

# **SOBRE A RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO E DO TRANSPORTADOR E O DIREITO DOS SEGUROS**

## **Breves comentários sobre decisão judicial**

### **A legitimidade ativa do segurador sub-rogado e a inversão da carga dinâmica da prova**

Gosto muito de escrever sobre decisões judiciais, especialmente as que tratam de Direito dos Seguros e Direito dos Transportes.

Comentarei aqui a proferida pela 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23 de novembro de 2021, na **Apelação Cível nº 1084069-41.2020.8.26.0100**. Decisão relatada pelo **Desembargador Ramon Mateo Junior**, que manteve a Sentença do **Juiz Christopher Alexander Roisin**.

Duas decisões que reconheceram a procedência da pretensão de ressarcimento em regresso do segurador sub-rogado nos direitos e ações do segurado, dono de carga, contra terminal (depositário).

No caso atuei como advogado do segurador sub-rogado.

Breve resumo: a carga foi confiada ao terminal em regime de depósito derivado de cumprimento de obrigação de transportar. Durante a estadia, foi avariada por rancificação. Seu dono invocou a apólice de seguro de transporte. A seguradora regulou o sinistro e concluiu ser o caso de pagamento da indenização. Pagou-a e buscou o ressarcimento. Um caso comum nas literaturas do Direito dos Seguros e do Direito dos Transportes, fundado na responsabilidade civil objetiva do depositário de cargas.

O que merece especial análise neste ensaio são alguns argumentos de defesa do terminal, a força da sub-rogação e a fundamentação jurídica da responsabilidade objetiva do terminal.

Tanto a Sentença como o Acórdão merecem aplausos. E digo isso não porque atuei como advogado da parte vitoriosa, mas porque estudo há muito tempo os assuntos do litígio e realmente me entusiasmei com o alto nível das decisões.

Vejamos:

### **Da Sentença do Juiz Christopher Alexander Roisin.**

O Ilustre Magistrado enfrentou um tema muito comum nos litígios de ressarcimento em regresso promovidos por seguradores sub-rogados contra causadores danos: a legitimidade ativa. Comum, mas não deveria ser.

Réus costumam alegar ilegitimidade ativa, supostamente por situações clausulares de contratos de seguro que não lhe dizem respeito. Imiscuem-se em assuntos que só deveriam interessar a seguradores e segurados, fazendo-o sempre de modo errado e casuístico. Tentam demonstrar, na maior parte dos casos, que os seguradores pagaram indenizações sem razões contratuais e, portanto, sem direito ao ressarcimento.

Ainda que tais tentativas tivessem alguma pertinência – e dificilmente têm – a pergunta que fica no ar é: e o que isso muda a respeito do dano causado? O autor de ato ilícito, o causador de dano, deixa de responder pelos prejuízos por causa de suposto vício em relação contratual estranha aos fatos? Torna-se ele menos responsável por conta de exegeses contratuais?

Evidentemente não. Eventuais problemas na relação segurador-segurado em nada o prejudicam ou lhe aproveitam. O causador do dano não deixa de ser responsável porque o segurador eventualmente pagou ao segurado algo que talvez não devesse.

E aqui só se argumenta isso por excesso de zelo, pois a realidade fenomênica demonstra, com constrangedora facilidade, que é absolutamente incomum segurador pagar indenização sem perfeita correspondência entre fatos e clausulado.

Ao regular um sinistro e decidir pelo pagamento de indenização, o segurador não cumpre apenas seu dever contratual. Vai além. Cumpre um dever legal intimamente assentado na ordem moral.

Isso porque o segurador defende, sempre, não apenas os seus legítimos interesses, mas os de todo o colégio de segurados que representa. O segurador respeita fielmente o princípio do mutualismo e age em nome da coletividade.

Por isso, é improvável, para não dizer impossível, que o segurador efetue o pagamento da indenização se não houver a perfeita correspondência entre os fatos do sinistro e o clausulado. Em outras palavras: as alegações de ilegitimidade ativa costumam ser fruto da mais claudicante retórica.

