

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARMADOR NO
TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIAS

REGIANE LEME DE BARROS

SÃO PAULO

2011

REGIANE LEME DE BARROS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARMADOR NO
TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIAS

Monografia apresentada no curso de pós-graduação à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo / COGEAE – Coordenadoria geral de especialização, aperfeiçoamento e extensão, para obtenção de título de especialista em Direito Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Roberto Husek

SÃO PAULO

2011

REGIANE LEME DE BARROS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ARMADOR NO
TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIAS

Monografia apresentada no curso de pós-graduação em Direito Internacional à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo / COGEAE – Coordenadoria geral de especialização, aperfeiçoamento e extensão, para obtenção de título de especialista em Direito Internacional.

Monografia aprovada em ___/___/___ para obtenção de título de especialista em Direito Internacional.

Prof. Dr. Carlos Roberto Husek (orientador)

*Aos meus pais, Ezequiel e Lúcia, transmissores de valores fundamentais que
sempre irão me nortear.
Ao meu marido, Edivaldo, um presente de Deus na minha vida.
À minha irmã, Rose, fiel amiga em todos os momentos.*

*Agradeço a Deus por ter me dado saúde e meios para a concretização deste projeto.
À minha família e ao meu marido, pelo estímulo e força em todos os momentos.
Ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Roberto Husek, pela prestatividade ao aceitar
meu pedido de orientação.
Aos meus colegas de classe, pela rica troca de experiências.*

“Se um homem não sabe a que porto se dirige, nenhum vento lhe será favorável.”

Lúcio Aneu Sêneca

SUMÁRIO

RESUMO.....	VII
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
1.1. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil.....	10
1.2. Conceitos e Elementos da Responsabilidade Civil.....	12
1.3. Teorias da Responsabilidade Civil.....	16
1.3.1. Responsabilidade subjetiva.....	16
1.3.2. Responsabilidade objetiva	17
1.4. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual.....	19
1.4.1. Responsabilidade contratual.....	20
1.4.2. Responsabilidade extracontratual.....	22
1.5. Excludentes da Responsabilidade Civil.....	24
CAPÍTULO 2 – CONTRATO DE FRETAMENTO DE NAVIOS	
2.1. Conceito.....	32
2.2. A Natureza Jurídica dos Contratos de Fretamento.....	33
2.3. As Modalidades de Contrato de Fretamento.....	34
2.4. Carta Partida (Carta de Afretamento) – <i>Charter Party</i>	36
2.4.1. Principais cláusulas da carta partida.....	38
2.5. Conhecimento de Embarque – <i>Bill of Lading</i>	41
2.6. Obrigações do Fretador e do Afretador.....	44
CAPÍTULO 3 – A FIGURA DO ARMADOR E ASPECTOS RELEVANTES PARA A DETERMINAÇÃO DA SUA RESPONSABILIDADE	
3.1. A Figura do Armador e suas funções.....	47
3.2. Os Termos Inicial e Final da Responsabilidade do Armador.....	50
3.3. Avarias no Transporte Marítimo.....	52
3.3.1. Avaria grossa.....	54
3.3.2. Avaria particular ou simples.....	57
CAPÍTULO 4 – DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E FORMA DE APLICAÇÃO DE TAIS REGRAS	
4.1. As Excludentes da Responsabilidade Civil do Armador na Legislação Brasileira.....	61
4.2. Cláusulas Contratuais Exoneradoras de Responsabilidade.....	70
4.3. Breve Introdução Histórica Acerca das Convenções que Disciplinam a Responsabilidade no Transporte Marítimo.....	74
4.4. Determinações das Regras de Haia-Visby.....	75
4.4.1. Aplicabilidade das regras de Haia-Visby no Brasil.....	83
4.5. Implicações do Código de Defesa do Consumidor.....	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	90

RESUMO

O panorama atual do comércio internacional e do sistema de transporte marítimo utilizado para a sua efetivação, enseja discussões acerca da responsabilidade advinda dos contratos celebrados entre os sujeitos envolvidos nestas relações jurídicas, que têm como escopo o transporte marítimo de mercadorias. A questão da responsabilidade do armador (o responsável pela gestão náutica do navio) tem sido tratada por convenções internacionais que visam regulá-la, porém, por outro lado, surgem dúvidas acerca da lei aplicável, já que tais convenções nem sempre são ratificadas pelos países. Diante desse contexto, este estudo visa demonstrar as implicações da legislação e das convenções internacionais no que diz respeito à responsabilidade civil do armador ao realizar o transporte marítimo de mercadorias estipulado por contrato de fretamento, bem como termos relativos à aplicação de tais regras.

Palavras-chave: Direito Marítimo. Responsabilidade Civil. Contrato de Fretamento. Armador. Transporte Marítimo.

INTRODUÇÃO

Existe uma enorme gama de atividades distintas que cercam as operações de um navio voltado ao transporte de mercadorias. Dentre essas atividades, encontra-se a do armador, o responsável pela gestão náutica do navio.

Em torno de 90% do comércio mundial de mercadorias utiliza-se do transporte por via marítima para efetivar suas transações comerciais e o Brasil é parte importante deste cenário internacional. No entanto, com relação às convenções internacionais que versam sobre a responsabilidade contratual do armador no transporte de mercadorias, o Brasil não tem participado de forma significativa, visto que não ratificou as mais importantes delas.

Em função do conflito de interesses entre os que realizam o transporte e de seus usuários, no que se tange à atribuição ou exoneração de responsabilidade, mostra-se de relevada importância a necessidade de se aferir a incidência ou não desta nos contratos de fretamento, que regem essa modalidade de transporte, bem como a lei aplicável aos conflitos que deles derivarem.

Este trabalho objetiva verificar as disposições provenientes do sistema jurídico brasileiro e de Convenções Internacionais que regulam a responsabilidade civil do armador nos contratos de fretamento para o transporte marítimo de mercadorias.

Para tanto, dividiu-se o desenvolvimento da presente monografia em quatro capítulos. Apresentando-se no Capítulo 1 aspectos relevantes do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, tais como, a sua evolução histórica, conceitos e elementos, suas teorias (subjéctiva e objectiva), suas espécies (contratual e extracontratual) e as hipóteses de exclusão de responsabilidade.

No Capítulo 2, trata-se de temas referentes ao contrato de fretamento de navios, onde as partes contratantes estabelecem os termos da utilização do navio para o transporte de mercadorias. Esclarece-se através dos tópicos sobre o conceito, natureza jurídica, modalidades, documentos relevantes (carta-partida e conhecimento de embarque) e obrigações das partes envolvidas (fretador e afretador), importantes aspectos do referido contrato

O Capítulo 3 versa sobre a figura do armador, verificando suas funções e os termos inicial e final de sua responsabilidade. E num segundo momento, demonstra-se a implicações da ocorrência de avarias durante o transporte de mercadorias.

No Capítulo 4 são abordadas as hipóteses de exclusão de responsabilidade do armador de acordo com o sistema jurídico brasileiro, pontos importantes das cláusulas contratuais exoneradoras de responsabilidade, e após uma breve introdução histórica acerca das convenções disciplinadoras do transporte marítimo, são expostos aspectos da responsabilidade do armador de acordo com as regras de Haia-Visby e da aplicação de tais regras no Brasil. Por fim, trata-se de expor as implicações do Código de Defesa do Consumidor no que toca ao assunto central desta monografia.

Finalmente, tendo como base os fundamentos demonstrados no desenvolvimento deste trabalho, são apresentadas as considerações finais, que sintetizam os principais aspectos da responsabilidade civil do armador no transporte marítimo de mercadorias sob a incidência do sistema jurídico nacional e das convenções internacionais que tratam do assunto.

CAPÍTULO 1

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, de acordo com a teoria clássica, está fundamentada em três fatores: o dano, a culpa e o nexo causal entre o dano e a culpa.¹

No entanto, analisando a evolução histórica nota-se que esses fatores que fundamentam a responsabilidade civil atualmente, se desenvolveram ao longo do tempo.

Sobre esta evolução, descreve Maria Helena Diniz:

[...] Nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus oponentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam a justiça pelas próprias mãos, sob a égide da lei de Talião, ou seja, de reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”.²

Neste sentido, ensina-nos, Carlos Roberto Gonçalves:

[...] Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, de reação espontânea e natural contra o sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.³

¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

²DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 10.

³GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit. loc. cit.*

Posteriormente, surgiu a ideia da composição, onde o dano sofrido seria compensado através da reparação pecuniária.

Sobre isso, discorre Maria Helena Diniz:

[...] seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos à *res publica*), e do lesado, se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de particulares) – do que cobrar retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu defensor, depois de punido.⁴

Passou-se a impor que o patrimônio do lesante respondesse pelo ônus da reparação, estabelecendo a culpa como fundamento da responsabilidade.

Assim destaca Maria Helena Diniz:

Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento do seu valor.⁵

Desta forma, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens.⁶

Dando sequência à evolução da responsabilidade civil, passou-se a determinar o motivo pelo qual alguém seria obrigado a reparar um dano que causou a outrem.

Maria Helena Diniz explica que:

A responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se no dever de reparação não só da culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 11.

⁵ *Idem*

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3. p. 11.

ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.⁷

A reformulação da teoria da responsabilidade civil, possibilitando-a ser invocada de forma objetiva e subjetiva, veio dentro de um contexto de modernização, caracterizada pela automação, produção de bens em larga escala, utilização de veículos automotores, e outros fatores relativos aos tempos modernos que aumentam os perigos à vida e à saúde humana.

Fez-se necessário assegurar que todo o risco seria garantido e todo dano atribuído a um responsável.

A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.⁸

Porém, é importante frisar que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil e que a teoria do risco não substitui a teoria da culpa.

A respeito da coexistência das duas teorias relativas à responsabilidade civil, nosso Código Civil em seu artigo 927 e parágrafo único dispõe que:

Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desta forma, fica claro que, atualmente, de acordo com nosso Código Civil é admitida a invocação da responsabilidade civil fundamentada tanto no risco, como na culpa.

1.2 Conceitos e Elementos da Responsabilidade Civil

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 12.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *op.cit.*, p. 10.

Segundo entendimento de Orlando Soares, a responsabilidade civil “se exprime na obrigação de responder por alguma coisa, ou seja, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou.”⁹

De acordo com os ensinamentos da doutrina francesa, a ideia de responsabilidade pode ser apresentada na forma de obrigação, e ainda, na modalidade de garantia. Pela linguagem vulgar, o responsável é quem está sujeito à obrigação de indenizar.¹⁰

Savatier *apud* Silvio Rodrigues conceitua responsabilidade civil como sendo “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”¹¹

Maria Helena Diniz explica que:

[...] Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹²

Após análise dos conceitos apresentados, pode-se entender que a responsabilidade civil é a obrigação jurídica de indenizar ou reparar dano moral ou patrimonial decorrente de comportamento doloso ou culposos do agente causador, seja por fato próprio, ou de terceiros por quais ele responda.

Para que haja a obrigação de indenizar, faz-se necessária a verificação da existência de determinados fatores, chamados de pressupostos ou elementos da responsabilidade civil.

Quanto a estes elementos, Carlos Roberto Gonçalves entende que do art. 186 do Código Civil pode-se extrair os elementos fundamentadores da

⁹ SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 9.

¹⁰ “L’idée de responsabilité appelle celles d’obligation et de garantie. Dans le langage vulgaire, le responsable est celui qui est obligé d’indemniser.” *Chapitre Premier - Généralités sur la responsabilité civile – Section Préliminaire*. LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1955.p. 01.

¹¹ SAVATIER, René *apud* RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 6.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 34.

responsabilidade civil, que são: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, dano experimentado pela vítima.¹³

Ensina-nos Maria Helena Diniz que a responsabilidade civil requer a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, a ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por fato de animal ou coisa a ele vinculada e o nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade).¹⁴

Desta forma, verificando-se a existência destes pressupostos, cria-se o vínculo jurídico que faz com que a responsabilidade civil emergja e por meio do qual surge a figura do devedor e do credor da obrigação.

Em relação à ação ou omissão do agente, Silvio Rodrigues entende que “A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”.¹⁵

A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.¹⁶

Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco.¹⁷

Em relação a esta hipótese, Silvio Rodrigues discorre sobre a responsabilidade por ato de terceiro:

[...] ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele. Assim, o pai responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia; o patrão responde pelos atos de seus empregados, e assim por diante.¹⁸

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 37.

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 15.

¹⁶ *Idem*

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *op. cit., loc. cit.*

¹⁸ RODRIGUES, Silvio. *op. cit., loc. cit.*

O instituto da responsabilidade civil por ato de terceiro, vem para proporcionar segurança jurídica, com o propósito de proteger a vítima.

Desta forma, conclui-se que a responsabilidade poderá ser atribuída ao agente se o dano for oriundo de ato próprio ou de terceiro, ou ainda de um dano causado por um animal ou coisa inanimada que estejam sob sua guarda.

A respeito da culpa e dolo do agente, Silvio Rodrigues explica que a lei declara que se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar.¹⁹

De fato, analisando-se o art.186 do Código Civil é possível identificar esses requisitos, sendo o dolo verificado quando o artigo fala em “ação ou omissão voluntária” e a culpa quando menciona “negligência ou imprudência”.

No tocante à relação de causalidade, explica Diniz, que este é o fato gerador da responsabilidade.²⁰

Segundo Silvio de Salvo Venosa, é por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano.²¹

Silvio Rodrigues ensina que:

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.²²

Desta forma, pode-se verificar que a relação de causalidade é o liame entre a ação e o dano, e esta relação só existirá quando for verificado que a conduta direta ou indireta do agente gerou prejuízo à vítima.

No entanto, Rodrigues menciona que devem ser observadas as excludentes de responsabilidade que impossibilitarão a constatação desta ligação entre a ação e o dano sofrido pela vítima.²³

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 16

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 38.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4. p. 45.

²² RODRIGUES, *op. cit.*, p. 18.

²³ *Idem*.

Em relação ao dano experimentado pela vítima, Diniz o classifica como dano moral e/ou patrimonial.²⁴

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O código civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objetivo. [...] a responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente.

No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.²⁵

Diante do exposto, verifica-se que não há o que se falar em responsabilidade civil, se não for comprovado o dano, já que o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se for comprovado que alguém sofreu um prejuízo.

1.3 Teorias da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil poderá se apresentar de duas formas, definidas pelas teorias da responsabilidade subjetiva e objetiva, conforme passa-se a expor.

1.3.1 Responsabilidade subjetiva

Silvio Rodrigues ensina que não se deve afirmar que as responsabilidades subjetiva e objetiva são espécies diferentes de responsabilidade, deve-se enxergá-las como maneiras diferentes de obrigação

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 37.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35.

de reparar o dano. Ressalta, ainda, que a responsabilidade será subjetiva quando fundada na ideia de culpa, e objetiva quando inspirada na teoria do risco.²⁶

Paulo Sérgio Gomes Alonso explica a responsabilidade subjetiva da seguinte forma:

Na dogmática da responsabilidade civil subjetiva, o ato ilícito destaca-se como um elemento relevante da sua situação. A investigação do comportamento do agente é fundamental para a apuração da sua responsabilidade, uma vez que o pressuposto do dever de indenizar pela teoria subjetiva é a conduta culposa do agente.²⁷

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira a responsabilidade subjetiva é vista desta maneira:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.²⁸

Diante de tais entendimentos, pode-se verificar que o pensamento doutrinário é comum no sentido de basear a responsabilidade subjetiva na teoria da culpa em lato senso (culpa e dolo), sendo necessária a caracterização destes para existir a obrigação de reparação de dano.

No entanto, apesar do Código Civil brasileiro ter adotado a teoria da responsabilidade subjetiva como regra, existe a possibilidade de se invocar a teoria da responsabilidade objetiva, também amparada por nosso sistema jurídico, como pode-se ver a seguir.

1.3.2 Responsabilidade objetiva

²⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 11.

²⁷ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 20.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 36 *et. seq.*

De acordo com que o que ensina Carlos Roberto Gonçalves, é possível atribuir a responsabilidade a um agente causador de um dano, independentemente de sua culpa, desde que previsto em lei. Quando isso ocorre, caracteriza-se a responsabilidade objetiva, visto que independe da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.²⁹

O artigo 927 do Código Civil dispõe:

art. 927 – Aquele que por ato lícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Segundo Silvio Rodrigues:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele.³⁰

De acordo com os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa, a regra geral da responsabilidade objetiva leva em conta o dano em detrimento do dolo e da culpa. Dessa forma, para gerar o dever de indenizar, basta evidenciar o dano sofrido e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa.³¹

Explica, Gonçalves, que apesar da responsabilidade civil subjetiva ser regra do Código Civil brasileiro, a responsabilidade objetiva está disciplinada em vários artigos do referido diploma legal. Como nos artigos 936, 937 e 938 (que tratam da responsabilidade do dono do animal, do dono do

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21 *et. seq.*

³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 11.

³¹ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4. p. 22.

prédio em ruína e do habitante do prédio do qual caírem coisas), e nos artigos 929 e 930, que dispõem sobre a responsabilidade por ato lícito (estado de necessidade). Além dos artigos 939 e 940, que tratam da responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou por dívidas já quitadas e do artigo 933 que disciplina sobre os pais, tutores e empregadores donos de hotéis e de escolas que respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados por terceiros.

Além dos artigos citados, diversas leis esparsas também se baseiam na teoria da responsabilidade objetiva, como a Lei 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente) e o Código de defesa do consumidor.³²

Em relação à coexistência da responsabilidade civil subjetiva com a objetiva, Gagliano entende que:

[...] a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial) *ex vi* do disposto no art. 927, parágrafo único.³³

Diante do exposto, entende-se que nos casos de responsabilidade objetiva, não é exigida prova de culpa do agente para que este tenha a obrigação de reparar o dano e, em alguns casos, a culpa é presumida pela lei ou sua comprovação é dispensada.

1.4 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Faz-se necessário distinguir responsabilidade civil contratual de extracontratual, para isso, será exposto a seguir em que hipóteses elas se caracterizam.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21 *et seq.*

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3. p. 17.

