

## BREVE CRÍTICA À DOCTRINA CORRENTE SOBRE AVARIAS COMUNS

Pelo DR. JOÃO PEDRO COLLARES PEREIRA

Estando em elaboração o Projecto de Código Marítimo Português, afigura-se-nos de algum interesse apreciar a doutrina dominante nesta matéria de avarias comuns.

As avarias marítimas, prejuízos sofridos pelos valores postos em uma expedição marítima, são tradicionalmente consideradas como grossas ou comuns e simples ou particulares.

Duma maneira geral quer a Lei, quer a Doutrina, tem encarado as «*avarias*» pelo seu aspecto consequencial, ou seja, pelo prisma de quem vem afinal a suportar o prejuízo.

Daí derivou, até, o próprio nome dado às duas espécies de avarias,

*comuns* — porque suportadas em comum

*particulares* — porque sofridas apenas pelo proprietário do valor materialmente danificado.

Porém, nem todos os prejuízos eram suportados em comum, mas apenas aqueles que fossem voluntariamente sofridos para a salvação comum.

Assim as avarias comuns são geralmente definidas como os sacrifícios voluntários encontrados para a salvação da expedição quando derem lugar a uma reparação conjunta.

Tem-se encarado o prejuízo e a sua reparação como um todo unitário, o que tem levantado variadíssimos problemas de quase impossível solução e tem tornado extremamente difícil a classificação de uma avaria como *comum* ou *particular*, pois o mesmo prejuízo

material é avaria comum ou particular consoante funcione ou não a reparação conjunta.

Veremos em seguida aquilo que em nosso entender há de errado nesta maneira unitária de encarar duas realidades distintas.

Para nós as chamadas avarias comuns são um conjunto de dois aspectos :

por um lado, o acto de avaria, designação que daremos ao prejuízo *voluntário* ;

por outro lado, a contribuição por avarias, reparação conjunta a que pode dar lugar o acto de avaria.

O acto de avaria é um dos pressupostos da contribuição por avarias, o outro pressuposto é a existência de uma comunhão de valores beneficiária do sacrifício.

A sua caracterização teórica é simples e nada tem de específico, ao contrário do que pensa a maioria dos autores.

O acto de avaria corresponde a figuração geral dos actos praticados em estado de necessidade.

A contribuição por avarias é uma manifestação do instituto da responsabilidade objectiva, aliás consagrada expressamente no nosso Código Civil (art.º 2.396, § único).

Julgamos que mesmo em face do Código Comrcial de 1888 é defensável a construção que propomos, porém, não nos ocuparemos da interpretação desses preceitos e entraremos imediatamente na crítica à concepção corrente.

## A) — O ERRO DA DOUTRINA CORRENTE

**I. — COMO SE FORMOU A CONCEPÇÃO CORRENTE —** A doutrina tem sempre encarado a avaria comum como realidade unitária, confundindo os dois aspectos que nós distinguimos.

Para a boa compreensão da crítica que vamos fazer, torna-se necessário explicar donde deriva tal confusão, pois é inegável que tem atrás de si uma longa tradição, e a unidade de todos quantos têm estudado esta matéria.

Materialmente as avarias sempre foram o que hoje são : *danos ou*

*despesas*. São, numa palavra, prejuízos; empregaremos esta expressão em sentido amplo para designar tanto os danos como as despesas.

Em tempos recuados, esses prejuízos eram todos suportados em conjunto e igualmente, pelos carregadores e pelos armadores. A navegação era difícil, perigosa e dispendiosa. As despesas que hoje são consideradas normais da navegação, como as taxas de entrada nos vários portos, nem sempre o foram.

Com efeito, entrar num porto era sempre um enigma, nunca se sabia ao certo quanto se teria de pagar, e não era muito seguro confiar nas autoridades que muitas vezes decidiam, pura e simplesmente, apresar o navio e a carga.

Compreende-se quão poderosa teria que ser a entidade armadora, para arrostar com todos estes perigos e riscos, acrescidos da fragilidade do navio, e retirar ainda um lucro. O armador teria que ter um poder económico muito grande, e não era fácil encontrar alguém nessas condições, e que estivesse disposto a arriscar-se. Por outro lado, para cobrir todos estes riscos e dar lucro, o custo do transporte seria fabuloso.

No entanto estas razões não condenaram o transporte marítimo. O homem adapta-se às necessidades com uma facilidade desconcertante, e o remédio surgiu prontamente: a hipótese normal era o armamento do navio ser feito pelos vários interessados.

Os prejuízos seriam mais facilmente comportáveis quando por todos eles divididos, consoante o valor com que cada um concorria na expedição marítima; formavam assim uma verdadeira mútua (*Cfr. Ripert, «Droit Maritime», Vol. III, 3.<sup>a</sup> edição — Pág. 202 e Haralambidis, «Des Caractères Distinctifs des Avaries Communes — pág. 30 e seq. Sobre os perigos do mar na Idade Média, veja-se, com especial interesse, para o nosso Direito, J. E. Casariego — «História del Derecho y de las Instituciones Marítimas del Mundo Hispánico»*).

