

01/04/2011

EDIÇÃO Nº 453 - 1ª QUINZENA ABRIL DE 2011

## **Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior**

*Paulo Campos Fernandes\**



### **Contratos de Afretamentos Regidos pela Lei Brasileira**

#### **INTRODUÇÃO**

A indústria internacional de transporte marítimo faz uso de contratos padrões, vulgarmente denominados como formulários, para regularem vários tipos de contratos de afretamento. Há disponível no mercado diversos tipos de modelos, sendo que os mais utilizados são:

- a) Afretamentos por viagem: GENCON, ASBATANKVOY, NORGRAIN, etc.
- b) Afretamentos por período: NYPE, GENTIME, SHELLTIME, SUPPLYTIME, etc.
- c) Afretamento a casco nu: BARECON

Todos estes formulários têm em comum o fato de eleger a lei inglesa para reger os contratos, uma vez que este é o sistema legal preferido pela indústria, tanto por transportadores como embarcadores.

Freqüentemente se encontra no Brasil a utilização destes mesmos formulários, para regular contratos de afretamentos entre as empresas brasileiras, para operar na cabotagem ou apoio marítimo, sendo que as partes modificam apenas a cláusula de lei do contrato, estipulando que a lei regente do contrato será, não a lei inglesa, mas sim a brasileira.

Neste artigo se analisa a consistência jurídica de se adotar tal lógica para a estruturação da relação contratual, fazendo-se comparação entre os Direitos Inglês e Brasileiro no que diz respeito aos contratos de afretamentos.

Antes, entretanto, de apresentar esta análise comparativa, convém relembrar algumas das funções da cláusula de lei no contrato.

#### **1. ALGUMAS DAS FUNÇÕES DA CLÁUSULA DE LEI NOS CONTRATOS**

Em primeiro lugar se destaca que a lei que rege os contratos serve para orientar o modo de interpretar os contratos. Será demonstrado que o sistema legal inglês tem lógica de interpretação dos contratos diferente do sistema legal brasileiro. Portanto, podem ocorrer, para um mesmo texto contratual, interpretações distintas, a depender da lei que rege o contrato.

Outra função da lei regente do contrato é suprir as lacunas do texto contratual. Não existe redação contratual perfeita. Nenhum texto contratual será suficientemente amplo e bem acabado a ponto de cobrir e reger com plenitude todos os riscos e operações referentes aos afretamentos de forma a não criar polêmicas interpretativas entre as partes contratantes. Quando tais polêmicas não puderem ser resolvidas amigavelmente haverá necessidade de um terceiro estipular a regra a ser aplicada

(cláusula de foro ou arbitragem). Este terceiro, nas situações em que se fizer necessário, terá de lançar mão da lei regente do contrato para poder dirimir o conflito, suprindo assim as lacunas do texto contratual com a lei.

Estes conceitos são de extrema importância para se avaliar a consistência jurídica em se utilizar, sob a lei brasileira, formulários originalmente concebidos para serem regidos pela lei inglesa.

Apresenta-se a seguir uma breve análise comparativa entre os dois sistemas legais estudados. Os que quiserem conhecer mais detalhes desta análise poderão conhecê-las na literatura mencionada ao final deste artigo.

## **2. DIFERENÇAS DE CARÁTER GENÉRICO**

### **2.1 DIFERENÇAS NA FORMAÇÃO DA LEGISLAÇÃO**

O sistema legal inglês (*Common Law*) se estrutura na doutrina dos precedentes, onde a lei é formada a partir das decisões das cortes. As decisões das cortes mais altas modificam as das cortes inferiores. O parlamento inglês tem poderes de modificar as decisões da corte mais alta (*House of Lords*). Em regra isto pouco acontece. Desta forma tem-se que diversas disputas contratuais criam jurisprudência para a próxima disputa que se enquadrar na mesma situação. Em breves palavras, no sistema legal inglês a jurisprudência é lei. Há, portanto um vasto arcabouço de decisões, algumas delas bastante antigas, que cria um ambiente de segurança jurídica para a solução das disputas. O sistema legal inglês se renova com novas jurisprudências na medida em que casos antes não disputados são trazidos às cortes.