1.4.1 Responsabilidade contratual

Silvio Rodrigues ensina que na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, já foi estabelecido entre o inadimplente e seu co-contratante um vínculo jurídico derivado de uma convenção. Na hipótese da responsabilidade extracontratual (ou aquiliana), não existe um liame jurídico entre o agente causador do dano e a vítima até que aconteça o ato causador do dano, que gerará a obrigação de indenizar.³⁴

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade contratual é oriunda da inexecução de negócio jurídico bilateral e resulta de um ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação estabelecida em contrato.³⁵

Nesse sentido, Rogério Marrone de Castro Sampaio também entende que a responsabilidade contratual decorre de um descumprimento ou inadimplemento contratual que resulta em prejuízo aos outros contratantes.³⁶

Desta forma, entende-se que na responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar, existe o estabelecimento de um vínculo jurídico entre o lesado e o responsável.

Gonçalves cita alguns exemplos de casos de responsabilidade contratual:

[...] uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salva, se, no trajeto, acontece um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art.389 do código civil. Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada, porque, por sua culpa, ela pereceu. Com o ator, que não comparece para dar o

³⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 9.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 129.

³⁶ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

espetáculo contratado. Enfim, com todas as espécies de contrato não adimplidos.³⁷

Silvio Rodrigues destaca pontos comuns entre a responsabilidade contratual e extracontratual quando explica que nas duas se faz necessária a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.³⁸

Em relação a esses pressupostos comuns, Carlos Roberto Gonçalves, ensina que o Código Civil distinguiu os dois tipos de obrigação de maneira genérica, fixando nos artigos 186 a 188, 927 e seguintes a extracontratual e nos artigos 395 e seguintes a contratual.

Enfatiza ainda, que nos artigos em que o Código Civil trata genericamente dos atos ilícitos, da obrigação de indenizar e da indenização (art. 186 a 188, 927 e seguintes e 944 e seguintes) este diploma legal não regula a responsabilidade que advém do inadimplemento da obrigação, da prestação com efeito ou da mora no cumprimento das obrigações provenientes de contratos, estes encontrados no capítulo que trata das obrigações.

No entanto, conclui Gonçalves, que embora haja essa dualidade de tratamento jurídico dos aspectos concernentes à responsabilidade civil, não se deve traçar duelos, já que os efeitos são uniformes.³⁹

Em relação ao ônus da prova na responsabilidade contratual, Maria Helena Diniz entende que este competirá ao devedor, que deverá provar a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar, conforme disposto nos artigos 389 e 393 o do Código Civil.

Assevera ainda a autora, que o devedor, para ilidir a obrigação de indenizar, deverá evidenciar que o descumprimento contratual foi devido a caso fortuito ou força maior.⁴⁰

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

³⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 9.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 26.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 130.

Desta forma, percebe-se que caberá ao devedor provar, ante o inadimplemento, a existência de qualquer hipótese que o exclua do dever de indenizar ou a inexistência de sua culpa.

1.4.2 Responsabilidade extracontratual

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, decorre de um inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não existe vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual.

A autora ainda explica que:

A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e ofendido preexistisse qualquer relação jurídica. P. ex.: se alguém atropelar outrem, causando-lhe lesão corporal, deverá o causador do dano repará-lo (CC, art. 949). O lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento do preceito legal ou a violação de dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade, ou seja, com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.⁴¹

Aplica-se à responsabilidade extracontratual os artigos 186 e 927 do Código Civil, que dispõem:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art.927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Rogério Marrone de Castro Sampaio entende que na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, o dever de indenizar os prejuízos

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 130.

sofridos por outrem, decorre da prática de um ilícito propriamente dito (ilícito extracontratual), que se caracteriza por uma conduta positiva ou negativa do agente, que viola um dever de cuidado (culpa em sentido lato).

No mesmo sentido, o autor ainda explica:

[...] Em outras palavras, a obrigação de reparar o dano não está relacionada à existência anterior de um contrato e ao descumprimento culposos de uma obrigação por ele gerada. Origina-se, outrossim, de um comportamento (genericamente tratado pelo ordenamento jurídico no referido art. 176 do CC) socialmente reprovável. Cita-se como exemplo a hipótese do indivíduo que, dirigindo imprudentemente seu veículo, atropela um pedestre, causando-lhe lesões corporais.⁴²

Para Silvio Rodrigues, a responsabilidade extracontratual deriva da ocorrência de um fato lesivo à esfera jurídica de outrem, sendo que este ato pode ser cometido por indivíduo capaz ou incapaz, não pressupondo nenhuma avença contratual entre os entes envolvidos.⁴³

Desta forma, nota-se que na responsabilidade extracontratual, a relação jurídica entre as partes envolvidas nasce a partir do momento em que o dano advém de um ato ilícito de uma das partes.

No tocante ao ônus da prova, Maria Helena Diniz entende que na responsabilidade extracontratual, o *onus probandi* caberá à vítima, pois ela deverá provar a culpa do agente, e se não puder produzir tal prova, não haverá possibilidade de ressarcimento.⁴⁴

Nessa mesma linha de pensamento, Rogério Marrone de Castro Sampaio, entende que caberá a vítima provar a culpa do agente.⁴⁵

No mesmo sentido, Gonçalves entende que o autor da ação é que deverá provar que o fato que o causou prejuízo se deu por culpa do agente.⁴⁶

É importante levantar a questão em torno da capacidade do agente que pratica o ato ilícito. Silvio Rodrigues explica que o menor púbere só se

⁴² SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

⁴³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 8 *et seq.*

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 130.

⁴⁵ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28.

vincula a uma obrigação contratual quando assistido por seu representante legal e, em casos excepcionais sem ele, se maliciosamente declarou ser maior (conforme art. 180 do CC), podendo ser responsabilizado nesses casos. Entretanto, ressalta que na responsabilidade aquiliana, cumpre-lhe reparar os prejuízos causados a outrem sempre, pois será equiparado a maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for declarado culpado.⁴⁷

A legislação disciplina essa questão no art. 928 do Código Civil, onde dispõe que:

art.928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

De acordo com o supra citado, pode-se compreender que os incapazes em geral respondem pelos prejuízos que causarem, todas as vezes que seus responsáveis legais não tiverem a obrigação de fazê-lo, ou não disponham de meios suficientes, ou seja, nestas hipóteses, o menor autor de um ato ilícito que causa prejuízo a outrem, será equiparado a maior, com a obrigação de reparar o dano.

1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil

Como visto no disposto anteriormente, existem pressupostos que geram a obrigação de reparar o prejuízo sofrido pela vítima, no entanto, existem outros que, se presentes, podem romper a relação de causalidade, fazendo desaparecer ou atenuando a obrigação de indenizar.

Pablo Stolze Gagliano discorre o seguinte sobre as causas excludentes de responsabilidade:

Como causas excludentes de responsabilidade devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou

⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 10.

pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.⁴⁸

Silvio Rodrigues classifica as causas excludentes de responsabilidade em: culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior e, atuando exclusivamente no campo contratual, a cláusula de não indenizar.⁴⁹

Passa-se, então, a expor cada uma dessas causas:

Culpa da vítima – Rodrigues entende que o evento danoso pode-se originar da culpa exclusiva ou concorrente da vítima, sendo que no caso de culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo sofrido pela vítima. E no caso de se evidenciar culpa concorrente da vítima, a responsabilidade do agente se atenua, pois o evento danoso provém tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima.⁵⁰

Pablo Stolze Gagliano define a culpa exclusiva da vítima dessa forma:

A exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil. Imagine a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo seguindo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente, não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão somente ao suicida (vítima).⁵¹

Maria Helena Diniz salienta que no caso de culpa exclusiva da vítima, esta deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente causador do acidente deverá ser tido apenas como um instrumento do acidente, não havendo razão de se falar em relação de causalidade entre sua ação e a lesão.⁵²

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3. p. 112.

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 164.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 165.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 126.

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 114.

Rogério Marrone de Castro Sampaio explica a possibilidade de culpa concorrente da vítima, que se verifica quando o agente e a vítima têm suas parcelas de culpa no resultado, nesse caso a relação de causalidade não é totalmente quebrada, mas é enfraquecida, gerando a compensação de reparação de acordo com o grau de culpa das partes.⁵³

Sobre este assunto, discorre Gonçalves:

Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para produção de um mesmo fato danoso. Existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá uma repartição de responsabilidade, de acordo com o grau da culpa.⁵⁴

Portanto, nota-se que quando se verificar que autor e vítima concorreram de forma culposa e conjunta na ação que causou o prejuízo, a responsabilidade deverá ser compensada proporcionalmente, de acordo com o grau de culpa de cada parte.

Fato de terceiro – Silvio de Salvo Venosa define como terceiro “alguém mais, além da vítima e do causador do dano”.⁵⁵

Silvio Rodrigues expõe em que situação o fato de terceiro poderá ser tido com uma causa exoneradora de responsabilidade, discorrendo o seguinte sobre o assunto:

[...] o fato de terceiro pode derivar do comportamento de uma pessoa que não tenha qualquer ligação com a vítima ou com o agente causador do dano, como pode decorrer do comportamento de pessoas por quem o responsável deva responder, tais seus prepostos, filhos, pupilos, curatelados, auxiliares, etc. Neste caso quando o dano resulta de fato do preposto, não há exoneração de responsabilidade, pois terceiro é somente aquele por quem o indigitado responsável não responde. Verdade que, na hipótese em causa, poderia aquele que paga a indenização valer-se de ação regressiva contra seu preposto, causador direto do prejuízo.⁵⁶

⁵³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 90.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 795.

⁵⁵ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4. p. 56.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 169 *et seq.*

Ensina ainda Rodrigues que, o fato de terceiro pode ser o exclusivo causador do prejuízo ou apenas ser o causador concorrente do dano.

Em relação à exoneração de responsabilidade por fato de terceiro na esfera da responsabilidade contratual objetiva do transportador, não existe entendimento doutrinário pacífico, conforme verifica-se a seguir:

Silvio Rodrigues entende que, “em rigor, quando o fato de terceiro é a fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima.”⁵⁷

Discorre o mesmo autor sobre o caso de um disparo, feito no interior de uma viatura por terceiro (caso objeto de decisão do Tribunal da Guanabara – RT 429/260). Rodrigues explica que, neste caso, o transportador será eximido da responsabilidade pelo dano experimentado pelo passageiro ferido com o projétil. Arguindo o seguinte:

[...] Na verdade, entre o passageiro e o transportador houve um contrato pelo qual este se obrigava a entregar aquele, incólume, no lugar do destino. É evidente que o contrato não foi cumprido. Entretanto é inegável que o transportador foi impossibilitado de cumprir o prometido em virtude de fato de terceiro, que, disparando a arma de fogo, atingiu o passageiro. Tal fato, imprevisível e inevitável, partindo de terceiro, constituiu a causa única do inadimplemento do transportador, que ficou alforriado do dever de reparar.

Diz a ementa do acórdão: “A Transportadora não pode ser responsabilizada por fato que vitimou passageiro, em consequência de disparo feito no interior da viatura de terceiro. Exclui-se a transportadora da condenação, permanecendo esta apenas com relação ao terceiro, causador do disparo, contra quem também fora posta a ação.”

Mais adiante, porém, o autor adverte que a decisão contida no acórdão acima transcrito não representa uma posição unânime de nossos tribunais.

Num diferente posicionamento, Pablo Stolze Gagliano entende que, tendo em vista a súmula 187 do STF, que trata da responsabilidade contratual do transportador no acidente com o passageiro, essa responsabilidade não é

⁵⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 170.

ilidida por culpa de terceiro, devendo o transportador, indenizar a vítima, e tendo apenas a possibilidade do recorrer ao direito de regresso.⁵⁸

Neste mesmo sentido, Rogério Marrone de Casto Sampaio discorre:

Já na esfera da responsabilidade civil contratual, o interesse do tema acentua-se nos casos de responsabilidade do transportador. Como Já visto, adotada que foi a responsabilidade objetiva, tem-se como regra que a culpa de terceiro não exonera o transportador pelos danos causados ao transportado.⁵⁹

Desta forma, verifica-se que atualmente tanto a doutrina quanto a jurisprudência não são pacíficas em seus entendimentos em relação à exoneração da responsabilidade contratual objetiva por fato de terceiro.

Caso fortuito ou de força maior – Segundo o artigo 393, parágrafo único do Código Civil, caso fortuito ou de força maior “é o fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”.

Essas causas excludentes de responsabilidade figuram numa posição de grande relevância no tocante à atribuição da responsabilidade, tendo em vista sua grande incidência na prática.

Haja vista as similaridades entre caso fortuito e força maior, esses fenômenos possuem características diferenciadas.

Sílvio de Salvo Venosa apresenta a seguinte distinção entre caso fortuito e força maior:

O caso fortuito (*act of God*, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de força da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato de príncipe).⁶⁰

Segundo Maria Helena Diniz, o caso fortuito e a força maior são caracterizados pela presença de dois requisitos, o objetivo (a impossibilidade de se evitar o evento) e o subjetivo, que se reflete na ausência de culpa na produção do evento danoso. Porém, os distingue, explicando que a força maior

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3. p. 128 *et seq.*

⁵⁹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 91.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4. p. 49.

provém de fatos da natureza, que impede o cumprimento do avençado e, conseqüentemente, causa prejuízo a uma das partes (ex.: inundações que danificam produtos). Já no caso fortuito, explica a autora, que os prejuízos são oriundos de fato de terceiro ou causas desconhecidas.

Enfatiza ainda a autora que, ambos são imprevisíveis e irreconhecíveis numa análise prévia.⁶¹

Silvio Rodrigues assevera que:

[...] se nos adstringirmos apenas ao campo da responsabilidade aquiliana, poderíamos afirmar que o caso fortuito ou de força maior representa uma excludente da responsabilidade em virtude de por termo à relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima. Assim, por exemplo, se forte temporal faz com que o isolador se desprenda e a vítima, que esbarra no fio elétrico, venha a ser eletrocutada, não se pode culpar ninguém, e, por conseguinte, não têm os seus herdeiros ação de ressarcimento, visto que o fato derivou de caso fortuito.

[...]

Da mesma maneira se o vendaval derruba uma árvore, não pode ser a municipalidade responsabilizada por coisas que se danificaram com a queda, pois o prejuízo decorreu do fortuito e não de ato do indigitado responsável.

[...]

A excludente de força maior é a mais importante de quantas haja, justamente por tirar a relação de causa e efeito entre o ato e o agente, que diretamente provocou o prejuízo, e o dano experimentado pela vítima.⁶²

Desta forma, constata-se que para se caracterizar o caso fortuito ou força maior, será necessário comprovar que o prejuízo sofrido deu-se em decorrência de fato que foge ao poder do agente, não podendo ser-lhe atribuída culpa, afastando desta forma, a possibilidade de reparação de danos.

Cláusula de não indenizar – A cláusula de não indenizar consiste num termo no contrato pelo qual uma das partes declara que não será responsável por danos oriundos do contrato. A função dessa cláusula é alterar a distribuição de riscos do contrato, transferindo-os para a vítima.⁶³

Silvio Rodrigues entende que:

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7. p. 116 *et. seq.*

⁶² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 174 *et. seq.*

⁶³ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4. p. 59.

A cláusula de não indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.⁶⁴

Mais adiante o mesmo autor explica que:

[...] a grande controvérsia que o tema enseja é a da legitimidade ou não da cláusula de não indenizar, sendo que as posições radicais consistem em se proibi-la inteiramente, ou em admiti-la sem restrições.

A tese da proibição se inspira na ideia de ser contrário ao interesse social admitir-se estipulação através da qual um dos contratantes se exime do dever de reparar o prejuízo derivado de sua própria inadimplência.

[...]

Ademais, vedando-se eficácia à cláusula, principalmente nos contratos de adesão, estar-se-á evitando que o contratante, economicamente mais fraco, fique privado da proteção que a lei lhe confere de pleitear reparação do dano.

[...]

O ponto de vista antagônico, admitindo amplamente a cláusula, firma-se no princípio da autonomia da vontade [...], segundo o qual, sendo as partes capazes e não sendo ilícito o objeto, podem ajustar-se sobre tudo aquilo que lhes aprouver. Ademais, além de lícita, a cláusula seria conveniente ao interesse social, pois, como ela diminui os riscos do empreendimento, representa um barateamento de custos e assim constitui um elemento de desenvolvimento dos negócios.⁶⁵

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51 não admite a aplicação da cláusula de não indenizar, porém nesse mesmo artigo estabelece a possibilidade de limitação da responsabilidade indenizatória em “*situações justificáveis*”, quando o consumidor for pessoa jurídica. O referido artigo ainda deixa claro que em se tratando de pessoa natural, não será admitida qualquer cláusula dessa natureza.⁶⁶

Em relação à aplicação dessa cláusula em contratos de transporte, o STF esclarece através da súmula 161 seu posicionamento: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

Desta forma, verifica-se que nas ocasiões em que a referida cláusula é admitida, ou seja, situações que não sejam vedadas por preceitos legais,

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4. p. 179.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 180.

⁶⁶ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4. p. 59.

esta deve decorrer de contrato livremente negociado entre as partes, não sendo possível uma cláusula dessa natureza figurar em contrato de adesão.

Ante a exposição dessas breves considerações acerca da responsabilidade civil, abordar-se-á no próximo capítulo aspectos relevantes no que se refere ao contrato de fretamento de navios.

