

AVARIA GROSSA: ABUSO DE DIREITO E INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO CIVIL ATUAL

Um breve estudo sobre o estado de necessidade, a causa antecedente e direito justificador

Paulo Henrique Cremoneze¹



I

Brevíssima Introdução

Tema recorrente do meu exercício profissional cotidiano e ininterrupto desde 1993, a avaria grossa é o objeto de estudo da minha tese de doutoramento em Direito Civil na Universidade de Coimbra.

Aprovado o projeto de tese e concluídos os créditos, encontro-me na fase de investigação. E a cada dia me deparo com novidades a respeito desse antigo e conhecido assunto, que tanto me seduz e, ao mesmo tempo, causa indignação.

Há muito critico os abusos nas declarações de avaria grossa e chamo a atenção para a necessidade de enfrentar a causa antecedente a fim de saber se um caso merece ou não o selo da avaria grossa. Agora, essa velha crítica é revigorada pelos estudos coimbrãos e pela inserção de conceitos como estado de necessidade e abuso de direito.

Por isso, neste modesto artigo aproveito parte substancial do meu projeto de tese e antecipo o discurso que informará a futura defesa.

¹ O autor é advogado, doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito dos Seguros pela Universidade de Salamanca e Universidade de Montevidéu, acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência e autor de livros de Direito dos Seguros e de Direito dos Transportes.

Estou convicto de que os abusos nas declarações devem ser firmemente combatidos pelos donos de cargas e seus seguradores; julgo até anacrônica essa figura, sobretudo à luz da melhor inteligência da responsabilidade civil.

É disso que pretendo tratar neste estudo, oferecendo em boa-fé alguma contribuição para o fomento do Direito Marítimo, naquilo que se relaciona com o Direito Civil, o Direito Processual Civil e, de modo especial, o Direito dos Seguros. Espero ser feliz neste propósito, sendo certo que a preocupação maior é valorizar a imputação de responsabilidade civil integral do transportador marítimo de cargas, causador de danos e prejuízos.

Palavras-chave: Avarias. Avaria Grossa. Avaria Simples. Mutualismo. Navegação. Sacrifício heroico. Convenções Internacionais. Repartição de prejuízos. Conduta danosa. Estado de necessidade. Causalidade adequada. Causa antecedente. Imputação de responsabilidade. Reparação Civil Integral. Anacronismo normativo.

II

Longa introdução: a avaria grossa e a importância do seu estudo

Paradigmas e paradoxos, causa antecedente e abuso de direito

Defesa incondicionada no princípio da reparação civil integral

A avaria grossa é um antigo instituto de Direito Marítimo, de reconhecimento universal. Consiste na avaria deliberadamente causada pelo comandante de navio cargueiro, diante de veraz estado de necessidade, com objetivo de evitar males maiores. Sacrifica-se, por exemplo, parte das cargas a bordo para proteger pessoas, o meio-ambiente, a embarcação e a maior quantidade possível de outras cargas. Desse sacrifício, que tem algo de heroico, decorre um efeito principal: a repartição dos prejuízos entre todos interessados da viagem. Todos responderão proporcionalmente aos seus interesses econômico-financeiros. A ideia nuclear é esta: se todos perderem um pouco, ninguém perderá demais. Há nisso algo de mutualismo, que é um dos princípios do negócio de seguro.

Muitos estudiosos dizem que a avaria grossa influenciou a gênese do contrato de seguro. Por isso, ela é também chamada de avaria comum. O que a distingue da avaria simples não é sua gravidade ou sua extensão material, mas a voluntariedade. Sua declaração é prerrogativa do comandante do navio e, como tal, ato unilateral. Inicialmente, a não adesão pelos interessados, donos de cargas, implica ônus pesados. Nota-se, porém, algum abuso na quantidade de declarações em todo o mundo, e muitos dos sinistros sob seu signo, quando regulados atentamente, revelam ser de outra ordem, típicas avarias simples, com a consequente imputação de responsabilidade ao transportador e dever de reparação civil integral dos prejuízos.

A cuidadosa decantação do estado de necessidade e o estudo da causa antecedente são vitais para o reconhecimento da avaria grossa como tal. O estado de necessidade há de ser sempre induvidoso e a causa antecedente, fortuita. Se a causa for provocada pelo próprio navio (por exemplo, por falha de manutenção dos equipamentos de bordo), a declaração de avaria grossa deverá ser desqualificada, com significativa mudança no regime de responsabilização civil.

Para este artigo, será especialmente proveitosa a experiência profissional que adquiri como advogado de seguradoras de cargas em procedimentos administrativos e litígios judiciais envolvendo alguns dos maiores casos de avaria grossa (ou de falsa avaria grossa) no mundo. Diante da escassa produção científico-acadêmica sobre o tema, é plausível supor que este estudo será, em muitos aspectos, pioneiro. Sua proposta é estabelecer um diálogo entre disciplinas: Direito Civil, Direito Empresarial e Direito Marítimo. No tocante ao Direito Civil, o ponto de partida será a análise do estado de necessidade, seguida pela abordagem da responsabilidade civil.