Todavia, a simetria é menos importante, para não dizer irrelevante, pois o direito de regresso subsiste independentemente, pelo simples fato de a indenização de seguro ter sido paga à vítima.

A sub-rogação e o ressarcimento são conceitos íntimos, porém inconfundíveis. O problema de um não afeta substancialmente o outro, até porque é imprescindível que o causador do dano responda pelos prejuízos de sua conduta.

Daí o acerto, com brilhantismo, do magistrado:

“A alegação de ilegitimidade ativa da autora por descumprimento das obrigações do segurado em relação à seguradora, ocorre em defesa de direito alheio em nome próprio, violando o artigo 18 do Código de Processo Civil, na medida em que a sub-rogação ocorreu com o ressarcimento dos danos pela seguradora, único fator daquela que afeta a ré.

Note-se que a demanda é proposta em função da sub-rogação ocorrida entre as partes com prova de pagamento da indenização securitária e eventual incorreção no contrato de seguro firmado entre a contratante do transporte e autora é questão que se restringe àquelas contraentes, sem afastar a responsabilidade da ré por eventuais danos causados as mercadorias durante sua guarda”.

O **juiz Roisin** termina observando que “*a apólice entabulada entre a autora e o sub-rogado não apresenta a exigência apontada pela ré*”, o que fez evidenciar que a alegação era mesmo descabida. Todavia, ainda que houvesse a previsão, razão alguma caberia ao causador de dano porque, convém repetir, “*eventual incorreção no contrato de seguro firmado entre a contratante do transporte e*

*autora é questão que se restringe àquelas contraentes, sem afastar a responsabilidade da ré por eventuais danos causados as mercadorias durante sua guarda”.*

Há uma catequese de Direito dos Seguros na afirmação, e merece em oportunidade futura um estudo próprio. A afirmação é o centro da contraposição relativa aos que insistem misturar estações e fugir de responsabilidades por meio de descabidas articulações.

Vencida e bem a questão processual, o magistrado também acertou ao tratar do bem da vida do litígio: a responsabilidade civil do transportador (que também atuou como depositário). Aplicou e bem as regras da responsabilidade civil objetiva, cabível aos que nessa modalidade contratual assumem obrigação de resultado e/ou manejam fonte de risco.

Merece destaque a perfeita inteligência sobre a carga dinâmica da prova, a inversão de ônus que é própria desses litígios:

“No mais, a ré dispensou a produção de provas que eram de sua incumbência, sem qualquer inversão do ônus probatório, uma vez que a prova alegações da defesa incumbe exclusivamente a requerida (art. 373, II do CPC) e a responsabilidade objetiva dispensa apenas a qualificação da conduta do agente, sem interferir em ônus processual, admitindo que prejuízos sejam ressarcidos sem a identificação de conduta ilícita, apenas com a demonstração do dano e do nexo causal com a atividade da parte, o que ocorre nesta demanda”.

Embora o ilustre magistrado tenha fundamentado segundo o que já é clássico no Direito brasileiro, o destaque que ora se dá é merecido porque, infelizmente não raro, em decisões de litígios semelhantes, alguns órgãos jurisdicionais deixam de lado os princípios da responsabilidade objetiva, a inversão da carga dinâmica da prova, e passam a exigir dos autores – em benefício dos causadores de danos – provas muitas vezes impossíveis de produzir, diabólicas.

Nem sempre o óbvio é respeitado como tal. O círculo é tratado como quadrado e é preciso, como já alertou Chesterton, lembrar ao mundo que a grama é verde. Diante desse contexto, é muito bom ler decisões em que a tradição jurídica é respeitada e a regra legal, corretamente aplicada.

Quando um caso é informado pela responsabilidade objetiva e há algum espaço para a dúvida, competirá exclusivamente ao réu, ao responsabilizado, provar sua eventual inocência, sob pena de arcar integralmente com os prejuízos derivados. Nisso reside um dos mais sofisticados mecanismos de calibragem do Direito, que é capaz de nos aproximar da Justiça.

Diante de tais fundamentos, houve a condenação do transportador, autor de dano, devedor inadimplente de obrigação de resultado e manejador de fonte de risco.