CAPÍTULO 2

CONTRATO DE FRETAMENTO DE NAVIOS

2.1 Conceito

Através do contrato de fretamento, as partes contratantes (fretador e afretador) estabelecem os termos para utilização do navio na atividade de transporte de mercadoria, mediante pagamento de frete.⁶⁷

Segundo Leandro Raphael, no contrato de fretamento o armador se compromete, mediante pagamento de frete, a transportar a mercadoria por via marítima.⁶⁸

O Código Comercial Brasileiro, em seu artigo 566 dispõe o seguinte sobre o contrato de fretamento:

O contrato de fretamento de qualquer embarcação, quer seja na sua totalidade ou em parte, para uma ou mais viagens que seja à carga, colheita ou prancha, o que tem lugar quando o capitão recebe carga de quantos se apresentam, deve provar-se por escrito. No primeiro caso o instrumento que se chama *carta partida* ou *carta de fretamento*, deve ser assinado pelo fretador e afretador, e por quaisquer outras pessoas que intervenham no contrato, do qual se dará a cada uma das partes um exemplar; e no segundo, o instrumento chama-se *conhecimento*, e basta ser assinado pelo capitão e o carregador. Entende-se por fretador o que dá, e por afretador o que toma a embarcação a frete.

Ante o exposto, verifica-se que, através do contrato de fretamento se dá o transporte marítimo de mercadorias, mediante pagamento de frete, e que neste contrato figuram como partes o fretador (armador) e o afretador (proprietário da mercadoria a ser transportada).

⁶⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 137.

⁶⁸ RAPHAEL, Leandro. *Direito marítimo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 51.

2.2 A Natureza Jurídica dos Contratos de Fretamento

Eliane M. Octaviano Martins explica que, diferentemente do que ocorre no direito francês e italiano, no direito brasileiro o contrato marítimo de fretamento não é normatizado e enquadrado de forma eficaz.⁶⁹

Sobre o assunto, discorre a autora:

A própria redação dos artigos do Código Comercial remete à confusão entre contrato de fretamento e contrato de transporte, ao normatizar, de forma desordenada e conjunta, obrigações específicas às hipóteses de transporte de mercadorias, operacionalizando por meio de contrato de fretamento, e às hipóteses que seriam adstritas ao contrato de transporte [...]⁷⁰

Em relação à natureza jurídica, Anjos e Gomes entendem que o contrato de fretamento é misto, comportando características de contrato de prestação de serviços e de locação de coisas.⁷¹

Flávia de Vasconcellos Lanari entende que no Brasil há uma identidade entre os referidos tipos de contrato, enfatizando que o fretamento possui características que o aproximam do contrato de transporte, do contrato de locação e do contrato de serviços. Desta forma, a autora enquadra todas as hipóteses de fretamento como contratos de locação.⁷²

Segundo Eliane M. Octaviano Martins, o contrato de fretamento é de natureza autônoma, embora seja possível identificar elementos comuns entre esta e outras modalidades de contratos.⁷³

Destacando que no contrato de BCP – *bareboat charter party* (fretamento de casco nu, onde o fretador obriga-se a disponibilizar o navio, sem estar armado e equipado), há elementos comuns com o contrato de locação, e nos contratos de TCP – *time charter party* (contrato através do qual o fretador se obriga a disponibilizar o navio armado, equipado e em condições de

⁶⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 139.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 184.

⁷² LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 75 *et. seq.*

⁷³ MARTINS, Eliane M. Octaviano, *op.cit.*, p. 143.

navegabilidade à disposição do fretador) e VCP – *voyage charter party* (contrato no qual o fretador coloca o navio à disposição do afretador para viagens pré-estabelecidas) há elementos comuns com os contratos de prestação de serviços.⁷⁴

Desta forma, verifica-se que a doutrina tem diferentes posicionamentos quanto à natureza jurídica do contrato de fretamento, dividindo-se em várias correntes.

2.3 As Modalidades de Contrato de Fretamento

Para elucidar as peculiaridades de cada modalidade de contrato de fretamento Carla Adriana Comitre Gibertoni os classifica em: *bareboat charter party* (contrato de casco nu), *timer charter party* (contrato de fretamento por tempo), *voyage charter* (contrato de fretamento por viagem), fretamento parcial e fretamento total. A autora os explica da seguinte forma:

Contrato a casco nu (*bareboat charter party*) – nesta forma de contrato o fretador deve disponibilizar o navio, sem estar armado ou equipado, mediante pagamento (hire).

Fretamento por tempo ou prazo (*time charter party*) – nesta modalidade o proprietário controla todo o navio, equipando-o e adequando-o para o uso do proprietário, mas o coloca a disposição do afretador por tempo determinado.

No contrato *voyage charter*, o navio é tomado por inteiro, o fretador é responsável pela emissão do conhecimento do embarque e detém a posse do navio. O navio é fretado para uma “viagem redonda” (*single voyage*) ou viagens consecutivas (*consecutive voyages*) entre portos pré-determinados e numerados, sendo o frete determinado pelo número de toneladas transportadas.

⁷⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. *passim*.

A autora compara o fretamento parcial ao contrato de fretamento por viagem. No entanto, explica que nessa modalidade o espaço do navio será dividido em várias partes e que essa forma de contrato é a mais comum, tendo em vista o grande porte dos navios objeto desse tipo de contrato.

Sobre o contrato de fretamento total, ensina Gibertoni, que nessa hipótese pode o afretador, não existindo cláusula inibidora, subfretar o navio a terceiros para transportar suas mercadorias.⁷⁵

O artigo 570 do Código Comercial prevê essa forma de contrato:

fretando-se o navio por inteiro, entende-se que fica somente reservada a câmara do capitão, os agasalhados da equipagem, e as acomodações necessárias para o material da embarcação.

Eliane M. Octaviano Martins discorre sobre as modalidades de contrato de fretamento dessa forma:

Contrato de fretamento por tempo (*time charter party*):

Contrato pelo qual o fretador se obriga a disponibilizar o navio armado, equipado e em condição de navegabilidade à disposição do fretador, por tempo determinado, mediante uma retribuição (*hire*). No Brasil, o *time charter party* é um contrato atípico, visto carecer de regulamentação específica.

No direito brasileiro, o art. 2º, II, da Lei n. 9432/97 apenas define e não regulamenta o *time charter party*.

O artigo *sub examen* preconiza o contrato de fretamento por tempo ser o contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado.

Entende a autora que, a redação do artigo supra citado gera margem à interpretações equivocadas e explica que: “no *time charter party* o navio é efetivamente disponibilizado armado e equipado ao afretador, todavia não há transferência da posse (*demise*) do navio. O armador permanece na posse do navio de fato e de direito.”⁷⁶

Em relação aos contratos de fretamento a casco nu (*bareboat* ou *demise charter party*), Martins explica que, nessa modalidade de contrato, “o

⁷⁵ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179.

⁷⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 196 *et. seq.*

fretador obriga-se a disponibilizar o navio, sem estar armado e equipado ao fretador mediante o pagamento de uma retribuição (hire) pagável em intervalos determinados durante o período do contrato”.⁷⁷

Sobre o contrato de fretamento por viagem (*voyage charter party*), a mesma autora ensina que:

O contrato de fretamento por viagem é o contrato pelo qual o fretador coloca determinado navio à disposição do afretador para a realização de uma ou mais viagens pré-estabelecidas. Destarte, o fretador se obriga a transportar a carga ajustada, de um determinado porto de embarque a um determinado porto de desembarque, mediante pagamento do frete pelo afretador.⁷⁸

Assevera também Martins que, o contrato de fretamento pode ser total ou parcial, explicando que o fretamento é total, quando o navio é todo colocado à disposição do afretador, e parcial, quando apenas parte do navio é disponibilizada.

Esclarece a autora que, deve-se observar a tipologia contratual que permita ou não a modalidade total ou parcial de fretamento. Na modalidade *bareboard charter party*, por exemplo, o navio será sempre fretado por inteiro, devido às próprias peculiaridades dessa forma de contrato. Nos contratos *time charter party*, o fretamento costuma ser total, embora possa ocorrer de forma parcial, e na modalidade *voyage charter party*, o fretamento geralmente ocorre de forma parcial.⁷⁹

Após análise de algumas modalidades de contrato de fretamento, verifica-se que suas características em muito se assemelham com as do contrato de locação, variando a forma como em uma espécie ou outra se transfere as responsabilidades da emissão do conhecimento, armação e preparação do navio.

2.4 Carta Partida (Carta de Afretamento) – *Charter Party*

⁷⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 208.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 149.

Entende-se por carta-partida, o documento através do qual as partes contratantes, fretador e afretador, formalizam o aluguel do navio.⁸⁰

No que se refere à carta partida, Lars Gorton entende que:

Em princípio, contratos orais geralmente são válidos, mas devido à necessidade de prova, as partes geralmente redigem um contrato escrito, a carta-partida. As carta-partida são quase sempre feitas de acordo com uma forma padrão. A BIMCO (Baltic and International Maritime Conference), em Copenhague, desempenha um papel importante na redação de formulários padrões e tem produzido uma grande quantidade dos chamados documentos aprovados. Dentre eles, uma distinção é feita geralmente entre os formulários aceitos, adotados e recomendados. Grandes empresas de navegação e embarcadores tem redigido suas próprias carta-partida (formulários particulares), que eles normalmente irão introduzir como base para as negociações.⁸¹

Flávia Vasconcelos Lanari explica que a expressão “carta-partida”, vem da ideia de “carta dividida”. Este termo deriva de um antigo costume inglês de, após redigir os termos e regras referentes ao transporte e de autenticar este documento, rasgá-lo de cima a baixo, ficando cada uma das partes com uma metade do documento, a fim de que, mais tarde, no momento da liquidação das contas, as partes pudessem juntar as metades novamente, de modo a permitir conhecer-se o que fora ajustado anteriormente.⁸²

Segundo Eliane M. Octaviano Martins, a carta-partida é o instrumento através do qual se comprova o contrato de fretamento celebrado entre o fretador e o afretador. Sendo a evidência escrita do contrato de fretamento, desta forma devendo ser reconhecida sua natureza jurídica de contrato, porém, sem considerá-lo um título negociável.

Em seguida assevera a autora que:

⁸⁰ KEEDI, Samir; MENDONÇA, Paulo C. C. de. *Transportes e seguro no comércio exterior*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 99.

⁸¹ Tradução livre de: “As a matter of principle, oral agreements are generally binding, but due to the necessity of evidence the parties regularly make out a written document, a charter-party. Charter-parties are almost always made out on standard forms. BIMCO (Baltic and International Maritime Conference), in Copenhagen, plays an important role in the drafting of standard forms and has produced a large number of so-called approved documents. Among such, a distinction is generally made between agreed adopted and recommended forms. Large shipping companies and shippers have made their own charter-parties (private forms), which they will normally introduce as a basis for the negotiations”. GORTON, Lars. *Shipbroking and Chartering Practice*. 2nd. ed. London: Lloyd’s of London Press, 1984. p. 75.

⁸² LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 59.

Os contratos de fretamento em geral se formalizam através de Carta-partidas internacionais, de caráter *standard* (*standard form*), todavia, não implica que seu conteúdo não seja modificável, ou que afasta, *per se*, qualquer argumento de possível enquadramento da carta partida em contrato de adesão.

Efetivamente, a carta partida não se consagra contrato de adesão, visto que as partes são livres para discutir o teor das cláusulas e modificar os contratos-padrão de acordo com sua conveniência.

Destaca-se, todavia, um detalhe importante: os *standard form* não são modificáveis, mas admitem adendos. As complementações necessárias ao contrato-padrão de fretamento são operacionalizadas através de cláusulas adicionais (*express clause*) anexadas ao contrato-padrão. O adendo ao contrato de fretamento é denominado *rider*.⁸³

O Código Comercial Brasileiro, em seu art. 566, define a carta-partida como a prova do fretamento total de qualquer embarcação, que se exterioriza através de instrumento escrito.

Tendo demonstrado os principais aspectos da carta-partida, passa-se a verificar suas principais cláusulas.

2.4.1 Principais cláusulas da carta partida

Eliane M. Octaviano Martins explica que atualmente é comum se utilizar os contratos-padrão com cláusulas variáveis no que se refere ao objeto do contrato, modalidade de fretamento e vontade das partes de legislação aplicável, no entanto, algumas cláusulas gerais, costumam ser utilizadas, independentemente da modalidade de carta partida, conforme vê-se a seguir:⁸⁴

- Cláusula *Paramount* (*Paramount clause*): é a cláusula principal, pois é ela que determina a legislação aplicável. Existem cláusulas *Paramount* que designam vários regimes jurídicos que regulam diferentes partes do contrato. Também se verifica a existência de cláusulas flutuantes, referentes à jurisdição e direito aplicável, nas quais outorga-se ao demandante optar entre diferentes regimes jurídicos ou competências jurisdicionais. Além da legislação aplicável às carta-partida, essa cláusula comumente remete à aplicabilidade da

⁸³ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 156.

⁸⁴ *Ibidem*, p.159 et. seq.

Convenção de Bruxelas para Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimento de Embarque (International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bill of Lading, conhecidas como Regras de Haia-Visby) ou das Regras de Hamburgo.⁸⁵

- Cláusula de exceção geral (*exception general clause*): são quaisquer cláusulas que amparem excludentes de responsabilidade do armador. São também conhecidas como cláusulas de irresponsabilidade. Seu teor pode variar, porém comumente tratam de excludentes relativas aos atos do comandante, da tripulação, dos perigos do mar, atos de Deus, guerra, entre outros.⁸⁶

- Cláusula de negligência (*negligence cause*): entende-se por “cláusulas de negligência” as cláusulas que versam sobre as hipóteses de exoneração de responsabilidade do armador. Dentre elas as mais comuns são as que versam sobre a exoneração por faltas cometidas pelos prepostos do armador, relativas às ocorrências concretamente designadas e também há a possibilidade de exonerações gerais, quando for provado que o armador tenha exercido diligência razoável, não tenha cometido faltas na estiva e não tenha apresentado navio inavegável. O ônus da prova de qualquer falta grave do armador é do afretador.

No entanto, lembra a autora que as cláusulas de negligência tem eficácia e validade questionável, já que no direito brasileiro, as cláusulas de não indenizar são inoperantes, de acordo com a súmula 161 do STF.⁸⁷

- Cláusula *insurance* (*insurance clause*): Esta cláusula ampara a exoneração de responsabilidade do armador no tocante a todos os riscos suscetíveis de seguro e visa especificamente excluir a responsabilidade do transportador, no entanto, sua validade e eficácia não são amparadas por alguns ordenamentos jurídicos.⁸⁸

- Cláusula *lien* (*lien clause*): através desta cláusula, pode-se prever privilégios ao fretador e ao afretador. Um dos usos mais comuns a favor do afretador é o *lien* suspensão do frete (*off-hire clause* ou *breakdown clause*) e a

⁸⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 162.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 163.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 163 *et. seq.*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 164.

favor do fretador, usa-se mais frequentemente o *lien* que ampara o privilégio ou direito de retenção sobre a carga.⁸⁹

- Cláusulas de despesas de carga e descarga – condições de frete: essas cláusulas geralmente se referem às condições do frete. Nos contratos de fretamento, usualmente dá-se preferência às condições de frete que tirem do armador a responsabilidade das despesas de embarque, estiva e desembarque da carga ou de alguma delas.⁹⁰

- Cláusula de cessação: A autora explica que essa cláusula tem por objetivo “exonerar o afretador que utiliza o navio fretador em contratos de transporte de cargas de terceiros por fatos ocorridos após o embarque das mercadorias, transferindo-se essa responsabilidade para os destinatários da carga”. Assevera Martins, que essa cláusula não é válida no ordenamento jurídico brasileiro.⁹¹

- Cláusula de indenização (*indemnity clause*): através dessa cláusula, garante-se o direito de indenização do fretador, caso não haja cumprimento do contrato. Essa indenização, porém, não poderá exceder o montante do frete.⁹²

- Cláusula de avaria grossa (*general average clause*): esta cláusula irá determinar a legislação aplicável para regular as avarias grossas.⁹³

- Cláusula de abalroamento em caso de culpa de ambos os navios (*both to blame collision*): estabelece essa cláusula que, se houver abalroamento por culpa recíproca de ambos os navios, estes serão responsabilizados de acordo com seu grau de culpa.⁹⁴

- Cláusula ISPS: ISPS é a sigla para “Código Internacional para a Proteção de Navios e Instalações Portuárias”. Essa cláusula vem sendo inserida nas carta-partidas desde a vigência desse código. Em sua essência, essas regras abordam obrigações de ambas as partes em relação às

⁸⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 164

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 165.

⁹² *Ibidem*, p. 166.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Idem*.

informações e contatos de segurança, bem como divisão de responsabilidades.⁹⁵

Tendo visto as considerações relativas à carta partida e suas principais cláusulas, passa-se a expor colocações acerca do conhecimento de embarque.

2.5 Conhecimento de Embarque – *Bill of Lading*

A convenção de Bruxelas, de 1924, que deu origem às “Regras de Haia”, traçou as linhas do conhecimento de embarque, documento que representa o contrato de transporte marítimo. No ordenamento jurídico brasileiro, os dispositivos que regulam o referido documento, estão contidos no Código Comercial e no Decreto 19.473 de 10 de Dezembro de 1930.⁹⁶

Samir Keedi explica que o conhecimento de embarque (*bill of lading*), representa um contrato entre o armador e embarcador para o transporte de carga. Assevera também, que esse documento tem, além da função de contrato, as funções de recibo de carga entregue ao armador e de título de crédito, o que implica que ele pode trocar de mãos, além da função de documento de resgate de carga (Anexo 1).⁹⁷

Segundo Eliane M. Octaviano Martins, “O conhecimento de embarque marítimo consagra-se como a evidência escrita do contrato de transporte”.⁹⁸

Ressalta ainda, que o conhecimento de embarque é considerado um dos documentos mais importantes no âmbito do comércio exterior, sendo no Brasil sua emissão obrigatória (conforme art. 744 do Código Civil).

⁹⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. 167.

⁹⁶ BRASIL. Decreto nº 19.473 de 10 de Dezembro de 1930. Regula os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislação>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

⁹⁷ KEEDI, Samir. *Transportes, unitização e seguros internacionais de carga*. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 52.

⁹⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.* p. 265.