O que se pretende neste artigo, não esconde, é defender a extinção da avaria grossa ou, ao menos, exigir maior rigor nas declarações unilaterais emitidas por comandantes de navios cargueiros. Trata-se, com isso, de promover a defesa dos direitos dos donos de cargas e de seus seguradores, submetidos com frequência a circunstâncias que não provocaram e por conta das quais acabam sendo os principais prejudicados.

O artigo, com a pretensão de servir de alicerce à futura tese, sustentará o anacronismo do conceito de avaria grossa, por se mostrar incompatível tanto com o atual estado da técnica na navegação quanto com os fundamentos do Direito Civil

contemporâneo, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil daqueles que manejam fontes potenciais de dano ou exercem atividades de risco.

O desejo é o de amalgamar o Direito Civil, o Direito Marítimo e o Direito dos Seguros, diretamente. E todos ao Direito Processual Civil que, no Brasil, é o responsável pela normatização do instituto.

A responsabilidade civil é um dos temas mais importantes do Direito Civil, com imediato reflexo no Direito do Seguro. Não há dúvida, portanto, de que é mesa para discussões intensas e debates acalorados. Esse é um ramo em evolução constante. Primeiro com as fontes mediatas, a doutrina e a jurisprudência; depois com a fonte imediata, a lei.

Dentro desse vasto tema um subtema se destaca: a responsabilidade civil do transportador (internacional) marítimo de carga. O que nos leva a destacar esse assunto que ultrapassa os limites do interesse puramente jurídico (se é que existe semelhante coisa) são também as razões históricas, econômicas e sociais que o enlaçam. Não que outros temas não tenham também as suas; evidente que as têm. Só carecem de certas peculiaridades distintivas, as quais, não obstante nada digam de especialmente interessante à primeira vista, num segundo passar de olhos, como nos clássicos da literatura que relemos com redobrado prazer, passam então a nos revelar, numa fenda despretensiosa, um abismo de nuances imprevistas.

Diferenciada, a natureza do contrato internacional de transporte marítimo de carga, seu influxo em outros segmentos pede um estudo constante, voltado à praticidade e efetividade do exercício do Direito. Afinal, temos diante de nós uma atividade bastante ampla, que nos permite navegar não só pelo espaço, mas também pelo tempo.

O transporte marítimo de cargas preserva sua essência sem se deixar atropelar pelas mudanças; mas também não as rejeita; adapta-se a elas, toma-lhes o que convém e, ao fim, visto mais de perto, esse objeto de estudo, apalpado, sentido, farejado, permite que dele se extraia o odor da antiguidade, a praticidade do presente e uma certa docilidade quanto ao futuro.

Fala-se hoje em uma nova cosmovisão do fenômeno jurídico, na necessidade de fazer uma leitura sistêmica, de tratar de forma diferenciada a responsabilidade civil, com novas expressões para os fatos em geral. Sabendo disso, como encarar o estudo e a

aplicação do Direito em relação a um negócio jurídico de caráter tradicional, mas sempre renovado; tão antigo e, ainda assim, tão novo?

Por ocasião da exposição do tema “Nova Fronteira do Direito de Danos”, curso de especialização em Direito do Seguro da 45ª Edição do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Salamanca, o grande professor colombiano Carlos Ignacio Jaramillo em sala de aula, no dia 19 de junho de 2019, disse o seguinte: “há um grande paradoxo, porque quando se fala em modernidade, fala-se em antiguidade; que na leitura do passado, encontram-se as raízes do presente e a visão segura do futuro”.

E não há como discordar. As coisas de fato são assim. É justamente o balanço entre presente e passado, o sopesar prudente de suas mais significativas distinções, que nos fornece as respostas para o futuro.

Segundo o professor, o Direito de Danos (a responsabilidade civil) exige hoje “uma abordagem social, mais ampla e conectada ao constitucionalismo”. Abordagem especialmente cara quando se fala de responsabilidade civil do transportador internacional marítimo de cargas em relação ao Direito do Seguro, notadamente a parte que trata do resarcimento em regresso do segurador sub-rogado na pretensão original do seu segurado, o dono da carga danificada durante um transporte imperfeitamente executado.

O objetivo aqui é, sobretudo, mostrar um fascinante paradoxo, despertar o interesse pelo improvável: um país que, a despeito de seus numerosos problemas, pode realmente ser modelo de justiça num segmento tão complexo como a responsabilidade civil do transportador internacional marítimo de cargas e o dever de resarcimento em regresso integral ao segurador sub-rogado; assunto em que se unem, dedo a dedo, em inquebrantável vínculo de amizade, o Direito Marítimo, o Direito de Danos, o Direito Civil, o Direito Internacional Privado e o Direito do Seguro.

Enfrentar a avaria grossa pelos olhos do Direito Civil é parte integrante desse esforço em defesa da imputação de responsabilidade integral ao causador do dano.

E dizer que neste sentido o Brasil ostenta tão exemplar ordenamento não é coisa que se deva a patriotismos ou coisas do gênero. Absolutamente. A fé católica nos traz uma visão menos afeita a exageros patrióticos; instiga no peito do fiel um vislumbre da beleza na universalidade — desde que pela cruz. Além disso, a ascendência europeia nos

faz conectados, pelo espírito dos tempos idos, ao mais importante dos continentes, como se fosse o nosso próprio.

