

A AVARIA GROSSA E A CAUSA ANTECEDENTE

***Do estado de necessidade ao abuso do direito: razões pelas quais a avaria declarada sobre causa culposa é, em verdade, avaria particular.
A anatomia da causa antecedente***

Paulo Henrique Cremoneze e Rubens Walter Machado Filho

1. Introdução: um instituto milenar sob suspeita

Consideramos o tema avaria grossa como um dos mais importantes na intersecção do Direito Marítimo e o Direito dos Seguros. Importante e polêmico, por assim dizer.

A experiência profissional e a postulação do ressarcimento em regresso da carteira de seguro de transportes em favor do mercado segurador autoriza-nos dizer – e o fazemos de modo absolutamente respeitável – que o tema é tratado de modo indevido e os donos de cargas e seguradores brasileiros arcam com prejuízos milionários, senão bilionários.

Estamos muito seguros de que a maioria dos casos tratados como sendo de avaria grossa são, em verdade, tipicamente de avaria particular, com reflexos imediatos e negativos nos planos de imputação de responsabilidade aos transportadores marítimos e do eficaz e integral ressarcimento em regresso.

Donos de cargas e seus seguradoras suportam prejuízos que deveriam ser abraçados, legal e moralmente, pelos transportadores marítimos.

Daí nossa motivação neste ensaio, que é, mais do que informativo, propositivo.

Vejamos!

Poucos institutos do Direito Marítimo ostentam linhagem tão longa quanto a avaria grossa. Da *Lex Rhodia de iactu*, recolhida no Digesto de Justiniano¹, à formulação clássica de *Lawrence J em Birkley v. Presgrave* (1801), e daí às sucessivas edições das Regras de York-Antuérpia, o instituto atravessou dois milênios praticamente inalterado, apoiado numa intuição de justiça comutativa de rara elegância: o que foi sacrificado em benefício de todos deve ser suportado por todos.

¹D. 14, 2, 1 (Paulo, liv. II, Sentenças): "Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus iactum est.

Ousamos assim dizer: quando todo o mundo perde um pouco, ninguém perde demais. Por isso consideramos, ao menos em sua gênese, elegante o conceito de avaria grossa e não pecamos por exagero ao afirmarmos que seus arquétipos foram e são informadores do próprio negócio de seguros.

Sucedem que a longevidade tem servido, na prática contemporânea, menos de credencial do que de salvo-conduto. A avaria grossa converteu-se, em número não desprezível de casos, em expediente de socialização de prejuízos que, examinados na origem, jamais deveriam ter sido socializados. Declara-se a avaria grossa; nomeia-se o regulador; exige-se garantia dos consignatários e seguradores de carga; retém-se a mercadoria até que a garantia seja prestada. Todo esse maquinário se põe em marcha antes — e frequentemente em lugar — de qualquer investigação séria sobre a razão pela qual o navio se viu em perigo.

Antecipamos o que neste ensaio proporemos: reside aí a crítica que fazemos ao modo errado como a avaria grossa tem sido tratada, pois dela se abusa não para a obtenção dos fins originários e, sim, para servir como biombo da imputação integral de responsabilidade civil ao transportador marítimo. Em outras palavras: as vítimas suportam prejuízos como se fossem beneficiárias daquilo que se lhes foi indevidamente imposto.

É precisamente esse ponto cego que este ensaio pretende iluminar. A tese aqui sustentada pode ser enunciada em poucas linhas: o ato de avaria grossa é um ato praticado em estado de necessidade; o estado de necessidade, no Direito Civil brasileiro, é causa de exclusão da ilicitude, mas não de exclusão do dever de indenizar quando o próprio agente houver dado causa ao perigo; logo, a legitimidade da declaração de avaria grossa depende da natureza da causa antecedente. Se a causa antecedente é fortuita, há verdadeira avaria grossa e há rateio. Se a causa antecedente deriva de **culpa do transportador** — vício do navio, inavaliabilidade, falha de manutenção, erro de estiva, negligência do comandante ou da tripulação —, **não há avaria grossa**: há avaria particular, e a consequência é a imputação integral da responsabilidade ao transportador. Ninguém pode beneficiar-se do prejuízo que causou.