O sistema legal brasileiro segue a lógica do direito positivo. As leis são elaboradas através de processo legislativo previsto na Constituição da República, tendo estas leis caráter genérico e abstrato. Na solução de disputas, os juízes aplicam estes diplomas legais aos casos concretos. Diferentemente do *Common Law*, no sistema legal brasileiro os juízes não criam lei. Portanto, a qualidade das decisões judiciais depende diretamente dos diplomas legais disponíveis. Quando não há leis específicas, os juízes lançarão mão de leis genéricas. Leis que são muito antigas e defasadas das práticas comerciais modernas são aplicadas se tais diplomas legais não tiverem sido revogados.

O Código Comercial é a única lei especializada para afretamentos marítimos, porém acha-se muito desatualizada, uma vez que foi editada em 1850, quando os navios não eram muito diferentes das caravelas. Apesar de ser uma lei moderna para seu tempo e de longa vida, muitas das suas disposições não mais se aplicam às práticas comerciais atuais.

É interessante destacar que a tecnologia forma o direito. Na medida em que os recursos tecnológicos vão se tornando utilizados pela sociedade, novas leis são criadas para tratar dos direitos que se criam a partir do uso de tais tecnologias. De 1850 até 2011 a tecnologia modificou profundamente o navio e as suas operações náutica e comercial. O tamanho dos navios e a sua resistência estrutural modificaram drasticamente. Os navios são mais seguros, têm melhor condição de enfrentar as intempéries. Os meios de comunicação permitem que de qualquer lugar do mundo se faça contato com qualquer navio, independente do lugar onde ele esteja. Tais facilidades favorecem em muito as operações náuticas e comerciais do navio.

Infelizmente o legislador brasileiro não acompanhou estas mudanças e a legislação brasileira para aplicação em afretamentos acha-se obsoleta.

O Código Comercial só faz menção aos afretamentos por viagem. Não há no país nenhuma outra legislação que regule os afretamentos por período, contratos de tonelagem e outros contratos típicos do transporte marítimo.

A carência legislativa faz com que incidam nos contratos em estudo as disposições genéricas da legislação civil brasileira tais como o Código Civil e eventualmente o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Estes diplomas legais, em algumas situações, estipulam disposições que são contrárias as práticas comerciais marítimas.

## **3. DIFERENÇAS EM ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS**

Na lei inglesa a intenção das partes no contrato é inferida exclusivamente a partir do que está escrito no contrato. Na lei brasileira, por outro lado a intenção das partes é inferida por outros aspectos, além do que está escrito no instrumento contratual.

Há algumas diferenças nos dispositivos de extinção dos contratos dos sistemas legais em estudo e também no tratamento de suas conseqüências. No direito inglês não existe a força maior e o caso fortuito tal como entendidos no direito brasileiro. No direito brasileiro existe a previsão de extinção do contrato por onerosidade excessiva, enquanto no direito inglês não se aplica

tal instituto. Os formulários de afretamento não costumam ter disposições para abordar este assunto. Conflitos serão regulados exclusivamente pela lei.

Outro interessante aspecto a ser mencionado é que na lei inglesa é vedada a utilização de cláusula de multa em contratos, enquanto a lei brasileira se admite tal estipulação.

Vale lembrar que a cláusula de multa tem natureza jurídica distinta da cláusula que estipula valor de indenização a ser pago em caso de ocorrência de determinado evento. Este tipo de cláusula é admitida na lei inglesa e também na lei brasileira.

#### **4. DIFERENÇAS ESPECÍFICAS AOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO**

No tocante a forma dos contratos de afretamento, a lei inglesa não exige a forma escrita, enquanto a lei brasileira exige que os contratos tenham forma escrita.

Na lei inglesa o frete não é elemento essencial para a formação do contrato, podendo o julgador defini-lo em sua falta. Tal não ocorre no direito brasileiro, onde o preço é elemento essencial para que o negócio jurídico tenha validade.

A prática comercial internacional nas negociações de afretamentos faz uso dos chamados "subjects", que são condições tais que uma vez satisfeitas o contrato passa a vigorar. O mercado faz uso de vasto espectro de "subjects", todos aceitos pela lei inglesa, sendo que, alguns destes têm abrigo difícil, ou mesmo impossível, na lei brasileira. Como exemplo pode ser citado: "subject to boards approval", "subject to details", "subject to enough merchandise", etc.