Nossa motivação está fundada na racionalidade, no empirismo vital da profissão, na defesa dos princípios fundamentais do negócio de seguro e do princípio da reparação civil integral. E assim nesta matéria, ao compasso duma liturgia, comungamos da amplitude e integralidade da reparação civil, afigurando-nos nada menos que inaceitável a proteção dirigida a quem causa danos.

Outro detalhe a trabalhar é a constatação de que o resarcimento do segurador sub-rogado não finda em sua pessoa, residindo a função social da atuação no princípio do mutualismo. Essas normas limitadoras (e a avaria grossa carrega parte desse espírito) podem o quanto queiram ser construções políticas ou econômicas. Mas não essencialmente jurídicas. Por chocar-se com o direito natural, por ferir o sentimento humano de justiça, acabam perdendo sua razão de ser, ainda que se enfeitem pelo pragmatismo do dia. Não que a política e a economia não possam influenciar o Direito; podem, e o fazem em alguma medida. Só não podem ser o seu coração, o centro de sua existência.

Nesse contexto é de se enfrentar as declarações de avarias grossas; e enfrentá-las com base na experiência jurídica brasileira, a nosso ver mais saudável que as de outros ordenamentos jurídicos; mesmo aqueles com tradição jurídica mais robusta e sólida. O sistema legal do Brasil não recepciona nenhuma Convenção Internacional de Direito Marítimo. E esse detalhe, esse dar de ombros às modas globalizantes, neste caso, mas não só nele, faz diferença no trato com a responsabilidade civil: cria uma blindagem frente à concupiscência politiqueira, não raro submissa a interesses menos nobres.

Nesse esforço, revela-se especialmente relevante a doutrina civilista portuguesa, notável pela densidade com que trata o estado de necessidade. É dela que se extrairão os principais argumentos para sustentar a análise da causa antecedente de um sinistro marítimo rotulado como avaria grossa. A depender dessa causa, se fortuita ou não, e da adequada avaliação do estado de necessidade, será possível (ou não) requalificar a avaria grossa como simples.

Os efeitos da conversão são profundos. Em vez da justificação do dano voluntário, a configuração do ato ilícito. Em vez da repartição proporcional de prejuízos, a imputação integral de ônus ao transportador marítimo.

A declaração de avaria grossa possui um corpo, que assume a função de instrumento de um negócio jurídico. Por isso, em nosso modesto entender, revela-se em muitos aspectos abusiva e, como tal, deve ser tratada pelo Direito.

As cláusulas unilaterais impostas por transportadores nesses instrumentos de adesão, que são os contratos de transporte marítimo, quando não tidas por abusivas, eivadas de assimetria jurídica, são ineficazes ou inválidas. A visão brasileira permitiu tratar da responsabilidade civil do transportador com o rigor do equilíbrio. E então, marcada pelos princípios fundamentais do Direito e pela função social das obrigações, premia a vítima do dano ou o segurador dela, jamais o autor do ilícito.

O Brasil não reconhece o dirigismo contratual. Seu ordenamento, suas leis, suas decisões judiciais esvaziam o efeito dessas cláusulas, tiram-nas à ponta da faca, porque, no caso do transporte marítimo, são onerosas a embarcadores e consignatários de cargas, porém estranhamente benéficas a transportadores e afins. Cláusulas feitas de “eleição de foro”, de “compromisso” arbitral e de limitação de responsabilidade, por exemplo, não vigem no Brasil.

Portugal também não reconhece o dirigismo contratual e as cláusulas abusivas. No campo específico do Direito dos Transportes, notadamente sua porção maritimista, porém, as cláusulas de limitação de responsabilidade, das quais as que tratam da avaria grossa, são espécies, sofrem influência do Direito Europeu e das Convenções Internacionais, com um consequente abrandamento.

O confronto das visões jurídicas do Brasil e de Portugal ajudará na elaboração dos argumentos em favor da adequação da avaria grossa ao tempo presente e, em seguida, de sua extinção.

Longe de casuísmo jurídico, essa forma de encarar o Direito, já antiga no Brasil, preserva também sua aptidão à vanguarda, ajustando-se como luva à mão ao modo como se deve interpretá-las ainda hoje. Justo é premiar o acesso à jurisdição, garantia constitucional fundamental em quase todos os sistemas legais do mundo ocidental, e o

princípio da reparação civil integral, um dos principais objetos de estudo deste trabalho — senão o verdadeiro centro dele.

A coisa muda quando o protagonista do interesse é o segurador sub-rogado na pretensão original do dono da carga, segurado de apólice de seguro de transporte internacional de carga. Pois, se tal dinâmica já se ergue como uma injustiça em relação ao dono da carga, obrigado a aceitar a abusividade das disposições unilaterais do transportador, quem dirá ao segurador, que é nem parte do contrato de transporte, nem pôde anuir com nada.

Ela jamais lhe poderá ser oponível; primeiro porque isso seria contrário à lei brasileira, simpática à ideia de voluntariedade, segundo porque a mera formulação da hipótese já aponta uma injustiça plena e radiante. Dois pontos que se desenrolarão nas linhas seguintes, como um tecido que se desfaz.