Como os prejuízos eram suportados em comum, não cabia distinguir a sua diferente natureza, pois apenas interessavam na medida em que cada um teria de os suportar.

Porém, os tempos mudaram; as condições em que se fazia a navegação melhoraram; a construção naval progrediu; o comércio intensificou-se; o armador passou a gerir a expedição; os carregadores deixaram de acompanhar as mercadorias; deixou de haver uma

associação entre os vários interessados, cada um corria os riscos da expedição por sua conta.

Mas então reparou-se que nem todos os prejuízos deviam ser suportados separadamente, pois alguns continuaram a existir que, embora sendo prejuízos, aproveitavam a todos os interessados, pois eram feitos para evitar um mal maior, e não era justo que apenas suportasse o prejuízo, aquele que era materialmente prejudicado, para beneficiar os outros. Até porque, traduzindo-se o prejuízo num benefício, o encontrá-lo era um bem para todos os interessados.

Mas, para isso, tornava-se necessário garantir ao prejudicado uma reparação, pois, a não ser assim, ninguém estaria disposto a sofrer o prejuízo, e não se evitaria o mal maior.

Nesta ordem de ideias criou-se a contribuição comum por avarias, que veio dar a esse prejuízo o nome de avarias comuns.

Esta prática veio passando de geração em geração, e foi-se tornando num uso marítimo. Encaravam-se apenas as avarias comuns pela contribuição que lhes dava o nome, e era esse, na verdade, o interesse prático e o aspecto mais saliente da figura.

Da prática as avarias comuns passaram à Lei, e dada a sua existência como realidade «a se», o legislador limitou-se a transplantar a criação da prática para a Lei. Deu-lhe uma construção em tudo idêntica àquela que a figura mantivera através dos tempos. Encarou-se, também, através do interesse prático que oferecia: a contribuição.

Como a contribuição pressupõe uma pluralidade de valores, pois não é mais do que uma reparação conjunta de um prejuízo, que, incidindo sobre alguns, foi feito no interesse de todos, a lei estabeleceu que o prejuízo deveria ser encontrado e escolhido para a salvação comum dos vários interesses em causa.

A Lei não distinguiu, e os vários intérpretes que sobre ela se debruçaram, também não distinguiram, e por uma razão semelhante: o interesse prático da avaria comum estava apenas na contribuição; o prejuízo era uma materialidade que pouco interessava.

A ideia foi criando raízes, e a preocupação dominante dos autores tem sido sempre, explicar e fundamentar esta contribuição. Verifica-se que o fim último de todos os trabalhos sobre avarias comuns é o de justificar a obrigação de contribuir.

A ideia do prejuízo, foi sempre observada pelas suas consequências e pelo prisma de ser, ou não, suportado em comum.

Assim se explica que as várias leis, a doutrina e a jurisprudência, tenham confundido os dois aspectos — o do prejuízo e o da contribuição —, duma forma tão íntima, que só entendem um através do outro, para os definirem ou considerarem como avarias comuns. Até a palavra, a expressão, sofreu a influência dessa ideia; chamou-se à avaria em si, ao prejuízo que na sua materialidade incidia sobre objectos determinados, avaria comum.

E, se ficássemos por aqui, dir-se-ia que era perfeitamente legítima a consideração dos dois aspectos num só, era coerente com a prática, com a lei e com a história. Mas não se esqueça que neste número tivemos justamente em vista demonstrar que a construção tem sido feita assim.

## 2. — DEFICIÊNCIA DE QUE ENFERMA A DOUTRINA —

A existência de avarias, e de avarias comuns, pressupõe a existência de prejuízos, que não sejam avarias comuns.

Com efeito eles existem, e a lei e a doutrina, por oposição à expressão avarias comuns, significando prejuízos suportados em comum, chamou-lhes avarias *particulares*; particulares porque se considerou, também, o aspecto consequencial de quem teria que suportar o prejuízo, que neste caso ficaria a cargo daqueles que o sofressem.

Mas, esta distinção entre duas ordens de prejuízos, à luz das suas consequências, pressupõe uma outra distinção inicial que justifique essa diferença de tratamento.

Nós podemos dizer que duas coisas idênticas na sua materialidade são diferentes, porque têm consequências diferentes. Mas a afirmação é uma petição de princípio: o terem consequências diferentes revela que são diferentes, mas não nos diz porquê.

Ora, para se poder atribuir a prejuízos materialmente idênticos, consequências diferentes, é necessário começar por encontrar uma razão que justifique o terem tratamento diferente.

Era necessário encontrar um critério, e esse critério representaria a verdadeira diferença da essência entre as duas ordens de prejuízos.

O critério, que tanto a Lei como a doutrina nos apontam, é o da voluntariedade do prejuízo feito para a salvação comum. O critério está perfeitamente de acordo com a doutrina dominante, que con-

sidera avarias comuns os sacrifícios feitos pelo capitão para a salvação comum. O que não admira nada, pois ele é fornecido pela própria doutrina; é até nesse acordo que está o erro que vamos apontar. O critério está errado, como vamos demonstrar.

