convenção de Nova Iorque, apesar da ampla adesão, inclusive do Brasil, não é possível afirmar que houve uma uniformização completa da matéria. Especificamente quanto à vontade de submissão à arbitragem, a análise deve passar pelos seguintes aspectos: (i) a forma pela qual o consentimento foi expresso; (ii) a capacidade das partes; e (iii) a extensão do consentimento.

O primeiro aspecto é tratado pelo artigo 2º, que dispõe que o acordo deve ser escrito em contrato ou acordo de arbitragem firmado pelas partes. As partes somente poderão evitar a arbitragem caso seja constatado que o acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável:

“Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.
2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.
3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

Já no que diz respeito aos últimos aspectos, acima mencionados, a Convenção não apresenta regras materiais relacionadas à capacidade das partes ou à interpretação de suas declarações de vontade, trazendo apenas breve menção genérica no artigo V, inciso I, “a”:

“Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; (...)”

Ainda no artigo V, destaque-se a previsão acerca da possibilidade de recusa da execução de sentença arbitral estrangeira apenas no caso de: (i) a lei do país não permitir a solução da questão por meio da arbitragem; ou (ii) a sentença é contrária à ordem pública do país:

“2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou
b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

A Lei de Arbitragem brasileira, em seu artigo 38, apresentou a mesma ideia, apesar de os termos serem diferentes:

“Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;”

Sendo assim, o que se verifica é que, nem a Convenção internacional, nem a legislação interna apresentaram regras expressas acerca das possibilidades de extensão da cláusula compromissória, especialmente às partes não signatárias do acordo, deixando a análise para a doutrina e para a jurisprudência, de acordo com os casos concretos.

2.1. O INSTITUTO DA SUB-ROGAÇÃO E A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM À SEGURADORA SUB-ROGADA

Em princípio, a eficácia da cláusula compromissória se estende apenas às partes do contrato. Entretanto, há hipóteses em que se discute a possibilidade de vinculação de terceiros não-signatários à arbitragem, como ocorre no caso da seguradora que realiza o pagamento de indenização securitária e se sub-roga nos direitos do segurado com relação ao causador do dano.

Assim como tratado no julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Acórdão de Sentença Estrangeira Contestada 14.930-EX, os principais argumentos contrários à extensão da cláusula compromissória à seguradora são os seguintes: (i) a sub-rogação somente transmite os aspectos materiais da relação originária, de modo que não gera obrigação de ordem processual; (ii) a vinculação à cláusula compromissória depende de consentimento expresso, o que não ocorre no caso da seguradora sub-rogada; (iii) a cláusula tem caráter personalíssimo; (iv) o direito buscado pela seguradora é um direito próprio e independente; e (v) conforme o § 2º do artigo 786 do Código Civil, é ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos obtidos por meio da sub-rogação.

Para Silvio de Salvo Venosa (2021, p. 247), a sub-rogação não extingue a obrigação, mas faz substituir o sujeito da obrigação. Em seu entender, no pagamento com sub-rogação, o terceiro substitui o credor originário da obrigação, passando a dispor de todos os direitos, ações e garantias que tinha o primeiro. O crédito goza das mesmas garantias originárias.

Por outro lado, o autor destaca que o instituto da sub-rogação não deve ser confundido com a cessão de crédito, apesar de tal argumento poder ser sustentado pelo fato de que a própria lei (artigo 348) faz remissão a dispositivos de cessão de crédito em uma das situações de sub-rogação convencional (artigo 347, I). Para ele, as figuras não coincidem:

“A sub-rogação contém como essência o pagamento de uma dívida por terceiro e fica adstrita aos termos dessa mesma dívida. Por outro lado, a cessão de crédito pode ter efeito especulativo, podendo ser efetivada por valor diverso da dívida originária. Na cessão de crédito, há necessidade de que o devedor seja notificado para ser eficaz com relação a ele (art. 290), o que não ocorre na sub-rogação. A cessão de crédito é uma alienação de um direito, aproximando-se à compra e venda. Não existe esse caráter de alienação na sub-rogação. Na cessão, a operação é sempre do credor, enquanto a sub-rogação pode operar mesmo sem anuência do credor e até mesmo contra sua vontade.” (VENOSA, 2021, p. 249)

Ainda quanto a isto, para alguns, com a sub-rogação, haveria extinção do crédito primitivo, com o nascimento de outra obrigação, porém, a sub-rogação é instituto autônomo, não podendo ser tratada simplesmente como um meio de extinção de obrigações. A sub-rogação está apoiada uma razão de equidade, pois ao invés da extinção do crédito, este é transferido ao terceiro por vontade das partes ou por força de lei. Assim, a relação jurídica sobrevive com a mudança do sujeito ativo, de modo que o adimplemento é facilitado, sendo a sub-rogação incentivada pela lei (VENOSA, 2021, p. 250).