Sendo o mercado segurador quem arca, em última instância, com a conta final, torna-se ainda mais pertinente o enfrentamento da avaria grossa, para que ele não se veja obrigado a suportar as consequências de uma atividade da qual não participa diretamente, o transporte de cargas.

É preciso dizer: nisso o sistema legal brasileiro é digno de reconhecimento. Defende, e muitíssimo bem, os princípios do mutualismo, da autonomia da vontade, do resarcimento e da reparação civil integral. Faz do Brasil um país com uma abordagem do Direito Marítimo a qual, além de interessante em si mesma, se mostra principalmente justa e orientada à luz de princípios como os da proporcionalidade, isonomia, equidade e razoabilidade, guiada por um aroma mais íntimo aos olfatos jusnaturalistas.

É a partir daí que trataremos do direito de regresso do segurador sub-rogado contra o transportador marítimo de cargas inadimplente. Sempre à vista do princípio da reparação civil integral, sempre mostrando a necessidade de tratar de maneira mais condizente com o Direito Atual os temas que ligam Direito de Danos, Direito Marítimo e Direito do Seguro, em reconhecimento à visão social no seio de uma sociedade marcada por danos e responsabilidades.

Repaginar a avaria grossa é necessário. É, antes de tudo, correto. Por isso, importará tudo o que há contra as cláusulas restritivas de direitos, quando impostas unilateral e abusivamente, e em favor da reparação civil integral.

O diálogo entre o sistema brasileiro e o português (europeu, a reboque) se fará presente em toda a tese e constituirá a conclusão.

Em resumo:

O objeto desta investigação é a avaria grossa, figura própria do Direito Marítimo, analisada sob a perspectiva do Direito Civil, especialmente no que toca ao estado de necessidade, que compõe seu conceito, e à responsabilidade do transportador marítimo de cargas, seu declarante. E **o que motiva essa escolha** é a prática profissional, que impõe a necessidade de uma abordagem acadêmica mais aprofundada. A avaria grossa talvez já não faça sentido nos dias atuais, e sua eventual permanência é questão que exige reflexão densa e crítica.

Sobre **o estado da arte na matéria**, pode-se dizer que há na comunidade internacional certo acomodamento. Por se tratar de instituto antigo — que precede o próprio negócio de seguro, por exemplo — pouca gente se dispõe a enfrentá-lo. Ainda assim, reclama-se muito dos seus efeitos, das injustiças econômico-financeiras que acarreta, mas pouco se faz para a promoção de efetivas mudanças quanto aos abusos nas declarações ou, mesmo, como será proposto na tese, sua extinção (por anacronismo e incompatibilidade com a visão atual em quase todo o mundo da responsabilidade civil em relação às atividades consideradas fontes de riscos). A visão puramente maritimista da avaria grossa é insuficiente para legitimamente proteger os direitos e interesses dos donos de cargas e seus seguradores. Esse acomodamento, que chama a si mesmo pelo errado nome de “tradição”, impede o debate fecundo e a evolução dos arquétipos do tema. Definitivamente, **a solução dispensada até agora não nos serve**, e a natureza especial do transporte marítimo de cargas não é justificativa para ignorar as figuras legais do Direito Civil. A proteção da avaria grossa tem mais a ver com os interesses militares dos EUA e do Reino Unido do que com o Direito. Por serem países protagonistas de guerras, protegem sua indústria naval e os armadores em geral. O que, apesar de comprehensível, influencia as convenções internacionais de Direito Marítimo e protege, não raro de modo exagerado, armadores e transportadores marítimos em geral. A **solução para o assunto, penso eu, é a abordagem civilista**.

Os objetivos propostos neste artigo são: 1) explicar a avaria grossa, sua história e importância; 2) analisar como ela é encarada hoje e como deveria ser doravante; 3) tratar

detalhadamente o estado de necessidade; 4) escrutinar a causa antecedente do ato de avaria grossa como algo válido ou não para sua justa declaração e a responsabilidade civil objetiva dos transportadores marítimo de cargas; 5) abordá-la sob a ótica civilista, que é mais adequada do que a maritimista (em que pese o princípio da especialidade); acusar academicamente os abusos nas declarações que são promovidas por armadores, unilateralmente; 5) defender a imputação integral de responsabilidade dos transportadores marítimos em situações de danos; e 6) propor a extinção ou, ao menos, a remodelação conceitual.

Enfim, propõe-se o **aprofundamento do tema, com a devida riqueza acadêmica**, a fim de melhor balizar o tratamento profissional

III

A essência da avaria grossa e a causa antecedente: o veraz estado de necessidade como elemento fundamental para o evitamento de abuso de direito.

O desejo fundamental neste estudo é o repensar o antigo e consagrado instituto da avaria grossa, dando-lhe novos contornos e, mesmo, pugnando-se pela sua extinção, dado seu anacronismo e descabimento com o atual domínio do estado da técnica da navegação.