Carla Adriana Comitre Gibertoni descreve as finalidades e funções do conhecimento de embarque da seguinte forma:

- 1- é um recibo de mercadorias, isto é, faz prova que as mesmas foram embarcadas ou foram recebidas para embarque a bordo de determinado navio e a obrigação de entregá-las no lugar de destino;
- 2- prova a propriedade das mercadorias nele descritas e reputa-se, quando emitido “a ordem”, título de crédito, negociável por meio de endosso, inclusive o pignoratício;
- 3- serve como evidência dos termos e condições do transporte acordados entre o armador e o embarcador;
- 4- obriga a pronta entrega das mercadorias mediante sua apresentação;
- 5- exime as mercadorias, nele descritas, de medidas como arresto, sequestro, penhora, ou qualquer embargo judicial por fato, dívida, falência, ou outra causa estranha ao seu atual dono;
- 6- é suscetível dessas medidas judiciais por fatos relacionados ao seu atual dono;
- 7- constitui prova plena absoluta entre todas as partes na carga e frete entre elas e seguradores.⁹⁹

Nesse mesmo sentido, Charles Debattista ensina que o conhecimento de embarque, também chamado de conhecimento de frete, conhecimento de carga, carta de porte, *bill of lading*, ou simplesmente conhecimento, é um dos mais importantes documentos do comércio marítimo, tendo em vista que esse documento funcionará como uma declaração ou reconhecimento por parte do emissor, de haver recebido as mercadorias descritas nesse documento para efetuar o transporte.¹⁰⁰

Gibertoni explica que o conhecimento de embarque, da simples função de recibo, com o desenvolvimento da indústria e do transporte, passou a ter as funções de instrumento de contrato de transporte, recibo de entrega de mercadorias, e até mesmo de título de crédito.¹⁰¹

De acordo com Eliane M. Octaviano Martins, o conhecimento de embarque é emitido pelo transportador e deverá ser assinado pelo comandante do navio, ou, pela agência marítima representante do transportador. Esse documento geralmente é emitido em 6 vias, sendo 3 negociáveis (*negotiable*

⁹⁹ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 200.

¹⁰⁰ DEBATTISTA, Charles. *The sale of goods carried by sea*. 2nd. ed. London: Butterworths, 1998. p. 111.

¹⁰¹ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *op. cit.*, p. 179.

bill of lading) e transferíveis por endosso, e três vias não negociáveis (*non negotiable bill of lading* ou *nonnegotiable*).¹⁰²

Quanto ao teor das informações constantes no *bill of lading*, a autora explica que seu conteúdo é variável, mas que, em tese, este documento deve conter todas as informações exigidas pela legislação aplicável ao título, havendo a possibilidade de se incluir outros dados apenas a título informativo.¹⁰³

Martins discorre sobre as informações, que, como regra, são exigidas:

- denominação da empresa emissora;
- número do conhecimento;
- data da emissão;
- nome e viagem do navio;
- embarcador;
- depositário;
- nome de quem vai ser notificado quando da chegada da mercadoria;
- tipo da mercadoria e suas características gerais (quantidade, peso bruto, embalagem, volume, marcas, etc.);
- forma de pagamento do frete (*prepaid* ou *collect*);
- valor do frete (em algarismos e por extenso);
- nome do agente da companhia transportadora no porto de embarque, com o carimbo e assinatura do responsável;
- carimbo do local de estiva da mercadoria (*shipped on board*);
- portos ou pontos de embarque, destino e transbordo.

No verso do *bill of lading* estão delineadas as cláusulas que retratam as condições do transporte. Destacam-se, em essencial e pela relevância, a cláusula *Paramount* de legislação aplicável, a cláusula de competência jurisdicional, cláusulas limitativas e/ou exonerativas de responsabilidade do transportador marítimo durante o transporte, cláusulas de avarias grossas, entre outras.¹⁰⁴

O conhecimento de embarque pode ser emitido em três diferentes formas: normativo a ordem (*order bill of lading* ou *negotiable bill of lading*), consignado em nome do destinatário ou à ordem do próprio embarcador, de seu agente no porto de destino ou de outro sujeito referenciado no título (este título pode ser endossado); normativo não a ordem (*non negotiable bill of lading*), em regra, através de cláusula expressa constante no documento; ao

¹⁰² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 266.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 267.

¹⁰⁴ *Idem*.

portador, não indicando o nome do destinatário e passível de transmissão por mera transmissão.¹⁰⁵

2.6 Obrigações do Fretador e do Afretador

Independentemente da modalidade do contrato de fretamento, a principal obrigação do fretador é disponibilizar o navio em data e local conveniados em perfeito estado de navegabilidade absoluta e relativa.¹⁰⁶

De acordo com Anjos e Gomes, o navio está em condições de navegabilidade quando se demonstra:

estaque, forte, estável, com máquinas auxiliares e principais em bom estado de funcionamento, tripulado, suprido e abastecido; com os seus porões, tanques e outros compartimentos destinados à carga apropriada e preparados para o recebimento e manutenção em bom estado das mercadorias que serão transportadas; por fim, em tudo pronto para enfrentar os riscos que surgirem durante a viagem.¹⁰⁷

De acordo com Eliane M. Octaviano Martins a navegabilidade em sentido amplo implica:

1. O projeto, estrutura, equipamentos e condição do navio estarem aptos a executar, com eficiência, a expedição marítima, afrontando, conseqüentemente, os perigos ordinários da viagem (navegabilidade técnica, *seaworthiness*);
 2. o navio ter capacidade para transportar a carga (navegabilidade funcional ou *cargoworthiness*);
 3. dispor o navio da documentação legal necessária e de tripulação competente que lhe permita entrar e sair dos portos sem riscos de atrasos (navegabilidade operativa).
- Nota-se, portanto, que a expressão navegabilidade, na acepção ampla abrange navegabilidade técnica, operacional e funcional.¹⁰⁸

A autora segue promovendo a diferenciação entre a navegabilidade absoluta e relativa e a in navegabilidade absoluta e relativa, e explica que, por

¹⁰⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 268.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 179.

¹⁰⁷ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 181.

¹⁰⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, p. 137.

navegabilidade absoluta do navio (*seaworthiness*) entende-se a navegabilidade técnica e, portanto, o navio estar em perfeito estado para trafegar. Desta forma, para estar apto para trafegar, o navio deve ter condições de navegação por meios próprios e a impossibilidade ou inaptidão do navio trafegar enseja a inavegabilidade do navio.¹⁰⁹

John Wilson cita como exemplo de inavegabilidade absoluta (*unseaworthiness*) o caso do navio “The Madeleine”, no qual o tribunal inglês considerou que a embarcação disponibilizada ao afretador não tinha condições de navegabilidade, pois não foi apresentado pelos proprietários certificado de desratização da embarcação, requisito fundamental para a liberação do navio.¹¹⁰

Em relação à navegabilidade relativa, Eliane M. Octaviano Martins explica que abrange a navegabilidade funcional e operativa do navio, ou seja, o navio deve estar apto a trafegar de forma geral e adequado à exploração que o afretador intenta fazer dele. Desta forma, a inavegabilidade relativa caracteriza a hipótese do navio estar apto para trafegar de maneira geral, ou seja em condições próprias de navegabilidade e fluabilidade, porém inapto para aquela destinação objetivada no contrato de fretamento.¹¹¹

Ainda sobre a navegabilidade relativa, Daniel de Azúa explica que “o navio pode ter condições de transportar um tipo de carga e não ter condições de transportar outro tipo.”¹¹²

Desta forma, verifica-se que a navegabilidade ou inavegabilidade do navio poderá ser determinada de forma absoluta ou relativa, sendo a absoluta referente à fluabilidade do navio e suas perfeitas condições para trafegar, e a relativa, determinada pela aptidão do navio para o fim a que se destina, a exploração intentada pelo afretador.

No tocante às obrigações do afretador, Eliane M. Octaviano Martins assevera que as principais obrigações do afretador (*charterer*),

¹⁰⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 180.

¹¹⁰ WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*. London: Pitman, 1988. p. 11.

¹¹¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹² AZÚA, Daniel E. Real de. *Transportes e seguros marítimos para o exportador*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1987. p. 42.

independentemente da modalidade de fretamento, são: o pagamento do frete (*hire*) e receber e devolver o navio em condições, lugar e prazos acordados.¹¹³

¹¹³ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p.181.

CAPÍTULO 3

A FIGURA DO ARMADOR E ASPECTOS RELEVANTES PARA A DETERMINAÇÃO DA SUA RESPONSABILIDADE

3.1 A Figura do Armador e suas Funções

Para descrever a figura do armador e suas obrigações, faz-se necessário distinguir primeiramente a diferença entre armação e propriedade.

A armação pode ser descrita como o exercício dinâmico da atividade empresarial da navegação, atividade esta que irá prover todos os meios para empreender uma expedição marítima, colocando o navio em estado de navegabilidade. Enquanto a propriedade deve transmitir a noção exclusivamente jurídica e um direito sobre o navio.¹¹⁴

Carla Adriana Comitre Gibertoni assim define a figura do armador:

Armador (*owner*) é a pessoa, física ou jurídica, que arma a embarcação, isto é, coloca-a nas condições necessárias para que possa ser empregada em sua finalidade comercial, e que opera comercialmente, pondo a embarcação ou a retirando da navegação por sua conta.

Juridicamente, é a pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta (art. 2º, III, Lei n. 9537/97).¹¹⁵

A Lei nº 9.537/97, que dispõe sobre a Segurança do Tráfego Aquaviário em águas sob a jurisdição nacional, em seu art. 2º, inciso III, define o armador como pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta.

¹¹⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p.149.

¹¹⁵ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 118.

Segundo a disposição desta lei, em seu artigo 2º, inciso IV, armador brasileiro é a pessoa física ou jurídica residente e domiciliada no Brasil que, em seu nome ou sob sua responsabilidade, apresta a embarcação para exploração comercial.¹¹⁶

Eliane M. Octaviano Martins explica as funções do armador da seguinte forma:

Armador é o empresário individual (pessoa física) ou sociedade empresária (pessoa jurídica) que procede armação da embarcação de sua propriedade ou não e a explora comercialmente. Efetivamente, armador é a pessoa que exerce a titularidade da função náutica ou empresa da navegação.

O armador, em seu nome e sob sua responsabilidade apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta. Evidenciando, portanto, que o armador consagra-se o empresário da navegação marítima. Destarte, na acepção jurídica, o armador providencia a armação do navio e também o explora comercialmente e, via de consequência, assume obrigações empresariais advinda da exploração econômica do navio.¹¹⁷

A autora ainda assevera que independentemente de ser ou não proprietário do navio, o armador detém e responde pela gestão náutica.

Vale ainda ressaltar que no que tange à responsabilidade pela gestão náutica, apenas no *bareboat charter party* (fretamento a casco nu) a responsabilidade pela gestão náutica é do afretador. Nas outras modalidades de fretamento (*time charter party* e *voyage charter party*) a gestão náutica fica a cargo do fretador, por conseguinte, o armador.¹¹⁸

De acordo com Eliane M. Octaviano Martins, verifica-se a existência de sete categorias de armador:

- Armador-Proprietário (*shipowner ou ship-owner*): Neste caso a figura de armador e proprietário se constituem na mesma pessoa. O conceito de armador-proprietário infere-se à pessoa física ou jurídica que, concomitantemente, arma e explora a embarcação de sua própria propriedade;

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.537 de 11 de Dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislação>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

¹¹⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p.150.

¹¹⁸ *Idem*.

- Armador-Gerente (*managing owner ou ship's husband*): Este tipo de armador existe em uma situação onde o navio é objeto de co-propriedade e pertencer *pro-indiviso* a mais de uma pessoa. Toda parceria marítima ou sociedade de navios é administrada por um ou mais de um armador-gerente;

- Armador-Locatário (*owner pro tempore*): O navio pode ser objeto de locação. Nesta hipótese, surgirá a figura do armador-locatário;

- Armador-Arendatário: Sendo o navio objeto de *leasing* (arrendamento mercantil), ou seja, um contrato através do qual se tem como partes contratantes a arrendadora, pessoa jurídica que arrenda a embarcação à outra pessoa (que pode ser física ou jurídica) e a arrendatária, pessoa que efetivamente irá explorar comercialmente o navio, verificando-se, portanto, que esta assumirá a figura do armador;

- Armador-Fretador: Surge na ocasião de um contrato de fretamento, onde as partes contratantes, de um lado como fretador (proprietário, armador-locatário, armador arrendatário ou armador-gerente) dá a embarcação a frete a um sujeito contratante que irá explorar a atividade mercantil da navegação, o afretador, e efetivamente, a exploração mercantil do navio concretizar-se-á pela figura do armador-afretador;

- Armador-Estado: Os Estados podem explorar diretamente a atividade mercante de navios como proprietários ou não. A exploração pode ser da armação ou como proprietários, a título de serviço público, ou indiretamente, através das sociedades de economia mista;

- Armador-Operador ou Armador-Virtual: Também chamado de NVOCC (*Non-Vessel Operating Common Carrirer*) é o transportador comum não proprietário de navio. É o armador sem navio, virtual, que realiza transporte marítimo em navios de armadores tradicionais constituídos.¹¹⁹

Diante do exposto, verifica-se que o papel do armador é promover a gestão náutica do navio (sem dizer respeito à parte comercial), procedendo as questões contratuais quanto à tripulação, provisionamento de bordo e tudo que for necessário para garantir a navegabilidade do navio e seu papel pode constituir-se de diversas formas, conforme constatou-se na classificação acima.

¹¹⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2005. vol. 1. p.360 et. seq.

3.2 Os Termos Inicial e Final da Responsabilidade do Armador

De acordo com Flávia de Vasconcellos Lanari, a responsabilidade do armador pela mercadoria a ser transportada inicia-se no momento em que a carga deixa o piso do cais ou do caminhão que a levou até aquele ponto para ser içada por guindaste de bordo ou do porto. Porém, ressalta que em caso de dano causado por entidade estivadora ou porto, o armador terá direito de regresso contra estes.

A autora ainda explica que no momento da estiva podem surgir duas possibilidades: o carregamento poderá ser feito com equipamento do armador, e neste caso, obviamente a responsabilidade por eventual avaria será dele, ou, sendo o carregamento realizado por equipamento pertencente ao porto, deverá se verificar se a avaria aconteceu desde a posição ao lado do navio até o convés (neste caso o armador poderá responsabilizar o porto e requerer indenização), ou se a avaria aconteceu em posição passada a altura do convés ou dentro do porão (nesta hipótese, a responsabilidade será do armador, mesmo sendo o culpado o próprio guindasteiro).¹²⁰

Eliane M. Octaviano Martins explica que ao terminar a operação de carregamento, o navio deverá iniciar a viagem sem demora (*with reasonable despatch*) e caso haja impossibilidade de executar o transporte ou necessidade de interromper por longo tempo, o armador deverá solicitar instruções ao remetente enquanto zela pela mercadoria (por cujo eventual perecimento ou deterioração irá responder, salvo em caso de força maior).¹²¹

A mesma autora ainda assevera que na hipótese de perdurar o impedimento para executar o transporte, sem que a causa seja imputável ao transportador, poderá o transportador depositá-la em juízo, ou vendê-la, desde que obedeça os preceitos legais e regulamentos ou costumes locais para tal procedimento, devendo depositar o valor obtido com a venda. Na hipótese do

¹²⁰ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 124.

¹²¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 327.

impedimento ser oriundo de responsabilidade do transportador, será vedada a venda, sendo aberta ao transportador apenas a possibilidade de depósito da coisa por sua conta e risco exceto se a mercadoria for perecível. Sendo que em ambos os casos, caberá ao transportador informar ao remetente a efetivação do depósito ou da venda.¹²²

Martins ainda explica que:

A responsabilidade do transportador perante o embarcador inicia-se com o recebimento da mercadoria no porto de embarque e cessa com a entrega ao destinatário, endossário ou ao portador, ou com o depósito da mercadoria em juízo, na hipótese do destinatário não ser encontrado.

Com relação ao termo final da responsabilidade do transportador, nossos tribunais têm decidido da seguinte forma:

DIREITO COMERCIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. RECEBIMENTO PELA AUTORIDADE PORTUÁRIA. TERMO DE AVARIA LAVRADO NO DIA DA DESCARGA. VISTORIA A DESTEMPO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - Às entidades portuárias, em razão da legislação específica, em princípio compete a responsabilidade pelos bens descarregados sujeitos à sua guarda, pelo que a elas cumpre tomar oportunamente as cautelas previstas em lei.

II - A responsabilidade da transportadora cessa com a entrega da mercadoria à entidade portuária, salvo se esta se resguarda nos termos da lei. [...] ¹²³

E desta forma:

MERCADORIAS IMPORTADAS. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. AVARIA DURANTE O CARREGANDO DO CAMINHÃO NO ARMAZÉM ONDE AS MERCADORIAS FORAM DEPOSITADAS. INEXISTÊNCIA DE AVARIA DURANTE A VIAGEM OU DESCARGA DO NAVIO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA DA RÉ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO ¹²⁴

¹²² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 328.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 184572/SP, Rel. Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma. Julgado em 09/03/1999.

¹²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 7.071.199-4. 18ª Câmara da Seção de Direito Privado. Julgado em 17/08/2006.

Flávia de Vasconcellos Lanari afirma que se tem utilizado a cláusula *After Tackle*, ou seja, após o guincho ou talha em conhecimentos, dispondo que a responsabilidade do armador cessará após o descarregamento das mercadorias. Porém, essa cláusula não é interpretada da mesma forma em todos os países, dado o entendimento seguido pela jurisprudência americana, segundo o qual, mesmo com essa cláusula, a responsabilidade cessará somente após a entrega da mercadoria ao consignatário.¹²⁵

Por fim, Eliane M. Octaviano Martins ensina que as mercadorias devem ser entregues ao destinatário (ou a quem detenha o conhecimento endossado), que ao recebê-las, deverá conferi-las e apresentar eventuais reclamações (*formal claims*), sob pena de decadência de direitos.¹²⁶

Desta forma, pode-se entender que a responsabilidade do armador pela mercadoria inicia-se no momento em que efetivamente recebe a mercadoria no local de embarque (considerando as hipóteses em que se verificar direito de regresso contra o guindasteiro ou porto) e encerra-se quando a entrega a quem se destina ou com a realização do depósito nas situações em que esta hipótese for cabível.