As avarias marítimas são todos os prejuízos sofridos pelo navio ou pela carga, e derivados dos perigos de navegação, quer directamente, quer para os evitar. Assim, a distinção dentro das avarias de duas categorias de prejuízos esgota a matéria, isto é, o prejuízo que não for avaria comum, terá que ser avaria particular, e vice-versa. Ou então não tem realidade a distinção.

Usando o critério da voluntariedade do prejuízo, serão avarias comuns os prejuízos voluntários, e avarias particulares, os involuntários. E logicamente não se concebem mais hipóteses: o prejuízo ou é voluntário ou involuntário.

Tudo o que se traduza em acrescentar a este critério outro que restrinja uma das categorias, é um absurdo, pois o prejuízo que preencha a condição da voluntariedade, e não corresponda à condição imposta por um segundo critério, deixa de ser avaria comum, mas também não é avaria particular.

E, tratando-se de um prejuízo, que à luz do princípio inicial não sofre dúvida que é uma avaria, terá que logicamente entender-se que o não é, pois, dividindo-se estas em comuns e particulares, e não se incluindo em nenhuma delas, não poderá ser avaria...

Isto é o que acontece com o critério apontado: serão avarias comuns os sacrifícios feitos voluntariamente para a salvação comum. Exigem-se duas condições: um acto voluntário com um fim de salvação, e a existência de uma comunhão. Quer dizer, um acto voluntário com um fim de salvação não poderá ser uma avaria particular, mas também não é uma avaria comum, se não houver uma comunhão.

Vejamos um exemplo: um navio viaja sem carga, verificam-se as condições do estado de necessidade, um perigo ameaça-o, e o capitão, para evitar um mal maior e que derivaria desse perigo, pratica um acto voluntário, que se traduz num sacrifício para o navio, num prejuízo.

Este prejuízo é uma avaria particular? Não. Todos os autores entendem que a avaria particular é produto de um caso fortuito ou de força maior.

Então é uma avaria comum? Também não é. Não estava em jogo a salvação comum, não havia comunhão de interesses, havia apenas um interessado, o armador. Teríamos absurdamente que concluir que não era uma avaria!

Pode parecer que o exemplo não tem acuidade. Além de repugnar considerar o prejuízo como avaria comum não existindo comunhão, tal classificação seria inútil, pois quer a avaria fosse comum quer fosse particular, o prejuízo recairia igualmente sobre o armador.

Porém, não é assim: em primeiro lugar, estão a confundir-se dois planos, o da origem do prejuízo e o de saber quem o há-de suportar, confusão que não é legítima; seja quem for que tenha de suportar o prejuízo, ele existe e teve uma causa, e, ainda mesmo que tivesse existido uma comunhão, o prejuízo materialmente seria o mesmo, e a sua origem seria a mesma: a vontade do capitão.

Não se compreende, como se pode considerar o mesmo facto material de formas tão diferentes. O que repugna à intuição jurídica, é justamente modificar-se a natureza de um facto por um elemento que lhe é exterior, e posterior, e independente, pois o facto ter-se-ia verificado com ou sem esse elemento.

Em 2.º lugar não é nada inútil, pois se o navio estiver seguro, e é a hipótese normal, não é indiferente que o prejuízo seja considerado como avaria comum ou como particular, pois as condições em que a companhia seguradora é obrigada a pagar a indemnização variam num caso e noutro. Enquanto as apólices do seguro de casco cobrem genêricamente o risco de avaria comum, excluem o risco de avaria particular em geral, cobrindo apenas o risco de perda total.

O *Ac. do Sup. Trib. Just. de 31-7-1925 (in Gaz. Rel. de Lx.ª, 40-186)* julgou precisamente uma hipótese semelhante à que figurámos: um veleiro navegando sem carga encalhou voluntariamente para evitar um mal maior e pretendia-se que o segurador, que apenas cobria o risco de avarias comuns e perda total, pagasse as despesas de desenclhe e de assistência.

Nos considerandos do citado Acórdão, o S. T. J. pronunciou-se no sentido de se não tratar de uma avaria comum, pois que esta só se poderia verificar estando em perigo a salvação do navio e da carga, e no veleiro considerado não havia carga alguma.

Porém, o melindre da hipótese era flagrante: o risco que se verificara fora o de avaria comum, e o acto de avaria evitara ao segu-

rador a perda total pela qual responderia ; assim o S. T. J., em berta contradição com o princípio de que partira, condenou o segurador ao pagamento das despesas de desenganche e de assistência.

Não é ocioso salientarmos uma passagem da nota em que o Prof. Barbosa de Magalhães critica o acórdão por nós citado. A crítica dirige-se ao facto do S. T. J. ter condenado o segurador a pagar as despesas de desenganche e de assistência que só seriam por conta deste, numa hipótese de avaria comum, e o referido Prof. considera, também, que não se tratava de uma avaria comum.