Se não for dada ao presente estudo, ainda que breve, a arte de estabelecer nova convicção, que ao menos a dúvida seja por ele instigada, conforme o bom conselho de Goethe: “*Na verdade só sabemos o quanto pouco sabemos – com o saber cresce a dúvida*”

E que essa dúvida permita repensar o tema, algo necessário para que haja mais paridade e simetria nos negócios de transporte de cargas, e maior justeza na apuração dos danos deles decorrentes.

A avaria grossa pode ser explicada, senão definida, como aquela voluntariamente causada pelo comandante do navio ou por quem lhe fizer as vezes, diante

da situação de perigo, a fim de evitar mal maior — ou seja, proteger as pessoas, o meio-ambiente, a embarcação e a maior parte das cargas.

Trata-se, então, de dano conscientemente causado, com vistas ao bem comum. Daí a alcunha tradicionalmente dada de sacrifício heroico.

Nuno Aureliano², tratando do tema sob a ótica do Direito Português, diz que a “*regulação das avarias grossas ou comuns consta do CCom, que as define, no § 1º do art. 635º, como “todas as despesas extraordinárias e os sacrifícios feitos voluntariamente com o fim de evitar um perigo pelo capitão ou por sua ordem, para a segurança comum do navio e da sua carga desde seu carregamento e partida até ao seu retorno e descarga”*”.

E, ao buscar a estabilidade do Direito Marítimo e a tradição dessa figura jurídica, o jurista português ainda afirma que a “*sua distinção das avarias simples ou particulares opera de acordo com um critério da vontade, consubstanciando uma manifestação da solidariedade interna no Direito marítimo cuja consagração remonta, pelo menos, à Lex Rhodia de Jactu.*”³

Não poderia concordar mais com o autor e enxergo a natureza universal do conceito de avaria grossa, destacando que o elemento volitivo é o que a distingue da avaria particular. De fato, ela é deliberadamente provocada, diante do estado de necessidade (o verdadeiro), para evitar um mal maior e salvaguardar os legítimos interesses em questão.

Sua declaração é unilateral, ato soberano do comandante do navio, e o efeito imediato é a repartição dos prejuízos entre todos os participantes da viagem marítima, proporcionalmente aos seus interesses econômico-financeiros. E é por essa repartição, espécie de mutualismo, que é também conhecida como avaria comum.

Então, em vez de o responsável pela viagem (o transportador) responder integralmente pelos prejuízos, haverá um rateio entre todos os envolvidos no cenário danoso, embarcadores e consignatários de cargas (e/ou seus seguradores).

² In “A Salvação Marítima”, Almedina, Coimbra: 2006, p. 78-79

³ *Idem Ibidem*. NOTA: o autor cita Vialard e faz comentários adicionais sobre a tradição jurídica mesopotâmica da avaria grossa e, reportando-se a outros autores, ironiza a condição de “vaca sagrada”, ao tempo em que acusa “uma má saúde de ferro”, que é algo que se acusa neste artigo.

A regulação do sinistro sob o selo de avaria grossa se dará segundo essa perspectiva de rateio de prejuízos e de mitigação substancial da responsabilidade do transportador, o causador da avaria, quando não acabar completamente excluída.

Uma vez declarada a avaria, seus efeitos jurídicos e econômico-financeiros são imediatamente projetados, postos em marcha de uma forma tal que, se algum dos donos de cargas se insurgir, no calor dos fatos, aos termos da declaração, poderá o transportador aplicar sanções administrativas, incluindo reter-lhe a carga.

Há até um abuso por parte dos transportadores marítimos de cargas, especialmente os armadores, nas declarações de avaria grossa. Boa parte dos sinistros marítimos são assim tratados desse modo indevido. O abuso se dá porque as declarações são unilaterais e raramente questionadas enquanto os fatos se desenrolam. O objetivo é sempre o de repartir os prejuízos dos danos, em vez de se imputar a responsabilidade a quem de direito, com as consequências óbvias relativamente às reparações integrais.

Podemos, então, enxergar nessas declarações abusivamente realizadas um verdadeiro **abuso de direito**.

Uma vez investigado o **estado de necessidade** e devidamente apurada a **causa antecedente**, abre-se a forte possibilidade de se combater a avaria grossa, convertendo-a em avaria simples, com a consequente imputação de responsabilidade exclusivamente ao transportador marítimo, verdadeiro protagonista do dano.

Este é o primeiro objetivo deste ensaio e talvez o menos difícil de sustentar, visto que esse enfrentamento já se verifica no mundo dos fatos, ainda que em momento posterior aos acontecimentos que deram origem às alegadas avarias grossas.

É preciso discutir a avaria grossa e, com base no estudo da **causa antecedente**, verificar se determinada situação se ajusta, de fato, ao verdadeiro conceito do instituto. Para isso, é fundamental enfrentar a noção de **estado de necessidade**; daí a pertinência de uma abordagem civilista a esse tema tradicionalmente tratado no âmbito do Direito Marítimo.

E, ao considerar a configuração ou não do estado de necessidade no caso concreto, cumpre também examinar a validade da declaração de avaria grossa, valendo-se, para isso, de outra importante figura do Direito Civil: o abuso de direito.