2. A avaria grossa: conceito, requisitos e fundamento

A definição de referência na doutrina brasileira continua sendo a de **Theophilo de Azeredo Santos**, para quem

*"as despesas extraordinariamente feitas e os danos sofridos para o bem e salvação comum das mercadorias e do navio são avarias grossas ou comuns. Chamam-se comuns porque são suportadas em comum, tanto pela coisa que sofreu o dano, como pelas que foram conservadas em razão da despesa ou dano realizado. São denominadas grossas porque devem ser pagas pelo grosso ou universalidade do navio e da carga."*²

2SANTOS, Theophilo de Azeredo. Direito da Navegação (marítima e aérea): doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 361. A passagem é a mais reproduzida pela doutrina marítima brasileira contemporânea

Sem de modo algum desprestigiar a doutrina tradicional e o grande mestre de todos nós, ousamos definir a avaria grossa como o ato danoso voluntariamente praticado pelo comandante da embarcação ou por quem fizer suas vezes, diante de iminente ou efetivo estado de necessidade, com o nobre objetivo de evitar mal maior e salvar pessoas, meio-ambiente, a maior parte das cargas a bordo e a própria embarcação. Se a causa antecedente ao estado de necessidade não for provocado por imperícia, negligência ou imprudência do próprio transportador marítimo e se resultar em efetivo bem-comum, sua declaração há de ser reconhecida com todos as consequências legais, notadamente a repartição proporcional dos prejuízos entre todos os interessados na viagem.

O **Código Comercial de 1850**, cuja Parte Segunda permanece em vigor no que toca ao comércio marítimo, principia por um conceito amplíssimo de avaria: "*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*"³. Em seguida, o **art. 763** opera a bipartição fundamental: "*As avarias são de duas espécies: avarias grossas ou comuns, e avarias simples ou particulares. A importância das primeiras é repartida proporcionalmente entre o navio, seu frete e a carga; e a das segundas é suportada, ou só pelo navio, ou só pela coisa que sofreu o dano ou deu causa à despesa*"⁴.

O **art. 764** enumera vinte e um casos de avaria grossa e encerra com cláusula geral que sintetiza os requisitos do instituto: "*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 [...], em bem e salvamento comum do navio e mercadorias*"⁵. Extraem-se daí, com nitidez, os pressupostos clássicos: (i) voluntariedade e deliberação do ato; (ii) perigo real e iminente; (iii) finalidade de salvação comum; (iv) razoabilidade e proporcionalidade; e (v) — o requisito habitualmente esquecido — imprevisibilidade do desastre, isto é, fortuidade da causa.

Numa P. do Valle, em obra de 1921, já advertia contra a leitura frouxa do instituto:

*"Será que todos os danos sofridos e todas as despesas feitas á beneficio e para salvação commum do navio e sua carga constituam avarias grossas? — Não; serão sómente aquelles danos praticados voluntaria e deliberadamente pelo capitão, com o objectivo de beneficio e salvamento commum, e se justificarem por um perigo iminente e irresistivel de perda total do navio e de sua carga."*⁶

³Código Comercial, art. 761.

⁴Código Comercial, art. 763.

⁵Código Comercial, art. 764, cláusula geral de encerramento, que remete ao art. 509 quanto às deliberações motivadas.

⁶VALLE, Numa P. do. *Avárias Marítimas*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921, p. 10. Grafia original mantida.

O fundamento último do instituto é de equidade, e não de contrato. **Hugo Simas** o disse em fórmula insuperável: a avaria comum "*baseia-se [...] naquelle alto princípio da equidade que não tolera se locuplete alguém com a jactura alheia*"⁷. Registre-se a advertência, porque ela é decisiva para tudo quanto se seguirá: se o instituto existe para impedir que alguém se locuplete com o sacrifício alheio, seria contradição performativa admitir que ele sirva justamente para que o transportador culpado se locuplete com o sacrifício da carga inocente.

3. O estado de necessidade como núcleo do ato de avaria grossa

A doutrina marítima costuma descrever o ato de avaria grossa em vocabulário próprio — "sacrifício deliberado", "ato do comandante", "deliberação motivada" — como se se tratasse de categoria autônoma, imune às construções gerais do Direito Civil. Não é. O ato de avaria grossa é, tecnicamente, um ato praticado em estado de necessidade: o comandante destrói ou deteriora coisa alheia (a carga) para remover perigo iminente que ameaça a totalidade da expedição.

O **Código Civil de 2002** disciplina a figura no **art. 188, II**, segundo o qual não constituem atos ilícitos "*a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente*", acrescentando o parágrafo único que "*o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo*"⁸. O alijamento de contêineres, o encalhe voluntário, o corte de amarras, a inundação deliberada de um porão para combater incêndio — todos são, sem exceção, hipóteses de estado de necessidade.

Ocorre que, no sistema brasileiro, a licitude do ato necessário não implica gratuidade do dano. É esta a lição corrente da doutrina civilista: o ato praticado em estado de necessidade é lícito, mas dele decorre o dever de indenizar, nos termos dos **arts. 929 e 930 do Código Civil**⁹. E os dois dispositivos são de leitura obrigatória para o maritimista:

"Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram."

*"Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado."*¹⁰

⁷SIMAS, Hugo. *Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 240. Grafia original mantida. Do mesmo autor, e no mesmo sentido da tese aqui defendida, a advertência de que "o certificado de navegabilidade presume o bom estado da embarcação e não pode ter por efeito exonerar o transportador das responsabilidades que lhe incumbem".

⁸Código Civil, art. 188, II, e parágrafo único.