No mesmo sentido, o entendimento de Pontes de Miranda:

“No adimplemento com sub-rogação, adimple-se, mas continua a dever. É adimplemento sem liberação. O credor sai da relação jurídica, mas outrem lhe fica no lugar. Satisfaz-se o credor, sem que o devedor se libere. Outrem, em verdade, adimpliu, e não o devedor, que há de adimplir a quem adimpliu.” (1971, p. 283)

Diante da análise referidos posicionamentos, nota-se que, nesse entender, restaria afastado um dos argumentos levantados pela corrente que defende a impossibilidade de extensão da cláusula compromissória à seguradora sub-rogada, que é de que a seguradora busca um direito próprio. Isso porque, para os citados doutrinadores, a seguradora apenas substitui o segurado naquela relação processual, não havendo que se falar em direito independente.

Conforme o artigo 757, o contrato de seguro é negócio jurídico pelo qual o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, contra riscos predeterminados. Em contrapartida, o segurado deve pagar o prêmio correspondente. É importante ressaltar que a obrigação da seguradora não é de pagamento de indenização, mas sim de garantia do risco. Isto é, ainda que o evento segurado não ocorra, mesmo assim a seguradora cumpriu com a sua parcela da obrigação, de modo que o prêmio é devido.

No âmbito do contrato de seguro, a sub-rogação decorre de lei, conforme artigo 786 do Código Civil que determina que, após o pagamento da indenização securitária, a seguradora sub-roga-se, nos limites do valor pago, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o causador do dano.

Além disso, já em 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 188, segundo a qual "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro".

No Código Civil atual, além do artigo 786, os artigos 349 e 934 igualmente consagram o direito de ressarcimento do terceiro pagador em face do causador do dano.

No caso da seguradora, um dos objetivos do direito à sub-rogação é relacionado a evitar o enriquecimento sem causa do causador do dano. De outro lado, ressalte-se que o ressarcimento está limitado ao efetivo prejuízo suportado pela seguradora.

Nesse sentido, os ensinamentos de Pedro Alvim Donati ressaltam as funções do instituto da sub-rogação no aspecto securitário, isto é: (i) evitar que o segurado seja indenizado em duplicidade; (ii) evitar que o causador do dano se exonere de sua responsabilidade e; (iii) resguardar o fundo mútuo:

"(...) 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. (Pedro Alvim apud CREMONEZE; QUINTANILHA, 2020).

Sob a ótica da função social do seguro, a busca do ressarcimento pode ser vista como sendo além de um direito, mas também como um dever de lealdade da seguradora frente ao interesse social do colégio de segurados. Isso porque, quando ocorre o devido ressarcimento, a sub-rogação acaba por impactar positivamente na precificação do seguro, além de compor o fundo mútuo mantido para que as seguradoras possam fazer frente às suas responsabilidades perante os segurados (CREMONEZE, 2020, p. 3).

Especificamente no que tange ao seguro-garantia, ramo de seguro envolvido no caso de homologação de sentença estrangeira analisado inicialmente, o interesse a ser protegido é o interesse contratual do beneficiário, sujeito que não corresponderá ao tomador/contratante do seguro. O evento coberto é o descumprimento contratual pelo tomador, de modo que a transferência de risco se refere, justamente, ao risco do descumprimento, que o segurador assume no âmbito em razão do sinalagma da operação econômica securitária.

Assim, a obrigação do segurador – que está relacionada ao interesse contratual do credor na “relação segurada” – decorre do contrato de seguro, e não do contrato celebrado entre o tomador e o beneficiário (DIDIER JÚNIOR; BONFIM, 2020).

Dessa forma, nosso entendimento é de que a seguradora não é nem se torna parte do contrato segurado, o que igualmente ocorre com eventual cláusula compromissória nele contida. Nesse ponto, é importante ressaltar que, muitas vezes, as seguradoras aceitam os riscos relacionados a determinados segurados, incluindo questões relacionadas a contratos por eles firmados, mas não possuem acesso ao conteúdo desses contratos ou não são informadas de questões particulares, como

a existência de cláusula compromissória de arbitragem.

A dinâmica da subscrição do risco no fluxo regular das seguradoras, em regra, não possui esse nível de detalhamento, até mesmo pelo volume de apólices emitidas, o que impacta na análise de possibilidade de extensão da cláusula compromissória no momento da sub-rogação, especialmente pela falta de conhecimento prévio da seguradora.

Na hipótese de ausência de conhecimento total da seguradora acerca da cláusula compromissória, a nosso ver, há violação ao princípio da autonomia da vontade, base da arbitragem, como tratado anteriormente. Assim, “vincular a seguradora sub-rogada à cláusula compromissória significa impor-lhe um método de solução de conflito com o qual ela não anuiu e, muitas vezes, sequer tinha conhecimento no momento da subscrição do risco.” (OLIVEIRA; PRADO; RODRIGUES, 2019, p. 22)

Por outro lado, caso a seguradora seja informada quanto à existência da cláusula compromissória pelo segurado, desde o início ela terá ciência de que eventual direito ao ressarcimento poderá ser submetido à jurisdição arbitral, em detrimento do Poder Público, de modo que, naquele momento, ela poderá optar por ajustar o prêmio ou até mesmo negar a subscrição daquele risco.