Sobre o estado de necessidade, **Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa**⁴, jurista portuguesa, ensina que o “*estado de necessidade consubstancia, assim, a situação na qual uma pessoa se vê constrangida e destruir ou danificar “coisa alheia” com o fim de remover o perigo de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer do terceiro*”.

Evidentemente, o estado de necessidade, no contexto do transporte marítimo de cargas, não pode decorrer de conduta inadequada do próprio transportador, sob pena de se corromper por completo o conceito de avaria grossa e de o Direito favorecer quem não faz jus a qualquer isenção de responsabilidade. É sabido que o estado de necessidade exclui a ilicitude da conduta danosa e, a depender das circunstâncias, como a proporcionalidade e a razoabilidade entre os interesses em confronto, também o dever de indemnizar. Mas não é menos sabido que, sobretudo nos transportes de cargas, a situação de necessidade iminente não pode ter sido provocada pelo próprio autor do dano, isto é, pelo transportador.

A investigação da **causa antecedente** serve justamente a isto: identificar a veracidade e a robustez do estado de necessidade, bem como sua aptidão para fundamentar, ou não, a validade e a eficácia da declaração de avaria grossa.

Já passou da hora de os donos de cargas ou seus seguradores enfrentarem, seja no momento imediato ao ocorrido, seja posteriormente, o **abuso de direito** representado pela declaração unilateral e imotivada de avaria grossa. É preciso também inibir o poder de retenção da carga que o declarante detém e que, muitas vezes, é o elemento que leva a comunidade de interessados na viagem a aceitar uma declaração flagrantemente desprovida de fundamentos mínimos.

Estado de necessidade e abuso de direito são as expressões jurídicas poderosas aqui invocadas para evitar a proliferação indevida de declarações e defender o princípio da reparação civil integral. Este é, repita-se, o **primeiro objetivo** e o que é possível de se atingir imediatamente.

Para tanto, é necessário verificar a existência de um **direito justificador**, aqui entendido em sentido amplo ou impróprio, cuja aferição depende da análise da causa

⁴ In “O tríptico da exclusão da ilicitude”, Gestlegal, Coimbra: 2023, p. 156-157

antecedente. Se essa causa, anterior ao dano voluntário, não for fortuita, mas decorrer de falha do transportador, não haverá avaria grossa. Nessas hipóteses, ainda que presente o estado de necessidade, ele não afastará as implicações de ordem civil, podendo no máximo atenuar eventuais sanções administrativas. Impõe-se, assim, a desqualificação da avaria grossa e a imputação integral de responsabilidade ao transportador, sem qualquer traço de mutualidade na repartição dos prejuízos.

Ora, se a causa antecedente não for fortuita, **não** haverá **direito justificador**, e sim **abuso de direito**.

Imagine a seguinte situação: colapso do motor do navio, e o comandante se vê obrigado a lançar ao mar parte dos contêineres a bombordo, a fim de manter a navegabilidade e evitar o afundamento. Estado de necessidade? Sem dúvida. Direito justificador? Não, pois a regulação do sinistro identificou falha inescusável na manutenção de componentes do motor. Há, portanto, culpa do transportador, que agiu com desídia. Nesse caso, a declaração de avaria grossa não se apresenta como ato legítimo, mas como típico exemplo de abuso de direito.

Para essa ilustração e em defesa do primeiro objetivo deste estudo, que é a parcimônia na declaração de avaria grossa e, consequentemente, a possibilidade de sua desclassificação quando caracterizado o abuso de direito, recorre-se mais uma vez à sólida doutrina de **Mafalda Miranda Barbosa**⁵, que, ao confrontar o Código Civil português e o alemão, bem concluiu: “*Parece-nos, portanto, que o âmbito de relevância do estado de necessidade deve ficar circunscrito às situações em que o perigo atual gerado pela coisa resulta de suas próprias forças, sem interferência daquele que detém sobre ela um qualquer direito ou que tem o dever de vigiar, e bem assim às situações em que, não estando em causa um perigo gerado pela coisa, avulta um perigo que emerge sem interferência do sujeito contra o qual se age em estado de necessidade*”.

Portanto, ainda que se invoquem Convenções Internacionais de Direito Marítimo, a veracidade da avaria grossa dependerá da análise do binômio estado de necessidade e abuso de direito, com especial atenção à causa antecedente e à existência de um efetivo direito justificador. Em outras e grifadas palavras: **não basta a ocorrência**

⁵ Op. Cit., p. 165

do estado de necessidade, é preciso verificar se ele não foi previamente provocado pelo próprio transportador; não basta o direito de declarar a avaria grossa, mas, sendo essa uma declaração unilateral, importa saber se ela se apoia em um verdadeiro direito justificador ou se configura exercício abusivo de direito.

E tudo isso ganha ainda mais sentido quando se observa o que dispõe o Direito brasileiro acerca do dever de indenizar mesmo diante do estado de necessidade. Nem sempre a exclusão do caráter ilícito da conduta implica a isenção do dever de reparação, seja ela integral ou proporcional ao dano causado.