Interessa apenas reproduzir a seguinte passagem : «o erro do acórdão proveio de se dar o facto anormal do navio ir sem carga o que deu em resultado que, segundo a definição de avaria grossa e de avaria simples dadas pelo nosso Código Comercial, art.º 635.º e §§, a avaria que seria grossa ou comum se o navio fosse carregado, teve de ser considerada como avaria simples».

A expressão «teve de ser considerada» dá a impressão nítida que o não devia ter sido. Em nosso entender, não tinha, nem devia ser, assim considerada.

Como veremos ao estudarmos o seguro da avaria comum, o que interessa é o risco da avaria comum, e esse não varia consoante o navio for carregado ou em lastro, tem realidade objectiva : é o risco de se verificar um estado de necessidade.

Mas voltamos à apreciação do critério proposto. Se bem repararmos, trata-se, não de um, mas de dois critérios. Um é o critério da origem do prejuízo, outro é o de existir uma comunhão que suporte o prejuízo.

Ora, qualquer destes dois critérios serviria teòricamente para fazer a distinção entre avarias comuns e particulares, pois qualquer deles tem virtualidade para abranger toda a realidade. É justamente por isso, que se excluem reciprocamente. Ou, ou outro. O da comunhão é praticamente impossível.

Para nós porque não é científico, e vai atender, para classificar prejuízos, a realidades independentes dos próprios prejuízos e estranhas a eles, e ainda porque a comunhão só pode servir de base à ideia de contribuição, estando fora do conceito do estado de necessidade. Para os restantes autores, porque a sua adopção levaria a resultado perfeitamente contrário à prática marítima, e contrário até ao próprio Direito.

Com efeito, se as avarias fossem consideradas comuns ou particulares, consoante houvesse ou não uma comunhão, teriam que ser havidos como comuns, e suportados em comum (pois os autores não distinguem o prejuízo da contribuição), todos aqueles prejuízos produzidos por um caso fortuito ou de força maior, sempre que existisse mais de um interessado na expedição marítima. A consequência apontada não é impossível.

Era isso que se passava nos primeiros tempos do Direito Marítimo, como vimos. Mas, para ser praticável, era necessário que se dividissem também os lucros da expedição, tal como acontecia antigamente. Fora disso não se compreenderia como é que uma pessoa podia ser obrigada a contribuir para um prejuízo que não causara, de que se não aproveitara e que fora meramente fortuito.

Hão-de vir tempos em que se atingirá essa perfeição, de nenhum prejuízo ficar sem reparação; é o expoente último da responsabilidade objectiva, que se conseguirá através do seguro obrigatório, que irá pulverizar pela colectividade a reparação do prejuízo sofrido por um dos seus membros (*Savatie*, «*Du Droit Civil au Droit Publique*», pág. 91).

Nos nossos dias, porém, não se vê à luz de que princípio seria exigível a contribuição.

Mas, não gastámos estas linhas apenas para chegarmos a uma conclusão, que já sabíamos ser absurda. Elas têm a vantagem de nos mostrar que o critério da existência ou inexistência da comunhão, podia-nos levar à distinção entre avarias comuns e particulares, mas não justificaria, por si só, a contribuição.

Dentro deste critério, a contribuição seria admissível, se o prejuízo tivesse sido sofrido para evitar um mal maior, isto é, se fora voluntariamente feito.

Então, o sacrifício, tendo evitado um mal maior, traduzira-se num proveito para os restantes interessados, não repugnando que desse lugar a contribuição. Quer dizer que a contribuição só se entende existindo dois elementos, a comunhão e a voluntariedade. Voltaremos a este ponto.

Resta-nos o outro critério, o que adoptámos, o da voluntariedade do sacrifício. Através dele compreende-se a distinção entre as duas

categorias de avarias, cujos limites ficam perfeitamente demarcados. É, pois, critério possível. Mas não é apenas possível, é cientificamente aconselhável, pois revela uma verdadeira diferença de essência entre as duas categorias de prejuízos, atende a alguma coisa que está intimamente ligada com o prejuízo, a sua causa, e não se prende com elementos acidentais, e extrínsecos ao prejuízo, como a existência de mais do que um interessado na expedição marítima.

É mesmo o único critério que tem viabilidade, pois sendo o acto de avaria praticado em estado de necessidade, o que é essencial é que se tenha verificado um perigo, que tenha levado o agente a fazer um sacrifício para evitar um mal maior.

A voluntariedade é elemento essencial do estado de necessidade, é a voluntariedade que permite distingui-lo da força maior. Se pensarmos que a força maior é fonte de avarias particulares, veremos como sendo o acto de avaria um acto praticado em estado de necessidade, é rigoroso recorrer à voluntariedade para distinguir as duas categorias de avarias.

O critério é apenas a voluntariedade. Mas a voluntariedade por si só não justifica a contribuição, e para esta é necessário o concurso de um outro elemento, o interesse comum; e, portanto, a comunhão, a existência de um número plural de interessados.