### **Do voto do Desembargador Ramon Mateo Junior**

O voto, abraçado pelos demais componentes da turma julgadora, e que constituiu o acórdão, manteve a Sentença e se mostrou nova aula de Direito dos Seguros, Direito Civil e Direito Processual Civil.

De plano já merece destaque a ementa, objetiva e precisa:

Apelação. Ação regressiva de ressarcimento por sub-rogação. Empresa-seguradora que busca, via ação regressiva, o ressarcimento ao valor pago à empresa segurada, referente à perda total da mercadoria sob guarda da ré. Sentença de procedência. Manutenção. Empresa ré que prestou serviços de armazenagem do lote segurado (bacalhau), mercadoria que necessitava de acondicionamento adequado e temperatura específica. Recebimento da carga sem qualquer ressalva pela ré, que deixou de prestar o serviço de guarda e conservação da mercadoria de forma adequada. Responsabilidade objetiva. Valor da condenação adequado. Apelo desprovido.

Nela há afirmações preciosas que nunca podem ser desconsideradas em litígios do gênero: *“Recebimento da carga sem qualquer ressalva pela ré, que deixou de prestar o serviço de guarda e conservação da mercadoria de forma adequada. Responsabilidade objetiva. Valor da condenação adequado.”*.

Sempre que um transportador – no caso, também depositário – recebe uma mercadoria e nada ressalva, incide a presunção legal de que tudo estava em perfeita ordem. A mercadoria lhe foi entregue exatamente como manifestada nos documentos de embarque. Logo, da mesma forma deveria ser entregue a quem de direito, no lugar de destino.

Quaisquer anormalidades, quaisquer diferenças, quaisquer faltas, quaisquer avarias, enfim, toda e qualquer coisa diferente daquilo que formalmente se infere dos documentos, autoriza outra presunção: a de responsabilidade do transportador (depositário).

Assim, não é a prova do momento e da forma que o dano ocorreu que interessa, mas é a da ausência de ressalva que importa. Se o transportador (depositário) nada ressalvou, a presunção contra ele pesa, irremediavelmente.

Tudo isso é simples, porém há de ser repetido, porque não é incomum que o simples seja deixado de lado e o erro tome seu lugar.

O renomado Desembargador observou muito bem que o próprio transportador, então apelante, alegou que *tudo supostamente indicaria* a ocorrência do dano em etapa do transporte que não estava sob sua custódia.

Ora, em um caso guiado pela responsabilidade objetiva e pela inversão do ônus da prova, a expressão *tudo indica* atua em desfavor do seu arguente.

Perspectivas, indicações, possibilidades e afins beneficiam a vítima do dano, o credor insatisfeito, não o causador, o devedor inadimplente de obrigação de resultado, o manejador de fonte de risco.

Quem presta serviços de transporte e/ou de armazenagem, quando acusado de responsável por dano à coisa confiada e recebida sem ressalva, tem o ônus de provar a inocência, fazendo-o de modo cabal, preciso.

Situação sobremodo agravada, como bem observado no voto, quando além dos deveres civis a parte tem ônus de natureza pública, concessionária que é de serviço público federal.

Para tipificar a responsabilidade civil do transportador e entidade portuária, o Desembargador Mateo Júnior invocou o art. 37, 6º, da CF, o art. 2º do Decreto-Lei nº 116/1967, o art. 26 da Lei 12.815/2013 e o art. 629 do Código Civil. Enfim, regras em diálogo, que tratam com o devido rigor a responsabilidade de um serviço fundamental e de imediato interesse público.

Interessante ainda o uso do parágrafo único do art. 927 do Código Civil sob o seguinte, correto e elogiável fundamento: “Não bastasse isso, o sinistro narrado nos autos deriva do risco da própria atividade desenvolvida pela ré-apelante”.

Exatamente. Quem exerce atividade de risco responde objetivamente por danos e prejuízos. Acórdão e Sentença, portanto, absolutamente harmônicos ao que há de mais contemporâneo no Direito.

Sobre os fatos, naquilo que tocam à tese, o voto bisou a Sentença quanto à inexistência de ressalva prévia, algo importantíssimo para as presunções legítimas de que a mercadoria se encontrava em bom estado quando do recebimento para transporte/armazenagem e de responsabilidade integral diante da verificação de danos.