Felipe Braga Netto⁶ é bastante didático a respeito: “*Quem pratica um ato em estado de necessidade pratica um ato lícito (Código Civil, art. 188, II). Estamos diante de uma excludente de ilicitude. Embora seja um ato lícito, dele decorre o dever de indenizar (Código Civil, art. 929 e 930). O STJ reconhece que “o estado de necessidade não afasta a responsabilidade civil do agente, quando o dono da coisa atingida ou a pessoa lesada pelo evento danoso não for culpado pela situação de perigo” (STJ, REsp 1.278.627). O dever de indenizar existirá, como bem frisou o acórdão, se a pessoa lesada não for culpada pela situação de perigo. Se a pessoa que sofreu o dano for, ela própria, culpada pelo perigo, não haverá dever de indenizar. Na grande parte dos casos a pessoa que sofre o dano não é culpada pelo perigo, havendo a necessidade de indenizar*”.

Aproveitando o que afirma a doutrina civilista, com amparo em orientação da Corte Superior e fundamento no Código Civil, é possível extrair, de forma direta ou por analogia com o que se poderia chamar de “engenharia reversa”, a seguinte inferência para o caso específico da avaria grossa: o transportador não poderá se beneficiar da declaração de avaria grossa e de seus efeitos mutualísticos se ele próprio for o causador da situação fática que originou o estado de necessidade. Nessa hipótese, impõe-se a ele o dever de reparação civil do dano, ainda que sua conduta seja revestida, do ponto de vista administrativo ou segundo as regras de marinaria, de aparência de licitude.

O segundo e principal objetivo deste estudo é propor, de modo frontal, a extinção da avaria grossa. Num cenário em que a navegação dispõe de avançados recursos de engenharia naval, previsão meteorológica precisa e tecnologias de informação

⁶ In “Novo Manual de Responsabilidade Civil”, 5^a ed., São Paulo: JusPodium, 2025, p. 378

altamente sofisticadas, com destaque para a inteligência artificial, a manutenção desse instituto arcaico torna-se difícil de justificar. O tempo da avaria grossa, simplesmente, já passou.

Nos danos decorrentes do transporte marítimo de cargas, quando não amparados pelos conceitos de força maior, caso fortuito, vício de origem ou culpa exclusiva da vítima, deve-se direcionar corretamente a imputação de responsabilidade integral ao único agente cabível: o transportador (armador).

Essa proposta de mudança normativa é relevante porque, em muitos casos, nem mesmo o estado de necessidade justificará a aplicação da avaria grossa. A análise da causa antecedente continuará sendo importante para o primeiro objetivo deste estudo, que trata do controle da abusividade, mas já não será suficiente diante do segundo, maior e derradeiro: sua extinção.

Ainda que se reconheça a configuração técnica do estado de necessidade, a eliminação da avaria grossa impedirá a injusta repartição, ainda que proporcional, dos prejuízos decorrentes de um dano voluntariamente causado para evitar um mal maior. A persistência do instituto, mesmo nesses casos, transfere à comunidade de interessados o custo de um risco que, por justiça e coerência com os fundamentos da responsabilidade civil contemporânea, deve recair exclusivamente sobre o transportador. A mudança de paradigma normativo, compatível com a profunda transformação em curso no estado da técnica, é essencial para que não se esvazie a concepção contemporânea da responsabilidade civil.

É sabido que as sociedades de risco, surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, exigem sistemas de responsabilização civil mais firmes e, por isso mesmo, mais justos. A avaria grossa não se ajusta a essa lógica; ao contrário, contraria seus propósitos sociais ao distribuir os efeitos do dano de forma que dilui a responsabilidade de quem verdadeiramente a deveria suportar.

Daí a necessidade de relativização de seu emprego e, eventualmente, de sua extinção. Essa é a proposta nova, ou ao menos divergente, da tese — que provavelmente não encontrará boa acolhida nos meios maritimistas, empresariais, profissionais e acadêmicos.

Os que militam no Direito Marítimo, muitas vezes com o apoio de civilistas, defendem ardorosamente a avaria grossa, enxergando nela uma forma legítima de mutualismo positivo. A proposta aqui sustentada é, de forma radical, oposta.

Infelizmente, há pouca literatura sobre a avaria grossa em Portugal e no Brasil. Mesmo nos países que mais a defendem, muitas vezes por razões de política de Estado, como o Reino Unido e os Estados Unidos da América, a bibliografia existente não é propriamente robusta.

Por isso, a perspectiva civilista torna-se especialmente importante. O enquadramento do tema pelo Direito Civil, com foco no estado de necessidade e na responsabilidade integral, permitirá uma abordagem inédita, oferecendo aos que se interessam pelo assunto uma nova perspectiva sobre as mesmas circunstâncias.

Como já afirmado, o propósito primeiro deste trabalho é pugnar por mais racionalidade e cautela nas declarações de avaria grossa, considerando-se a causa antecedente de cada sinistro marítimo e, em seguida, a constatação ou não de um verdadeiro estado de necessidade, com todas as suas implicações. O propósito maior, porém, é demonstrar o anacronismo da avaria grossa e sua incompatibilidade com a concepção atual da responsabilidade civil, pleiteando, assim, sua extinção.