Deixámos em suspenso, há pouco, semelhante problema, quando tratámos do outro critério. Aí era a vontade que acrescia à comunhão. Vontade e comunhão são o reverso e o anverso da medalha, que vêm demonstrar ser a contribuição coisa distinta do acto de avaria.

Seja qual for o caminho que se siga, o acto de avaria é possível sem a contribuição, mas esta só se concebe com o auxílio de um outro pressuposto. Assim, o acto de avaria é um pressuposto da contribuição por avaria. Não são pois uma e a mesma coisa; o testamento e a morte são realidades distintas, muito embora o testamento não se entenda sem a morte.

O erro da corrente dominante está em confundir os dois aspectos que distinguimos, essa confusão não lhe permite traçar um critério de distinção nítido e fácil entre as avarias comuns e as particulares; deriva da adopção de métodos inadequados e não torna possível resolver coerentemente os problemas que se levantam.

### 3. — AS CONSEQUÊNCIAS DO ERRO QUE APONTAMOS

— Os autores partiram à priori do aspecto da contribuição, parecê-lhes insólita esta obrigação de alguém reparar um prejuízo que não causara.

Compreende-se, assim, que o primeiro cuidado que encontramos em qualquer deles seja o de justificar a obrigatoriedade da contribuição, determinando a natureza jurídica das avarias comuns.

Cada autor encontrou um princípio que lhe parecia melhor, e que de facto podia explicar a contribuição, mas explicava-a incompletamente, justificava-a no campo dos princípios teoricamente, mas não na prática como consequência de um acto anterior. À luz do princípio encontrado foram verificar que hipóteses poderiam fazer funcionar a contribuição, e, é claro, estas hipóteses variavam de princípio para princípio.

Esta busca de um fundamento, tendo apenas em vista explicar uma realidade que se lhes afigurava anómala e sem que os autores partissem dum critério assente com base na realidade legislativa, trouxe duas consequências imediatas :

de um lado, a existência de doutrinas várias, pois vários eram os princípios onde teoricamente se poderia enquadrar a obrigação de contribuir ;

do outro, dada a diferente amplitude dos princípios propostos, as mesmas hipóteses concretas passaram a poder ser indiferentemente avarias comuns ou particulares, consoante a solução que se adoptasse ; criou-se uma imprecisão extraordinária, que tem contribuído poderosamente para a descrédito da figura.

A jurisprudência perante a variedade de explicações propostas entrou a confundi-las.

A confusão só tem inconvenientes práticos quanto às hipóteses menos típicas de acto de avarias, dado que para as avarias que são inquestionavelmente comuns, como o alijamento, qualquer das explicações propostas, em princípio, servem, mas revela uma singular falta de conhecimento teórico do problema, pois, nem todas essas explicações são conciliáveis.

Foi assim que o *Ac. do S. T. J., de 30-5-1924, (in o Dir. 56-186)*, para decidir que certa avaria era comum, lançou mão de opiniões várias, como se vê dos «considerandos» em que cita : Lyon Caen et Renault, para demonstrar que as avarias comuns são uma aplicação

do princípio do não locupletamento à custa alheia; o Dr. Cunha Gonçalves, para revelar que se deu um estado de necessidade sendo o sacrifício feito para evitar um mal maior; Cesare Vivante, para mostrar que existiram os pressupostos da avaria comum entre os quais a comunhão; por último, refere-se à necessidade do resultado útil do sacrifício.

É evidente que o resultado útil nada tem a ver com o estado de necessidade, como também o não tem o princípio do enriquecimento sem causa que, por sua vez, é independente da ideia de comunhão.

Se a hipótese sub júdice fosse duvidosa, verificar-se-ia que as ideias referidas se contrariavam mutuamente: poderia ter havido estado de necessidade sem resultado útil, sem comunhão de valores, sem locupletamento; poderia ter-se dado o locupletamento numa hipótese de mera utilidade, e, portanto, sem estado de necessidade.

Da existência de várias e desencontradas teorias, nota-se, nos autores mais modernos, uma espécie de medo, ao definirem o que seja o acto de avaria e a contribuição por avarias. Em vista dos péssimos resultados que deram certas construções infundadas e distantes da realidade, os autores mais recentes renunciam a manifestar-se sobre a natureza jurídica das avarias comuns. E é sintomática esta renúncia, ela revela o reconhecimento da inutilidade de semelhantes construções.

Modernamente tende-se apenas a olhar a lei e os casos práticos; é uma tendência salutar.