⁹BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025, p. 378. No mesmo sentido, a orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o estado de necessidade não afasta o dever de indenizar quando o titular do bem atingido não é culpado pela situação de perigo.

¹⁰Código Civil, arts. 929 e 930. O parágrafo único do art. 930 estende a ação regressiva à hipótese do art. 188, I

No Brasil, não há Código de Direito Marítimo nem regras especiais que tratam exaustivamente da disciplina. Há, é verdade, o **Decreto nº 116/67**, que trata do transporte de cargas por via aquaviária nos portos do país, porém ele não abrange todos os assuntos maritistas e em que pese seu caráter especial, não é informador de tudo. Diante disso, é certo dizer que o Direito Marítimo não pode ser estudado no Brasil sem o forte amparo do Direito Civil, seu código e suas leis especiais, muito menos a avaria grossa, que é devidamente tratada pelo Código de Processo Civil.

A arquitetura normativa é límpida e merece ser explicitada, porque a praxe marítima a inverte. O Código Civil não pergunta se o ato necessário foi bem praticado; pergunta quem é culpado pelo perigo. Se o dono da coisa sacrificada não é culpado do perigo, tem direito à indenização integral do prejuízo. E se o perigo decorreu de culpa de terceiro, quem indenizou tem regresso contra esse terceiro. Ou seja: o ordenamento civil brasileiro faz da causa antecedente do perigo — e não do ato de salvamento — o critério de imputação.

Transposta a lógica para a expedição marítima, o resultado é inevitável. O dono da carga alijada não é culpado do perigo; ele sequer estava a bordo. O transportador, quando o perigo nasceu de vício do navio ou de falha de sua organização, não é terceiro: é o próprio autor da causa. Cobrar-lhe contribuição de avaria grossa da carga inocente é pedir que a vítima financie o resgate promovido por quem a colocou em risco. Em outras palavras: é desnaturar o próprio sentido do Direito, cujas propostas primeira e última é promover o que é justo e o que é justo tem que ser moralmente ordenado, tem que dar a cada um o que é seu!

4. A causa antecedente: o ponto cego da praxe

O erro metodológico que sustenta o **abuso** é simples de descrever e difícil de desarmar: a praxe examina o ato do comandante e ignora a história do perigo. Toma-se a fotografia do instante — o navio em chamas, a máquina inerte, o casco encalhado — e dela se extrai, sem mais, a legitimidade do rateio. Mas o perigo tem passado. O estado de necessidade não é um dado da natureza; é um efeito, e todo efeito tem causa.

Aqui a dogmática civilista contemporânea oferece o instrumental adequado. A distinção, hoje corrente na melhor doutrina, entre causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade¹¹ permite separar dois planos que a praxe marítima confunde: o plano do dano imediato (a carga alijada, a despesa de reboque) e o plano da imputação (a quem se deve atribuir, normativamente, o evento). No primeiro plano, o comandante age lícitamente. No segundo, o evento se imputa a quem o originou.

¹¹BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Cascais: Princípiã, 2013; e Causalidade Fundamentadora e Causalidade Preenchedora da Responsabilidade Civil. Coimbra: Gestlegal, 2025.

A **doutrina portuguesa** de **Miranda Barbosa** é ainda mais precisa quanto ao âmbito próprio do estado de necessidade, que deve circunscrever-se às situações em que o perigo resulta das próprias forças da coisa, sem interferência de quem tem o direito ou o dever de vigiá-la¹². É exatamente o caso inverso do transportador negligente: o perigo não resultou das forças da coisa, mas da omissão de quem tinha o dever jurídico de mantê-la em condições de navegabilidade.

Daí a proposta de um teste em duas etapas, que deveria preceder toda regulação de avaria grossa:

Primeira etapa — qualificação da causa antecedente. Pergunta-se: por que o navio esteve em perigo? A resposta admite duas famílias. (a) Causa fortuita ou de força maior: temporal excepcional, ato de terceiro, pirataria, fato imprevisível e inevitável, nos exatos termos do art. 393 e seu parágrafo único do Código Civil¹³. (b) Causa imputável ao transportador: vício interno do navio, in navegabilidade ao tempo da partida, falta de manutenção, plano de derrota defeituoso, erro de estiva, aceitação de carga mal declarada, imperícia ou negligência do comandante ou da tripulação.

Segunda etapa — qualificação jurídica da avaria. Só na hipótese (a) existe "direito justificador" da declaração e, portanto, verdadeira avaria grossa com rateio. Na hipótese (b), o instituto não se forma: a avaria é particular, e cada prejuízo é suportado por quem lhe deu causa — o navio.

O ponto merece ênfase porque nele reside toda a diferença: não se está a discutir se o comandante agiu bem ao alijar a carga. Provavelmente agiu. Discute-se se quem produziu o perigo pode cobrar da vítima o custo de tê-lo remediado.