Consta do voto: *“Por outra colocação, não emitiu a ré, por ocasião do recebimento da carga, o documento denominado “Termo de Faltas e Avarias – TFA”, dessumindo-se que o contêiner onde acondicionada mercadoria não apresentava defeitos estruturais, que poderiam comprometer a conservação da carga”*. Novamente, a ausência de ressalva prévia do prestador de serviços foi devidamente medida, pesada e avaliada, sendo corretamente mensurada segundo o direito.

Presunção que não aproveita ao devedor de obrigação de resultado, manejador de fonte de risco, tem peso de bigorna e valor de ouro para a vítima do dano (ou o segurador sub-rogado), a quem presta e muito a teoria do equilíbrio das probabilidades, como disposto no *Decisum*: *“Refletindo-se atentamente sobre o desencadeamento dos fatos, pode-se concluir que a danificação do material ocorreu quando se encontrava nas dependências e sob a guarda da ré-apelante”*.

O desencadeamento dos fatos se avolumou diante da ausência de ressalva prévia por parte da ré-apelante e pela dinâmica especial da responsabilidade objetiva daquele que assume obrigação de resultado, que exerce atividade de risco, que opera sob o signo publicista.

Veja-se que o voto enfatizou: “Nesse ponto, importante ponderação é necessária: a carga foi recebida sem ressalva. Era uma mercadoria delicada,

com necessidade de acondicionamento específico, e temperatura ideal, que não poderia sofrer grandes oscilações.”.

Mais uma vez, repete-se neste ensaio quão decisiva é a ausência de ressalva pelo prestador de serviços de transporte e de armazenagem, o quanto ela é o abre-alas para presunções poderosas como a presunção legal de responsabilidade.

Interessantíssimos os seguintes fundamentos:

“(…) a responsabilidade da apelante é objetiva, bastando, para tanto, a ocorrência de dano na mercadoria, decorrente da falha na prestação do serviço; aspectos estes que estão patentes nos autos.

(…) ao receber o contêiner amassado e remendado, deixou de tomar providências (fls. 210), no sentido de cobrir ou acondicioná-lo em local coberto, abrigando-o das intempéries climáticas, especialmente no verão, estação do ano em que as chuvas e a umidade são mais frequentes. Cumpria à depositária tal obrigação.”

Mais uma vez é de se ressaltar o brilhantismo do voto no trato de temas sensíveis, consolidados no Direito, mas que muitas vezes são submetidos aos mais diferentes e equivocados embates, com resultados não ortodoxos e manifestamente prejudiciais às vítimas de danos e ao mercado segurador, que, em primeira e última instâncias, por força do princípio do mutualismo, diz respeito à sociedade em geral.

Ao sabor do que ensina a escola jurídica de Salamanca, influenciadora de toda ibero-américa, mãe das universidades latino-americanas, o voto segue o que há de mais avançado no estudo de “*contratos y daños*” e enfatiza a importância de se concentrar atenção da pessoa do *danador*: “*Bem por isso, a alegação genérica de inaplicabilidade de tal dispositivo legal não tem qualquer substrato jurídico, mesmo porque está evidenciado nos autos que a apelante é causadora do dano.*”

Por fim, muito aproveita destacar que o Douto Relator cuidou mais do que adequadamente da amplitude da sub-rogação e da força do direito de regresso, não se deixando impressionar por alegações que objetivavam esvaziá-los.



Tentou a apelante negar o direito de regresso por suposto ato praticado pelo segurado em seu favor e em prejuízo do apelado, segurador sub-rogado. Com base no que dispõe o art. 786, §2º, do Código Civil, reconheceu a *ineficácia* do ato afirmando que “o e-mail enviado por representante da segurada (fls. 491/495), não possui o condão de afastar a responsabilidade da (...)”.