3.3 Avarias no Transporte Marítimo

Carla Adriana Comitre Gibertoni entende que, no sentido jurídico, a definição de avaria possui sentido amplo, já que, não abrange somente os danos que podem atingir os navios, mas também, abarca todas as despesas extraordinárias para cobrir o dano de forma global, com todas as despesas ocorridas na viagem, no período do embarque ao desembarque.¹²⁷

¹²⁵ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 126.

¹²⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 328.

¹²⁷ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Eliane M. Octaviano Martins explica que “a palavra avaria (*average*) significa despesas ou danos extraordinários concernentes ao navio e/ou à carga.”¹²⁸

Flávia de Vasconcellos Lanari ensina que, na linguagem vulgar, a avaria é um dano, um estrago que um objeto sofre. Mas sob o olhar jurídico de direito marítimo, o conceito é mais amplo; é o dano ou despesa extraordinária, em relação ao navio ou à carga, por acidentes e incidentes da navegação.¹²⁹

O Código Comercial Brasileiro, em seu art. 761, conceitua a avaria da seguinte forma:

Todas as despesas extraordinárias feitas a bem do navio ou da carga, conjunta ou separadamente, e todos os danos acontecidos àquele ou a esta, desde o embarque e partida até a sua volta e desembarque, são reputadas avarias.

Martins ensina que na doutrina marítima pode-se verificar inúmeras classificações para as avarias e que, dentre elas, a mais relevantes são as que distinguem as avarias quando à natureza (avarias-dano e avarias despesa); e quanto à causa: avaria simples (ou particulares, *particular average*) e avarias grossas (ou comuns, *general average ou gross average*).¹³⁰

Quanto à avaria-dano (ou avarias deteriorantes, *average loss*), entende a autora, que são motivadas essencialmente por faltas náuticas. Devendo enquadrar-se nelas os danos materiais, ocorridos em função da inutilização ou estrago da coisa (podendo tratar-se neste caso do navio ou da carga) e os danos imateriais, dos quais decorre apenas a redução no valor da coisa.¹³¹

Em relação às avarias-despesas (ou avarias expensivas, *average expenditures*), Martins entende que são as geralmente causadas por elementos de força maior (*acts of God*) e se traduzem em despesas de caráter excepcional necessárias para que o navio complete a expedição marítima com

¹²⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 1.

¹²⁹ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 110.

¹³⁰ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³¹ *Ibidem*, p. 2.

segurança ou que a carga chegue e seja entregue com segurança no seu destino.¹³²

Nesse mesmo sentido, Leandro Raphael classifica os tipos de avaria como: de dano (quando dizem respeito a prejuízos materiais), avarias-despesas (quando abrangem despesas realizadas em caráter extraordinário, ou seja, que não foram cogitadas, e ocorreram por motivo de força maior)¹³³

Tendo abordado a classificação das avarias entre avaria-dano e avaria despesa, diferenciando as despesas decorrentes de danos que atingem o navio ou a carga, das que resultam de gastos inesperados, ou necessários para possibilitar que o navio chegue ao seu destino e cumpra seu objetivo, é importante destacar e abordar a mais importante classificação de avarias, que as distingue quanto à causa, em avaria grossa (ou comum) e avaria simples (ou particular), conforme verifica-se a seguir.

3.3.1 Avaria grossa

De acordo com Carla Adriana Comitre Gibertoni, a avaria grossa (ou comum) decorre de decisões humanas, que visam proteger um interesse maior, salvaguardar o bem comum, e tem a finalidade de evitar danos maiores.

Ressalta a autora que, em caso de indenização ou reparo, existirá uma reciprocidade de direitos e obrigações, portanto, todos os interessados na expedição marítima deverão contribuir.¹³⁴

Segundo Martins, as avarias grossas se evidenciam nas hipóteses de ocorrência de danos ou despesas extraordinárias decorrentes de um ato intencional e praticado de maneira razoável, visando defender interesses da

¹³² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 2.

¹³³ RAPHAEL, Leandro. *Direito marítimo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 67.

¹³⁴ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 212 *et. seq.*

comunidade marítima em situação de perigo real e iminente, objetivando um resultado útil.¹³⁵

A autora prossegue asseverando que:

Essencialmente, as avarias grossas afetam o navio e a carga conjuntamente, e ocorrem, exclusivamente, durante a viagem; além disso, as despesas decorrentes serão suportadas por todos os interessados na expedição marítima, essencialmente, o navio, a carga e o frete, sendo o valor repartido proporcionalmente entre eles.¹³⁶

Em sua obra, Leandro Raphael descreve as principais características da avaria grossa:

- deliberação prévia ou ato voluntário a respeito do sacrifício;
- exclusão de culpa do capitão ou do carregador, ou seja, o sinistro, ou perigo de sinistro, não se apresentou por culpa de ninguém;
- comunhão de benefícios, ou seja, o objetivo é o benefício do navio e da carga ao mesmo tempo, e os danos ou despesas tenham sido efetuados em benefício comum, isto é, do navio e da carga.¹³⁷

Eliane M. Octaviano Martins entende que a temática da avaria grossa está normatizada nos arts. 764 e 765 do código comercial, porém não está definida de maneira eficaz.¹³⁸

O artigo 764 do referido diploma legal relaciona 21 itens que classifica como avarias grossas e ao final dispõe:

E, em geral, os danos causados deliberadamente em caso de perigo ou desastre imprevisto, e sofridos como consequência imediata destes eventos, bem como as despesas feitas em iguais circunstâncias, depois de deliberações motivadas (art. 509), em bem e salvamento comum do navio e mercadorias desde a sua carga e partida até o seu retorno e descarga.

Eliane M. Octaviano Martins explica que as regras de York e Antuérpia 2004 deixam claro que as avarias grossas se traduzem em despesas ou danos extraordinários, que resultam de um ato humano intencional e

¹³⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 2.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ RAPHAEL, Leandro. *Direito marítimo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 68.

¹³⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, p. 5.

praticado com razoabilidade em situação de perigo real e iminente, objetivando o salvamento parcial ou total do interesse envolvido na expedição marítima.¹³⁹

Carla Adriana Comitre Gibertoni comenta sobre as mesmas regras, de York-Antuérpia, e ensina que tais regras indicam o que são, ou não são, avarias grossas. Dentre estas regras, que são sete, a primeira delas, denominada regra A, define a avaria comum da seguinte forma:

Um ato se caracteriza como de avaria grossa quando, e somente quando, implicar em um sacrifício ou despesa extraordinária, internacional e razoavelmente feito para a segurança comum e no sentido de preservar de um perigo os bens envolvidos na mesma expedição marítima.¹⁴⁰

Eliane M. Octaviano Martins elenca e discorre sobre os pressupostos essenciais das avarias grossas e comuns:

- Extraordinariedade, intencionalidade, razoabilidade e comunidade de interesses: implica no sacrifício, ou despesa, originalmente não previsto na expedição marítima, provocado de forma intencional e feito de maneira razoável, ou seja, em consonância com a comunidade de interesses, visando a segurança comum e proteger os bens envolvidos na mesma expedição marítima.¹⁴¹

- Iminência e realidade do perigo: o perigo deve ser iminente e real, não configurando essa hipótese o simples fato da possibilidade da expedição marítima estar em perigo. Visando esclarecer a essência desse pressuposto, descreve Martins, *apud* Miranda:

Precisa haver, de fato, um tempo de perigo, a existência do perigo, e não somente o medo de haver um possível perigo. É muito difícil definir o grau de real perigo que precisa estar presente para que se consubstancie o ato de avaria grossa. O perigo pode não ser iminente, mas ser real. E também, pode ser iminente, mas não se tornar real. Entretanto, para ser admitido na avaria grossa, o prejuízo tem que ter nascido de um perigo cuja iminência e o grau de realidade sejam um fato inconteste. Exemplo de um perigo real, mas não iminente: um navio em pleno oceano, sem hélice, mas calmo, tempo bom. Pedir socorro, rebocar este navio para um porto seguro, é uma medida tomada pela segurança comum e razoável, pelo

¹³⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 5.

¹⁴⁰ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 213 *et. seq.*

¹⁴¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, p. 5 *et. seq.*

extraordinário do momento. Já um navio que navega normalmente e o comandante resolve abrigar-se em um porto de refúgio, por causa do aviso aos navegantes de um possível forte mau tempo que se aproxima, e, ao final, o mau tempo não ocorreu, isto é prudência tão somente, e não serão consideradas como avaria grossa as despesas desta decisão.¹⁴²

- Resultado útil ou resultado profícuo: O resultado deve ser útil, ou seja, deve haver salvamento parcial ou total do interesse envolvido na expedição marítima (navio e/ou carga). Esclarece Martins que, a doutrina diverge quanto ao entendimento da necessidade de resultado útil, existindo autores que contestam a necessidade do resultado útil, pois a lei não o exige (não existe referência quanto a isso nas regras de York-Antuérpia ou no código comercial brasileiro).¹⁴³

Finalmente, Gibertoni assevera que, o principal efeito da avaria grossa é uma situação na qual existe um direito e uma obrigação simultâneos, ou seja, todos os envolvidos na expedição marítima serão indenizados, porém, em contrapartida todos serão obrigados a contribuir para a indenização.¹⁴⁴

3.3.2 Avaria particular ou simples

Segundo Martins, “As avarias simples ou particulares são despesas extraordinárias que são inerentes e dizem respeito, unicamente, ao objeto – navio ou carga – separadamente.”¹⁴⁵

De acordo com Carla Adriana Comitre Gibertoni, a avaria simples ou particular se origina de caso fortuito ou de força maior, sem a intervenção da vontade do homem, porém poderá haver responsabilização por imprudência,

¹⁴² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 7.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 7 et. seq.

¹⁴⁴ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 213.

¹⁴⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.* p. 31.

imperícia ou negligência, dolo do comandante, equipagem ou empregados do armador.¹⁴⁶

Eliane M. Octaviano Martins explica que as avarias simples derivam, essencialmente, de:

- I) fortuna do mar;
- II) vício próprio do navio e/ou da carga;
- III) fatos da tripulação;
- IV) fatos do transportador/armador.¹⁴⁷

A autora segue relacionando as características das avarias simples:

- a) fato isolado, oriundo de fortuna do mar, ou ilícito determinante do dano ou despesa;
- b) prejuízos a serem suportados pelo particular afetado – navio ou carga.¹⁴⁸

O Código Comercial Brasileiro em seu art. 766 dispõe sobre o que são avarias particulares ou simples:

São avarias simples ou particulares:

- 1- o dano acontecido às fazendas por borrasca, presa, naufrágio, ou encalhe fortuito, durante a viagem, e as despesas feitas para as salvar;
 - 2- a perda de cabos, amarras, âncoras, velas e mastros, causada por borrasca ou outro acidente do mar;
 - 3- as despesas de reclamação, sendo o navio e fazendas reclamadas separadamente;
 - 4- o conserto particular de vasilhas, e as despesas feitas para conservar os efeitos avariados;
 - 5- o aumento de frete e despesa de carga e descarga; quando declarado o navio inavegável, as fazendas são levadas ao lugar do destino por um ou mais navios (art. 614).
- Em geral, as despesas feitas e o dano sofrido só pelo navio, ou só pela carga, durante o tempo dos riscos.

Eliane M. Octaviano Martins tece comentários acerca deste artigo e assevera que apesar do código comercial adotar esse sistema de enumeração para descrever o que são avarias particulares ou simples, esse rol não possui caráter taxativo, visto que ao final do artigo acima citado, o legislador dispõe

¹⁴⁶ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 211.

¹⁴⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2.

p. 31

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

que serão contempladas como avarias simples, de forma geral “as despesas feitas e o dano sofrido só pelo navio, ou só pela carga, durante o tempo dos riscos”.¹⁴⁹

Leandro Raphael, no mesmo sentido, ensina que a avaria particular ou simples ocorre quando “[...] a vontade humana não intervém para resguardar interesses relativos ao navio ou à carga”.

O autor ainda explica que:

A avaria particular pode ocorrer durante a viagem ou mesmo enquanto o navio estiver parado, durante o embarque e desembarque, podendo derivar:

- de fortuna do mar: não só caso fortuito ou força maior, incêndio ou albaroamento, mas todo e qualquer evento ocorrido no mar;
- de vício próprio: quanto ao navio (má qualidade dos materiais de construção, má manutenção, etc.) e quanto à carga (facilidade de decomposição de certas mercadorias, mau acondicionamento, etc.)
- faltas do capitão: falta de vigilância, pois é depositário da carga.¹⁵⁰

Tendo em vista o posicionamento dos autores acima citados, verifica-se que as avarias são os danos sofridos pelo navio, ou pela carga, decorrentes de caso fortuito, força maior, imprudência, negligência ou imperícia por parte do comandante e outros eventos ocorridos no mar, quando há ausência de vontade humana para salvaguardar interesses relativos ao navio, ou à carga.

Eliane M. Octaviano Martins esclarece que no caso da avaria simples, os prejuízos serão suportados pelo particular afetado, salvo no caso em que se mover ação competente contra o culpado ou a seguradora. No entanto, em se tratando da hipótese em que um ato (ou uma sucessão de atos) de avaria simples antecede uma avaria grossa, o regulador de avarias terá que identificar e especificar as porcentagens relativas às avarias simples e grossas, o que nem sempre será possível, então, havendo impossibilidade de se determinar as porcentagens relativas a cada uma, propugnar-se-à pelo enquadramento de todas as despesas em avarias grossas.¹⁵¹

Desta forma, tendo verificado aspectos importantes do papel do armador e das implicações da ocorrência de avarias durante o transporte

¹⁴⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 33.

¹⁵⁰ RAPHAEL, Leandro. *Direito marítimo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 68 *et. seq.*

¹⁵¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, *loc. cit.*

marítimo, passa-se a tratar das normas jurídicas nacionais e das convenções internacionais que regulam a responsabilidade civil do armador ao realizar o transporte das mercadorias, assim como da forma como tais regras são aplicadas.

CAPÍTULO 4

DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E FORMA DE APLICAÇÃO DE TAIS REGRAS

4.1 As Excludentes da Responsabilidade Civil do Armador na Legislação Brasileira

Segundo Eliane M. Octaviano Martins, em regra, a responsabilidade do transportador é objetiva, porém, este poderá eximir-se da responsabilidade alegando e produzindo prova da ocorrência de alguma excludente prevista na legislação brasileira.¹⁵²

De acordo com ANJOS E GOMES, para que se configure a responsabilidade civil do armador, faz-se necessário identificar a relação de causalidade entre o agente causador do dano, a vítima que suportou o prejuízo e o fato¹⁵³

O art. 393 do Código Civil dispõe que o devedor não responderá por prejuízos que resultem de caso fortuito ou força maior, a não ser que tenha expressamente se responsabilizado por eles.

O Decreto 2.681/12, em seu art.1º declara serem excludentes de responsabilidade do transportador o vício de origem da mercadoria e as hipóteses de caso fortuito ou força maior.¹⁵⁴

E com relação às outras hipóteses de exclusão de responsabilidade, Martins assevera:

¹⁵² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 548.

¹⁵³ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 229

¹⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 2.681/12 de 07 de Dezembro de 1912. Regula a Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislação>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

Consoante os preceitos legais suscitados, o Direito brasileiro consagra como excludentes de responsabilidade civil do transportador as hipóteses de ausência denexo causal, vício próprio ou redibitório, caso fortuito e força maior.

A autora afirma também que o direito brasileiro prevê a inexecução da obrigação por fato que não pode ser imputado ao devedor, e que de acordo com o art. 396 do Código Civil, não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, este não deverá ser responsabilizado.¹⁵⁵

Neste mesmo sentido afirma Flávia de Vasconcellos Lanari:

Cabe, pois, ao transportador, exonerar-se de sua responsabilidade provando que a inexecução das obrigações assumidas decorreu de fatos a ele não imputáveis, tais como, na hipótese de ter havido falta do afretador, o vício próprio da mercadoria, embalagem inadequada, ou se tiver ocorrido caso fortuito ou força maior: forças naturais, vg., tempestade, a que os ingleses chamam de atos de Deus; ato de príncipe (bloqueio, pressa, interdição); ou, ainda, atos de terceiro (*lockouts*, greve) [...]¹⁵⁶

Verifica-se que a doutrina tem entendimento comum quanto às possíveis hipóteses de exclusão de responsabilidade do transportador, que são: ausência de relação de causalidade, caso fortuito ou força maior, vício próprio e vício redibitório, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiros.

Desta forma, passa-se a analisar cada uma delas.

- ausência de relação de causalidade: Segundo Carla Adriana Comitre Gibertoni, não existindo a relação de causa e efeito entre a conduta de ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima, não há o que se falar em responsabilidade.¹⁵⁷

Martins assevera que “a ausência de nexo causal é, portanto, per se, excludente de responsabilidade civil”.¹⁵⁸

O Tribunal de Justiça fluminense decidiu da seguinte forma em questão envolvendo nexo de causalidade:

¹⁵⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 549.

¹⁵⁶ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 112.

¹⁵⁷ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 356.

¹⁵⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano, *op. cit.*, p. 550.