5. O art. 765 do Código Comercial: a regra brasileira da unidade da avaria

A tese não é, no direito brasileiro, construção pretoriana ou exercício de lege ferenda. Ela está escrita, com todas as letras, no **art. 765 do Código Comercial**:

*"Não serão reputadas avarias grossas, posto que feitas voluntariamente e por deliberações motivadas para o bem do navio e carga, as despesas causadas por vício interno do navio, ou por falta ou negligência do capitão ou da gente da tripulação. Todas estas despesas são a cargo do capitão ou do navio."*¹⁴

A dicção do dispositivo é de rara felicidade técnica. O legislador de 1850 antecipou a objeção que ainda hoje se ouve dos declarantes — "*mas o ato foi voluntário e deliberado, logo é avaria grossa*" — e a rejeitou expressamente: "*posto que feitas voluntariamente e por*

¹²BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O tríptico da exclusão da ilicitude. Coimbra: Gestlegal, 2023. Da mesma autora, Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Gestlegal, 2023.

¹³Código Civil, art. 393: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

¹⁴Código Comercial, art. 765. O dispositivo remete, ao final, ao art. 565 do mesmo Código.

deliberações motivadas". Isto é, o legislador reconhece que o ato do comandante preenche formalmente os requisitos externos da avaria grossa e, ainda assim, nega-lhe a qualificação, porque a causa antecedente a contamina. E vai além, ao fixar a consequência: "*Todas estas despesas são a cargo do capitão ou do navio*". Imputação integral, portanto, e não rateio.

A doutrina brasileira nomeia esse regime de sistema da unidade da avaria, em oposição ao sistema da indiferença da causa primária adotado pelas Regras de York-Antuérpia. **Eliane Maria Octaviano Martins** o formula assim: "*O CCom, ao contrário das RYA, adota o sistema da unidade da avaria, consubstanciado no art. 765 do CCom*"; e explica que, nesse sistema, "*uma vez determinado o caráter da avaria originária, este caráter reage, em princípio, sobre os danos ou despesas que dela são consequências necessárias*"¹⁵. Na síntese de **Lucas Leite Marques** e **Leonardo Mesquita Zampolli**, o Código Comercial "*implica em primeiro determinar-se a causa da avaria originária para, então, definir-se se os danos ou despesas que dela são consequência podem se enquadrar no contexto de avaria grossa*"¹⁶.

Antes de prosseguirmos, desejamos expor que nenhuma Convenção Internacional de Direito Marítimo foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, de tal modo que suas normas não são aplicáveis quando legítimos interesses de atores brasileiros estiverem em disputa. A menção, neste ensaio, de normas convencionais internacionais de Direito Marítimo tem apenas propósito comparativo e educativo, o bom debate do Direito. Todos os brasileiros que atuam com o Direito Marítimo e o Direito dos Seguros têm o dever de defesa do ordenamento jurídico brasileiro e da jurisdição nacional, não por eventuais fervores patrióticos, mas por amor à boa ortodoxia do Direito.

Feita esta importante e necessária observação, sigamos com a linha argumentativa de antes, pois.

Note-se a inversão de perspectiva que o **art. 765** impõe: no direito brasileiro, a causa antecedente não é matéria de defesa a ser oposta depois do rateio; é elemento constitutivo da própria qualificação da avaria. Não se trata de avaria grossa que depois se desconstitui; trata-se de avaria que nunca foi grossa. A distinção não é bizantina — dela dependem o ônus da prova, o momento processual da discussão e a licitude da retenção da carga.

Em sentido convergente, **Carla Adriana Comitre Gibertoni** observa que a avaria simples "*não é produzida para evitar um mal maior, portanto, quando é produzida pelo homem o é por culpa ou dolo*"¹⁷. E **Sampaio de Lacerda**, ao sustentar que "*todas as consequências do ato voluntário são avarias grossas, embora meramente fortuitas*"¹⁸, deixa

¹⁵MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Avarias marítimas. Âmbito Jurídico, fev. 2011; e Curso de Direito Marítimo. Barueri: Manole.

¹⁶MARQUES, Lucas Leite; ZAMPOLLI, Leonardo Mesquita. Migalhas de Direito Marítimo no caso Ever Given — Parte II. Migalhas Marítimas, 1º jul. 2021.

¹⁷GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. Teoria e Prática do Direito Marítimo. Rio de Janeiro: Renovar (ed. 2005; atualmente 3. ed., 2014).

¹⁸LACERDA, José Cândido Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação — Direito Marítimo. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, p. 229.

implícito o pressuposto que a praxe suprime: o ato voluntário há de repousar sobre base fortuita.