E para melhor ainda fundamentar a força da regra legal que invocou, amparou-se na boa doutrina:

“Em comentário a tal dispositivo legal, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (in Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência, 5ª edição, pág. 786) ensina: “(...) estabelecer a ineficiência de qualquer ato praticado pelo segurado que sirva a diminuir ou extinguir, em prejuízo do segurador, o direito à sub-rogação, de que ora se trata. Veja-se que a regra quer assegurar, em última análise, a integralidade do direito regressivo do segurador, resguardando-o contra ato que venha a ser praticado pelo segurado (...)”.

Sobre o voto, dizer mais é desnecessário. Seus fundamentos falam por si.

### **Das conclusões**

Antes de concluir, recomendo a leitura atenciosa da Sentença e do Acórdão, mediante consulta na página eletrônica do TJSP. Estão à disposição, com todas as peças do Processo, tendo-se em conta o princípio constitucional da publicidade.

Os magistrados Roisin e Mateo Junior ministraram aulas em seus fundamentos, e trataram com excelência inegável temas de Direito dos Seguros e de responsabilidade civil.

Insisto, não falo como o advogado que atuou no caso e defendeu os interesses da parte vencedora. Falo como pretendo estudioso do Direito.

Decisões como as que ora se examinam são dignas de todo apreço. Espero que influenciem muitas outras. Ambas abordaram muito bem a autonomia e independência do contrato de seguro em relação à busca do ressarcimento em regresso.

As relações entre segurado e segurador em nada se confundem com o dever de reparação civil do causador do dano, e o clausulado do contrato de seguro é absolutamente irrelevante ao pleito de ressarcimento em regresso.

Uma vez paga a indenização de seguro e adquirido, pela sub-rogação, o direito de ressarcimento, o conteúdo do contrato de seguro passa a ser letra morta e não pode ser invocado pelo réu em disputa judicial.

O segurador sub-rogado tem o direito de buscar o ressarcimento integral do que pagou ao segurado e o causador do dano tem o dever de repará-lo. Ponto. O que fugir dessa equação não tem importância e não pode ser alvo de atenção em disputa judicial estranha ao contrato de seguro.

E para se protegerem, ainda que reflexamente, os interesses do mútuo, do colégio de segurados, tem-se por ineficaz qualquer ato do segurado que prejudique, diminua ou extinga o direito de regresso.

Aliás, essa ineficácia é mais um elemento de convicção sobre a irrelevância do clausulado de seguro no pleito de ressarcimento contra o causador do dano. Se nem mesmo o ato válido do segurado pode prejudicar o regresso, o que dizer de disposição de contrato estranho ao suporte fático e ao direito em disputa?

Por fim, dá-se o devido destaque ao rigor jurídico no trato da responsabilidade civil do causador de dano, do manejador de fonte de risco, do devedor inadimplente de obrigação de resultado, arquétipos do transportador e do depositário de cargas (no caso que gerou as decisões, o réu apelante era as duas coisas).

Mensurar corretamente os ditames da responsabilidade civil objetiva e da inversão da carga dinâmica da prova foi algo que as decisões corretamente fizeram. Em casos como os do litígio em estudo, a primazia da responsabilidade objetiva tem que ser efetivamente respeitada, o que necessariamente implica a inversão do ônus da prova.

Aquele que transporta ou armazena, e recebe a coisa sem ressalva, faz sobre si pesarem a presunção legal de responsabilidade e a força das declarações condicionantes dos documentos de embarque ou de depósito.

Não há meio-termo nesse sentido. A regra é clara. Ao credor insatisfeito cabem presunções, indicações; ao devedor inadimplente, não. Ou ele prova a ocorrência de alguma causa legal excludente da presunção de responsabilidade ou deverá responder integralmente pelos danos e prejuízo. Nada além, nada aquém.

Nisso consiste o respeito ao que há de mais avançado no Direito contemporâneo, a elevados marcos civilizatórios, o que se afirma sem exageros retórico.

Por meio de decisões como essas é que o Direito ou evolui ou é mantido naquilo que já conquistou com excelência.



*Cremonese*

**Paulo Henrique Cremonese** advogado, especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca (Espanha), mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência, membro do CIST – Clube Internacional de Seguro de Transportes, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, membro da Ius Civile Salmanticense (Espanha), autor de livros de Direito de Transportes e de Seguros.