Como nos parecem sintomáticas deste novo movimento doutrinário, transcreveremos as palavras que a este respeito escreveu *Luzzati*, em 1937: «*Avaria*», in *Nuovo Digesto*, Tomo II, pág. 7 e seg.—referindo-se às várias construções que têm sido propostas: «muitos escritores têm querido estabelecer a natureza jurídica deste instituto com bases em simples semelhanças; outros têm confundido o fim fixado, natureza jurídica da obrigação da contribuição em avarias comuns, com as diversas conclusões a que chegaram quanto à fonte da obrigação da contribuição em avarias comuns; outros têm confundido a formação da ciência jurídica perante os fenómenos e as necessidades dos transportes marítimos e a correspondente razão da norma que institui a obrigação da contribuição comum, com a natureza jurídica do instituto da contribuição em avarias comuns». E mais adiante: «não duvido que a obrigação de contribuir corresponda

a um princípio de equidade; mas, se a equidade a inspira, não constitui, porém, a sua natureza jurídica, e nem sequer a sua fonte. A avaria comum não se confunde com outros institutos jurídicos: não é sociedade, nem associação, nem comunhão de negócios, é um instituto especial com natureza e configuração particulares».

Em seguida considera: «poder-se-á, partindo das normas do direito positivo, definir em que consiste; poder-se-á determinar as suas fontes; se é o contrato, ou a lei, ou ambos; poder-se-á finalmente, considerando a sua formação histórica, determinar o seu fundamento». E acrescenta que determinar a sua natureza jurídica, tal qual o instituto se nos apresenta, é uma «ginástica mental de abstracção não conclusiva». Por fim conclui, que a contribuição comum por avaria encontra o seu fundamento num consórcio de riscos que se constitui entre todos aqueles que, tendo em vista lucros diversos, expõem em conjunto os próprios bens aos riscos da navegação, unindo-os uma aventura marítima.

E, em 1936, *Lefebvre d'Ovidio* — «Fundamento Giuridico del obbligo della contribuzione delle avarie comuni», in *Riv. Dir. della Nav.*, pág. 132 — concluía, ao considerar a fonte da obrigação da contribuição nas avarias comuns, que esta obrigação tem fundamento legal «no caso em que o contrato de transporte ou de fretamento não contenha estipulações relativas às avarias comuns» e que tem fundamento contratual quando seja expressa a esse respeito a vontade das partes contratantes, quer esta vontade fosse conforme à vontade da Lei, quer se limitasse a uma simples indicação de normas estabelecidas por Lei.

Mas mais eloquente nos parece ainda o silêncio de *Brunetti*, que escreveu em 1947 — «*Manuale Del Diritto Della Navigazione Marittima e Interna*» —. Analisa as disposições do «Codice della Navigazione», reconhece as alterações que introduz nesta matéria, entre elas a de regular separadamente os actos de avaria e a contribuição, examina as disposições legais, enumera, referindo as Regras de York e Antuérpia, os vários casos de avarias, danos e despesas, mas nada diz quanto à natureza ou fundamento das avarias comuns. Pareceu-lhe mais seguro estudar apenas as realidades dogmáticas; isto revela o descrédito que existe nesta matéria.

O inconveniente da confusão não foi apenas esse. Como a expli-  
cação encontrada no campo dos princípios, para a contribuição, é

insuficiente para explicar as hipóteses práticas, os autores, além de serem levados a admitir, como dando lugar à contribuição, hipóteses que a Lei exclui, ou a excluir em eles hipóteses que a lei admite, vêem-se a braços com problemas que não podem resolver.

Vejamos alguns desses problemas.

Todos os autores consideram válida a cláusula «franco de avarias recíprocas» e, na sua validade e eficácia, está uma das críticas mais sérias que se devem fazer à concepção corrente. É que, embora aceitem a cláusula, reconhecem que o segurador de avaria comum continua a responder por esse risco, o que, sendo corrente na prática marítima, é manifestamente contrário aos princípios de que partem.

Senão vejamos :

A cláusula «franco de avaria recíproca», afastando a contribuição, vai fazer com que cada um dos interessados suporte os prejuízos que os seus valores sofram, mesmo que sejam causados voluntariamente para a salvação comum. Quer dizer, na opinião dominante, transforma as avarias comuns em particulares.

Esta orientação não resiste a alguns reparos.

Os autores abstraem totalmente do carácter voluntário do sacrifício, que todos são unânimes em reconhecer às avarias comuns. Fazem tábua rasa do condicionalismo que impuseram para as avarias comuns, consideram estas como sacrifícios feitos para salvação comum, e, aberrantemente, tratam-nas como particulares ao referirem a eficácia da cláusula.

Não se explica como é que o segurador de avarias comuns continua responsável por estes prejuízos, se eles são avarias particulares e a apólice não cobre esse risco, como é o caso, aliás frequente, da cláusula F. P. A. (free of particular average).

Se fossem prejudicados pelo mesmo acto de avarias dois interessados, dos quais apenas um tivesse aceite a cláusula, chegava-se ao absurdo de uma avaria ser simultaneamente comum e particular, o que tira toda a realidade à distinção legal entre avarias comuns e particulares.

Mas, se bem repararmos, a cláusula «franco de avaria recíproca», contraria abertamente os fundamentos que a doutrina tem proposto para a contribuição por avarias.

Os fundamentos mais comumente propostos para a contribuição por avarias são :

— o princípio do não locupletamento à custas alheia (*Danjon — Traité de Droit Maritime*, 2.<sup>a</sup> edição, Vol. III, pág. 432).