6. A Regra D e o equívoco da "indiferença da causa primária"

O argumento mais frequentemente oposto à tese aqui defendida invoca a Regra D das Regras de York-Antuérpia, cuja redação, na versão de 2016, é a seguinte:

*"Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the common maritime adventure, but this shall not prejudice any remedies or defences which may be open against or to that party in respect of such fault."*¹⁹

Costuma-se ler apenas a primeira metade e concluir que a culpa é irrelevante. É leitura truncada, e o próprio texto a desmente. A Regra D tem duas partes, e a segunda — *"but this shall not prejudice any remedies or defences"* — preserva integralmente as defesas oponíveis à parte culpada. A função da Regra D é técnica e modesta: manter a discussão de culpa fora da regulação de avarias, para que o regulador calcule o quantum sem prejudicar responsabilidades. Ela não cria direito material algum, nem converte o culpado em credor. Como observa **Miranda Filho**, ao reter seu caráter, *"a contribuição de cada interesse envolvido é calculada normalmente, independente de culpa"*²⁰ — calculada, note-se, não necessariamente exigível.

A jurisprudência inglesa, que é a matriz das RYA, jamais leu a Regra D de outro modo. É clássica a defesa por *actionable fault*, cuja formulação-raiz remonta a **Schloss v. Heriot** (1863) e cujo desenvolvimento moderno culminou no caso do CMA CGM Libra, decidido pela Suprema Corte do Reino Unido em 2021: reconhecida a inabegabilidade do navio ao início da viagem — ali, um plano de derrota defeituoso — e a falta de *due diligence* do armador, os interessados na carga foram integralmente desobrigados de contribuir para a avaria grossa²¹. Vale dizer: nem mesmo no sistema que adota a indiferença da causa primária o transportador culpado recebe contribuição.

A isso acresce a Regra Preponderante (*Rule Paramount*), introduzida em 1994 e mantida sem alteração nas versões de 2004 e 2016: *"In no case shall there be any allowance for sacrifice or expenditure unless reasonably made or incurred"*²². Despesa incorrida para

¹⁹York-Antwerp Rules 2016, Rule D. Em tradução livre: "Os direitos à contribuição em avaria grossa não serão afetados, ainda que o evento que deu origem ao sacrifício ou à despesa possa ter decorrido de culpa de uma das partes da aventura marítima comum, mas isso não prejudicará quaisquer remédios ou defesas que possam existir contra ou a favor daquela parte em razão de tal culpa." O texto é substancialmente idêntico ao das versões de 1994 e 2004; a alteração de 2016 limitou-se a substituir "the adventure" por "the common maritime adventure".

²⁰MIRANDA FILHO, Ferdinand Verardy. O que você deve saber sobre avaria grossa. Rio de Janeiro: FEMAR, 1995.

²¹Alize 1954 and CMA CGM SA v. Allianz Elementar Versicherungs AG and others (The "CMA CGM Libra"), [2021] UKSC 51, confirmando [2020] EWCA Civ 293 e [2019] EWHC 481 (Admlty). Precedente anterior no mesmo sentido: Goulandris Brothers Ltd v. B. Goldman & Sons Ltd, [1958] 1 Q.B. 74, em que Pearson J assentou que a segunda parte da Regra D preserva as defesas oponíveis à parte culpada.

²²York-Antwerp Rules, Rule Paramount, com redação idêntica nas versões de 1994, 2004 e 2016.

remediar defeito que o próprio transportador tinha o dever de prevenir dificilmente pode ser qualificada de reasonably *incurred* perante a comunidade da carga.

Há, porém, um **argumento anterior e mais forte**, e é de direito interno. As Regras de York-Antuérpia **não** são tratado, **não** foram objeto de ratificação e **não** integram o ordenamento brasileiro como lei. São, entre nós, cláusula contratual: aplicam-se por incorporação ao conhecimento de embarque ou à carta-partida. E o **Código Comercial** regula precisamente essa hipótese no **art. 762**: "*Não havendo entre as partes convenção especial exarada na carta partida ou no conhecimento, as avarias hão de qualificar-se, e regular-se pelas disposições deste Código*"²³. Ora, cláusula unilateralmente predisposta pelo transportador em conhecimento de embarque — contrato de adesão por excelência, ao qual o consignatário não anuiu em sentido material — não tem força para afastar norma que protege o interesse do aderente contra a culpa do predisponente. Admitir o contrário seria consagrar cláusula de não indenizar por via oblíqua, o que o sistema brasileiro repele.

E isso é ainda mais gritante quando a protagonista da luta pelo bom direito for seguradora sub-rogada na pretensão original do dono da carga, seu segurado, ou for implicada a um dado caso por causa do negócio de seguros. Ora, se ao segurado, embarcador ou consignatário de carga a cláusula é abusiva, porque típica de dirigismo contratual, a esta, a seguradora, é absolutamente ineficaz, quando não inexistente, porque ela simplesmente não é parte no negócio jurídico de transporte.