Este ponto influencia também na análise de eventual violação ao caráter personalíssimo da cláusula compromissória, que se evidencia pelo simples fato de ter que ser expressamente anuída pelas partes que optaram por não submeter eventual litígio ao Judiciário.

Portanto, nosso entender é de que a análise da forma de subscrição do risco é essencial quando se trata de possibilidade de extensão da cláusula compromissória à seguradora sub-rogada. Além disso, quanto mais as discussões sobre o tema vão se acalorando, como vêm ocorrendo, cabe às seguradoras, no momento da subscrição dos riscos, observarem esse aspecto quanto a eventuais contratos segurados, a fim de não se verem submetidas a procedimentos com os quais não anuíram expressamente, e que geram efeitos tanto na forma de resolução do conflito, quanto nos custos envolvidos na demanda de ressarcimento que lhe é de direito.

CONCLUSÕES

Conforme análise do julgamento da homologação de sentença estrangeira contestada nº 14.390-EX, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça, em resumo, manifestou entendimento de que: (i) a extensão de cláusula compromissória à seguradora sub-rogada não afeta a ordem pública

nacional; (ii) a cláusula compromissória não é personalíssima; (iii) não há necessidade de anuência expressa da seguradora quanto à derrogação da jurisdição estatal em favor da jurisdição arbitral em caso de ação de ressarcimento; bem como (iv) a extensão da cláusula compromissória não afeta a autonomia da vontade.

Por outro lado, no julgamento do Recurso Especial nº 1.962.113-RJ (2021/0147460-1), mais recentemente, a Corte Superior decidiu que a sub-rogação transfere apenas direitos materiais à seguradora sub-rogada, não abrangendo aspectos de ordem processual, como no caso foi a cláusula de eleição de foro prevista no contrato principal.

Como mencionado, a análise doutrinária também é controversa, uma vez que doutrinadores divergem no entendimento acerca da possibilidade de transmissão, por sub-rogação, de cláusula compromissória prevista em contrato do qual a seguradora não fez parte ou anuiu com seus termos.

Na ordem prática, torna-se muito penoso às seguradoras a imposição de procedimento arbitral sobre o qual nunca concordaram ou, muitas vezes, sequer tiveram ciência de que poderiam estar submetidas. A sub-rogação no direito securitário também possui um aspecto coletivo, no sentido de que o direito ao ressarcimento, em face do causador do dano, beneficia não só as seguradoras, mas também o fundo mútuo e todo o colegiado de segurados.

Dessa forma, a questão não pode ser tratada de forma superficial, além de não poderem ser desconsiderados os aspectos de rotina e fluxo de funcionamento envolvidos no mercado especializado de compra e venda de seguros, especialmente no que diz respeito à forma de subscrição dos riscos.

Tendo em vista o desacordo da jurisprudência e da doutrina quanto à questão, bem como o aumento da relevância do tema em razão do crescimento da popularidade da arbitragem como forma de resolução de conflitos, as seguradoras devem ficar cada vez mais atentas no momento da aceitação dos riscos, a fim de não se verem obrigadas a participar de procedimento arbitral como única possibilidade de ressarcimento dos prejuízos indenizados.

REFERÊNCIAS

BARALDI, Eliana. BENETI, Ana Carolina. CUNHA, Elina. Extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatária. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). Arbitragem e Mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CREMONEZE, Paulo Henrique; QUINTANILHA, Leonardo Reis. A primavera do seguro: sub-rogação, ressarcimento e função social. Editora Roncarati, 2020. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Colunistas/Paulo-Henrique-Cremoneze/A-primavera-do-seguro-sub-rogacao-ressarcimento-e-funcao-social.html>. Acesso em: 13 de dez. 2022.

CREMONEZE, Paulo Henrique. O segurador sub-rogado não se submete à arbitragem imposta por meio do bill of lading. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/E20F06BF78259E_Artigo-Jurisprudencia-segurado.pdf. Acesso em: 13 de set. 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. BONFIM, Daniela Santos. A sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 24. ano 7. p. 95-116. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001850dcb72b036772ab6&docguid=I19617ed07be111eb985d98784c0bea3e&hitguid=I19617ed07be111eb985d98784c0bea3e&spos=2&epos=2&td=106&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 de set. 2023.

OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. PRADO, Camila. Rodrigues, Ludimila. Os desafios das seguradoras frente à cláusula compromissória. Revista Opinião Seg. 17 ed. Novembro-2019. p. 18-23. Disponível em https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/opiniaao_seg/17/files/opiniaao17.pdf. Acesso em: 13 de set. 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021.