RESPONSABILIDADE CIVIL-TRANSPORTE MARITIMO-TRANSPORTE DE MERCADORIA-GREVE-TRANSPORTE RODOVIARIO-TOMBAMENTO DE CARGA DA CARROCERIA DE CAMINHAO-AVARIA DA CARGA PERDA TOTAL-ACAO REGRESSIVA DO SEGURADOR SUB-ROGADO NOS DIREITOS DO SEGURADO-RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR INDENIZACAO-Responsabilidade Civil. Transporte de mercadorias. Ação regressiva das seguradoras. Transporte marítimo. Desembarque da mercadoria em porto diverso do de destino em razão de greve dos portuários. Prosseguimento por via terrestre. Tombamento da carreta que transportava a mercadoria alfandegada. Perda total desta. Ação de regresso proposta pela Seguradora líder e pela Co-seguradora em face da transportadora marítima, da transportadora terrestre e do agente marítimo que contratou esta última. O teor dos artigos 101, 102 e 103 do Código Comercial, a responsabilidade do transportador tem início com o recebimento da mercadoria e somente expira com a entrega da mesma, correndo por sua conta todos os riscos, ressalvadas as hipóteses de vício da mercadoria, caso fortuito ou força maior, por ele devidamente comprovadas. O agente marítimo responde pelos danos causados à mercadoria transportada se agiu com culpa. Inexistência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta da denunciada, depositária da mercadoria, posto que a avaria ocorreu durante o transporte terrestre.¹⁵⁹

Por fim, Anjos e Gomes explicam que “exclui a responsabilidade a inexistência da relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o fato ocorrido”.¹⁶⁰

- caso fortuito ou força maior: Segundo Eliane M. Octaviano Martins, são pressupostos para caracterização de caso fortuito ou força maior a inevitabilidade e o impedimento absoluto ao cumprimento da obrigação.¹⁶¹

Martins explica que, de acordo com o que determina o art. 393 do Código Civil e o art. 1º do Decreto nº. 2.681/12, o devedor não deverá responder por prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado.¹⁶²

De acordo com Flávia de Vasconcellos Lanari, a força maior ou caso fortuito se caracterizam pela imprevisibilidade (e não imprevisão das partes), a

¹⁵⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1999.001.18272. 18ª Câmara Cível. Julgado em 22/02/2000.

¹⁶⁰ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 230.

¹⁶¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 550.

¹⁶² *Ibidem*, p.551.

impossibilidade de evitar o evento causador do dano e o impedimento absoluto, que impede a regular execução do contrato de transporte.¹⁶³

Assevera ainda Lanari que, sendo o evento imprevisível, mas evitável, ou imprevisível e inevitável, mas superável quanto aos efeitos incidentes sobre a execução do contrato, não irá constituir caso fortuito ou força maior, pois esses serão caracterizados quando o fato impeditivo for de caráter absoluto, pois uma dificuldade que pode ser superada, não caracteriza caso fortuito ou força maior.

Em relação à distinção entre caso fortuito e força maior a mesma autora entende que:

Consoante o que dispõe o art. 393 do código civil, o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir. A exegese que emana do referido artigo considera que a normativa em questão não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior.

Pela não diferenciação se manifesta grande parte da doutrina, consubstanciada na normativa anteriormente citada.

Inobstante tal prevalência, destacam-se, todavia, entendimentos que propugnam pela diferenciação de caso fortuito e força maior, defendendo que no contexto de força maior se enquadrariam os pressupostos imprevisibilidade e inevitabilidade. Em seara de caso fortuito, apenas a inevitabilidade. A inevitabilidade é a característica comum ao caso fortuito e à força maior. A previsibilidade apenas os distingue.¹⁶⁴

Sergio Cavalieri Filho sustenta que a distinção entre essas hipóteses de exclusão de responsabilidade habita em um terreno minado de divergências doutrinárias, e, que, enquanto alguns não admitem distinção entre caso fortuito e força maior, outros entendem não haver mais campo para aplicação da hipótese de caso fortuito como excludente de responsabilidade, pois nos tempos modernos, tudo teria passado a ser previsível e evitável.¹⁶⁵

Anjos e Gomes entendem que:

Juridicamente são expressões sinônimas; mas enquanto o caso fortuito dir-se-á do acontecimento possível, porém imprevisível ou estranho à ação humana por força maior, deve-se entender o acontecimento previsível, mas inevitável pela simples manifestação

¹⁶³ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 115.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 291.

da vontade ou da ação humana; por força maior deve-se entender o acontecimento previsível, mas inevitável pela simples manifestação da vontade ou da ação humana.¹⁶⁶

Desta forma, entende-se que para que essa excludente de responsabilidade seja caracterizada, o armador deverá demonstrar que o dano sofrido pela vítima decorreu de fato imprevisível ou inevitável e que em que pese a divergência doutrinária relativa à distinção ou não entre caso fortuito e força maior, pode-se verificar que os efeitos e as conseqüências decorrentes destes são as mesmas.

- Vício próprio: Eliane M. Octaviano Martins afirma que pode-se considerar vício próprio (*inherent defect*) ou redibitório a propriedade intrínseca da mercadoria, que tende a se autodestruir ou auto avariar-se, sendo um defeito latente e pré-existente na coisa transportada.¹⁶⁷

De acordo com Carla Adriana Comitre Gibertoni, o vício próprio da mercadoria, é o vício latente, que não era, ou não poderia ser conhecido antes da viagem, e que se manifesta durante o transporte.¹⁶⁸

Desta forma, verifica-se que, em se tratando de vício oculto, este compreende o evento danoso, que pode ser previsível ou não, resultante da própria natureza da mercadoria transportada, sem incorrer em culpa do transportador (armador).

Paulo Henrique Cremonese Pacheco sustenta que o vício de origem consiste no defeito existente na mercadoria dada ao transporte e destaca que em se tratando de vício de origem, não há o que se falar em inadimplemento contratual, levando-se em conta que o transportador cumpre integralmente sua obrigação estabelecida em contrato, que é entregar o bem nas mesmas condições de quantidade e qualidade que os recebeu e que estando o bem viciado, é razoável supor que é assim que ele será entregue.¹⁶⁹

¹⁶⁶ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 230 *et. seq.*

¹⁶⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 554 *et. seq.*

¹⁶⁸ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 361.

¹⁶⁹ PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. *Do direito marítimo e da responsabilidade civil do transportador marítimo: aspectos jurídicos que interessam ao seguro de transporte de cargas*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, 2002. p. 335.

Afirma ainda o autor que a caracterização do vício próprio é fácil e que se ampara basicamente na documentação de embarque, e em casos mais complexos, na perícia técnica.

Com base nesta hipótese de exclusão de responsabilidade do transportador, a jurisprudência tem decidido da seguinte forma:

TRANSPORTE MARÍTIMO – Transporte Internacional de carga – Ação de regresso da seguradora – Responsabilidade civil por culpa do transportador – Aplicação do art. 529 do código comercial – Prova oriunda de relatório de desembarque acusando parte da mercadoria danificada por mofo seco, de origem antiga, existente antes do embarque, mesmo porque proveniente de água doce, ausente cloreto de sódio na mercadoria – Ausência de culpa do transportador – Sentença de improcedência – Apelação improvida.¹⁷⁰

O art. 4º do Decreto n. 64.387/69, equipara a insuficiência de embalagem (*insufficiency of packing*) a vício próprio da mercadoria, conforme dispõe o parágrafo 4º do referido artigo:

A inadequabilidade da embalagem de acordo com os usos, costumes e recomendações oficiais, equipara-se a vício próprio da mercadoria, não respondendo a entidade transportadora pelos riscos e consequências daí decorrentes.¹⁷¹

Eliane M. Octaviano Martins ensina que dentre as hipóteses de vício próprio enquadram-se a evaporação ou vazamento de líquidos, o apodrecimento ou deterioração de cargas perecíveis, a diminuição de peso e volume de mercadorias a fermentação e a acidez ou efervescência de líquidos.¹⁷²

O art. 617 do Código Comercial, no que tange à hipótese de diminuição ou aumento de peso e volume preceitua o seguinte:

Nos gêneros que por sua natureza são suscetíveis de aumento ou diminuição, independentemente de má arrumação ou falta de estiva,

¹⁷⁰ SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. 6ª Câmara. Apelação nº 688.633-7. Julgado em 17/03/1998.

¹⁷¹ BRASIL. Decreto nº 64.387/69. Regulamenta o Decreto Lei nº 116, de 25 de Janeiro de 1967, que dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando das faltas e avarias. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

¹⁷² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 555.

ou de defeito no vasilhame, como é, por exemplo, o sal, será por conta do dono qualquer diminuição ou aumento que os mesmos gêneros tiverem dentro do navio; e em um ou outro caso deve-se frete do que se numerar, medir ou pesar no ato da descarga.

A jurisprudência tem se manifestado a respeito do que dispõe o artigo acima e de sua aplicação eximindo ou não o armador (transportador) da responsabilidade. O julgado abaixo diz respeito à alteração natural de volume da carga transportada, cuja prova não foi produzida pelo transportador:

TRANSPORTE MARÍTIMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALTA DE MERCADORIA. TRANSPORTE A GRANEL. A falta da mercadoria veio comprovada, sendo desembarcada quantidade menor de produtos da que fora adquirida e embarcada no navio do apelante. Resta sufragada a tese de que os documentos fiscalizados pelas autoridades integrantes da administração pública indireta portuária e fazendária contem presunção de foro de legalidade, dispensando a vistoria formal da descarga. Súmula 261 do STF. A responsabilidade do transportador é contratual e objetiva, não se fundando na culpa, consoante o disposto no art. 103 do Código Comercial. A prova da quebra natural do produto também não foi produzida pela recorrente, a fim de eximir-se de sua responsabilidade objetiva. Ainda, o percentual de quebra natural de 0,6 % sugerido pelo extinto TARGS foi objeto de dedução no cálculo apresentado pela requerente. APELO DESPROVIDO.¹⁷³

Martins explica que será facultado ao transportador incluir ressalvas no conhecimento de embarque (*bill of lading*) caso suspeite da veracidade das informações passadas pelo carregador, especialmente no que diz respeito à natureza da carga e com relação a demais especificações, ou, ainda quando não tiver meios de verificá-las. O ato de lançar ressalvas no conhecimento de embarque torna-o um “*unclean on board*” (*bill of lading* sujo) e a ausência de reservas no conhecimento de embarque engendrará, em tese, a responsabilidade do transportador e o tornará um “*clean on board*” (*bill of lading* limpo).¹⁷⁴

Carla Adriana Comitre Gibertoni explica que nas hipóteses de vício próprio, caso fortuito ou força maior, caberá ao armador o ônus da prova.

[...] a prova de que os danos provieram destes fatos cabe ao transportador. Se este não se cercar de todas as cautelas devidas, ressaltando, por exemplo, a possibilidade de vício próprio, fica

¹⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. Apelação nº 70010901304. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgado em 14/07/2005.

¹⁷⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 555.

impraticável a produção da prova após a ocorrência do fato ou evento danoso por vício próprio. A ressalva no conhecimento, carta partida ou competente protesto marítimo faz presunção *jus tantum* de que a carga que vier a sofrer danos ou avarias teve previsão antecipada dos efeitos do vício, implicando, desta forma, em limitação da responsabilidade do armador ou transportador, eis que a parte interessada – o dono da carga -, instalada sobre a possibilidade do evento, não tomou nenhuma providência, razão pela qual não se pode permitir que se beneficie de sua própria negligência ou má-fé.¹⁷⁵

Nesse mesmo sentido Martins sustenta que nas hipóteses de vício próprio e de vício redibitório, o *onus probandi* será do armador (transportador).¹⁷⁶

Tendo em vista o acima exposto, verifica-se que o vício próprio ou redibitório é uma característica intrínseca da mercadoria desde o momento do recebimento desta pelo transportador. Desta forma, constatando-se esse vício na mercadoria transportada, o armador será eximido da obrigação de indenizar por qualquer prejuízo que se revele posteriormente ao recebimento desta, porém será dele o ônus da prova da ocorrência deste evento que conduz à exclusão da responsabilidade.

- culpa exclusiva da vítima: De acordo com Eliane M. Octaviano Martins, a culpa exclusiva da vítima decorre de ausência de nexo causal, pois a responsabilidade civil pressupõe ação ou omissão do agente, que irá excluir a obrigação de indenizar se for comprovada a culpa exclusiva da vítima, admissível nos contratos de transportes. No caso de culpa concorrente, a indenização da vítima será fixada levando-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.¹⁷⁷

Neste mesmo sentido Anjos e Gomes ensinam que sendo verificada a culpa concorrente, normalmente a indenização será reduzida proporcionalmente, ou por metade.

Os mesmos autores seguem citando o seguinte exemplo: “Por exemplo, temos a culpa do embarcador ou seu consignatário (recebedor),

¹⁷⁵ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 364.

¹⁷⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 556.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 550.

como excludente da responsabilidade de indenizar os prejuízos, se for comprovada a culpa do prejudicado.”¹⁷⁸

Martins assevera que se deve atentar para o possível influxo do Código de Defesa do Consumidor no contrato de transporte marítimo de mercadorias e desta forma, acatada tal tese, deve verificar o disposto no art. 14 do referido diploma legal, que exime de responsabilidade o fornecedor de serviços que provar a culpa exclusiva da vítima.¹⁷⁹

A jurisprudência tem decidido desta forma quanto a essa questão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. O contrato de transporte de coisa gera uma obrigação de resultado para o transportador, que deve entregar a mercadoria ao seu destino final, respeitando o princípio da incolumidade, inerente aos contratos de transporte. Fiscalização das autoridades competentes que apreendem a mercadoria transportada, por estar desacompanhada de nota fiscal e por ter o contratante declarado valor muito inferior aos bens transportados, bem como falsa destinação da coisa, importando na excludente de responsabilidade da transportadora. A transportadora que não deu causa à apreensão da mercadoria, que só ocorreu em razão das falsas declarações da Autora no momento de entrega da mercadoria, deixando de ser observado o disposto no art. 743, do Código Civil.¹⁸⁰

Ante o exposto, constata-se que, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, restará comprovada a ausência de relação de causalidade entre a ação ou omissão do armador (transportador) e o dano sofrido, e, portanto, o transportador será eximido da responsabilidade. E, tratando-se de culpa concorrente, a indenização será fixada de forma proporcional ou pela metade.

- Culpa exclusiva de terceiros: Anjos e Gomes explicam que pode ser caracterizada esta hipótese de exclusão de responsabilidade, quando ocorrer um fato extraordinário envolvendo uma terceira pessoa, que não o acusado.¹⁸¹

¹⁷⁸ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 230.

¹⁷⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. P. 550.

¹⁸⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara Cível. Apelação nº 0186182.14.2008.8.19.0001. Relator: Teresa de Andrade Castro Neves. Julgado em 07/04/2010.

¹⁸¹ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *op. cit.* p. 230.

Martins explica que assim como no caso da culpa exclusiva da vítima, na hipótese de culpa exclusiva de terceiros estranhos à relação jurídica, figura a ausência de nexo causal entre o dano sofrido e a ação ou omissão do armador. Ressalva a autora que, não se enquadram entre terceiros o comandante e a tripulação.¹⁸²

Neste mesmo sentido sustentam Anjos e Gomes:

Os prepostos ou empregados, filhos ou curatelados, apesar de serem terceiros na relação jurídica, não são considerados, nessa condição, para efeito de imputação de responsabilidade aos seus patrões o comitentes, pais, curadores e tutores, pois, nesse caso, incide a responsabilidade indireta desses em relação ao dano causado por aqueles, face ao vínculo jurídico obrigacional.¹⁸³

Nesse mesmo sentido, Carla Adriana Comitre Gibertoni explica que a culpa exclusiva de terceiro é caracterizada somente quando um fato extraordinário envolve terceira pessoa estranha à relação jurídica entre as partes envolvidas. A autora cita o exemplo das greves e os *lockouts*, porém ressalva que se tais fatos ocorrerem por culpa do transportador, este não poderá livrar-se da responsabilidade.¹⁸⁴

Portanto, verifica-se que, para ser constatada a hipótese de exclusão de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, deverá ser comprovado que o evento danoso tem origem em elemento estranho à relação jurídica entre a vítima e o armador (transportador).

4.2 Cláusulas Contratuais Exoneradoras de Responsabilidade

¹⁸² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 550.

¹⁸³ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 230.

¹⁸⁴ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 356.

De acordo com Anjos e Gomes a cláusula de não indenizar pode figurar nos contratos de transporte e afretamento, com a finalidade de excluir a responsabilidade do armador ou afretador.¹⁸⁵

Carla Adriana Comitre Gibertoni leciona que a cláusula de não indenizar (ou cláusula de irresponsabilidade) surge de uma convenção entre as partes com o fim de isentar o devedor de reparar o dano. Tratando-se de uma cláusula contratual acessória, que tem objetiva afastar as consequências normais de um inadimplemento contratual.¹⁸⁶

Quanto à possibilidade de inserção da cláusula de isenção de responsabilidade nos contratos de transporte, o Decreto nº 19.473 de 10 de Dezembro de 1930, em seu art. 1º dispõe:

Art. 1º O conhecimento de frete original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar do destino. reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa, dessa prova, ou obrigação.¹⁸⁷

Anjos e Gomes têm o seguinte entendimento no que se refere ao artigo acima citado:

No Brasil, os contratos de transportes ou afretamentos com a cláusula de não indenizar são inoperantes [...] O citado decreto regula os conhecimentos de transportes de mercadorias por terra, água ou ar. *Ad argumentandum*, deve-se ressaltar que a cláusula de não indenizar é repudiada [...]¹⁸⁸

Flávia de Vasconcellos Lanari entende de modo diverso a intenção do legislador ao redigir o referido artigo e sustenta que de acordo com a redação deste dispositivo, o que a lei quis foi evitar a inclusão de cláusulas que alterem a natureza do conhecimento de embarque, isto é, que não o admitam como prova do recebimento da mercadoria ou como determinante da obrigação

¹⁸⁵ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 237.

¹⁸⁶ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 365.