Logo, forçar alguém brasileiro participar de procedimento de avaria grossa por conta de normas convencionais internacionais não reconhecidas no Brasil e insculpidas em cláusulas de instrumento contratual de adesão é deformar de vez o sentido do Direito e agir com manifesto abuso. Afirmamos com destaque: ***Incorre em grave erro o regulador de sinistros e/ou o profissional da área jurídica que não refutarem isso e aceitarem como se fosse algo correto.***

7. O abuso do direito na declaração unilateral

A declaração de avaria grossa é ato unilateral do transportador ou de seu comandante. Não depende de homologação prévia, de contraditório ou de qualquer juízo externo de plausibilidade. Seus efeitos, contudo, são imediatos e severos: nomeia-se regulador de confiança do declarante; exige-se *average bond* e *average guarantee* dos consignatários e seguradores; e, sobretudo, retém-se a carga até a prestação da garantia, com apoio no **art. 7º** do **Decreto-Lei 116/1967**²⁴.

O desenho é estruturalmente assimétrico. De um lado, quem declara detém a informação sobre a causa do sinistro — o diário de bordo, o relatório de máquinas, o plano de

²³Código Comercial, art. 762.

²⁴Decreto-Lei nº 116, de 25 de janeiro de 1967, art. 7º. Sobre a legitimidade da retenção enquanto não prestadas as garantias, v. TJRJ, Agravo de Instrumento 0042939-68.2015.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Rel.^a Des.^a Maria Regina Fonseca Nova Alves, j. 26.1.2016.

manutenção, o certificado de classe — e não tem qualquer incentivo a revelá-la. De outro, quem contribui nada sabe, não esteve a bordo, não tem acesso à prova e precisa da mercadoria, muitas vezes perecível ou vinculada a linha de produção. O resultado prático é conhecido de todos quantos militam na área: a garantia é prestada não porque o interessado se convença da avaria, mas porque o custo da resistência é proibitivo. Como registra Cremoneze, é preciso "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"²⁵.

Esse exercício encontra limite expresso no **art. 187 do Código Civil**: "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*"²⁶. O abuso, aqui, não está na declaração em si — o transportador tem o direito de declarar —, mas em três excessos identificáveis: (i) declarar sem investigação mínima da causa antecedente, transferindo à carga o ônus de provar a culpa alheia; (ii) empregar a retenção como instrumento de pressão para obter adesão a rateio indevido; e (iii) valer-se do sacrifício que ele próprio tornou necessário para diluir prejuízo que a lei lhe atribui por inteiro.

Convergem, sobre a conduta, dois brocardos que o Direito Civil contemporâneo reabsorveu como figuras da boa-fé objetiva. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: não se ouve quem invoca a própria torpeza. E a vedação do *venire contra factum proprium*, na modalidade do *tu quoque*: não pode exigir contribuição solidária quem rompeu, antes, o dever de cuidado que fundava a solidariedade. A comunhão de interesses que legitima o rateio pressupõe que todos os partícipes tenham suportado um risco comum e externo; quando o risco foi criado por um deles, a comunhão se desfaz na origem.

8. Efeito: requalificação em avaria particular e imputação integral (a importância do estudo vertical da causa antecedente)

Reconhecida a **culpa** na **causa antecedente**, o efeito não é a redução proporcional da contribuição, nem a compensação, nem a mera ressalva de ação regressiva. É a requalificação do evento. A avaria deixa de ser grossa — ou, mais rigorosamente, revela-se nunca ter sido — e passa a integrar a categoria residual do art. 766 do Código Comercial, cuja cláusula de encerramento é abrangente: "E, em geral, as despesas feitas e o dano sofrido só pelo navio, ou só pela carga, durante o tempo dos riscos"²⁷.

As consequências práticas são quatro, e convém enunciá-las com precisão:

²⁵CREMONEZE, Paulo Henrique. Avaria grossa e abuso de direito no atual Direito Civil: um breve estudo sobre o estado de necessidade, a causa antecedente e o direito justificador. Migalhas de Peso, 4 jul. 2025. Em sentido convergente, CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Avaria grossa: como evitar o abuso? Portogente.

²⁶Código Civil, art. 187.

²⁷Código Comercial, art. 766, cláusula geral de encerramento.

(i) Inexigibilidade da contribuição. Não há dever de contribuir, porque não há avaria grossa. As garantias prestadas — average bond, average guarantee, depósitos em dinheiro — tornam-se sem causa e comportam liberação, com os consectários do enriquecimento sem causa (Código Civil, arts. 884 a 886).

(ii) Ilícitude da retenção. A retenção fundada no art. 7º do Decreto-Lei 116/1967 pressupõe avaria grossa legítima. Ausente esta, a retenção é esbulho, gerando responsabilidade por sobrestadia, deterioração, perda de mercado e lucros cessantes.

(iii) Responsabilidade integral do transportador pelo dano à carga. Aqui incide o regime geral do contrato de transporte, que é obrigação de resultado: o transportador responde pela incolumidade da carga desde o recebimento até a entrega, exonerando-se apenas por causa que não lhe seja imputável (Código Civil, arts. 393, 730, 749 e 750). O vício do navio e a negligência da tripulação não são fortuito externo; são fortuito interno, risco inerente à atividade, que não rompe o nexo causal²⁸.