— a doutrina da associação tácita entre os vários interessados na expedição marítima, que se forma de direito pela simples aquiescência das partes à Lei, quando, podendo afastá-la, o não fazem, com o fim nítido de se defenderem em comum dos perigos do mar. (*Ripert, Ob. cit., pág. 207*).

Ora a cláusula contraria abertamente qualquer destes fundamentos :

— quanto ao 1.º, a cláusula teria como função permitir o locupletamento à custa alheia, o que é manifestamente absurdo ;

— quanto ao 2.º, a estipulação da cláusula seria para cada interessado, a manifestação expressa da sua vontade de se não associar ; ora se o fundamento da obrigação de contribuir é essa ideia de associação, como explicar, na hipótese do prejudicado não ter estipulado a cláusula, a obrigação de contribuir que tem aqueles que se não quiseram associar ?

Todos os autores reconhecem como válida aquela cláusula pela qual actos de mera utilidade são admitidos à contribuição.

Como se sabe, é ponto tradicional de controvérsia nesta matéria a questão de saber se a avaria comum é o sacrifício feito para evitar um perigo comum ou antes o prejuízo determinado pela utilidade comum.

Para os partidários do princípio do não locupletamento à custa alheia, a ideia central é a de utilidade, para os defensores da doutrina da associação tácita, é a de perigo.

Para uns como para outros, a citada cláusula representa também uma crítica séria :

— para quem considere como requisito da avaria comum a ideia de perigo, terá que admitir que existem afinal avarias comuns sem que tal requisito funcione ;

— para os partidários da utilidade, o reparo é mais sério, embora à primeira vista possa não parecer.

Repare-se :

Se as avarias comuns são os sacrifícios feitos com um fim de utilidade comum, como se compreende que exista e seja eficaz uma cláusula que nada mais diz do que isto mesmo ? Admitindo até que a cláusula fosse redundante, o que se não verifica, o princípio do

enriquecimento sem causa deixa de justificar a obrigatoriedade de contribuir, pois o enriquecimento tem uma causa, a vontade das partes!

Como explicar a possibilidade da derrogação convencional que vai fazer com que não haja avarias comuns, pois não havendo contribuição não há avarias, perante a existência do poder-dever do capitão de praticar esse acto e que encontramos referido em todas as leis?

Como justificar que haja duas leis normalmente competentes para esta matéria, uma para classificar o acto como avaria comum, outra para regular a contribuição, se o primeiro aspecto só se entende através do segundo?

Como explicar que não seja ilícita a ofensa feita pelo capitão à propriedade alheia, sem ser através do estado de necessidade e do poder-dever que lhe é conferido pela Lei? A não ser que se diga que a violação da propriedade alheia é permitida à luz da função do capitão, mas então é necessário considerar esta de ordem pública e não se compreende como é lícito estipular convencionalmente que não haverá contribuição e, portanto, actos de avaria.

E no campo dos seguros marítimos, como considerar os prejuízos sofridos voluntariamente para evitar um mal maior quando não haja contribuição? Como avarias particulares é impossível, pois são, como é evidente, riscos diferentes.

Não valerá a pena indicar mais razões de ordem prática. A confusão entre os dois aspectos não permite resolver os problemas que se levantam.

## B) — VANTAGENS DA NOSSA CONSTRUÇÃO

**4. — ADOÇÃO DE UM CRITÉRIO DE DISTINÇÃO RIGOROSO E FÁCIL** — Já vimos como era cientificamente mais rigoroso começar por examinar as realidades em vez de partirmos do campo da teoria para a prática.

A distinção entre o acto de avaria e a contribuição a que dá lugar, permite-nos atender à causa das avarias comuns e distingui-las facilmente das particulares, através um critério simples e que não pode dar lugar a dúvidas; além disso, explica-se a diferença de tratamento entre as avarias comuns e as particulares, sem cair no erro de funda-

mentar a distinção nas consequências diferentes de umas e de outras, o que, como salientámos, é uma petição de princípios.

O considerarmos as avarias e a contribuição como realidades distintas, permite-nos resolver uma série de dificuldades que de outro modo se não compadeceriam com uma solução uniforme.

Designadamente no plano dos seguros marítimos, o considerar-se o risco de avaria comum independentemente da contribuição, permite encarar de frente e resolver problemas que de outro modo seriam insolúveis. Como facilmente se compreenderá, a confusão que evitamos levanta obstáculos inamovíveis em relação ao seguro de avarias comuns, pois aí é insustentável a classificação dos prejuízos em avarias comuns à luz da contribuição, sendo preciso entrar em linha de conta com o elemento risco, que é independente da existência ou inexistência de uma comunhão de interessados na expedição marítima.

No campo do seguro marítimo, só aceitando a distinção que propomos é que se poderá compreender como é possível o segurador responder pelo risco de avarias comuns, em hipóteses que não dão lugar à contribuição, como sucede na prática.

Assim, a apólice dos Lloyds cobre o risco de avarias comuns em condições em que não é possível a contribuição, designadamente no contrato de seguro de navios em construção, desde o início desta até às experiências do mar.