¹⁸⁷ BRASIL. Decreto nº 19.473 de 10 de Dezembro de 1930. Regula os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

¹⁸⁸ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *op. cit.*, p. 238.

do transportador de entregar o que transporta, ante sua apresentação, no lugar de destino. A autora ainda ressalta que a cláusula de irresponsabilidade diz respeito, apenas, à obrigação de indenizar, não alterando a natureza do conhecimento de embarque.¹⁸⁹

Anjos e Gomes afirmam que existe um certo debate no âmbito doutrinário em relação à validade ou não dessas cláusulas e que, por outro lado, corrente majoritária, de origem francesa, e com expressiva representatividade no Brasil, opina pela ineficácia absoluta dessas cláusulas.¹⁹⁰

O Supremo Tribunal Federal, expressa seu posicionamento quanto à interpretação do disposto no Decreto 19.473 de 10 de Dezembro de 1930, através Súmula 161: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”

E a jurisprudência, baseando-se no entendimento da Suprema Corte, tem decidido pela invalidade da cláusula de não indenizar, conforme se verifica no julgado abaixo:

TRANSPORTE-MARITIMO FALTA DE MERCADORIA - VISTORIA
NAO E INDISPENSAVEL A VERIFICACAO DA QUEBRA DE PESO,
A VISTORIA JUDICIAL. CLAUSULA DE NAO-INDENIZAR A
RESSALVA NO CONHECIMENTO DE EMBARQUE, QUANTO A
QUANTIDADE E QUALIDADE DA MERCADORIA, BUSCANDO
ELIDIR A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR,
EQUIVALE A CLAUSULA DE NAO-INDENIZAR, ABSOLUTAMENTE
INOPERANTE. SUMULA 161 DO STF. [...] ¹⁹¹

Lanari ensina que além das cláusulas de exoneração, são ainda incluídos nos conhecimentos de embarque estipulações pelas quais o transportador fixa, *a forfait*, um limite à indenização.¹⁹²

Martins entende que, “as cláusulas de limitação não se confundem com as cláusulas de exoneração de responsabilidade, pois apenas limitam e não exoneram a responsabilidade [...]”.¹⁹³

Anjos e Gomes sustentam o seguinte a respeito de tais cláusulas:

¹⁸⁹ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 129.

¹⁹⁰ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *op. cit., loc. cit.*

¹⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Apelação nº 28111. Relator: Lio Cezar Schmitt. Julgado em 27/05/1982.

¹⁹² LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Op.cit.*, p. 151.

¹⁹³ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 545.

Têm como finalidade, apenas, a limitação e não a exoneração da responsabilidade dos armadores ou transportadores, do que se depreende que não há justa razão para se discutir a sua eficácia jurídica, e assim a jurisprudência tem se manifestado pacificamente, já que limitar a responsabilidade não significa, entretanto, não indenizar. São coisas diversas pela própria natureza, *data vênia*, além do que, encontra suporte na própria legislação interna, como ocorre nos casos de abandono liberatório e/ou sub-rogatório. A tendência moderna, no mundo inteiro, é a limitação da responsabilidade consubstanciada nos acordos e tratados internacionais. Atualmente, inclusive, os contratos de transportes e afretamentos são padronizados quase em sua totalidade, e estas cláusulas de limitação de responsabilidade são do conhecimento de todos aqueles que exercem a atividade do comércio marítimo em geral.¹⁹⁴

Desta forma, o STJ tem se manifestado da seguinte maneira quanto à admissão de cláusulas limitativas de responsabilidade:

TRANSPORTE MARÍTIMO. Cláusula limitativa do valor da indenização. Correção monetária. Termo inicial.
 - A orientação predominante neste Tribunal aceita a validade da cláusula limitativa do valor da indenização. Ressalva do relator.
 - Na ação regressiva da seguradora, a correção monetária flui desde a data do desembolso pela seguradora. Precedentes. Recurso conhecido em parte e provido.¹⁹⁵

Esclarece Martins que, contudo, a referida cláusula não se aplica em decorrência de irregularidade no transporte da mercadoria e que, se for configurada culpa grave, a cláusula de limitação torna-se inoperante quanto à obrigação de indenizar.

A autora ainda afirma que quando a cláusula limitativa implica em reduzir a indenização a um valor irrisório, alguns julgados tem entendido que nesse caso será o mesmo que não indenizar e nesta hipótese a cláusula será nula, no entanto, esses julgados ainda não esclarecem os critérios para se caracterizar um valor irrisório.¹⁹⁶

Assim, de acordo com o exposto, verifica-se que o sistema jurídico não acata a incidência de cláusulas de não indenizar nos contratos de transporte marítimo, porém as cláusulas limitativas de responsabilidade têm

¹⁹⁴ ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 239.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Apelação nº 267.550. Relator: Min. Ruy Rosado e Aguiar. Julgado em 21/11/2000.

¹⁹⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 546.

sido admitidas nos casos em que os julgadores entendem que essa cláusula não reduz a indenização a um valor irrisório.

4.3 Breve Introdução Histórica Acerca das Convenções que Disciplinam a Responsabilidade no Transporte Marítimo

De acordo Flávia de Vasconcellos Lanari, com o desenvolvimento do comércio e do transporte marítimo através dos tempos, passou-se a utilizar o conhecimento de embarque.¹⁹⁷

Afirma a autora que, quando o conhecimento de embarque começou a ser utilizado como recibo de mercadorias e título de crédito, os armadores, com a intenção de reduzir tão ácido sistema de responsabilidade, passaram a lançar no conhecimento de embarque várias exceções à regra geral, estipulando a isenção de responsabilidade.¹⁹⁸

Lanari sustenta que os tribunais ingleses costumavam considerar válidas essas cláusulas de isenção de culpa, mas que os tribunais americanos consideravam essas cláusulas contrárias ao interesse público, e, portanto, recusavam efeito a essas cláusulas. A autora explica a atmosfera de preocupação por parte dos Estados na ocasião, citando o sustentado por BLACK JR. AND GILMORE:

Os Estados Unidos, por outro lado, estavam interessados na exportação e importação de cargas, e estavam muito insatisfeitos, no tocante aos interesses das cargas americanas, visto que os conhecimentos de embarque concordavam, efetivamente, que os bens seriam transportados quando, onde e da maneira que fosse melhor para o armador.¹⁹⁹

¹⁹⁷ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 103.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 104.

¹⁹⁹ Tradução livre de: “*The United States, on the other hand, was vitally interested in both export and import of cargo, and a great dissatisfaction was felt, on the part of American cargo interests, with bills of lading that agreed, in effect, that the goods would be carried when, where, and in what manner was pleasing to the carrier.*” GILMORE, Grant; BLACK JR., Charles L. *apud* LANARI, Flávia de Vasconcellos. *op. cit.*, p. 106.

Assim, a fim de dirimir essa questão, o Congresso Americano aprovou em 1893, o *Harter Act*. Este dispositivo procurou guardar um equilíbrio entre os interesses dos que buscavam isenção de responsabilidade, através das cláusulas de isenção nos conhecimentos, e daqueles que, na conformidade do entendimento das cortes federais, almejavam responsabilizar os transportadores pelas consequências de todo tipo de negligência.²⁰⁰

Por fim, Lanari ensina que essa harmonia de interesses disciplinada pelo *Harter act*, foi adotada, em suas linhas gerais, pelas *Hague Rules* (Regras de Haia) em 1924, resultado da Convenção de Bruxelas que reuniu, entre 1921 e 1924, representantes das partes interessadas (indústria da navegação e de várias nações marítimas), que visavam chegar a termos para um tratamento jurídico uniforme das relações de transporte marítimo cobertas por conhecimentos de embarque.²⁰¹

De acordo com o exposto, constata-se que através dos séculos o sistema de regras do transporte marítimo sofreu modificações e se aperfeiçoou, a fim de estabelecer um equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas nessa relação (armador e embarcador – afretador-).

Passa-se então, a verificar aspectos relevantes das Regras de Haia-Visby, que surgiu a partir da Convenção de Bruxelas de 1924.

4.4 Determinações das Regras de Haia-Visby

Conforme verificado no tópico anterior, as Regras Haia, foram resultado da Convenção de Bruxelas de 1924, e através das alterações oriundas dos protocolos Visby, de 1968 e DES (Protocolo dos Direitos Especiais de Saque de 1979), tornou-se o que hoje são chamadas de Regras de Haia-Visby.²⁰²

²⁰⁰ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 106.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 107 *et seq.*

²⁰² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 296.

Gibertoni explica que esta convenção admite a inclusão de cláusulas que alteram as condições relativas às responsabilidades e obrigações, bem como em relação aos direitos e exonerações do armador, no que tange às mercadorias e ao estado de navegabilidade do navio, desde que a modificação não seja contrária à ordem pública.²⁰³

De acordo com Martins, as Regras de Haia-Visby enunciam dezessete causas de exonerações legais do transportador por perdas e danos (*rights and immunities*), sendo que o art. 4º, 1, ampara a exoneração do armador nas hipóteses de perdas e danos resultantes de in navegabilidade do navio, exceto no caso de in navegabilidade imputável ao transportador por falta de observância da obrigação de *due diligence* (diligência razoável).²⁰⁴

A autora segue discorrendo sobre o art.4º, 2, que enumera as demais causas que poderão isentar o transportador da responsabilidade de indenizar:

- I- erro de navegação ou gerenciamento do navio, isto é, faltas náuticas cometidas por comandante, tripulação e práticos (arts.4º, 2, a e 3º, 2);
- II- incêndio (*fire*), desde que este não tenha sido causado por falta ou culpa do transportador (art.4º, 2, b);
- III- perigos ou acidentes (*perils, dangers and accidentes*) do mar ou de outras águas navegáveis (art.4º, 2, c);
- IV- caso fortuito ou de força maior, os chamados “atos de Deus” (*acts of God*), de efeitos imprevisíveis (art. 4º, 2, d);
- V- atos de guerra (*acts of war*), também fortuitos e imprevisíveis (art. 4º, 2, e);
- VI- atos de inimigos públicos (*act of public enemies*), isto é, atos de violência cometidos à margem da sociedade pública (art.4º, 2, f);
- VII- arresto, embargos ou coação de governo, autoridade ou povo, ou uma apreensão judicial (*arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process*, art. 4º, 2, g);
- VIII- imposição de quarentena (*quarantine restrictions*), desde imprevisível (art.4º, 2, h);
- IX- motins ou perturbações populares fortuitos (*riots and civil commotions*, art. 4º, 2, k);
- X- faltas do embarcador: ato ou omissão do embarcador, do proprietário da mercadoria ou de seu agente ou representante (*act or omission of the shipper or owner of the goods, his agente or representative*); insuficiência de embalagem (*insufficiency of packing*); e insuficiência ou imperfeição de marcas (*insufficiency or inadequacy of marks*, art. 4º, 2, i, n, o);
- XI- greves, lockouts, dificuldades impostas ao trabalho, seja qual for a causa, seja esta limitação total ou parcial (*strikes or lock-outs or*

²⁰³ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 360.

²⁰⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 300.

stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general, 4º, 2, j);

XII- *salvação ou tentativa de salvar vidas ou bens no mar (saving or attempting to save life or property at sea art. 4º, 2, l), inclusive na hipótese de desvio de rota razoável (arribada forçada, art.4º, 4);*

XIII- *desfalque de volume ou de peso ou de qualquer outra perda ou dano resultante de vício oculto, natureza especial ou vício próprio da mercadoria (wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods, art. 4º, 2, m);*

XIV- *vícios ocultos que escapam a uma razoável diligência (latent defects not discoverable by due diligence, art. 4º, 2, p);*

XV- *de qualquer outra causa não proveniente de fato ou culpa do transportador ou de seus agentes e funcionários (art. 4º, 2, q).*²⁰⁵

Martins explica que as regras de Haia-Visby compõem um rol taxativo, tendo em vista que não é admitido incluir outras cláusulas que visem afastar ou reduzir a responsabilidade do transportador e que não estejam em estrita consonância com as hipóteses previstas. Porém, esclarece a autora que, não obstante as hipóteses taxativas, a redação do art. 4º, 2, q, delega um alto grau de subjetividade e poderá amparar uma enorme gama de hipóteses, desde que o dano não se origine de fato ou culpa do armador ou de seus agentes e funcionários.

Por fim, a autora afirma que, através do art. 4º, 2, l das Regras de Haia-Visby, abriu-se espaço para a hipótese de exclusão de responsabilidade do transportador pelas avarias ou faltas decorrentes do salvamento ou tentativa de salvamento de vidas ou propriedades no mar.²⁰⁶

Verifica-se, portanto, que, as Regras de Haia-Visby disciplinam as hipóteses de isenção de responsabilidade do armador nos contratos de transporte no que diz respeito à mercadoria e ao estado de navegabilidade do navio, e que tais regras tem caráter taxativo, apesar destas se revestirem de um caráter subjetivo que permite abarcar uma gama de hipóteses em que o dano não resulte de ação ou omissão do armador ou de seus prepostos.

Ante a importância do dispositivo acima mencionado, passa-se a verificar as causas de exoneração de responsabilidade do armador, baseadas em tais regras, que a doutrina entende serem as mais relevantes:

O art. 4º, no seu item 2, a, estabelece que:

²⁰⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 301.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 303.

2. O transportador, ou o navio, não será responsável por perda ou avaria causada ou resultante de:

a) Ato, negligência ou falta do capitão, marinheiros, práticos ou prepostos do mesmo transportador, no que diz respeito à navegação ou administração do navio; [...]

Gibertoni classifica o dispositivo acima como caracterizador da causa exoneradora por culpa náutica ou *negligence cause*, e explica que:

As faltas da navegação são os erros cometidos pelo capitão ou por sua tripulação na escolha da rota ou nas manobras realizadas com o navio. Incluem-se como falta de navegação quaisquer prejuízos sofridos pela carga, em consequência de tais erros.

As faltas administrativas (*in the management of the ship*), de acordo com a jurisprudência inglesa e Americana, abrange os atos relacionados à administração do navio enquanto necessários para a navegação. Os cuidados com a carga são excluídos [...]

A responsabilidade fica afastada somente nos casos de falta náutica, e será mantida nos casos de falta comercial.²⁰⁷

No mesmo sentido, Lanari entende que o que caracteriza as faltas de navegação são os erros cometidos pelo capitão ou sua tripulação na escolha da rota ou nas manobras realizadas no navio e enfatiza que, quanto às faltas administrativas (*management of the ship*), deve-se registrar que esta não tem relação com a navegação, pois segundo a jurisprudência inglesa e americana, o termo abrange uma categoria de atos que dizem respeito ao navio propriamente dito (sua administração), relacionando-o ao funcionamento de equipamentos utilizados e necessários para a navegação.²⁰⁸

Porém, esclarece Gibertoni que, mesmo diante de cláusula de negligência, se o armador não provar que agiu com razoável diligência para que o navio iniciasse a viagem em condições próprias de navegabilidade, responderá pelos danos.²⁰⁹

Assera ainda a autora que, o capitão é considerado verdadeiro depositário dos efeitos recebidos a bordo, e responderá pelas perdas e danos que por sua culpa, omissão, negligência, imprudência ou imperícia sobrevierem ao navio ou à carga e que sendo o capitão, de acordo com a lei, considerado preposto do armador, este, como preponente, responderá pelos atos culposos

²⁰⁷ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 372.

²⁰⁸ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 137.

²⁰⁹ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *op. cit.*, p. 372.

dos prepostos ou empregados, sendo ressalvado o direito de ação regressiva para o ressarcimento do dano indenizado, caso seja comprovado o dolo ou a culpa do Capitão.²¹⁰

Neste sentido dispõe a Súmula 371 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Eliane M. Octaviano Martins atenta para a causa de isenção de responsabilidade por perigos do mar (*perils of sea*) e assevera que:

No conceito de perigos do mar normalmente se enquadram acontecimentos fortuitos e acidentais, peculiares do mar, não sendo considerado nesse conceito, se os acontecimentos são raros ou extraordinários. Os tribunais de diversos países interpretam os perigos ou acidentes do mar de formas diferenciadas.

Ensina ainda a autora que, para que seja caracterizada a situação de perigo, há de se verificar uma catástrofe que não pode ser esperada na área da viagem naquela época do ano, portanto revestindo-se das características de imprevisibilidade e irresistibilidade pertinentes à força maior. Sendo que cabe ao armador apresentar prova da ocorrência de perigo do mar e protesto marítimo (*protest maritime* ou *noting protest*), que poderá ser contradito pelo embarcador, através de boletins de tempo de órgãos governamentais ou de outros navios (especialmente navios de guerra).²¹¹

Quanto ao disposto no art. 4º, 2, d, que classifica como causa de exoneração de responsabilidade os atos de Deus (*acts of God*), John Wilson afirma que essa causa poderá ser utilizada quando os prejuízos originarem-se de causas naturais, sem qualquer intervenção humana e sobre as quais não haveria possibilidade de previsão.²¹²

Martins explica que a expressão atos de Deus diz respeito, em regra, a um acidente originário direta ou exclusivamente de causas naturais,

²¹⁰ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 373.

²¹¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2. p. 304.

²¹² WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*. London: Pitman, 1988. p. 240.

sem intervenção humana, e que não poderia ser evitado pelos esforços e cuidados razoáveis do homem.²¹³

Observa também a autora que, os atos de Deus poderiam amparar hipóteses semelhantes aos fatos configurados como perigos do mar e outras águas navegáveis e que a diferenciação decorre da interveniência ou não do homem no acidente, pois, nas hipóteses de *acts of God*, o prejuízo deve decorrer exclusivamente de causas da natureza. A título de exemplo de danos decorrentes dessa causa, Martins cita:

[...] o acidente e as respectivas avarias causadas diretamente por um raio, uma tempestade e até uma rajada de vento podem ser considerados atos de Deus.²¹⁴

Flavia de Vasconcellos Lanari, afirma que a causa de exclusão por vícios ocultos do navio (art.4º, 2) será aplicada e considerada válida se o armador tiver empregado diligência razoável em colocar o navio em completas e cabais condições de navegabilidade quando receber a carga e que, se posteriormente, tornar-se inavegável e, em decorrência disso, as mercadorias sofrerem danos, não haverá o que se falar em responsabilidade pelos referidos danos.²¹⁵

De acordo com Martins, os vícios ocultos (ou redibitórios) mencionados nas Regras de Haia-Visby, fazem referência aos vícios do navio não descobertos através de diligência razoável (*latent defects not discoverable by due diligence*). Quanto à caracterização desses vícios, sustenta a autora:

Sob tal excludente geralmente se enquadram defeitos ocultos provenientes da construção do navio, e muito raramente em razão do uso e do desgaste natural. Caracteriza-se oculto o defeito não descoberto por pessoa competente e habilitada, que use a diligência ordinária. Um defeito não é oculto se pode ser descoberto usando métodos razoáveis.²¹⁶

Neste mesmo sentido, Lanari afirma que o vício oculto é aquele que não pode ser percebido após um cuidadoso exame técnico, e que eventual

²¹³ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. V. 2. 2008. Manole. P.304

²¹⁴ *Ibidem*, p. 304 *et. seq.*

²¹⁵ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 140.