(iv) Ineficácia das limitações e exonerações convencionais. Cláusulas de limitação de responsabilidade inseridas em conhecimento de embarque não socorrem o transportador quando o dano deriva de descumprimento do dever nuclear de prover navio navegável, sob pena de esvaziamento do próprio objeto do contrato.

É útil observar que a jurisprudência brasileira, embora ainda escassa e concentrada nos tribunais estaduais, não desconhece o critério. No julgamento da **Apelação Cível 0158935-63.2005.8.19.0001**, o **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro** só reconheceu a avaria grossa depois de a prova pericial haver afastado a hipótese de vício exclusivo da embarcação e de culpa da tripulação²⁹ — o que revela, a *contrario sensu*, que a subsistência dessas hipóteses teria conduzido a solução oposta. O que falta não é o critério; é a sua aplicação sistemática e a distribuição adequada do ônus da prova.

G. Proposições conclusivas

Ao cabo, a tese pode ser recomposta em seis proposições:

Primeira. O ato de avaria grossa é ato praticado em estado de necessidade e, como tal, submete-se ao regime dos **arts. 188, II, 929 e 930 do Código Civil**, que fazem da culpa pela criação do perigo — e não da correção do ato de salvamento — o critério de imputação.

Segunda. O estado de necessidade só opera como direito justificador da declaração quando a causa antecedente do perigo é fortuita. Perigo autoproduzido não gera direito de socialização do prejuízo.

²⁸Código Civil, arts. 393, 730, 749 e 750. Sobre a natureza de obrigação de resultado do contrato de transporte de cargas e a responsabilidade objetiva imprópria do transportador, v. CREMONEZE, Paulo Henrique. *Prática de Direito Marítimo*. 5. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2023.

²⁹TJRJ, Apelação Cível 0158935-63.2005.8.19.0001, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 25.10.2011.

Terceira. O art. 765 do Código Comercial consagra expressamente essa solução no direito brasileiro, negando a qualificação de avaria grossa às despesas causadas por vício interno do navio ou por falta ou negligência do capitão ou da tripulação, "posto que feitas voluntariamente e por deliberações motivadas", e atribuindo-as por inteiro ao capitão ou ao navio.

Quarta. A Regra D das Regras de York-Antuérpia não infirma essa conclusão. Preserva expressamente as defesas oponíveis à parte culpada, é aplicada nesse sentido pela própria jurisprudência inglesa e, no Brasil, tem natureza meramente contratual, cedendo ao art. 762 do Código Comercial e ao regime cogente da responsabilidade do transportador.

Quinta. A declaração de avaria grossa desacompanhada de investigação idônea da causa antecedente, somada ao emprego da retenção da carga como instrumento de pressão, configura exercício abusivo de direito na exata dicção do art. 187 do Código Civil.

Sexta. O efeito da culpa na causa antecedente não é atenuação, mas requalificação: a avaria é particular, a contribuição é inexigível, as garantias são liberáveis e a responsabilidade do transportador é integral.

Duas providências, uma processual e outra probatória, bastariam para reequilibrar o sistema sem qualquer alteração legislativa. A primeira consiste em reconhecer que, no procedimento de regulação de avaria grossa dos **arts. 707 a 711 do Código de Processo Civil de 2015**, a **qualificação da avaria** — e, portanto, o **exame da causa antecedente** — é questão prejudicial ao rateio, e não matéria a ser relegada a ação autônoma posterior³⁰. A segunda consiste em atribuir ao declarante o ônus de demonstrar a fortuidade da causa, e não ao interessado na carga o ônus de provar a culpa alheia. A regra decorre naturalmente da estrutura do **art. 765** — que faz da ausência de vício e de negligência requisito da própria avaria grossa — e da elementar consideração de que toda a prova do sinistro está, por definição, em poder do armador.

Nada disso mutila o instituto. Ao contrário: devolve-lhe a razão de ser. A avaria grossa nasceu para impedir que alguém se enriquecesse com o sacrifício alheio. Empregá-la para que o transportador negligente reparta com a carga inocente o custo do próprio descuido é inverter-lhe o sentido — e transformar em instrumento de iniquidade aquilo que dois mil anos de tradição jurídica construíram como instrumento de equidade.

10. Conclusão e sugestão

Terminamos afirmando que é fundamental, para a boa e verdadeira defesa dos legítimos direitos e interesses dos donos de cargas (segurados) e seguradoras brasileiros, o combate firme ao abuso nas declarações de avaria grossa.

³⁰Código de Processo Civil de 2015, arts. 707 a 711.