E entre nós as «*Mútuas dos Armadores de Pesca de Arrasto*» e a «*Mútua dos Armadores dos Navios de Pesca do Bacalhau*» cobrem o risco da avaria grossa. Em qualquer dos casos, não há contribuição por avarias, quer porque parte da campanha da pesca é feita sem carga, quer porque a carga possível é o pescado, que é propriedade do armador. O armador não contribui para si próprio, pois contribuir significa reparar com. É inegável que as «*Mútuas*» fazem o seguro do risco de avaria grossa, e é evidente que não há possibilidade de contribuição.

Só se poderá admitir a hipótese quando se distinga o acto de avarias da contribuição. Nem se argumente com a especial organização das *Mútuas*; estas comportam-se como qualquer entidade seguradora, os riscos que cobrem são idênticos, recorrem ao resseguro para o excedente dos seus plenos, resseguro que pode ser feito em qualquer companhia de seguros.

A dualidade de riscos que encontramos no seguro de avaria comum, não é mais do que o reflexo, no plano secundário das relações entre segurado e segurador, da distinção por nós aberta no plano primário das próprias avarias.

Na verdade, o segurador de avarias comuns cobre, tanto o risco do seu segurado vir a ser materialmente prejudicado por um acto de avaria, como o risco de se ver obrigado a contribuir para a reparação de uma avaria comum.

Aliás, o que só demonstra a realidade da nossa construção, a maioria dos autores considera a cobertura destes riscos como sendo, respectivamente, um seguro de coisas e um seguro de responsabilidade. Precisamente nós entendemos que a contribuição por avarias não é senão uma aplicação do instituto da responsabilidade objectiva.

**5. — POSSIBILIDADE DE RESOLVER OS PROBLEMAS QUE SE LEVANTAM NESTA MATÉRIA** — No entanto, também no plano primário das próprias avarias comuns, a nossa construção tem vantagem, e vamos demonstrá-la respondendo às perguntas que deixámos formuladas.

Quanto à cláusula «franco de avaria recíproca», a nossa resposta é clara : esta cláusula não representa mais do que o uso da liberdade que a lei dá às partes de modificarem, ou até de afastarem as regras que regulam a contribuição por avarias ; assim, a natureza dos prejuízos voluntariamente sofridos para evitar um mal maior não se altera, o segurador continua a responder por eles se a apólice cobria esse risco, porque eles são inegavelmente actos de avaria.

Quanto à convenção que as partes podem fazer entre si para considerarem como dando lugar à contribuição os actos de mera utilidade, também não oferece dificuldade.

Representa, apenas, o uso pelas partes, da liberdade que a lei lhes confere, de alterarem os princípios reguladores da contribuição ; do mesmo modo que podem restringir os casos da contribuição, podem aumentá-los. Com uma observação : é que nessa altura o fundamento da contribuição é puramente convencional em relação a esses casos, e eles não são considerados como actos de avaria, pois está fora do arbítrio das partes a classificação dos prejuízos como avarias comuns ; apenas o são aqueles actos que couberem na definição legal.

Como a liberdade das partes apenas se refere ao aspecto da con-

tribuição e este é independente do acto de avaria, o excluir-se a contribuição, não acarreta nenhuma ofensa ao poder funcional que o capitão tem de agir para a salvação da expedição marítima.

A existência de duas leis normalmente competentes para regular esta matéria, é corolário lógico da distinção por nós feita. Sendo o acto de avaria atributo do capitão, que exerce uma missão de ordem pública, o acto terá que ser classificado como avaria comum à luz da lei nacional do navio; a contribuição, matéria de mero interesse privado, é regulada pela lei que as partes convencionaram, e, na falta desta, por aquela que a norma de conflitos supõe mais idónea: a do porto de descarga.

Quanto ao não ser ilícita a ofensa feita pelo capitão à propriedade alheia, a observação que deixámos exposta não tem possibilidade lógica de se levantar perante a nossa construção, pois pressupõe um argumento de defesa que não precisamos de formular.

Para nós, é nítido que o acto do capitão é justificado pelo estado de necessidade e pelo poder funcional que a lei lhe confere, e que essa matéria escapa ao arbítrio das partes.

Quanto ao modo de considerar os sacrifícios feitos voluntariamente para evitar um mal maior, quando não haja contribuição, a observação por nós feita está respondida pelo que dissemos quanto ao risco de avaria comum. O prejuízo voluntariamente causado em estado de necessidade, é sempre considerado como um acto de avaria, quer haja, quer não, contribuição; o que interessa é o prejuízo em si e o facto de preencher as condições exigidas por lei.

\*  
\*       \*  
\*

Supomos que o que temos vindo a expor é bastante para que se não possa pôr em dúvida o alcance teórico e prático da distinção que propomos entre o acto de avaria e a contribuição por avarias.

Confiadamente esperamos que a nova Lei venha pôr ordem e método nesta matéria, que tão imperfeitamente tem sido regulada.