²¹⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, p.305.

constatação de que o vício é anterior ao carregamento, não impede que a causa exoneradora seja invocada, já que, o requisito de sua aplicação é a diligência da tripulação acerca do navio e seus equipamentos.²¹⁷

Quanto ao ônus da prova, Eliane M. Octaviano Martins afirma: “Caberá ao transportador o ônus da prova do vício oculto do navio”.²¹⁸

No que se refere à receptividade dessa causa de isenção de responsabilidade no Brasil, Flávia de Vasconcellos Lanari sustenta que o art. 765 do Código Comercial apresenta resistência a ela, conforme citação abaixo:

art.765 – Não serão reputadas avarias grossas, posto que feitas voluntariamente e por deliberações motivadas para o bem do navio e da carga, as despesas causadas por vício interno do navio, ou por falta ou negligência do capitão ou do agente da tripulação. Todas estas despesas são a cargo do capitão ou do navio.²¹⁹

Eliane M. Octaviano Martins afirma que quanto à causa de isenção por faltas do embarcador, amparada pelo art.4º, 2, i, n e o, entende-se as hipóteses de exoneração de responsabilidade do armador pelas faltas do embarcador. E sustenta que:

Em regra, enquadram-se como faltas do embarcador: o ato ou omissão do embarcador ou proprietário da mercadoria, ou de seu agente ou representante (*act of omission of the shipper or owner of the goods, his agente or representative*); insuficiência de embalagem (*insufficiency of packing*); e insuficiência ou imperfeição de marcas (*insufficiency of inadequacy of marks*).²²⁰

Carla Adriana Comitre Gibertoni ensina que via de regra, a mercadoria deve ser identificada por marcas especiais apostas pelos fabricantes ou pelo próprio embarcador, para fins de identificação e conseqüente separação dos lotes. Afirma ainda que, através dessa cláusula, o transportador elimina o valor probatório do conhecimento de embarque para

²¹⁷ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 141.

²¹⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. V. 2. 2008. Manole. P.305.

²¹⁹ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *op. cit., loc. cit.*

²²⁰ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit., p. 305 et seq.*

fins de reclamação da mercadoria, visto que somente as mercadorias com a marca designada no conhecimento, deverão ser entregues ao seu portador.²²¹

Martins esclarece que além de prever a isenção de responsabilidade pela marcação inadequada das mercadorias, a referida cláusula também enquadra inúmeras variantes exonerativas, como a descrição falsa ou errônea das mercadorias, que pode ensejar estiva errada, vício próprio (*inherent defect*) ou vício oculto (redibitório da carga), falta ou demora na entrega da documentação necessária para descarga das mercadorias, entre outros.

A mesma autora afirma que a jurisprudência tem considerado como coberta por este artigo a avaria causada às mercadorias por outra carga com insuficiência de embalagem ou carregada sem embalagem.²²²

Gibertoni sustenta que a finalidade de tais cláusulas é declarar duvidosa a concordância entre as identificações do conhecimento e a das mercadorias depois do embarque, além de indicar que não são admitidas pelo capitão como prova absoluta de identidade de mercadorias após sua entrega. Assevera ainda que, caberá ao embarcador provar o embarque efetivo da mercadoria identificada e a culpa do capitão (ou seja, a falta de cuidado para garantir a identidade das mercadorias).²²³

Eliane M. Octaviano Martins discorre sobre a hipótese constante no art. 4º, 2, g, que refere-se às avarias e perdas provenientes ou resultantes de arresto, embargo ou coação do governo, autoridade ou povo, ou ainda apreensão judicial (*arrest or restraint of prices, rulers or people, or seizure under legal process*).

A mesma autora segue esclarecendo que, o arresto (*arrest*), referido nas Regras de Haia-Visby, é o tipificado no direito estrangeiro, ou seja, o arresto de príncipe ou de potência estrangeira.²²⁴

Tendo verificado as principais disposições das Regras de Haia-Visby e constatado que o entendimento doutrinário quanto à interpretação delas é pacífico, passa-se a verificar aspectos atinentes à aplicabilidade dessas regras no Brasil.

²²¹ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 375.

²²² MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. V. 2. 2008. Manole. p.306.

²²³ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre, *op. cit.*, p. 375 *et. seq.*

²²⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano, *op. cit.*, p. 307.

4.4.1 Aplicabilidade das regras de Haia-Visby no Brasil

Carla Adriana Comitre Gibertoni tece comentários acerca da não ratificação por parte do Brasil da Convenção de Bruxelas e de suas respectivas emendas (Visby e Protocolo de direitos especiais de saque).²²⁵

Eliane M. Octaviano Martins afirma que no âmbito do Mercosul, apenas Argentina e Paraguai ratificaram as Regras de Haia-Visby.²²⁶

Gibertoni ainda afirma que, a legislação brasileira não observa as disposições da Convenção Internacional para Unificação de Certas Regras Concernentes aos Conhecimentos Marítimos (Convenção de Bruxelas de 1924) e menciona a Súmula 161 do STF, que dispõe que “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.²²⁷

Este entendimento do STF tem norteado julgados, conforme se vê na decisão abaixo:

SEGURO MARITIMO - CLAUSULA DE NAO INDENIZAR. EM CONTRATO DE TRANSPORTE, E INOPERANTE A CLAUSULA DE NAO INDENIZAR (SUMULA 161).²²⁸

Por fim, Gibertoni explica que, no Brasil, a isenção legal de responsabilidade, dependerá exclusivamente da caracterização do caso fortuito, força maior ou culpa do afretador, diferentemente do aduzido no sistema da Convenção de Bruxelas sobre os conhecimentos marítimos, onde estão previstas várias outras hipóteses em que o transportador poderá se amparar para eximir-se da responsabilidade, como danos decorrentes de atraso, perdas e danos de mercadorias, dentre outras.²²⁹

Desta forma, constata-se que, apesar de tais regras serem muito benéficas ao transportador, o ordenamento jurídico brasileiro não as acolhe em razão de não ter ratificado a Convenção de Bruxelas e suas emendas subsequentes.

²²⁵ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 371.

²²⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. V. 2. 2008. Manole. p.297.

²²⁷ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre, *op. cit.*, p. 371 *et. seq.*

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma Cível. Recurso Extraordinário nº 78012. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 18/06/1974.

²²⁹ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre, *op.cit.*, *loc. cit.*

E, conforme pode-se ver nos julgados acima citados, baseados na súmula 161 do STF, nossos tribunais têm tido entendimento comum a respeito do assunto.

Tal posicionamento de nossos Tribunais, no entanto, não tem sido óbice ao crescimento nacional nas relações comerciais que se utilizam do transporte marítimo para sua efetivação. Paulo Henrique Cremonese destaca importantes pontos que justificam tal crescimento:²³⁰

“O Brasil é um país com frota mercante insignificante, mas, por outro lado, um grande exportador e importador de bens.
[...] o Brasil é um mercado em expansão e a tendência é a de constante crescimento.
[...] O país é um dos maiores produtores mundiais de alimentos, fonte quase inesgotável de recursos naturais, além de dono de um respeitável parque industrial.
[...] Com cerca de duzentos milhões de habitantes, um território muito maior do que o da Europa Ocidental (praticamente do mesmo tamanho dos Estados Unidos da América), o país tem atraído atenção dos investidores internacionais.”

Diante do contexto apresentado, verifica-se que, apesar de o Brasil não proporcionar um ambiente juridicamente seguro para os grandes armadores, pois evidentemente protege os interesses da carga, e não do transportador, o país é considerado um dos grandes *players* do comércio internacional, tendo em vista o volume de negócios em que está envolvido, e atualmente ocupa posição privilegiada na economia global.

Desta forma, apesar de não ser atraente do ponto de vista legislativo, e não possuir uma frota mercante expressiva, o Brasil é parte muito importante no sistema do transporte marítimo internacional e não tem sofrido de forma significativa as consequências advindas da não ratificação das mais importantes convenções de direito marítimo.

4.5 Implicações do Código de Defesa do Consumidor

²³⁰ CREMONEZE, Paulo Henrique. *Breve digressão sobre o seguro marine*. 2011. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2814.

De acordo com Eliane M. Octaviano Martins, primeiramente há que se destacar que a definição e exata configuração da relação de consumo é fundamental para a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato de fretamento.²³¹

A autora explica que, no contrato de fretamento, umas das partes contratantes (fretador ou armador) disponibiliza o navio, ou parte, para a finalidade de navegação marítima à outra parte (afretador), mediante o pagamento de frete (*hire*). O elemento central do contrato é a utilização do navio no transporte de carga própria ou de terceiros.²³²

Oswaldo Agripino de Castro Jr. cita em sua obra Eduardo de Avelar Lamy, que entende que, para haver incidência do Código de Defesa do Consumidor nesses contratos, será necessária a caracterização de desequilíbrio contratual entre as partes, sendo uma classificada como fornecedora e outra como consumidora.²³³

Martins assevera que:

Transpondo-se o estado fático para o estado de direito, independente do tipo de contrato de fretamento, analisados em capítulo específico, *bareboat charter party*, *voyage charter party* e *time charter party*, nos polos contratantes, detectam-se, de um lado, o proprietário do navio (fretador) ou armador-afretador que subfreta o navio (subfretador) e, de outro, no contexto de afretador, uma empresa importadora ou exportadora visando à utilização do navio para transporte de carga própria ou um armador que pretenda completar a sua frota. Abalizadas as ressalvas, primeiramente se evidencia os contratos de fretamento marítimo não instrumentalizarem relações de consumo. Ademais, em que pese flagrante admissibilidade de se enquadrar fretador ou sub-fretador no contexto de fornecedor, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a assertiva contrária não desponta com referência ao enquadramento do afretador ou sub-afretador no contexto de consumidor sob a égide do art. 2º do referido código.²³⁴

Completa a autora, dizendo que, independentemente da discussão antes levantada no que se refere à configuração de destinatário fático e econômico de bem ou serviço, a peculiaridade das transações envolvendo contratos de fretamento já afastaria a conotação de hipossuficiência,

²³¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. V. 2. 2008. Manole. p. 355.

²³² *Ibidem*, p. 369.

²³³ CASTRO JR., Oswaldo Agripino de. *Temas atuais do direito do comércio internacional*. 3. ed. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005. p. 419.

²³⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *op. cit.*, p. 369.

desigualdade das partes ou vulnerabilidade técnica e econômica do afretador e subafretador, e afirma que, ainda é questionável o enquadramento de serviço (art. 3º, parágrafo 2º, do CDC) no contrato de fretamento, pois o contrato de fretamento não tem por escopo o transporte de mercadorias, mas a utilização do navio.²³⁵

Osvaldo Agripino de Castro Jr. sustenta que, ao apurar-se a responsabilidade nesses contratos, primeiramente deve-se recorrer às disposições do Código Civil, a fim de se verificar a incidência do art. 732 deste diploma legal, e explica, ainda, que poderá ser aplicado de maneira subsidiária o Código de Defesa do Consumidor.

Leciona também o autor que, tendo em vista o princípio da especialidade, ao se examinar uma questão de responsabilidade civil, poderão ser aplicados tratados e convenções estipulados no contrato, desde que não encontre empecilhos em virtude da não ratificação destes por alguns países, além do Código Civil, Código Comercial e Código de Defesa do Consumidor de maneira subsidiária.²³⁶

Ante os entendimentos expostos, verifica-se que, ao estudar a hipótese de aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de fretamento, deve-se primeiramente identificar a relação de consumo, que irá possibilitar o enquadramento da questão nos artigos 2º e 3º do referido diploma legal ou, ainda, a possibilidade de amparo em outros dispositivos legais.

²³⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. V. 2. 2008. Manole. p. 369 et. seq.

²³⁶ CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Temas atuais do direito do comércio internacional*. 3. ed. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005. p. 416.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o apresentado neste trabalho, conclui-se que:

1. A obrigação de indenizar que eventualmente recaia sobre o armador, tem origem no instituto da responsabilidade civil, que se assenta no dever de reparar o dano, decorrente da ação ou omissão do agente causador.

Verifica-se, no entanto, que para ser caracterizada a situação em que haja obrigação de indenizar, há que se constatar a existência de um importante pressuposto, o nexo de causalidade, que é o liame entre a conduta do armador e o prejuízo sofrido. Nota-se, ainda, que, o sistema instituído pelo Código Civil Brasileiro admite a invocação da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, abrindo possibilidade para a obrigação de indenizar sem exigir prova da culpa do agente nos casos em que a culpa é presumida ou dispensada por lei.

2. O ordenamento jurídico brasileiro admite a descaracterização da relação de causalidade, que irá fazer desaparecer ou atenuará a obrigação de indenizar, quando for verificada a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, ou, o caso fortuito ou de força maior.

3. A cláusula de não indenizar é comumente utilizada em contratos comerciais, e materializa um dos pressupostos ensejadores da não obrigação de reparar um dano. No entanto, a súmula 161 do STF é clara ao estabelecer que nos contratos de transporte não são operantes as cláusulas de não indenizar. Portanto, de acordo com a legislação brasileira, não poderá o armador beneficiar-se desta cláusula.

4. Apesar de ser comum mencionar na carta-partida e no conhecimento de embarque termos que remetam à convenção de Bruxelas (ou Regras de Haia-Visby) e estipulem cláusulas que excluem a responsabilidade do armador em hipóteses não amparadas pelo sistema jurídico brasileiro, tais cláusulas tem validade questionável em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o consagrado pelo STF.

5. Apesar das cláusulas de exclusão de responsabilidade enfrentarem grande óbice no sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência tem admitido o uso de cláusulas de limitação de responsabilidade, e o ordenamento jurídico nacional fornece fundamentos para que o armador seja eximido da obrigação de indenizar nos casos em que reste comprovada a ausência de relação de causalidade, ocorrência de caso fortuito ou força maior, vício próprio ou redibitório, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiros.

6. Diante deste conflito entre a legislação nacional e as disposições das convenções internacionais, constantemente vêm à tona problemas decorrentes da divergência entre o disposto por tais convenções, que regulam a responsabilidade e a obrigação de indenizar do armador, e o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro.

7. É comum nos contratos de transporte marítimo de mercadorias, recorrer-se às hipóteses de isenção de responsabilidade amparadas pelas Regras de Haia-Visby para eximir o armador da obrigação de indenizar prejuízos relacionados às perdas e danos de mercadorias e ao estado de navegabilidade do navio. A prática de fazer uso dos termos de tais regras nestes contratos, se deve também ao fato delas muitas vezes se revestirem de um caráter subjetivo que poderá abarcar uma grande quantidade de possibilidades para isentar o armador da responsabilidade por danos decorrentes de sua ação ou omissão, ou, ainda, de seus prepostos.

8. Não tendo o Brasil ratificado as Regras de Haia-Visby, a legislação nacional não observa as disposições destas regras, e não fornece respaldo para afastar responsabilidades do armador nos moldes dessa Convenção. Desta forma, a jurisprudência tem decidido de forma comum, ao não admitir as cláusulas de isenção de responsabilidade.

9. Nos casos em que a justiça brasileira é a competente para julgar, a responsabilidade civil do armador é apurada de acordo com a legislação nacional, não sendo levadas em consideração avenças constantes na carta-partida ou do conhecimento de embarque que sejam incompatíveis com nosso ordenamento jurídico, ou qualquer referência às possibilidades de isenção de responsabilidade previstas nas Regras de Haia-Visby, já que o Brasil não faz parte do grupo de países que ratificaram essas regras e nosso sistema jurídico

possui dispositivos legais fortemente contrários às possibilidades de exoneração de responsabilidade do armador amparadas por esta convenção.

10. Mesmo proporcionando um ambiente juridicamente inseguro, se comparado ao sistema adotado pelos países que ratificaram as Regras de Haia-Visby, para os grandes armadores e *global players* da navegação, o Brasil ocupa posição cada dia mais importante no cenário do comércio internacional. Tal fato se deve especialmente ao crescimento da economia nacional nos últimos anos e da participação cada vez mais expressiva do mercado brasileiro nas importações e exportações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Roberto Caminha. *Curso de direito marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

AZÚA, Daniel E. Real de. *Transportes e seguros marítimos para o exportador*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1987.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Lei nº 556 de 25 de Junho de 1850. Institui o Código Comercial. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Lei nº 9.537 de 11 de Dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Decreto nº 19.473 de 10 de Dezembro de 1930. Regula os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Decreto nº 2.681/12 de 07 de Dezembro de 1912. Regula a Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Decreto nº 64.387/69. Regulamenta o Decreto Lei nº 116, de 25 de Janeiro de 1967, que dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando das faltas e avarias. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Temas atuais do direito do comércio internacional*. 3. ed. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CREMONEZE, Paulo Henrique. *Do direito marítimo e da responsabilidade civil do transportador marítimo: aspectos jurídicos que interessam ao seguro de transporte de cargas*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, 2002.

_____. *Breve digressão sobre o seguro marine*. 2011. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2814. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18692>. Acesso em 22 de maio 2011.

DEBATTISTA, Charles. *The sale of goods carried by sea*. 2nd. ed. London: Butterworths, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3.

GASKELL, Nicholas. et. al. *Bills of lading: law and contracts*. London: LLP Professional Publishing, 2000.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Carlos Rubens Caminha. *Direito comercial marítimo*. Rio de Janeiro: R3 Editora Rio, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORTON, Lars. *Shipbroking and Chartering Practice*. 2nd. ed. London: Lloyd's of London Press, 1984.

KEEDI, Samir; MENDONÇA, Paulo C. C. de. *Transportes e seguro no comércio exterior*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

KEEDI, Samir. *Transportes, unitização e seguros internacionais de carga*. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1955.

LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2005. vol. 1.

_____. *Curso de direito marítimo*. São Paulo: Manole, 2008. vol. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAPHAEL, Leandro. *Direito marítimo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SAMPAIO DE LACERDA, José Cândido. *Curso de direito privado da navegação: direito marítimo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1984.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 06 de Abril de 2011.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4.

WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*. London: Pitman, 1988.