Afinal, é bíblico, “Dai a César o que for de César e a Deus o que for de Deus”. Quando o estudo da causa antecedente revelar a existência de alguma espécie de culpa do próprio transportador marítimo, isto é, quando ele próprio for o causador do estado de necessidade, não haverá avaria grossa e, sim, avaria particular.

O resultado imediato dessa reclassificação é a direito de reparação civil ou de ressarcimento em regresso integral. Em vez de repartição proporcional dos prejuízos entre os interessados na viagem marítima, haverá dever de assunção plena pelo transportador marítimo.

Haverá, portanto, o bom exercício do Direito e a promoção veraz da justiça.

Até que o enfrentamento seja feito no calor dos fatos, algo que demandará tempo e reposicionamento dos legítimos interessados, nossa sugestão é a de que haja supervisão jurídica atenta nos trabalhos do regulador de sinistros.

O regulador não poderá seguir a métrica dos procedimentos de avaria grossa sem a escuta atenciosa dos profissionais do Direito que estarão lado a lado no enfrentamento de declaração.

Devidamente direcionada pelo apoio jurídico, o regulador tomará os devidos cuidados para que o futuro questionamento da veracidade da declaração exercitada possa ser levado a efeito com robustez.

O fato de alguém, até porque forçado a tanto, aceitar a declaração de avaria grossa e os procedimentos derivados, não significa que deles serão eternamente refém. Os trabalhos de apuração dos fatos deverão continuar, independentemente da conclusão dos da avaria grossa declarada, para se saber no momento mais oportuno se será ou não possível o questionamento e a conversão para avaria particular, com a consequente importação integral de responsabilidade ao transportador marítimo.

A continuidade da regulação do sinistro, a investigação ampla da causa antecedente ao estado de necessidade, são imprescindíveis para a boa defesa dos legítimos direitos e interesses dos donos de cargas e suas seguradoras, evitando-se o abuso de direito e protegendo-se o espírito inicial da avaria grossa.

A avaria grossa nasceu inspirada por princípios como razoabilidade e proporcionalidade e tem como bom vetor a ideia saudável de “sacrifício heroico”, logo é inaceitável que tudo isso seja deixado de lado por causa de declarações abusivas e interesses enviesados.

A soma de tudo o que ora propusemos e propomos não é um ataque à avaria grossa, mas, antes, sua defesa. O que desejamos é a manutenção do seu espírito fundamental, que foi e é inspirador do próprio negócio de seguro e protege os direitos e interesses do mútuo, do colégio universal daqueles que se unem em busca do ordenada proteção.

Referências

- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Causalidade Fundamentadora e Causalidade Preenchedora da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Gestlegal, 2025.
- _____. *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*. Cascais: Princípia, 2013.
- _____. *O tríptico da exclusão da ilicitude*. Coimbra: Gestlegal, 2023.
- BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.
- BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 (Código Comercial), Parte Segunda — Do Comércio Marítimo.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), arts. 707 a 711.
- _____. Decreto-Lei nº 116, de 25 de janeiro de 1967.
- CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Avaria grossa: como evitar o abuso?* Portogente, Mar Jurídico. Disponível em: portogente.com.br.
- COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL. *York-Antwerp Rules 2016*. Antuérpia: CMI, 2016 (e as versões de 1994 e 2004).
- CREMONEZE, Paulo Henrique. *Avaria grossa e abuso de direito no atual Direito Civil: um breve estudo sobre o estado de necessidade, a causa antecedente e o direito justificador*. Migalhas de Peso, 4 jul. 2025.
- _____. *Prática de Direito Marítimo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2023.
- GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3. ed. atual., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Curso de Direito Privado da Navegação — Direito Marítimo*. v. I. 3. ed. rev. e atual. por Aurélio Pitanga Seixas Filho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.
- MARQUES, Lucas Leite; ZAMPOLLI, Leonardo Mesquita. *Migalhas de Direito Marítimo no caso Ever Given — Parte II. Migalhas Marítimas*, 1º jul. 2021.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. Barueri: Manole (v. I, Teoria Geral, 4. ed., 2013; v. II, 2. ed., 2013; v. III, Contratos e Processos Marítimos, 2015).
- _____. *Avárias marítimas. Âmbito Jurídico*, fev. 2011.
- MIRANDA FILHO, Ferdinand Verardy. *O que você deve saber sobre avaria grossa*. Rio de Janeiro: FEMAR, 1995.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Direito da Navegação (marítima e aérea): doutrina, jurisprudência, legislação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- SIMAS, Hugo. *Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1938.
- VALLE, Numa P. do. *Avárias Marítimas*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.
- REINO UNIDO. *Alize 1954 and CMA CGM SA v. Allianz Elementar Versicherungs AG and others (The "CMA CGM Libra")*, [2021] UKSC 51.
- _____. *Schloss v. Heriot* (1863), 143 E.R. 366.
- _____. *Goulandris Brothers Ltd v. B. Goldman & Sons Ltd*, [1958] 1 Q.B. 74.