*Seaworthiness* e *cargoworthiness* são palavras chaves na caracterização da condição do navio que entra em afretamento, sendo usadas em todos os formulários, de modo direto ou indireto. O significado destas palavras tem relativa uniformidade nas cortes inglesas. No direito brasileiro não há caracterização semelhante e a mera tradução destas palavras poderá não produzir no juízo nacional o significado esperado.

A expressão "safe port", tão conhecida no direito inglês e adotada em todos os formulários, referente à obrigação que o afretador toma ao entrar em contrato, em relação aos portos indicados para carga e descarga, também não tem seu correlato direto na lei brasileira.

Na lei inglesa, quando a carga for perdida por naufrágio o frete pré-pago é não é devolvido. Já na lei brasileira, quando a carga for perdida por naufrágio, o frete pré-pago é devolvido, salvo estipulação em contrário.

Na lei inglesa o direito de retenção da carga para coagir o embarcador ou afretador devedor a fazer o pagamento do frete pode ser feito sobre qualquer tipo de carga. Na lei brasileira não se admite a utilização deste recurso quando a carga for petróleo ou derivado.

As regras de caracterização da contagem de estadia e sua repercussão na apuração da sobreestadia são diferentes entre os dois sistemas legais em estudo.

A lei inglesa tem sistema de caracterização de responsabilidade por danos à carga diferente da lei brasileira. As diferenças residem na caracterização da culpa e também na admissão de excludentes de responsabilidades. A lei brasileira é mais severa para o transportador do que a lei inglesa. A lei inglesa admite a limitação de responsabilidade do transportador em relação ao *quantum* indenizatório. Na lei brasileira a aplicação deste instituto só pode se dar por via contratual, porém há quem entenda que tal cláusula seria nula de direito.

Não existe na lei brasileira um diploma legal específico para os contratos de afretamento por período. Desta forma, a interpretação das cláusulas deste tipo de contrato seria feita a partir do Código Civil.

As cláusulas de duração do contrato, entrega e reentrega (*delivery and redelivery*), navio fora de serviço (*off-hire*) e avaliação de desempenho operacional cujo conteúdo é bem regulado na lei inglesa, terão amparo complexo e delicado na lei brasileira em face da inexistência de lei específica para regular os afretamentos por período. Estas cláusulas são as que mais geram conflitos em afretamentos por período.

O mesmo ocorre em relação aos contratos por tonelagem (*contract of afreightment* – COA), uma vez que também não existe no Brasil lei específica para regular este tipo de contrato.

## 5. CONCLUSÃO

Ao se redigir um contrato, o autor deve ter em mente a lei que vai regulá-lo. Este deve ter ciência que nem todos os aspectos da relação contratual precisam ser descritos no texto do contrato porque a lei que rege o contrato estipula o tratamento a ser dado nestas omissões propositais.

Os formulários para aplicação em contratos de afretamento foram concebidos para operação sob a lei inglesa. Sendo assim, diversos aspectos da relação contratual não estão detalhados em todas as suas dimensões e aspectos, pois o autor do texto contratual sabe que a lei já aborda estes aspectos adequadamente. Além disso, não constam nos formulários cláusulas que são tratadas pela lei inglesa, sendo de se destacar as hipóteses de extinção do contrato por frustração.

A breve comparação feita entre a lei inglesa e a lei brasileira, no que diz respeito aos contratos de afretamento, faz ver que há risco jurídico significativo em se utilizar sob a lei brasileira, contratos-padrão originalmente concebidos para operação sob a lei inglesa.

Para que este risco seja substancialmente mitigado é necessário modificar os textos dos contratos, de forma a se incluir todas as considerações dadas pela lei inglesa para as diversas cláusulas. Observa-se, entretanto, que um contrato assim modificado vai se tornar por demais extenso e o seu manuseio e negociação se tornará bastante complexo.

Tal situação remete a necessidade de modernização da lei marítima brasileira. Cabe, a comunidade marítima nacional mobilizar o legislador brasileiro para esta importante e urgente tarefa.

***E-mail: Email:paulof@predialnet.com.br***

Engenheiro Naval e Advogado - Autor dos livros: CONTRATOS DE AFRETAMENTOS À LUZ DOS DIREITOS INGLÊS E BRASILEIRO – EDITORA RENOVAR e RESPONSABILIDADES NO TRANSPORTE MARÍTIMO – EDITORA ADUANEIRAS