A avaria grossa já não se ajusta ao Direito contemporâneo. Pode e deve ser superada, sendo os sinistros e os danos tratados à luz dos princípios da responsabilidade objetiva e das causas legais excludentes. Ou o transportador responde, integral ou parcialmente, ou não responde. Figuras justificadoras, e com todo respeito, comodistas, não podem mais subsistir, sob pena de se perpetuar a injustiça de sacrificar as vítimas do dano em benefício daqueles que o causaram.

IV

Conclusão

Com o avanço da tecnologia aplicada à construção naval e à previsão das condições climáticas e de navegação, a noção de fortuidade já não pode ser compreendida nos mesmos termos do passado. Grande parte do que se convencionou chamar de tradição do Direito Marítimo perdeu sua razão de ser.

A navegação deixou, em grande medida, de ser uma atividade cercada por riscos próprios para se tornar uma atividade geradora de riscos para os outros. Trata-se de um setor essencial ao desenvolvimento econômico global e à circulação de riquezas, mas que representa, ao mesmo tempo, uma fonte potencial de danos às pessoas e ao meio ambiente. Justamente por isso, as normas da atividade têm que ser constantemente revisitadas, atualizadas e aperfeiçoadas, não só segundo os ditames do domínio do estado da técnica, mas segundo a atual forma de se pensar a responsabilidade civil.

Tradição e ortodoxia são valores a serem defendidos em muitas situações; no Direito Marítimo, não. Aliás, incompreensível a insistência em descolar o Direito Marítimo de outros ramos que são maiores e mais importantes: o Direito Civil e o Direito Empresarial.

Nesse contexto, torna-se imprescindível o enfrentamento da avaria grossa, a fim de se combater o constante abuso de direito verificado em suas declarações. Há casos em que a avaria grossa passa longe da realidade dos acontecimentos e o que se tem, em verdade, são situações típicas de avaria particular. O estudo cuidadoso e aprofundado da causa antecedente do estado de necessidade que fundamenta a alegação de avaria grossa é essencial para que os legítimos interessados saibam se o suporte fático corresponde ou não à tipicidade exigida.

As consequências são conhecidas e não podem ser ignoradas. Se houver, de fato, avaria grossa, haverá a repartição proporcional, entre todos os interessados na viagem marítima acidentada, dos prejuízos decorrentes do dano voluntário que evitou um mal maior, caracterizando o mutualismo por excelência. Se, contudo, não houver a devida justificação, a avaria grossa deverá ser desclassificada, com imediata conversão em avaria particular, impondo-se ao transportador a responsabilidade integral e exclusiva pelos prejuízos causados.

A diferença entre o direito justificador e o abuso de direito se revelará a partir do devido e zeloso tratamento dos fatos, especialmente da investigação da causa antecedente do estado de necessidade que motivou a declaração de avaria grossa. Se essa causa não for fortuita, mas provocada pelo próprio declarante, a avaria grossa não subsistirá, ainda que o estado de necessidade esteja configurado. A primeira proposição, portanto, é o combate ao abuso nessas declarações e a busca por razoabilidade e

proporcionalidade, com a prevalência das legislações civis de cada país sobre os casuismos das Convenções Internacionais de Direito Marítimo.

Para além desse combate firme, necessário e urgente, está a segunda e mais ampla proposição: a extinção da figura da avaria grossa. Trata-se de instituto absolutamente incompatível com os modelos contemporâneos de responsabilidade civil, corretamente mais rigorosos com aqueles que exercem atividades de risco e que são potenciais fontes de dano. Esses agentes, exatamente por isso e pelos regimes de responsabilização integral, não podem ser indevidamente beneficiados por antigas formas de tratamento jurídico.

Urge, pois, pôr fim ao artifício que disfarça o desequilíbrio sob o véu da tradição. A avaria grossa, nascida em outro tempo e para outro mundo, já não encontra lugar no Direito que se quer justo, técnico e fiel ao dano e à verdade. Onde há risco assumido, que haja responsabilidade. E onde houver dano, que não se diluam as consequências, mas se imponha a reparação.

Bibliografia

AURELIANO, Nuno. “A Salvação Marítima”, Coimbra: Almedina, 2006;

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação”. Princípia, 2013

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “Causalidade Fundamentadora e Causalidade Preenchedora da Responsabilidade Civil”. Gestlegal, 2025

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “O tríptico da exclusão da ilicitude”, Coimbra: Gestlegal, 2023;

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “Teoria Geral do Direito Civil”, Gestlegal, Coimbra: 2023.

BRAGA NETTO, Felipe. “Novo Manual de Responsabilidade Civil”, 5^a ed., São Paulo: JusPodium, 2025

BERNSTEIN, Peter L., “Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco”, Rio de Janeiro: Campus.

CAMPOS, João Vicente, “Dos Sinistros Marítimos”, São Paulo: Forense

CREMONEZE, Paulo Henrique, *Prática de Direito Marítimo*, 5^a Edição, Revisada e Ampliada, São Paulo, Aduaneiras, 2023

GOLDBERG, Ilan e JUNQUEIRA. Thiago (coord.), “Direito dos Seguros em Movimento”, Foco, Indaiatuba: 2024.

SIMAS, Hugo, *Compendio de Direito Marítimo Brasileiro*, São Paulo: editora Saraiva, 1938.